HEMICICLO

REVISTA DE ESTUDIOS PARLAMENTARIOS

Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.
Nº 14 - Primer Semestre 2016

CAMARA DE DIPUTADOS
POR LA RAZON O LA FUERZA
CHILE

ACADEMIA PARLAMENTARIA
CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE

Año 8. Número 14. Primer semestre de 2016

DIRECTOR ACADEMIA PARLAMENTARIA
Gonzalo Vicente Molina

DIRECTOR REVISTA HEMICICLO
Marco A. Sepúlveda Medina

CONSEJO EDITORIAL
Rodrigo Obrador Castro
Julián Saona Zabaleta
Constanza Toro Justiniano
Marianela Ramírez Gómez

EDICIÓN
Claudia Poblete Olmedo

SECRETARÍA
Carolina González Holmes

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Osvaldo Fernández Fernández

FOTO PORTADA
Christel Andler

IMPRESIÓN
Unidad de Diseño y Publicaciones de la Cámara de Diputados

ISSN:
0718-8463

PRESENTACIÓN

El país ha iniciado un complejo pero trascendental esfuerzo de revisar su Carta Fundamental y construir, con el esfuerzo de todos y todas, un nuevo marco constitucional que, nacido en democracia, supere los cuestionamientos al actual e incorpore nuevos temas que surgen del desarrollo social, económico, político y cultural.

La Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile ha querido aportar con este proceso a través de tres iniciativas. La primera, tiene que ver con la realización del ciclo de seminarios **"Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones",** realizado por esta Academia en conjunto con las Universidades Regionales de Chile (AUR), el Centro de Extensión del Senado (CES), la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Este ciclo contempla la realización de nueve seminarios en diferentes regiones del país y que buscan conocer y recoger el aporte de las universidades y de otros actores regionales acerca de este proceso, contribuyendo desde cada realidad específica en los ámbitos jurídicos, políticos, socioculturales e institucionales.

La segunda iniciativa se refiere al concurso de ensayos dirigido a estudiantes de educación media y universitaria sobre **"Una nueva Constitución para Chile"** que ha contado con la participación de ciento veintisiete estudiantes que han hecho llegar interesantes aportes que serán evaluados por un jurado.

La tercera iniciativa es la publicación de este número de Hemiciclo, en el que se priorizó la incorporación de artículos relacionados con el **"Proceso Constituyente",** de esta forma se presentan seis artículos que tratan este proceso desde diferentes aportes y reflexiones para el debate y sanción de la nueva Carta Fundamental.

Finalmente, y como es costumbre, presentamos un artículo de interés parlamentario diferente al tema mencionado en los párrafos anteriores y que corresponde a la clase inaugural del año académico de la Facultad y Escuela de Derecho de la PUCV, realizada por el señor Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto.

INDICE

PROCESO CONSTITUYENTE

I
Análisis de un inédito proceso reconstituyente en Chile a la luz de la doctrina del Estado de Derecho. 07
Maria Laura Ducci Arceu
Felipe Valenzuela Quirós

II
Proceso Constituyente: reflexiones en torno al rol que le cabe al Congreso Nacional. 21
Constanza Toro

III
Los procesos constituyentes de establecimiento y de reforma de las constituciones chilenas. 37
Humberto Nogueira Alcalá

IV
Fiscalizar, controlar y proteger. 65
Alicia Gariazzo

V
Reflexiones en torno a la rigidez y legitimidad de la Constitución de 1980. Límites al Poder Constituyente 77
Pablo Ignacio Celedón González

VI
Proceso Constituyente: mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada 93
Marcela Ríos Tobar y Valentina Salas

OTROS TEMAS

VII
El control de la administración del Estado por parte de la Contraloría General de la República. La visión de un recién llegado 107
Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República

RESEÑA DE LIBRO

VIII
La casa de todos, la nueva Constitución que Chile merece y necesita, de Patricio Zapata Larraín. 117
Nicolás Venegas H.

I ANÁLISIS DE UN INÉDITO PROCESO RECONSTITUYENTE EN CHILE A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL ESTADO DE DERECHO

Maria Laura Ducci Arceu[1]

Felipe Valenzuela Quirós[2]

RESUMEN

Este artículo se relaciona con la necesidad de hacer una contribución a la reflexión sobre las problemáticas actuales del Derecho Constitucional en nuestro país. Esto, en una época en que pareciera que primaran las interrogantes y la inseguridad, aspectos que simbolizan la época contemporánea. Nuestra Democracia, no estando ajena a esta descripción, alerta a la comunidad política, académica y al común ciudadano sobre los riesgos en el ámbito del Estado de Derecho, por tanto, nos hemos abocado a una reflexión a propósito del proceso constituyente iniciado por el Gobierno de la Presidenta Bachelet desde la órbita del Estado de Derecho. El análisis se hará básicamente desde el punto de vista de la doctrina y teoría, nacional y extranjera.

ANALYSIS OF AN UNPRECEDENTED CONSTITUENT PROCESS IN CHILE ON THE PERSPECTIVE OF THE RULE OF LAW DOCTRINE

ABSTRACT

This article relates with the necessity of making a contribution to the reflection about current Constitutional Law issues in Chile. In a time in which there seems to be many questions and uncertainty in the human community, which characterizes out times. Our democracy, not been alien to this matter, alerts the political community, the academia, and common citizens about the risks on the orbit of Rule of Law. Therefore we have done our reflection on the constituent process initiated by president Bachelet, from the view of the Rule of Law. This analysis will be done basically from the point of view of the doctrine and theory, national and foreign.

Sumario: 1. Introducción; 2. Aspectos previos: el constitucionalismo y la constitucionalización del derecho; 3. Autotutela constitucional; 4. Estado de Derecho laxo; 5. Efectos en las Instituciones del Estado. Congreso. Tribunal Constitucional; 6. Conclusiones.

1 Abogada de la P. Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional; profesora de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad Gabriela Mistral en Santiago. Contacto: marialaura.ducci@ugm.cl.

2 Estudiante de Derecho Universidad Gabriela Mistral, ayudante de los cursos de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad Gabriela Mistral en Santiago. Contacto: felipe.valenzuela@ugm.cl.

1. INTRODUCCIÓN

El Poder Constituyente Originario por su naturaleza se mueve fuera del ámbito del Estado de Derecho, lo desconoce e inicia uno nuevo. El ejercicio de este poder dentro del mismo Estado de Derecho es una contradicción en sí mismo, ya que, en este caso, el Estado de Derecho no tiene mecanismos para acoger o regular un procedimiento que pretende anularlo.

Este trabajo tiene como antecedentes diversas fuentes tanto bibliográficas como archivos electrónicos y, por la naturaleza descriptiva del proceso político nacional, la prensa escrita también fue tomada en consideración. Se ha privilegiado la consulta de autores nacionales de Derecho público y se incluyeron algunos extranjeros cuando la relación con nuestro tema fuera muy directa.

Debemos mencionar en primer término que, en la mayoría de los tópicos tratados, la formación y la doctrina de Derecho Constitucional desarrollada por el maestro don José Luis Cea Egaña, fundada con rigor en el Humanismo y en la existencia de un Bloque de Valores inmanentes e intransables, constituyen el núcleo central del trabajo.

La investigación tiene como punto de partida la "conciencia constitucional" de la comunidad nacional, resultado del proceso de constitucionalización y la recepción de este fenómeno por el Gobierno actual. En este punto prima la apreciación de los autores acerca de la situación del país. El enfoque es una mirada al proceso constituyente, emprendido por la actual Administración, desde el respeto estricto a la norma jurídica, conforme a las Bases Fundamentales. En otras palabras, Principio de Legalidad y Juridicidad.[3]

El objetivo de este trabajo es un intento por visibilizar los riesgos institucionales para el país y los riesgos de una Autotutela Constitucional. La Teoría de los Riesgos de la Constitución, desarrollada por el profesor norteamericano Adrian Vermeule, nos permitió una mirada distinta a la función de la Carta Fundamental como sistema de administración de riesgos políticos. Nos interesa también en forma especial, hacer una contribución académica a los estudiantes de derecho del país.

La autotutela implica saltarse las instancias que establece el ordenamiento jurídico so pretexto de circunstancias especiales no previstas por la ley o cuando la norma jurídica pierde eficacia. Hemos denominado "autotutela constitucional" o constituyente a la búsqueda de resolución de un conflicto constitucional fuera de lo que establece la norma constitucional o, en caso de no existir norma, creando una solución de hecho. Paralelamente "las constituciones son cada vez más complicadas. Las decisiones

3 Consultar **Loewenstein**, 1979, pág. 226 y ss. y Cea, 2002, pág. 246 y ss.

políticas conformadoras son dominio de los políticos; para su ejecución están llamados tan sólo [sic] los técnicos constitucionalistas y especialistas" (Loewenstein, 1979: 227).

Ocasionalmente la prensa ha pretendido sugerir, a propósito de la delincuencia, la posibilidad de recurrir a una especie de autotutela por parte de la ciudadanía, como respuesta al conflicto delictual que consideran no resuelto por las autoridades y el sistema jurídico vigente. Resulta evidente que no existe una cabal comprensión de que una situación de autotutela implicaría poner en riesgo el Estado de Derecho a pretexto de tener que resolver determinados conflictos de manera rápida[4].

El significado del resultado de este estudio desde el ámbito teórico y doctrinario es exponer que el camino constituyente elegido por la Administración, para satisfacer una aspiración de larga data - por cierto legítimo para un sector de la ciudadanía- entraña el riesgo de poner al país en una situación sociopolítica frágil. Buscando un equilibrio entre esta aspiración y las pretensiones de otros sectores, nuestra actual Constitución ha recibido innumerables e importantes enmiendas desde el advenimiento de la Democracia, por lo que se la ha llamado la "Constitución fatigada o parchada" (González, 2010), pero no ha logrado satisfacer el anhelo de legitimidad de una parte de la ciudadanía.

El presente artículo está dividido en cuatro secciones. La primera hace mención del constitucionalismo a modo de introducción en el tema central. La segunda corresponde a la autotutela constitucional en relación con el poder constituyente originario. La tercera la aplicación del concepto de constitución de riesgo en nuestra Carta y la relación de ello con el fenómeno del populismo. La cuarta sección se refiere a lo que hemos llamado el Estado de Derecho laxo, como opuesto al principio de derecho público y fruto directo del mencionado populismo y en la sección quinta, una referencia al Congreso y especialmente al Tribunal Constitucional como órganos de recepción de un eventual proceso constituyente y finalmente las conclusiones.

2. ASPECTOS PREVIOS: EL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

a) Constitucionalismo

Ya en los años imperiales de Antonino Caracalla, la Constitución Antoniniana, que le reconocía la calidad de ciudadanos a todos los habitantes libres del Imperio, daba luces de un aspecto de la organización social en un documento escrito que reconocía ciertos derechos o estatus. Hoy, la máxima regla constitucionalizadora "corresponde, en su más alto registro, a la expresión de la voluntad de un pueblo, con autoridad para tomar una decisión fundadora de conjunto sobre el modo y forma de organizar su propia existencia política" (Bandieri, s.f.) o, desde una visión de contenido sustantivo, "el constitucionalismo es un proceso acumulativo de esfuerzos y experiencias sobre el gobierno, en su origen y en su ejercicio, realizado con sujeción al Derecho y respetando, aún en circunstancias extraordinarias , la democracia y los derechos humanos." (Cea, 2002: 23).

El flagelo de las guerras mundiales, que habían degradado la sustancia de la especie humana, en tantos lugares, y con una sistemática maquinaria aniquiladora, encendió la urgencia por consagrar un orden mundial que girara en torno a ciertos principios básicos que propiciaran la vida y la libertad humana, donde sea que esta se encontrara. Este espíritu, protector y que reconoce, es el que insufla el preámbulo

4 http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/06/la-justicia-y-la-autotutela/
http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/12/01/la-falacia-de-los-derechos-humanos-en-chile/
http://www.elmostrador.cl/mercados/destacados-mercado/2015/04/21/opinion-reforma-laboral-indicaciones-encontradas/

de la Carta de las Naciones Unidas que alude a un compromiso de ‘‘reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas’’[5]. Así el constitucionalismo como proceso histórico permanente hacia el logro de garantizar la libertad del individuo frente al Estado y la protección de sus derechos inherentes como ser humano, probablemente nunca tendrá fin, pero hoy se ha instalado en la sociedad humana a través de lo que se ha llamado el “fenómeno de la constitucionalización del Derecho”, por el que ha adquirido mayor relevancia el rango constitucional del orden jurídico, de tal modo que, en general, la creación e interpretación del Derecho se realizan en clave constitucional.

La constitucionalización del Derecho en Chile principia con el llamado “recurso de protección”[6] consagrado en la Constitución de 1980, ya que es desde entonces, y por primera vez, que las personas tienen una acción jurídica eficaz para la protección de sus derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional chilen[7]. No es coherente postular un Estado de Derecho Democrático en el cual no existan los recursos y acciones procesales adecuadas para la protección de los derechos fundamentales[8].

b) Constitucionalización

“La constitucionalización del Derecho es un proceso, en virtud del cual la supremacía que singulariza a la Carta Fundamental se hace patente en la sumisión a los valores, principios y normas de aquella por las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control.” (Cea, 2012: 73). A su vez, lo consideramos un fenómeno social que se caracteriza por la noción social de la existencia de un Estado de Derecho que resguarda y ampara los derechos que emanan de la naturaleza humana, entendidos estos desde una perspectiva extensiva, y que tiene como consecuencia la actividad de una ciudadanía que entiende a la Carta Fundamental como un instrumento tangible de protección y de reclamación de derechos que se miran como fundamentales. Este proceso social acerca a la comunidad nacional a la consciencia de una constitución instrumental válida dentro de la trama relacional del poder, para con el Estado, y a su vez con los ciudadanos en general. La constitución deja de entenderse como una mera declamación de Derechos, que muchas veces habrían servido solo al interés de las cúpulas del poder Estatal, y pasa a formar parte de la praxis social, es decir, la Constitución surge en la sociedad como una herramienta concreta de protección y reclamación de los derechos, y en mayor sentido, de (y por) Justicia (Cea, 2012: 73).

---

5 Importante también es destacar la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (París, 1948) que en su primer artículo versa: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” También ampliamente emana este espíritu pacífico, y reconocedor, en su segundo artículo al decir: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.” Y, en general, de la Declaración completa, se puede sustraer el espíritu del siglo, espíritu que, desde entonces, no ha podido ser desconocido por ningún habitante de occidente, por ser este uno de los más altísimos espíritus humanistas de la historia.

6 Constituciones anteriores no lo consagraban, siendo simplemente documentos poéticos proclamadores de virtudes éticas que se proyectaban a la sociedad como un anhelo, situación muy común en América Latina, y que comprueba (lamentablemente) el desamparo e injusticia constante que ha existido en estas regiones del mundo, y que como consecuencia ha traído tan grandes tragedias. Como dijera Gabriel García Márquez al tocar este tema en su discurso de aceptación del premio Nobel de Literatura en 1982 “Este es, amigos, el nudo de nuestra soledad.” (En: http://cvc.cervantes.es/actcult/garcia_marquez/audios/gm_nobel.ht). Esa soledad es menos poética al considerar la desprotección que perduró en nuestro ordenamiento constitucional hasta antes del recurso en comento.

7 Ver Atria, F. “Sobre la soberanía y lo político”. *Revista Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política.* Editorial Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

8 Consultar **Ferrada, J**. (2003). *La Constitucionalización del Derecho Chileno.* Editorial Jurídica de Chile.

Esta transformación social, que es en definitiva la constitucionalización del Derecho, se materializa en el control jurisdiccional, o en otras palabras, "sólo [sic] cuando existe realmente tal control existe una protección efectiva de los derechos esenciales o fundamentales." (Nogeira, 2007: 7). Pero a su vez, el fenómeno va más allá de la posibilidad objetiva de resguardo estatal de ciertos derechos, sino que consiste en una consciencia social de que los Derechos Fundamentales son parte del diario vivir, "se convierte a los particulares en sujetos amparados por la Constitución, haciendo que la sientan y respeten como propia, ya no más como ajena" (Cea, 2012: 66) y que en caso de vulneración, amenaza, o privación arbitraria, están legítimamente facultados a exigir el auxilio estatal. Esta legitimación no entendida solo como una legitimación estrictamente procesal, sino como una legitimación ética con sustentos jurídico-morales compartidos por la comunidad en su mayoría. Esta nueva cosmovisión jurídica surge "debido a que hay mayor conciencia de lo que es e implica la dignidad de la persona, a la vez que se han establecido vías más amplias y accesibles para impugnar, por medio de acciones y recursos judiciales, las conductas o actos que lesionan la esencia de los derechos fundamentales." (Cea, 2012: 66).

3.- AUTOTUTELA CONSTITUCIONAL

a) Concepto

El Poder Constituyente Originario es por esencia una autotutela, ya que siempre es fundacional, es decir, ocurre fuera del Estado de Derecho e instituciones anteriores, ya que precisamente su objeto es reemplazarlos, es el pueblo ejerciendo el poder directamente, desde el punto de vista teórico. En la actualidad este poder desaparece hasta que una nueva urgencia sociopolítica lo requiera. Pero hoy el "pueblo "de la teoría política "se ha vuelto inhallable" y "no logramos encontrarlo" ante la realidad de la compleja sociedad moderna[9]. La autotutela, como su nombre lo indica, consiste en el propio cuidado o resolución de un conflicto por mano propia en una etapa prejurídica o pasando por alto el ordenamiento jurídico. La existencia del Derecho se vincula a la necesidad de una normativa general, para la resolución de conflictos entre particulares o entre estos y los órganos del Estado.

La Constitución hoy debe anticiparse a los eventuales conflictos entre los órganos del Estado y entre este y los particulares. Como dice Vermeule[10], la Constitución es un sistema para la regulación de riesgos políticos, es decir, existe una anticipación de ciertos riesgos de los que se hace cargo el constituyente. Las competencias y atribuciones asignadas por la norma fundamental constituyen, desde ya, una administración, lo más eficaz posible, de los riesgos jurídico-políticos previsibles, o dicho de otra manera, "el diseño de las instituciones" está determinado por dichos riesgos políticos. Implícito resulta el hecho de que la administración de riesgos de que hablamos descansa sobre el principio de derecho público, que recoge el art. 7° de nuestra Constitución. El funcionario o autoridad conoce el diseño constitucional, sin embargo, está presente el riesgo de romper la ley, especialmente cuando existen posiciones políticas incompatibles o cuando existe una impunidad de hecho, esto es, cuando se espera que esas acciones antijurídicas sean políticamente populares –en la población- *ex post*. En otras palabras, el riesgo en general, se puede verificar cuando un funcionario actúa fuera de la ley, pero justificado por el probable beneplácito popular *ex post*.

El resultado de esta práctica de la autoridad, en el ámbito de lo público, es una especie de autotutela en el derecho público. La Constitución debe hacerse cargo de los riesgos previsibles, especialmente con el juego cruzado de frenos y contrapesos entre los poderes estaduales, instrumentos que serán los únicos que podrán administrar los riesgos imprevisibles. Por otra parte, desarrollar normas jurídicas demasiado

9 Bandieri, L. (2006) *El Poder Constituyente*. Disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/el-poder-constituyente.pdf.

10 Vermeule, A. (2012). *Introducción: Riesgo Político y Derecho Público*. Harvard Law School. Disponible en: http://ssm.com/abstract=2046291

estrictas o interpretaciones judiciales excesivamente rígidas, puede producir un efecto rebote y exacerbar lo que se pretende evitar o producir más riesgos colaterales. Este efecto ha venido implícito en nuestra Constitución cuando la falta de participación de todos los sectores de la sociedad en la gestación de la Carta, construye una "realidad parcializada" que implica la falta de respuesta de la misma frente a realidades que no fueron escuchadas (González, 2010). Nuestra actual Constitución ha recibido más de 200 enmiendas –enumeradas en forma particular. Se la ha llamado por tanto la "Constitución fatigada o parchada" y a pesar de su origen de facto, la Constitución chilena de 1980 ha funcionado para las necesidades de nuestra Nación durante más de 30 años, pero no ha logrado legitimarse en este funcionamiento para un sector importante de la población.

b) Riesgos constitucionales

Conforme a la idea de los riesgos de la Constitución, recién señalada, debiéramos poder anticiparnos a ciertos conflictos de orden público. Nos parece que esta anticipación debiera mirar lo que se denomina "identidad nacional", porque es el contenido de este concepto el que puede guiar al constituyente en esa prevención. Un aspecto interesante al respecto es el que tiene que ver con la probable preferencia popular chilena hacia la forma de gobierno presidencial[11]. Lo que significa diseñar la Carta Fundamental en el "sentido correcto" o racional, pero sin sacar de la mira estos rasgos presumiblemente identitarios. Vermeule (2013) y Lanni resumen esta idea como la de "optimización del constitucionalismo", en el sentido de la administración de los riesgos.

En relación al riesgo de una pretensión reconstituyente –cambio de Constitución-, la Constitución de 1980 no lo resuelve adecuadamente, por un lado establece un *mecanismo de reforma muy exigente* y por otro, no permite el autoreemplazo de ella; sugiere a la autoridad el inicio del riesgoso camino de la autotutela constitucional, es decir, protagonizar el rol del Poder Constituyente Originario. De esta forma queda ineficaz la intención del constituyente del 80 de votar una Carta perpetua. En este mismo sentido, Luis María Bandieri señala "¿Cuánto puede reformarse de una constitución que puede reformarse en todo o en parte?". ¿Cuál es la eficacia de las interdicciones de intangibilidad? Para buen número de juristas estas interdicciones son ineficaces y abrogables. Una minoría les atribuye eficacia[12].

c) Autotutela constitucional

Hemos querido denominar el proceso iniciado en este sentido, por el gobierno, como una autotutela que se ejerce como medio para resolver un conflicto -en este caso constitucional- ya que el orden jurídico nacional no se lo permite, ni tampoco contempla otra salida jurídicamente posible. Porque "el constituyente originario redactó la Constitución desde la desconfianza de los ciudadanos y no como una herramienta garantista de las libertades individuales"[13].

Desde la Administración, será presentado un nuevo y creativo diseño constitucional, que se supone encarnará la más genuina y democrática versión de una Constitución para Chile. El procedimiento para

11 Consultar Godoy, H. (1977). ***El Carácter Chileno.*** Editorial Universitaria. Analiza la identidad nacional a través del tiempo en base a textos que van desde "La Araucana" (Madrid 1590) al sermón "El alma de Chile" que el Cardenal Raúl Silva Henríquez le espetara a la Junta Militar en el Te Deum del 18 de septiembre de 1974. (Comentario de Pablo Huneeus). También consultar Larraín, J. (2001). ***Identidad Chilena.*** LOM: Santiago.

12 Bandieri, L. (2006). ***El Poder Constituyente.*** Disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/el-poder-constituyente.pdf.

13 González, J. P. (2010). "Las Reformas Constitucionales de 2009: ¿Nuevos parches para una Constitución fatigada?, ***Anuario de Derecho Público 2010.*** Ediciones Universidad Diego Portales, p. 78.

recabar información se está realizando al margen de la normativa constitucional y haciendo uso el Gobierno de su potestad reglamentaria autónoma para ello. Claramente la autoridad ha actuado fuera de la esfera de sus atribuciones otorgadas por la Carta y por la ley, lo que transgrede el principio básico de Derecho Público y por tanto, el Estado de Derecho. El constituyente de la Carta actual no evaluó este riesgo ni escatimó exigencias para el constituyente derivado, provocando precisamente lo que trataba de evitar. Puede existir la percepción de que el mencionado proceso será recibido con beneplácito por la ciudadanía, lo que explicaría el desafío ético y jurídico a la institucionalidad. Aparentemente este ha sido diseñado y dirigido especialmente hacia los sectores de la sociedad menos informados, lo que le da un sesgo claramente populista. Ello engarza bastante bien con los efectos de actos de la Administración fuera de la legalidad, pero que se prevé que tendrán éxito popular *ex post,* como una validación *ex post,* como explican Vermeule y Schauer[14]. Lo mismo explica la parálisis de la oposición política en torno a ejercer los recursos de fiscalización con que la ley y la Constitución administran estos riesgos. La razón de esta inmovilidad son cálculos sobre sus propios índices de popularidad.

Una vez más, las distintas instituciones políticas quedan atrapadas por la tiranía del populismo. Internet se ha utilizado como un vehículo y ruta desde donde se desarrolla y legitima como propio, un proceso jurídico incomprensible para muchos. La realidad virtual es aquella que crea este vehículo y lo es en toda su magnitud, internet construye realidades y produce el efecto de una comunicación simbólica entre los individuos y el Gobierno, una cercanía en que si, además usa un lenguaje populista –victimista-, los resultados no resultan del todo imprevisibles.

d) Un frágil equilibrio: Estado de Derecho

''Existe Estado de Derecho *cuando* las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entrabe ilegítimamente en las funciones de las otras, y *cuando* los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y cautelada su vigencia real por el Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado.'' (Evans de la Cuadra, (2004: 521).

El Estado de Derecho considera un ordenamiento constitucional que significa un sistema cerrado de interacciones que se encuadran y desarrollan dentro de las reglas establecidas por este, reglas que propician el encuentro de los sectores de la sociedad en una convivencia horizontal. Los conflictos de interés, dinámicos y siempre latentes, son apreciados, y, a su vez, previstos por este sistema de normas. Los derechos son reconocidos y protegidos por un Estado que surge justamente en torno a esa conflictiva, la conflictiva de la protección y el reconocimiento. Ese es el encuadre general, prohíbe la autotutela, que es el mayor de los riesgos asociado a vivir en el ''Estado Natural''. La sujeción de este tipo de configuración social trae consigo la obligación moral de respeto por la autoridad. Es esta obligación la que da sustento finalmente a la autoridad Estatal, es –digamos- el elemento legitimador que el cuerpo social lleva consigo (que le es inalienable). No existe institución estatal que resista finalmente el juicio de los ciudadanos. En este Estado el interés personal debe someterse a un procedimiento de consolidación institucional, solo a través de los procesos que primeramente se han instituido para la obtención de su reconocimiento[15].

El Poder Constituyente Originario es por esencia una autotutela, ya que es fundacional, es decir, ocurre siempre fuera del Estado de Derecho e instituciones que le preceden, ese es su objeto. Se produce como

14 Vermeule, A. (2012). *Introducción: Riesgo Político y Derecho Público*. Harvard Law School, pág. 4. http://ssm.com/abstract=2046291

15 Son prudentes las palabras de John Rawls (1999) en este sentido, cuando dice: "Since the constitution is the foundation of the social structure, the highestorder system of rules that regulates and controls other institutions, everyone has the same access to the political procedure that it sets up." (Rawls, J. 1999.: 227).

fenómeno histórico cada cierto tiempo, de modo muy visible, ya que implica necesariamente una *praxis* violenta, en la forma de una revolución o de un golpe de Estado. Así se abre una brecha en el Estado de Derecho que queda en la "otra orilla" y ya, despojados de tan pesado ropaje, se disponen a refundar la sociedad y el Derecho. "El poder constituyente -originario- es una revolución permanente[16]. El camino de la autotutela que sigue la Administración, protegida por el presunto beneplácito del pueblo, se traduce en el ejercicio del poder constituyente originario que refunda o pretende refundar la Nación y para cuyo efecto es indispensable dar la espalda al Estado de Derecho, para inaugurar el nacimiento de uno original que debiera ser la fuente de soluciones tan esperadas. En nuestro caso, un original y pacífico ensayo constitucional, en que conviven paralelamente dos estatus jurídicos de reforma constitucional.

En general, el Poder Constituyente Originario refunda el Estado. No es una autotutela constitucional, ya que los golpistas no pasan ni necesitan pasar por sobre un Estado de Derecho, sino por el contrario, queda un interregno vaciado de su contenido jurídico y listo para ser ocupado por el nuevo constituyente. En el mismo sentido, el profesor Fernando Atria ha señalado que "Parte de lo que el pueblo decide cuando ejerce el poder constituyente es la forma de su ejercicio, un movimiento político puede surgir y alcanzar una magnitud que lo haga incontrarrestable antes de ser percibido por el derecho, antes de necesitar hacer algo susceptible de ser calificado de nulo o ilícito. Esa es la forma general de la solución del problema constitucional" (Atria, 2010).

Es probable que los procedimientos de reforma demasiado difíciles de cumplir de la actual Constitución, que se logran solo mediante consensos extraordinarios, imposibles de cumplir, ejerza una presión política hacia vías alternativas como la descrita. Como dice Loewenstein (1979: 189) "Ante una dinámica constitucional tan estrangulada, el proceso político busca entonces canales extraconstitucionales que con demasiada facilidad pueden desembocar en la ilegalidad". Los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución contienen en apretada síntesis de todos los elementos esenciales del Estado de Derecho, que se condensan en la llamada "regla de oro del Derecho público chileno": Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo." (Art. 7°, inc. 2°).

En relación a la intención del constituyente, podemos recordar lo señalado por don Enrique Evans de la Cuadra: "(…) el Estado de Derecho no es sólo [sic] una concepción jurídica. Debe ser, además y fundamentalmente, un conjunto de compromisos éticos de autoridades y gobernados, vigilados por una opinión pública libre, que impidan los abusos, los excesos, la utilización de resquicios para obtener lo que la institucionalidad no permite y, en suma, el abuso de las normas de derecho."[17] La norma del art. 7° reúne en pocas líneas la separación de órganos y funciones públicas, la vigilancia con frenos y contrapesos institucionales, y el *thelos* del constitucionalismo, esto es, la limitación del poder de los órganos del Estado. Y cuando se refiere a "circunstancias extraordinarias" se entiende que rige la norma aún en estados de excepción constitucional. Las emergencias no crean atribuciones.

Cea Egaña (1999: 40 y 213) hace una distinción entre nulidad o inexistencia, problemática que abunda en la doctrina nacional, en la práctica si dicha nulidad requiere declaración –judicial- o no. La regla general sería la nulidad y en algunos casos excepcionales la inexistencia. Aparte de otros efectos, destacamos para esta cuestión constitucional, el que el acto nulo es insubsanable por la ratificación del acto, ni por el cumplimiento del acto por los gobernados. La relevancia de la sanción precedentemente señalada radica en el hecho de que, como en toda democracia, existe una oposición de partidos al Gobierno de turno y una

16 Schmitt, C., citado por Bondieri, (2006) *El Poder Constituyente*. Disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/el-poder-constituyente.pdf

17 Evans de la Cuadra, E. (2004). *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, pág. 521.

sección ciudadana que la apoya y que operan en su rol de control y fiscalización de los actos de Gobierno. Ante un proceso de recambio constitucional distinto al propuesto por el ordenamiento jurídico, sería esperable que dicha oposición hiciera uso de recursos conducentes a dejar sin efecto el proceso. También en caso contrario, podría darse una resistencia pacífica dentro de los órganos legislativos, desconociendo para todos los efectos, la existencia de la nueva Carta, situación preocupante tanto en lo jurídico como en lo político.

4.- ESTADO DE DERECHO LAXO

"El Estado de Derecho es aquella Nación Estado o Estado sociedad en que impera un sistema jurídico justo, cuya aplicación es objetiva e impersonal, igualmente vinculante para gobernantes y gobernados y en el que, por lo mismo, ninguna arbitrariedad queda ni puede resultar sin sanción." (Cea Egaña, 1999). El populismo es -hoy por hoy, el principal y más cercano enemigo del Estado de Derecho. En diversos Estados latinoamericanos impera este vicio que desvirtúa la democracia, pero que nace desde ella. No se identifica necesariamente con una ideología o postura política, busca como Gobierno preservarse en el poder y su popularidad entre el pueblo. Para ello va a tomar medidas incluso fuera del Estado de Derecho si fuera necesario para aumentar la simpatía de la población.

Llamaremos Estado de Derecho Laxo aquel Estado Sociedad en que, a pesar de existir un sistema jurídico adecuado a las exigencias de la Democracia Constitucional, en la práctica, los límites que establece para los actos públicos son frágiles e indeterminados y dependen de la popularidad del Gobierno de turno. No están claros o no existen sanciones suficientes como para desincentivar la transgresión de dichos límites. Como ya dijimos más arriba, estas transgresiones son incentivadas cuando existe la percepción por el Gobierno de que dichos actos antijurídicos serán aprobados *ex post* por un sector de la población inquieta. Cuando la situación de violación de la norma jurídica, solapada o abiertamente, se vuelve reiterativa y dada su eventual impunidad produce en la sociedad una percepción de que los órganos del Estado están más allá del ámbito de las limitaciones o sanciones de la ley. Esta situación *(tiene dos caras),* en una la sociedad se habitúa a dicha situación y la percibe como adecuada, o al menos como normal, y en lo jurídico, se pierde la conciencia o noción de la regla básica de la democracia, el Estado de Derecho se relativiza como algo prescindible.

En cuanto a la laxitud del Estado de Derecho, algunos Estados latinoamericanos, con prácticas populistas y desaciertos e involuciones, dan cuenta hoy de zonas oscuras y fuentes de inquietud, como la total indefensión ante el creciente terrorismo, lo que entre otros factores afecta la percepción del individuo acerca del Estado y de la "ley" y su respeto o credibilidad hacia sus instituciones.

5.- RECEPCIÓN POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO DE UNA EVENTUAL RECONSTITUCIONALIZACIÓN

a) Congreso Nacional de la República

La introducción de mecanismos de democracia directa como una forma de aumentar la participación política de la ciudadanía, dotándola de la capacidad para generar decisiones vinculantes, es un recurso interesante, pero del que no se debe abusar, so pena de caer en el populismo, especialmente cuando ello ocurre como una manera de disminuir el papel de los partidos políticos. (Salamanca, 1999). En efecto, en

el caso hipotético de la pretensión de sustitución del principio de representación por el de la participación directa de toda la comunidad, sus resultados pueden ser directamente manipulados por el gobierno de turno sin el importante rol mediador de los partidos políticos, y prescindiendo del papel del órgano legislativo. Desde nuestro punto de vista, este clima es propicio para el autoritarismo.

El profesor venezolano Francisco Salamanca (1999) ha señalado que:

> en este importante cambio constitucional tuvo como justificación la necesidad de pasar de la democracia representativa a una democracia participativa; centrada en el ciudadano como el actor principal del sistema político, que disminuye el papel de los partidos políticos y se refuerza con la idea de democracia protagónica impulsada por el Presidente Chávez y desarrollada por los asambleístas.[18]

El proceso en comento se puede asimilar, en una democracia participativa, a una "iniciativa constituyente", que como sabemos es muy difícil que se dé desde un cuerpo social amplio que no se expresa por sí solo por medio de ningún órgano. Entonces el Gobierno que ha impulsado esta iniciativa aparece como vehículo del clamor de la comunidad, imagen que hará valer probablemente en este proceso. Este es un ejemplo de riesgo en una democracia directa participativa.

Con respecto a la etapa de la reforma en el Congreso Nacional, es más adecuado no aventurar resultados, pero es probable que la discusión tanto de la reforma, como de la eventual aprobación de una Carta, dé origen a una sobreactividad política en el seno de nuestra sociedad. Es relevante aquí la teoría de los riesgos mencionada más arriba, en el sentido de que la Constitución debe ser un buen sistema de administración de riesgos. Nuestra actual Carta Fundamental no cuenta con un adecuado sistema de administración de riesgos políticos, que nunca estuvo en la mente de los constituyentes de la época. La incertidumbre de todo el proceso constitucional se traspasa al pueblo, tensiona el clima social y aumenta el riesgo. (Vermeule, s.f.). Será la primera vez que, sin existir un quiebre institucional, el Congreso ejercerá un Poder Constituyente Originario. Requerirá una gran habilidad para el entendimiento con el ejecutivo de turno, a fin de no paralizar eventualmente el proceso.

b) Tribunal Constitucional

El sistema de control concentrado de constitucionalidad ha sido objeto de no poca controversia en la doctrina, fundamentalmente en cuanto a su legitimidad como órgano de un sistema democrático[19]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desde sus inicios ha mantenido una postura consistentemente deferente hacia el resto de los órganos del Estado. En otras palabras, ha respetado la autonomía de cada cuerpo, lo que implica que no ha traspasado los límites de su función contralora. Anticipar la posición o resolución del Tribunal Constitucional no es un mero ejercicio de la imaginación, al contrario, debe formar parte de las distintas estrategias a propósito del proceso reconstituyente, especialmente en lo que se refiere a la primera parte de este, cual es, la reforma de las normas sobre reforma constitucional de la Carta, ya que ella será la puerta principal de entrada a este proceso. Sin ella no habrá nueva Constitución. En efecto, señala Díaz de Valdés, el ejercicio de este control excesivamente estricto podría causar un verdadero anquilosamiento del texto constitucional vigente. Por el contrario, su aplicación demasiado cautelosa podría conducir a la destrucción de las bases más esenciales de nuestro orden constitucional (Díaz de Valdés, 2006).

18 Salamanca, L. (2004), "La democracia directa en la Constitución venezolana de 1999", en El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela. Caracas/Valencia: CEPS, Vadell Hermanos, IEP.

19 Consultar, por ej., Atria, F. (1993). "La objeción democrática". ***Revista Chilena de Derecho,*** vol. 20.

La decisión del Tribunal Constitucional será consistente con su jurisprudencia anterior, ya que ese ha sido su *modus operandi* y forma parte de una esencia que no se encuentra en norma constitucional o legal alguna. Depende solo del Tribunal. La doctrina del Tribunal Constitucional en relación al Poder Constituyente derivado ha sido "el que se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa, o enmienda la CPR."(S.T.C., 272, cc.10 y 11)[20].

En cuanto a la facultad del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución y Legislación para declarar inadmisible la tramitación de una reforma constitucional por estimarla contraria a la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional declinó pronunciarse fundando esta decisión en el hecho de que el conflicto suscitado era de una jerarquía jurídica inferior a aquellas que el constituyente le ha entregado a su competencia (S.T.C., 464, cc. 14 a 17). En cuanto a la interpretación que se deba hacer en su momento de las normas de modificación constitucional, el Tribunal ha resuelto que "las únicas vías para modificar o interpretar la CPR es a través de las leyes destinadas constitucionalmente para tal efecto, en consecuencia, no puede interpretarse la CPR desde leyes ordinarias no dictadas para aquellos fines." (S.T.C. 190, cc. 7 a 17).

Zapata acuñó la expresión "deferencia razonada" para describir la postura del Tribunal Constitucional hacia el quehacer del resto de los órganos del Estado y que ha iluminado desde el principio la jurisprudencia del Tribunal en el control preventivo y abstracto de constitucionalidad, o sea, en relación con el Poder Legislativo fundamentalmente[21]. Este elemento de la jurisprudencia del Tribunal resulta fundamental, por cuanto representa lo que podríamos llamar la "bisagra" de nuestro Estado de Derecho, es decir, la forma como se resuelven las intersecciones de competencias entre los distintos poderes, las que, en variadas ocasiones, no se encuentran previstas por el Constituyente por ser de amplia casuística. Por su parte, Marisol Peña ha señalado que el ámbito del control de constitucionalidad trasciende a la mera operatoria del mismo[22], en efecto señala:

> hoy por hoy, la Constitución es más que la fuente primera y principal de todas las normas del ordenamiento jurídico y positivo, es, ante todo, un "orden de valores", que se expresa, básicamente, en los derechos fundamentales que ella consagra, los que ya no son únicamente una facultad inherente a su titular (dimensión subjetiva) sino que el fundamento de todo el orden jurídico. Así, la labor del Tribunal Constitucional, en cuanto "guardián de la Constitución", no se limita exclusivamente al resguardo de sus normas en sentido estricto, sino que también se extiende a la defensa y promoción de los principios y valores que constituyen el "alma" de la Constitución (Peña, 2006: 178).

Estos son los valores que seguramente tendría en cuenta el Tribunal Constitucional en la interpretación de una reforma constitucional. En general todos los criterios de interpretación aplicados por el TC, emanados de la norma básica del N°6, del art. 93 de la Constitución, esto es, todos aquellos relacionados con la circunstancia de encontrarse fuera del ámbito de la inaplicabilidad, son una aplicación bastante estricta

20 Navarro, E. y Carmona, C. (2015). ***Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)***, Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 59.

21 Consultar Zapata, P. (2002). ***La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*** Editorial Andrés Bello, pág. 72 y ss.

22 Ha sido clara y abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en orden a respetar la norma legislativa cuando no vulnera la Constitución y el respeto a la autonomía del legislador y la presunción de constitucionalidad de sus actos, todo lo cual comprende el Principio de Deferencia desarrollado por el Tribunal, a propósito del control preventivo de constitucionalidad. Ver Rol 43 (24.2.87), LOC Partidos Políticos y Rol 309 (4.8.2000), Convenio OIT Pueblos Indígenas, ambos citados en Peña, M. (2006). "El Precedente Constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la Función Legislativa". Estudios Constitucionales, 4, N°1, Universidad de Talca, pág. 173 a 184.

del Principio de Deferencia Razonada[23] hacia el resto de los Poderes del Estado. Aquí no hay una creación de criterios complementarios a la norma constitucional, se trata de reenvíos muy claros que hace el TC de aquellos casos que claramente o, de algún modo, se encuentran fuera de su competencia y que, por lo tanto, su conocimiento corresponde a otro órgano del Estado. Además de concordar con el punto de vista del Tribunal, se debe puntualizar que, para este, estos criterios son el punto de partida a la hora de la defensa del Estado de Derecho[24]; de la misma manera y como contrapartida este Tribunal ha exigido del resto de los poderes del Estado el mismo respeto a su esfera de competencia. Este punto dice relación además con el tema del efecto vinculante de las sentencias –tanto en su parte decisoria como en la *ratio decidendi*- del TC, para con el resto de los poderes del Estado que a su vez, en cumplimiento de la deferencia razonada, deben acatar y hacer suya la "interpretación de clausura" del Tribunal Constitucional sobre un determinado precepto legal o constitucional[25]-[26].

El Tribunal Constitucional quedaría impedido de poder ejercer la constitucionalidad de un proceso constituyente a la luz de una constitución que se está precisamente reformando, no tiene sentido. En todo caso, sí creemos que el Bloque de Constitucionalidad[27] integrado por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, dentro de los que se encuentra la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sería de aplicación obligatoria para el Tribunal Constitucional como parámetro de interpretativo en un eventual control de esta naturaleza[28]. También la teoría de los derechos humanos resultan ineludibles en cualquier interpretación de rango constitucional, sea en la situación hipotética que sea, y constituyen de esta manera un "bloque de supraconstitucionalidad con el que se tallan las constituciones sucesivas" [29].

23 Consultar Zapata, P. (2002). *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General.* Ediciones Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello: Santiago de Chile, pág. 69 y ss. Usaremos aquí el concepto del profesor Zapata, que une al concepto de deferencia su aspecto razonado, en el sentido de que el Tribunal Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia al amparo de dicho principio, pero de manera razonada, lo que implica, en el caso del legislador, el respeto a su autonomía y la presunción de constitucionalidad de los actos de este. Si bien el profesor Zapata ha desarrollado este concepto de Deferencia a propósito del órgano legislador, lo hemos extendido –siguiendo al Tribunal Constitucional- hacia el Poder Judicial, ya que indudablemente este ha actuado dentro de la esfera de dicho principio, si bien sus elementos constitutivos en el ámbito jurisdiccional son de naturaleza diversa.
En efecto, si bien no es el objetivo de este trabajo, podríamos adelantar que, en el caso de los órganos jurisdiccionales, el Principio de Deferencia reconoce preferentemente la autonomía del tribunal o juez para actuar en el ámbito de su competencia y con respecto a la presunción de constitucionalidad esta no alcanza a manifestarse, es decir, el Tribunal no se plantea la constitucionalidad de los actos jurisdiccionales realizados. Aquí el reconocimiento de competencia es estricto o perentorio más allá del cual el Tribunal Constitucional no se pronuncia.
Para el autor, la autonomía que fija la misma Constitución permite un juicio de mérito y oportunidad o márgenes de discrecionalidad que ella reconoce y garantiza al órgano en particular, donde este es soberano y, en la medida que no infrinja la Constitución, se encuentra más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional. Esta ha sido la doctrina del TC desde al año 1987 con el fallo "Partidos Políticos", Rol 43 (24.2.87) en que reconoce implícitamente el Principio de Deferencia.

24 STC Rol 551 (8.8.06) 2ª Sala y Rol 622 (27.11.06) 1ª Sala.

25 MLDA (2008). *La Admisibilidad del Requerimiento de Inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional Chileno.* Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Santiago.

26 STC, artículo N° 94, sentencia de 06-08-2010. Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Las sentencias del Tribunal Constitucional producen efecto *ex nunc* (sin efecto retroactivo) desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales. El deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado y, por la otra, su irradiación a toda persona o grupo. Al Tribunal Constitucional le cabe la función de ser lo que los especialistas denominan el "órgano de cierre del ordenamiento jurídico", pues, junto con interpretar la Carta Fundamental, sus decisiones no pueden ser impugnadas ni revisadas.

27 Consultar Nash, C. (2012). Derecho internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Nogueira, H. (2007). *El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional en el aseguramiento y garantía de los Derechos Fundamentales en América Latina.* Anuario Jornadas de Derecho Público, Universidad de Talca.

28 Peña T. M. (2011) "Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al estado de derecho y a la democracia. Cuadernos del Tribunal Constitucional n° 47.

29 Consultar Manili, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino.* Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 285.

7.- CONCLUSIÓN

El proceso constitucional en curso se encuentra dentro del Estado de Derecho en su concepción laxa y fuera del principio de Derecho Público establecido en la Constitución de la República[30].

El protagonismo *"in crescendo"* de este proceso es consecuencia del fenómeno de la Constitucionalización del Derecho que también ha operado en nuestro medio.

La sanción a los actos de los órganos del Estado, realizados fuera de su órbita de atribuciones, es la nulidad de derecho público (art. 7°, CPR), pero que requeriría la actividad de un agente jurisdiccional. Lo señalado confirmaría la tesis de riesgo para el Estado de Derecho.

El Gobierno ha tenido la habilidad política de poner en marcha un proceso que, por razones sociopolíticas, ya no se puede detener.

El Tribunal Constitucional dispone, para la interpretación constitucional, en un proceso de reforma y o recambio constitucional, de un marco jurídico-valórico completo, de que da cuenta el Bloque de Constitucionalidad en el que se consideran los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, a los que se encuentra obligado el Estado de Chile a dar cumplimiento.

30 Como lo prescribe el art. 7° de la CPR, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, ninguna magistratura, ninguna persona o grupo de personas pueden atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. El texto parece hecho exactamente para la situación en análisis.

REFERENCIAS

Atria L, F, (2006). “Sobre la soberanía y lo político”, en *Revista Derecho y Humanidades,* N° 12, Editorial Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

(1993) “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 20 núms. 2-3, tomo I, pp. 367-378;

(2010). “Participación y alienación política: el problema constitucional”, en *En el Nombre del Pueblo,* Claudio Fuentes, (editor), (2010). Universidad Adolfo Ibañez, Santiago.

Bandieri, L. M. (2006). *El Poder Constituyente. Reforma de la Constitución y Jurisdicción Internacional,* Universidad Católica San Pablo y el Colegio de Abogados de Arequipa. Disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/el-poder-constituyente.pdf.

Díaz de Valdés, J M, (2006). “Algunas preguntas pendientes acerca del Control de Constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional”, en *Sentencias destacadas. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia,* Instituto Libertad y Desarrollo.

Cea, J. L. (1999). *Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado.* Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, pág. 40 y 213.

Cea, J. L. (2012). *Derecho Constitucional Chileno T.I y II.* Ediciones Universidad Católica de Chile.

Evans de la Cuadra, E. (2004). *Los Derechos Constitucionales, Tomo II.* Editorial Jurídica de Chile, pág. 521.

Ferrada, J. C. (2003). (Coord.). *La Constitucionalización del Derecho Chileno.* Editorial Jurídica de Chile.

Godoy, H. (1977). *El Carácter Chileno.* Editorial Universitaria.

González, J. P. (2010). “Las Reformas Constitucionales de 2009: ¿Nuevos parches para una Constitución fatigada?”, *Anuario de Derecho Público 2010.* Ediciones Universidad Diego Portales.

Larraín, J. (2010). *Identidad Chilena.* LOM: Santiago.

Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución.* Ariel: Barcelona, pág. 226 y ss.

Navarro, E. y Carmona, C. (2015). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional,* 59.

Nogueira, H. (2000). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina.* Talca, Chile, Edit. Universidad de Talca, ISBN: 9567059357

Salamanca, L. (2016). *La Constitución de 1999 y la participación de la sociedad civil en el Poder Legislativo.* http://www.ildis.org.ve/website/administrador/uploads/PC4.pdf.(18.5.2016)

Rawls, J. (1999). *Theory of Justice.* Harvard University Press.

Schmitt, C. (2001). *Teoría de la Constitución.* Alianza Editorial.

Vermeule, A. (2013). *La Constitución de Riesgo.* Cambridge University Press: USA.

(2012). Introducción: Riesgo Político y Derecho Público. Harvard Law School. Disponible en: http://ssm.com/abstract=2046291

II PROCESO CONSTITUYENTE: REFLEXIONES EN TORNO AL ROL QUE LE CABE AL CONGRESO NACIONAL

Constanza Toro[31]

RESUMEN

El presente artículo analiza el rol que le cabe al Congreso Nacional en el actual proceso constituyente que se está llevando a cabo en Chile. Para ello, en un primer apartado se contextualiza el actual momento histórico chileno, refiriéndose a las raíces del denominado "problema constitucional" y cómo ha desembocado en el actual momento constituyente. A continuación se analizan las diversas visiones respecto al papel que debería jugar el Congreso Nacional, incluyendo la postura que ha adoptado el Gobierno en su actual propuesta, para concluir con algunas reflexiones sobre las implicancias de cada postura.

CONSTITUENT PROCESS: CONSIDERATIONS ON THE NATIONAL CONGRESS ROLE

ABSTRACT

This paper analyze the role that should be taken by the National Congress in the constituent process taking place in Chile. First, a historical context is given to explain the origins of the constitutional problem and the current constitutional moment. Then, the different arguments for and against an active role of the Congress are analyzed, considering the current proposal of the Government. The conclusion reflects on the implications of each position.

Sumario: 1. Chile y un nuevo momento constituyente; 2. Rol del Congreso en el proceso constituyente; 3. Conclusiones.

31 Abogada de la Universidad de Chile, Master in Public Policy, London School of Economics (LSE). Se desempeñó como Investigadora del Programa Democracia y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Actualmente, abogada ayudante de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados.

1. CHILE Y UN NUEVO MOMENTO CONSTITUYENTE

A contar de octubre de 2015, Chile inició un proceso constituyente que venía siendo demandado por amplios sectores sociales y del mundo académico. La demanda por una nueva Constitución surge casi inmediatamente después de las últimas grandes reformas a la Constitución actualmente en curso, el año 2005. No obstante, es con ocasión de las elecciones presidenciales de 2014 cuando esta presión logra articularse de tal forma que se posiciona como uno de los principales ejes de la discusión pública. Incluso para aquellos sectores que sostienen que no es necesario iniciar un proceso hacia una nueva Constitución Política, se hizo indispensable referirse y pronunciarse sobre el *problema constitucional.* Es por ello que resulta necesario primero contextualizar en qué consiste este dilema y cómo hemos llegado a este proceso constituyente.

El problema constitucional o cuestión constitucional consiste en el dilema acerca de cómo dotarse una (nueva) norma fundamental que defina las bases de nuestra convivencia política y jurídica, es decir, que recoja los principios o valores rectores de nuestra sociedad, los derechos y deberes de las personas y las principales instituciones de nuestro ordenamiento jurídico[32]; en circunstancias que la actual Constitución Política adolece de vicios de legitimidad, tanto por su origen espurio como por su contenido dotado de múltiples trabas democráticas.

La cuestión constitucional se remonta a los orígenes de la actual Constitución de 1980, la que fue redactada durante la dictadura por una comisión especialmente designada para dicho propósito y posteriormente aprobada en un plebiscito que ha sido calificado como "el fraude electoral más grande de la historia de Chile" (Fuentes, 2003:11). Se trató de un proceso electoral controlado por el régimen militar, en donde no se respetaron las mínimas garantías individuales y electorales que aseguraran su transparencia. Entre otros vicios cabe mencionar: la ausencia de padrón electoral, vocales designados, la fuerte presencia de los organismos de seguridad[33] y, por sobre todo, la ausencia de las libertades individuales –libertad de expresión, prensa, asociación, etc.- que permitieran un verdadero ejercicio de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Adicionalmente, el plebiscito utilizó la estrategia de consultar al mismo tiempo tanto por la aprobación de la Constitución, el itinerario de la transición y la permanencia de Pinochet. Estos vicios marcarían de forma definitiva la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980.

32 En esos términos lo ha planteado el Gobierno al definir estos tres ámbitos –valores y principios (i), derechos, deberes y responsabilidades (ii) e instituciones del Estado (iii)- como las preguntas que deben guiar las conversaciones ciudadanas en la fase de participación del proceso constituyente en curso. Ver: *¿Qué Constitución queremos para Chile? Guía para el dialogo.* Gobierno de Chile. Disponible en: https://www.unaconstitucionparachile.cl

33 Se critica además el brevísimo plazo de un mes que fijó para la realización del plebiscito, la falta de participación u observación de entes autónomos, la movilización de "parodias de apoyo", el diseño semitransparente de la papeleta de votación, etc. (Fuentes, 2003:11).

En cuanto a su contenido, la Constitución de 1980 tenía los mecanismos necesarios para mantener cotos reservados de poder y así "neutralizar" a las mayorías. En palabras de Jaime Guzmán, uno de sus principales artífices, la Constitución debía procurar que aún:

> si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque -valga la metáfora- el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario. (Guzmán, 1979: 19).

Bajo esta lógica se incluyeron múltiples trabas democráticas y enclaves autoritarios a lo largo del texto constitucional. Entre estas normas cabe mencionar: la prohibición del partido comunista, la obstrucción a reformas constitucionales a través de la exigencia de altos *quorum* de aprobación, el establecimiento de senadores designados y vitalicios, las funciones e integración del Consejo de Seguridad Nacional, el otorgamiento a las FF.AA. de un rol de "garante de la institucionalidad", el establecimiento de un sistema electoral binominal, la composición y funciones del Tribunal Constitucional. Adicionalmente, se ha criticado el fuerte sesgo neoliberal que atraviesa la Constitución, particularmente en su visión de los derechos constitucionales (Couso y Coddou, 2009) en donde se privilegió el derecho de propiedad y las libertades individuales por sobre los derechos sociales, económicos y culturales.

No obstante, parte importante de estos déficits democráticos del texto original de la Constitución de 1980 han sido abordados en sucesivas reformas constitucionales. Particularmente, cabe destacar que el año 1989 y el 2005, respectivamente, se aprobaron paquetes de importantes reformas constitucionales, que abordaron gran parte de estos vicios[34]. Adicionalmente, el año 2015, fue definitivamente suprimido el sistema electoral binominal que era uno de los resabios más influyentes del diseño constitucional de 1980. Esto ha hecho que, a ojos de algunos, la Constitución haya pasado por un proceso de "legitimación" a lo largo de las últimas décadas. Sin embargo, en parte por el largo periodo de tiempo que medió entre cada reforma (1989-2005-2015) y porque aún restan reformas pendientes de gran envergadura -por ejemplo, en cuanto al rol del Tribunal Constitucional y los altos *quorum* exigidos para las reformas constitucionales-, la presión por una nueva Constitución fue en progresivo aumento desde el año 2005 hasta desembocar en el presente momento constitucional.

Ambas objeciones –origen ilegítimo y "trampas" anti democráticas en su articulado- fundamentan la demanda por una nueva Constitución y han determinado que luego de más treinta de años de dictada la Constitución de 1980 hayamos excedido potenciales soluciones o reformas propias de aquellos periodos de "política normal"[35]; es decir, la concurrencia de críticas tanto al procedimiento que determinó el origen de la Constitución de 1980, como aquellas críticas al producto mismo de su articulado[36] explica que nos encontremos en uno de aquellos excepcionales "momentos constitucionales", en donde corresponde deliberar y tomar una decisión que atañe tanto al mecanismo constitucional como al contenido de una nueva Constitución.

En este contexto, el presente artículo se propone examinar qué rol le corresponde al Congreso Nacional en el proceso constituyente, tanto desde una perspectiva académica como en la actual propuesta del Gobierno. Para ello, comenzaré haciendo una breve reseña de los eventuales mecanismos constituyentes disponibles

34 Para analizar en detalle el recuento de reformas que ha sufrido la Constitución de 1980 ver Carmona, 2014.

35 Bajo la teoría dualista de la democracia, desarrollada por Ackerman, el cambio constitucional debe contextualizarse tomando en consideración la existencia de alternancia entre extensos periodos de "política normal", que se caracterizan por cierta apatía cívica; y singulares periodos de movilización y deliberación propios de los "momentos constitucionales" (Ackerman, 1999).

36 El constitucionalista Fernando Atria desarrolla un capítulo para explicar la importancia de ambos aspectos –proceso y producto- en la demanda por una nueva Constitución (Atria, 2013: 59 y ss.).

y qué rol asignaría cada uno de ellos al Congreso, para luego revisar la función que ha desempeñado en algunas experiencias comparadas. A continuación, se presenta una revisión de las principales posturas frente al rol que debería jugar el Congreso Nacional en el proceso chileno y cómo se abordó esta disyuntiva por la propuesta del Gobierno. Para concluir, esbozo algunas reflexiones en torno a las implicancias de este debate.

2. ROL DEL CONGRESO EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

2.1 El Congreso en los diversos mecanismos constituyentes disponibles

Como hemos dicho en el acápite anterior, el procedimiento para abordar la creación de una nueva Constitución es una decisión fundamental. Más allá de cuál sea el mecanismo más eficiente y efectivo para elaborar la nueva Constitución[37], la elección misma del mecanismo debe reflejar un consenso político y social que garantice la viabilidad del proceso y la posterior legitimidad de su resultado[38], de ahí que cabe hacer la prevención de que hay ciertos principios que deberán ser observados cualquiera sea el mecanismo elegido, tales como, la debida transparencia y disponibilidad de información para la ciudadanía y los demás actores sociales, la creación de instancias de participación, etc.

En este contexto, tomada la decisión de iniciar un proceso constituyente, se reconocen varios mecanismos posibles para elaborar dicha norma fundamental, los cuales han tenido diversa aplicación a lo largo de la historia, en Chile y el derecho comparado. A grandes rasgos, es posible identificar cuatro tipos de mecanismos constituyentes, dependiendo de cuál sea la plataforma deliberativa o quién sea el principal actor responsable de debatir y decidir el contenido de la nueva Constitución:

a) Comisión de expertos: bajo este mecanismo quienes estarían a cargo de la elaboración del texto constitucional debiesen ser personas destacadas por su conocimiento técnico en materias de constitucionalidad, es decir, se entregaría esta facultad a juristas u otros profesionales en el ámbito de las políticas públicas de reconocida experiencia y trayectoria, quienes pudiesen elaborar un texto de alta calidad técnica. Si bien existen antecedentes de este mecanismo en la historia constitucional chilena, se trata de una alternativa que no ha sido planteada para este proceso constituyente.

b) Asamblea Constituyente: consiste en entregar la deliberación y elaboración de un nuevo texto constitucional a un amplio grupo de ciudadanos especialmente elegidos para esta tarea. La forma de elección de dichos delegados o representantes sociales admite diversas fórmulas (a través de listas, por territorio, sorteo, etc.), pero a diferencia de los congresistas, se trata de un rol especialmente diseñado y acotado para la tarea de elaborar la nueva Constitución.

c) Congreso: en este caso se entrega la responsabilidad al Poder Legislativo, dando preferencia a la continuidad de las reglas institucionales vigentes en un periodo de "política normal" (Ackerman: 1999), es decir, aquel marco jurídico aplicable a la tramitación de reformas constitucionales. De todas formas, dado que una nueva Constitución es más que un mero grupo de reformas constitucionales, dicho marco podría ajustarse para dar lugar a normas especiales de tramitación, tales como: comisiones bicamerales, *quorum* más elevados, trámites adicionales de ratificación, etc.

37 En este punto cabría debatir, por ejemplo, en torno a los costos asociados a cada uno de los posibles mecanismos, la duración de ellos, etc.

38 El punto de partida de este artículo es iniciado un proceso constituyente propiamente tal. No se analizará, por tanto, si debe mediar una ratificación de la voluntad de iniciar un proceso que derive en una nueva Constitución. Gran parte de los autores que tratan estas materias coinciden, sin embargo, en que el primer paso debiese ser la manifestación de la voluntad popular -vía plebiscito- de la decisión de contar con una nueva Constitución.

d) Híbridos: es posible combinar los tres mecanismos señalados anteriormente, ya sea estableciendo diversas fases en el proceso constituyente y distinguiendo etapas a cargo de diversos actores; o formando un ente híbrido, compuesto por ciudadanos, expertos y/o congresistas.

De la descripción de los mecanismos anteriores se advierte que el Congreso no tiene asegurado un rol en el proceso constituyente. Si bien es muy probable que el mecanismo de una comisión de expertos deba pasar luego por el Congreso Nacional, ya hemos dicho que se trata de la alternativa que cuenta con menos apoyo en el contexto nacional actual. De este modo, el rol del Congreso puede ir desde un pleno y exclusivo involucramiento en caso de optarse por la vía institucional, hasta su exclusión en caso de entregar la tarea enteramente a una Asamblea Constituyente, pasando por un rol intermedio, ya sea que se opte por una convención constituyente híbrida, compuesta en parte por congresistas, o que se establezca la posterior revisión o ratificación por parte del Congreso del texto elaborado por una Asamblea Constituyente.

2.2 Experiencia comparada

La experiencia comparada en cuanto a procesos constituyentes es muy nutrida y variada. Con el propósito de aportar insumos a la discusión nacional, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elaboró el año 2015 el Informe "Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada", en donde se examinan más de doscientos procesos constituyentes realizados entre 1974 y 2015, analizando y sistematizando la experiencia en diversas regiones del mundo.

El informe de PNUD reconoce los siguientes tipos de mecanismos a la hora de elaborar una nueva Constitución: (i) a través del Poder Legislativo; (ii) congreso o parlamento constituyente, es decir, aquella instancia elegida específicamente con la misión de ejercer el poder constituyente; (iii) Asamblea constituyente; (iv) Comisión constituyente o comisión de expertos; y (v) Otros mecanismos. En esta última categoría agrupan casos especiales, como aquellas sociedades que luego de atravesar conflictos armados inician procesos constituyentes con una fuerte intervención de la comunidad internacional o de determinados gobiernos extranjeros.

Bajo la clasificación antes esbozada, nos interesa mostrar cuál ha sido la experiencia comparada de procesos constituyentes liderados por el Poder Legislativo, esto es, por el Congreso o Parlamento constituido por las reglas vigentes en periodos de "política normal". De acuerdo de los datos recopilados por el PNUD, los siguientes países optaron por esta vía:

CUADRO 1

Procesos constituyentes analizados vía Poder Legislativo

Bolivia (1994)
Brasil (1988)
El Salvador (1992)
Nicaragua (1995)
Uruguay (1967)
Venezuela (1961)
Angola (2010)
Kenia (1969)
Camboya (1976)
China (1954)
China (1975)
China (1978)
China (1982)
Corea (1987)
Tailandia (2007)
Croacia (1990)
Croacia (2000)
Grecia (1975)
Polonia (1997)
República Checa (1993)

De estos ejemplos, hay casos en que fue el Congreso pleno el que llevó adelante el proceso constituyente (tal fue el caso de Brasil el año 1988, de El Salvador en 1992 y de Corea en 1987). No obstante, en la mayoría de los casos se formó una comisión especial, formada por integrantes de una o ambas Cámaras, dedicada únicamente a la tarea de elaborar una nueva Constitución (Bolivia 1994, Nicaragua 1995, Angola 2010, Croacia 2000, Grecia 1975, Polonia 1997, República Checa 1993). En algunos casos, la ratificación del texto debió –además- pasar por el congreso pleno, la ciudadanía o ambos.

Resulta interesante notar que de los veinte casos examinados por el PNUD, solo seis de ellos correspondan a la región de Latinoamérica[39] y en todos ellos se trata de procesos desarrollados hace más de veinte años. Incluso en el resto del mundo, la experiencia muestra que aquellos procesos dominados por el congreso se desarrollaron hace ya varios años. Precisamente para destacar la preponderancia de cada uno de los mecanismos constituyentes elegidos en Latinoamérica y en los distintos momentos históricos, el informe nos presenta los siguientes gráficos:

39 Destacados en recuadro rojo en las figuras.

GRÁFICO 1

Mecanismo utilizados en procesos constituyentes, total países y América Latina, 1947-2015 (Porcentajes) (N=95)

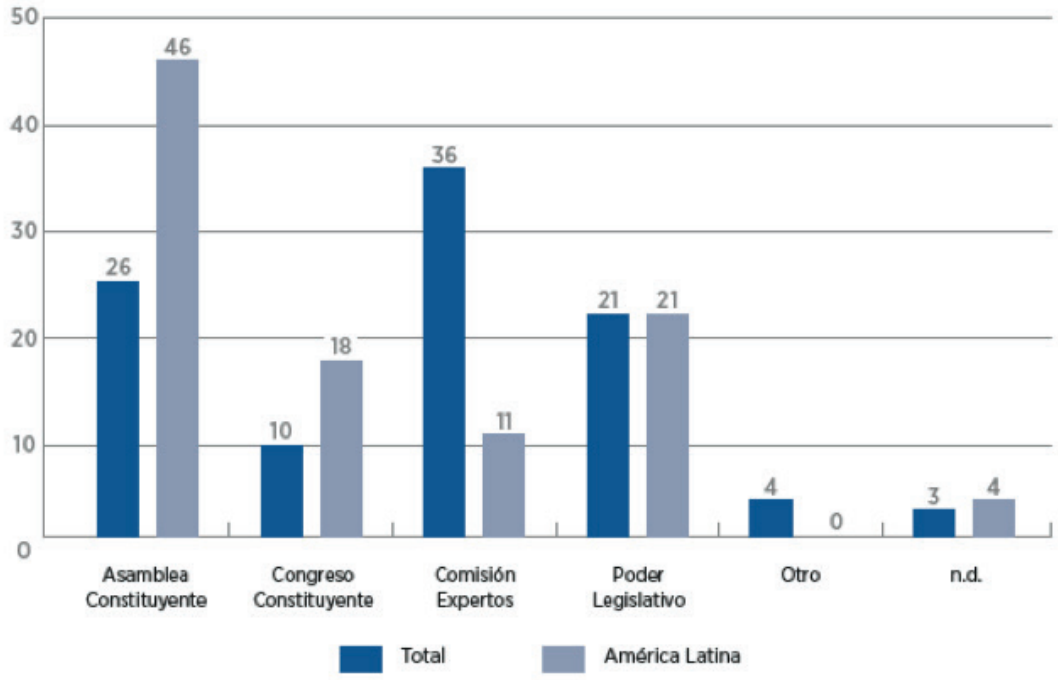
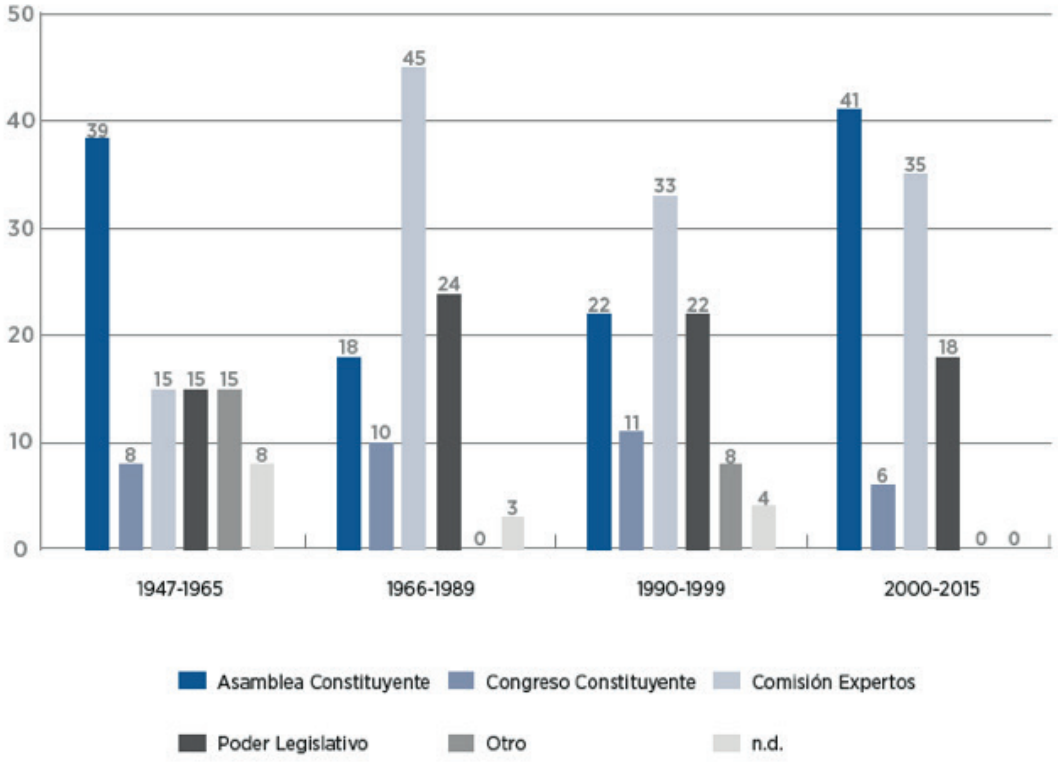


GRÁFICO 2

Mecanismos utilizados en procesos constituyentes, según período. (Porcentaje) (N=95)



En definitiva, de los datos expuestos que muestran el rol del Congreso en procesos constituyentes a lo largo del mundo, es posible concluir:

a) Es un mecanismo que no es ampliamente utilizado ni en Latinoamérica ni en el resto del mundo, siendo la opción elegida para la elaboración de una nueva constitución solo en el 21% del total de casos analizados por el PNUD; y

b) Es un mecanismo cuya mayor utilización se concentró en los periodos de 1966-1989 y 1990-1999 (registrando el 24% y 22% de los casos respectivamente), pero que ha ido cayendo en desuso, en desmedro de otros mecanismos constituyentes, particularmente la Asamblea Constituyente.

2. 3. Academia

Corresponde en esta sección revisar cuáles han sido las posturas desde la Academia respecto al rol que debería jugar el Congreso Nacional en el actual proceso constituyente chileno. Una revisión de la literatura disponible nos muestra que las opiniones se encuentran divididas, por lo que expondré a continuación tres posturas posibles en torno al rol del Congreso, tal y como han sido desarrolladas por sus principales exponentes.

2. 3.1 El Congreso como el principal actor del proceso constituyente

La historiadora Sofía Correa ha defendido la postura de radicar en el Congreso el actual proceso constituyente. Su tesis se basa en la historia constitucional chilena, la que demostraría que los cambios constitucionales más exitosos se han generado en el ámbito del Poder Legislativo.

En este contexto, Correa revisa los principales procesos constituyentes acecidos en Chile, destacando el conjunto de profundas reformas aprobadas en 1873-1874 a la Constitución de 1833 en el seno del Congreso. Estas reformas habrían sido suficientemente profundas para alterar el carácter presidencialista de la Constitución y permitir el desarrollo del parlamentarismo en Chile, por lo que equivaldrían a una "mutación constitucional" (Ruiz Tagle en Correa, 2015: 49). Por el contrario, la Constitución de 1925 se elaboró entre comisiones y subcomisiones designadas, proceso a través del cual se aludió constantemente a la necesidad de organizar una Asamblea Nacional Constituyente. Esta Constitución impondría el régimen presidencial, el que colapsaría de forma definitiva en 1973.

A raíz de este recuento histórico, Correa concluye que los más exitosos procesos constituyentes desarrollados en nuestro país (mutación de la Constitución de 1833) responden a instancias de deliberación desarrolladas en el Congreso Nacional. En contraste, la experiencia de comisiones especiales y prácticas de asambleísmo se han basado en un discurso de democracia directa para dar pie al corporativismo y representación sectorial, ensayos que han demostrado fracasar en la historia constitucional chilena (Constitución de 1925).

Respecto a la Constitución de 1980, Correa plantea la tesis de que a pesar de las modificaciones de 2005, el hecho de no haber llevado a cabo una oportuna reforma electoral impidió seguir el camino institucional hacia una nueva Constitución. Por el contrario, las trabas impuestas por el sistema binominal fueron alimentando la demanda de una asamblea constituyente, no obstante, en su opinión, la alternativa de una asamblea

> constituye un camino hacia el caudillismo autoritario, en la medida en que se excluye la negociación política, que es la que permite construir entendimientos mirando a la totalidad social en una temporalidad más extensa que el presente inmediato. En las experiencias de representación corporativa son los grupos más fuertes los que se imponen sobre el conjunto social, a diferencia de la democracia representativa que implica la búsqueda del acuerdo político en espacios institucionales, particularmente en el Congreso Nacional. (Correa, 2015: 78).

El argumento de la representación e institucionalidad como valores radicados en el Congreso Nacional ha sido destacado también por el abogado Esteban Szmulewicz, para quien:

> la manera más viable de concretar la demanda por una nueva Constitución es radicando en Congreso Nacional la labor constituyente. El Congreso representa en Chile la institución democrática de más larga data, al tiempo que se trata de un poder plural, compuesto por individuos de origen diverso, en que gobierna la mayoría con respeto y consideración de las minorías, orientado a la discusión colectiva y la búsqueda de consenso, y que posee importantes canales de representación de los intereses colectivos, y de procesamiento de las diferencias mediante un procedimiento deliberativo. (Szmulewicz, 2015: 148-149).

No obstante, este autor desarrolla otras condiciones que dan forma a una tercera postura que explicaremos más adelante, la defensa que realiza del rol institucional del Congreso recoge los argumentos que caracterizan esta primera posición a favor del congreso como principal actor del proceso constituyente.

2.3.2 La deslegitimación del Congreso para liderar el proceso constituyente

El constitucionalista Fernando Atria ha declarado que "es bastante evidente que este Congreso no está en posición de solucionar eso [la elección del mecanismo para elaborar una nueva Constitución], porque este Congreso ha sufrido la deslegitimación que se produce como resultado de todas las trampas constitucionales que hoy existen"[40]. A raíz de las críticas de legitimidad que aquejan el Congreso, y también en parte debido al descrédito que sufre este organismo como representante de la política tradicional y el sistema de partidos políticos, hay un importante sector que ha abogado por radicar el proceso constituyente en un organismo que trascienda el sistema de partidos políticos y que cuente con una amplia participación de la ciudadanía: una Asamblea Constituyente[41].

Quienes defienden la alternativa de una Asamblea Constituyente destacan que el poder constituyente no estaría radicado en el Congreso, sino en el pueblo y, por lo tanto, la lógica sería entregar a la ciudadanía la facultad de elegir a sus representantes y delegados para conformar el órgano que ejerza dicho poder constituyente originario. En este sentido, el historiador Sergio Grez destaca que no debe confundirse "el poder constituyente concebido desde Sieyès (1789) en adelante como un poder soberano, desvinculado de toda norma jurídica previa, extraordinario y autónomo, radicado en el pueblo por antonomasia, con los poderes constituidos, radicados en el Congreso Nacional". (Grez, 2015:77).

40 Atria en entrevista a Canal 13. Disponible en: http://www.t13.cl/noticia/politica/proceso-constituyente-expertos-analizan-dudas-debates

41 Cabe destacar que no solo académicos y organizaciones sociales se han pronunciado a favor de una Asamblea Constituyente (articulada por ejemplo en la iniciativa "Marca AC"), existe también una "Bancada Transversal por una Asamblea Constituyente", constituida en la propia Cámara de Diputados en abril de 2015.

Para este y estos autores, debe distinguirse el poder constituyente originado –cuyo único titular es el pueblo- del poder constituyente derivado –el que puede ser ejercido por el Congreso-. Dado el momento constitucional de elaborar una nueva carta fundamental, se propone que la elección del mecanismo y el contenido de esta norma recaigan en el titular del poder constituyente originario. No obstante, hay autores que precisan que "ni la Asamblea Constituyente ni el Congreso Constituyente ni el Referéndum Constituyente son sinónimos, de por sí, del poder constituyente originario (…) solo nos cabe insistir que un mecanismo (p.e. Asamblea Constituyente) no determina la naturaleza del poder constituyente (originario o derivado), ni la profundidad o grado del momento constitucional" (Zúñiga en Fuentes y Joignant, 2015: 189), esto, en tanto la conformación de dicha asamblea también requeriría elaborar mecanismos de representación.

En similar sentido, Atria toma como punto de partida el propio concepto de Constitución, lo que nos remite a una decisión fundamental sobre la identidad y forma de existencia de una comunidad política, por lo que es una decisión que no reconoce la normatividad anterior y se desvincula de las reglas procedimentales previas (Atria, 2013: 68 y ss.). Esto validaría optar por un nuevo mecanismo de nueva Constitución (por ej. Asamblea Constituyente), pero podría también validar optar por la vía del Congreso, siempre y cuando esta decisión constituyente haga suya las normas anteriores, no por la normatividad que estas revisten según la antigua Constitución. Y son precisamente estas reglas –entre ellas las normas electorales que determinan la conformación del actual Congreso, pero también los procedimientos de reforma constitucional, entre otras normas- las que son deslegitimadas y calificadas como "trampas constitucionales" bajo esta tesis. Es decir, no se trata de reglas que representen un aprendizaje institucional-histórico, sino de mecanismos que sirvieron a la finalidad expresa de neutralizar la acción política del pueblo y dar continuidad de ese modo a la opresión de la dictadura.

Atria sostiene que ni aun después de la reforma electoral que eliminó el infame sistema binominal, debería ser el Congreso quien lidere el proceso constituyente, ya que el mecanismo de una asamblea constituyente reviste importantes ventajas por sobre la vía del Congreso Nacional, en particular: (i) tiene un mandato constituyente especial y que se ejerce por una sola vez, lo que la libera de los problemas de incumbencia del Congreso; (ii) tendría una composición unicameral, lo que es preferible frente a la composición aun marcada por el binominal del próximo senado; y (iii) podría dar pie a normas de integración que aseguren la representación de grupos tradicionalmente marginados (Atria en Fuentes y Joignant, 2015: 62 y ss).

2.3.3 Proceso constituyente liderado por el Congreso bajo ciertas condiciones

Una tercera posición posible resulta como combinación de las dos posturas previas; es decir, se trata de dar cuenta del Congreso Nacional como portador de un rol institucional histórico valioso y constitutivo del espacio natural de deliberación en una democracia representativa, pero al mismo tiempo se reconoce la existencia de reglas constitucionales deslegitimadas que deben ser reemplazadas por normas dotadas de una renovada legitimidad.

En general, esta postura se concentra en el reconocimiento de los vicios democráticos que acarreaba el sistema electoral binominal. Es por ello que se plantea que tendría que ser el siguiente Congreso –aquel elegido con las nuevas reglas electorales, incluyendo la superación del sistema binominal pero también bajo las nuevas normas de transparencia y financiamiento de la política- el que asumiría un rol constituyente. De este modo, se busca resguardar el Congreso como principal espacio de deliberación política y reponer el alicaído prestigio de la representación a través de los partidos políticos. En palabras de Szmulewicz:

> el Congreso encarna la alternativa óptima para la redacción de una nueva Constitución que cumpla con el llamado de ser realizada a través de un procedimiento democrático, institucional y participativo. Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer también que nuestro Congreso actual sufre de serios defectos que lo afectan gravemente en materia de representación, y con ello también en la capacidad de convocar a la ciudadanía para la participación. (Szmulewicz en Fuentes y Joignant, 2015: 156).

De ahí que se sostenga que debe ser el Congreso de 2018 el que asuma este rol constituyente, ya que solo un Congreso elegido por las nuevas reglas electorales, con la nueva normativa de financiamiento de la política y demás regulación de la relación política-dinero, podrá ser considerado un Congreso constituyente propiamente tal. Szmulewicz agrega además que para el funcionamiento de un Congreso constituyente deberían implementarse las medidas del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción y reformarse el actual procedimiento para proveer las vacantes de diputados y senadores (Szmulewicz en Fuentes y Joignant, 2015: 147-159).

Adicionalmente, suele añadirse a este tipo de propuestas la necesidad de uno o más mecanismos que incluyan la participación ciudadana, tanto en la deliberación del contenido de la nueva Constitución, como en la ratificación final del texto que surja del proceso constituyente. La forma específica que asuma la participación es un asunto que admite diversas alternativas, pero lo que se busca es enfatizar el rechazo al "falso dilema que algunos proponen en torno a realizar una AC sin el Congreso, o a utilizar el Congreso sin participación" (García y Verdugo en Fuentes y Joignant, 2015:134).

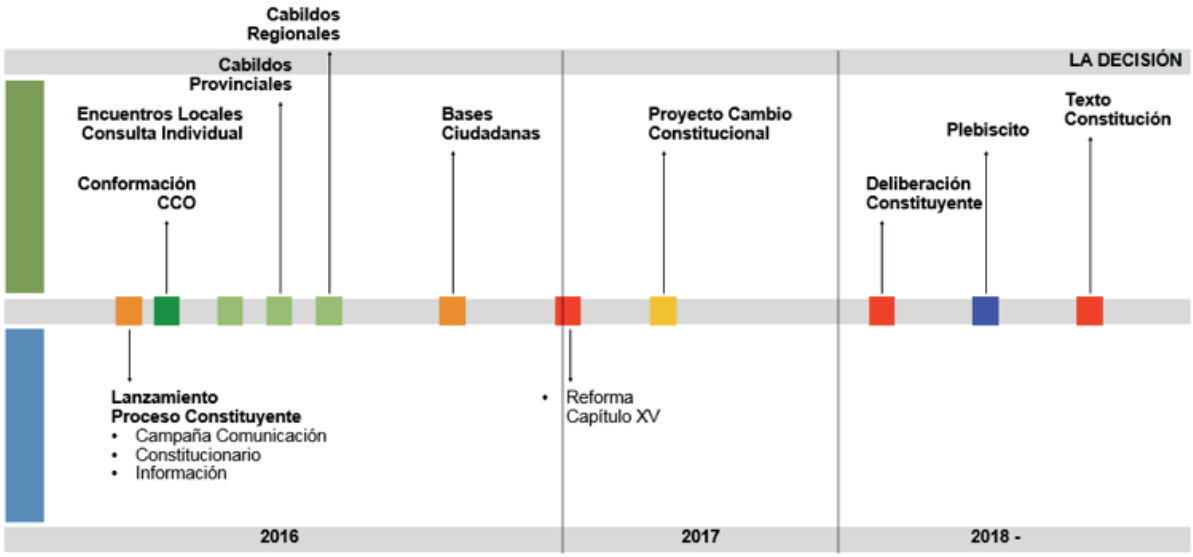
2.4 Propuesta del Gobierno

La campaña presidencial de la entonces candidata Michelle Bachelet se apoyó fuertemente en la idea de una nueva Constitución. Muchos de quienes la apoyaron defendían abiertamente la idea de una Asamblea Constituyente. El programa de gobierno, sin embargo, se limita a establecer que la nueva Constitución deberá elaborarse en un proceso democrático, institucional y participativo; es decir, mediante un mecanismo que asegure: i) que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores; ii) que todas las autoridades instituidas asuman una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo, lo que exige que tanto la Presidencia como el Congreso concuerden criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y iii) que la ciudadanía participe activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución[42].

Nada se decía, por lo tanto, del mecanismo preciso por el cual se optaría para elaborar la nueva Constitución, más allá de la descripción de las condiciones que dicho mecanismo debe cumplir. No obstante, la referencia a la institucionalidad daba indicios de que el Congreso tendría algún rol en este proceso, aunque es incierto la extensión de dicho rol. En este contexto, el año 2015 se da inicio al denominado "proceso constituyente", que se rige por el siguiente cronograma[43]:

42 Programa de Gobierno de la Presidenta, pp.35, disponible en http://michellebachelet.cl/programa

43 Presentación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, 4 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=52686&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION



*Fuente: Presentación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, el 4 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=52686&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION . 109-137.

De acuerdo a este cronograma, el proceso constituyente consta de siete grandes fases, en donde se aborda tanto la discusión previa sobre la elección del mecanismo constituyente, la deliberación del texto propiamente tal y la ratificación de él. Dichas fases comprenden[44]:

- Educación cívica y constitucional
- Diálogos ciudadanos
- Consejo Ciudadano de Observadores que vele por el proceso
- Entrega de las Bases Ciudadanas con las que la Presidenta escribirá una propuesta de nueva Constitución
- Reforma constitucional para una nueva Constitución
- Mecanismo y discusión de la nueva Constitución
- Plebiscito de ratificación

Específicamente, el Congreso interviene en la 5ª y 6ª fase de las antes mencionadas. Tratándose de la reforma constitucional se anunció que, mediante una modificación al capítulo XV de la actual Constitución, este Congreso habilitará al siguiente para decidir quiénes y cómo se elaborará la nueva Constitución, es decir, será el Congreso de 2018 el que decidirá acerca del mecanismo constituyente, quienes podrán elegir entre: i) el propio Congreso (comisión de diputados y senadores); ii) una convención constituyente mixta (parlamentarios y ciudadanos); iii) una asamblea constituyente; o iv) llamar a plebiscito para que la ciudadanía elija entre las tres alternativas anteriores.

44 http://www.gob.cl/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/

Por lo tanto, el Gobierno optó por distinguir entre la elección del mecanismo constituyente de la discusión constitucional propiamente tal, y es en este primer ámbito –qué mecanismo elegir- en donde se confía la decisión al Congreso de 2018. De esta forma, existe un importante reconocimiento al rol del Congreso elegido por las nuevas normas electorales, ya que se le designa como el legítimo ámbito institucional en donde corresponderá tomar la decisión del mecanismo constituyente por el cual optar.

Respecto a las opciones de mecanismos constituyentes, se reconocen todas las alternativas que identificamos previamente, con exclusión de la comisión de expertos, es decir: la vía institucional (comisión bicameral), la asamblea constituyente y la vía híbrida (convención constituyente mixta). Adicionalmente, se abre una cuarta alternativa que consiste en delegar dicha responsabilidad en la ciudadanía, la que elegiría mediante plebiscito qué mecanismo constitucional le parece más adecuado. Esto último puede leerse como una manera de reconocer a la ciudadanía como el titular del poder constituyente originario, quien a través del plebiscito tomaría la decisión respecto de en quién delegar dicha potestad.

Mediante esta fórmula, la propuesta del Gobierno ha hecho recaer en el futuro Congreso la decisión respecto del mecanismo constituyente, quien a su vez podrá devolver dicha facultad a la ciudadanía, para que sea esta quien determine cómo ha de elaborarse la nueva Constitución. Todo ello, con el antecedente de un proyecto de nueva Constitución redactado por el Ejecutivo tomando como en cuenta el documento de bases ciudadanas producto de la fase de participación.

3. CONCLUSIONES

Desde hace ya varias décadas Chile arrastra el desafío político de solucionar el problema constitucional. Los persistentes vicios tanto de origen como de contenido que aquejan a la actual Constitución, aún a pesar de sus varias reformas, han determinado que hayamos arribado a un crucial momento constitucional, un momento en el cual se advierte un extendido consenso respecto a la necesidad de un nuevo texto fundamental. No obstante, no existe dicho consenso respecto de qué mecanismo constitucional resulta ser el más idóneo para elaborar la nueva Constitución.

Es en este contexto en el cual cabe reflexionar en torno al rol del Congreso Nacional. Para ello, es necesario reconocer que el mundo político ha cambiado, y en consecuencia, el Congreso ya no es el único ni necesariamente el principal actor involucrado en los procesos constituyentes. Así lo avala la experiencia comparada, en particular la latinoamericana, en donde las asambleas constituyentes han sido el mecanismo prevaleciente en los últimos años para llevar adelante procesos.

Más allá de las críticas o alabanzas que se hagan a mecanismos como la Asamblea Constituyente[45], es importante que el Congreso mantenga un rol relevante en el proceso constituyente, sin que esto signifique excluir a otros actores sociales. Para lograr dicha tarea, será fundamental que se trate de un órgano con recobrada legitimidad, por lo que resulta razonable que se trate del Congreso de 2018 elegido con nuevas y más representativas reglas electorales.

El Congreso Nacional es todavía **la principal vía de expresión de la democracia representativa** y resulta vital para el desarrollo de los partidos políticos y la deliberación democrática. La sana promoción de otros tipos de democracia (participativa y directa) no debe ser en desmedro de la democracia representativa. Por el contrario, estas deben complementarse, fortaleciendo así el alcance de la democracia en Chile y revirtiendo el preocupante desprestigio de la política y sus instituciones. Adicionalmente, el Congreso es la

45 Hay quienes han expresado su preocupación frente a algunas características de la primera fase de participación ciudadana –que podría ser tomada como un antecedente de lo que cabría esperar de una asamblea constituyente-, en tanto ha revelado un fuerte sesgo socioeconómico y una marcada centralización en desmedro de las regiones. Ver Mauricio Morales en http://voces.latercera.com/2016/06/07/mauricio-morales/proceso-constituyente-abc1/

encarnación del Poder Legislativo y, en el contexto jurídico chileno, de fuerte corte presidencialista, resulta fundamental fortalecerlo para consolidar un correcto juego de balances y contrapesos.

El cómo ha de recogerse este rol que se le reconozca al Congreso es aún un asunto abierto a debate. La propuesta del Gobierno ha validado su importancia al confiarle la decisión respecto del mecanismo constituyente por el cual optar, pero ha mantenido abierta la posibilidad de más de un mecanismo posible y no ha entregado detalles de cómo se regularía cada uno de ellos. Es en dicha regulación en donde deberá definirse el alcance de la participación del Congreso. En mi opinión, debiese optarse por un mecanismo híbrido que garantice la participación de parlamentarios y miembros de la ciudadanía, que dé espacio tanto a partidos políticos como a organizaciones sociales, que se rija con transparencia y publicidad, y que cuente con el respaldo final de la ciudadanía.

REFERENCIAS

Ackerman, B. (1999). La política en el diálogo liberal. Barcelona: Gedisa.

(2007). La nueva división de poderes. México: Fondo de Cultura Económica.

Atria, F. (2013). La Constitución tramposa. Santiago: LOM Ediciones.

Atria, F.; Benavente, J.; Cousó, J.; Joignant, A.; y Larraín, G. (2013). El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. Santiago: Random House Mondadori.

Bobbio, N. (2008). Liberalismo y Democracia. México: Fondo de Cultura Económica.

Carmona, C. (2014). "Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013". *Revista de Derecho Público,* Universidad de Chile, Número Especial, 57-81.

Couso, J. y Coddou, A. (2009). Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena. Santiago: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO), Universidad Diego Portales (UDP), Working papers, Nº 2.

Correa, S. (2015). "Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente". Estudios Públicos, N° 137, 43-85.

Fuentes, C. (2013). El Fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980. Santiago: Editorial Hueders.

Fuentes, C. y Joignant, A. (Edit.) (2015). La Solución Constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos. Santiago: Editorial Catalonia.

Gargarella, R. (2011). "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina" en El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, César Rodríguez Garavito (Coord.), Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 87-108.

Grez, S. y Foro por la Asamblea Constituyente (2015). Asamblea Constituyente. La alternativa democrática para Chile. Santiago: Editorial en América en Movimiento.

Guzmán, Jaime (1979). "El camino político". Revista Realidad, Año 1, N°7, 13-23.

Ríos, M. (2015). Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. Santiago: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Sierra, L. (Editor). (2015). Diálogos Constitucionales. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Silva Bascuñan, A. (1997a). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios, Estado y Gobierno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

(1997b) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III, La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Uprimny, R. (2011). "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En César Rodríguez Garavito (Coord.), El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 109-137.

III LOS PROCESOS CONSTITUYENTES DE ESTABLECIMIENTO Y DE REFORMA DE LAS CONSTITUCIONES CHILENAS

Humberto Nogueira Alcalá[46]

RESUMEN

En la historia de Chile han existido diez textos constitucionales (de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980) así como un proyecto de constitución federal en 1826 que no se concretó. Estas constituciones se pueden dividir según el periodo histórico en el cual fueron establecidas. Patria Vieja (reglamentos constitucionales provisorios de 1811, 19812 y 1814); la etapa de ensayos constitucionales posteriores a la independencia (las cartas fundamentales de 1818, 1822, 1823 y leyes federales de 1926) y la etapa de las constituciones completas (constituciones de 1828, de 1833, de 1925 y de 1980).

El elemento común del constitucionalismo chileno ha sido desde 1833 el Estado republicano y la forma jurídica de Estado unitario, todo ello en el marco de un Estado de Derecho y Constitucional, con el aseguramiento de derechos fundamentales y humanos, en forma progresiva, con excepción del gran paréntesis del 11 de marzo de 1973 al 11 de marzo de 1990, en el cual operó un régimen autoritario que puede considerarse dentro de la tipología de estos como "burocrático militar" (Juan Linz).

CONSTITUENT PROCESSES OF ESTABLISHMENT AND THE CHILEAN REFORM OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT

In the history of Chile there have been ten Constitutional texts (1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 and 1980) and a draft Federal Constitution in 1826 that did not materialize. These constitutions can be divided according to their historical period in which they were established. *Patria Vieja* (provisional Constitutional Regulations of 1811, 19812 and 1814); the post-independence stage (Constitution of 1818, 1822, 1823 and 1926 Federal Law) and the stage of complete Constitutions (constitutions of 1828, 1833, 1925 and 1980).

46 Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Director del Doctorado en Derecho, Universidad de Talca.

The common element of Chilean constitutionalism has been, since 1833, the Republican State and the legal form of Unitary State, all within the framework of the Rule of Law and the Constitution, with the assurance of fundamental and human rights, progressively, with the exception of the long parenthesis of March 11, 1973 to March 11, 1990, in which operated an authoritarian regime that can be considered within the typology of these as "military bureaucratic" (Juan Linz).

Sumario: 1. Los Reglamentos constitucionales provisorios de la Patria Vieja; 2. Los ensayos constitucionales posteriores a la independencia (1818 – 1826); 3. Las constituciones completas (1828 hasta el presente); 4. La génesis y aprobación de la Constitución de 1980; 5. Síntesis de procedimientos de generación de nuevas constituciones y reformas constitucionales.

1. LOS REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES PROVISORIOS DE LA PATRIA VIEJA (1811-1814)

1.1. El Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 1811 fue redactado y aprobado por el Congreso Nacional el 11 de agosto de 1811 y fue derogado el 15 de noviembre de 1811 por el Golpe de Estado de José Miguel Carrera.

1.2. El Reglamento Constitucional Provisorio de 1812. Fue redactado y promulgado por José Miguel Carrera el 26 de octubre de 1812. Se considera que contiene una velada declaración de independencia al señalar que "ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquier autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos del Estado", aunque comienza estableciendo que Chile reconoce que "Su Rey es Fernando VII". Fue derogado el 6 de octubre de 1813.

Después de la destitución de Carrera se establece un nuevo Reglamento para el Gobierno provisorio.

1.3. El Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814 fue promulgado el 17 de marzo de 1814. Crea un Ejecutivo unipersonal, con el nombre de Director Supremo al que se le asignan amplias competencias, y establece un Senado integrado por siete personas. Ejerció el cargo de Director Supremo el coronel Francisco de la Lastra.

Este último Reglamento fue suspendido por la restauración española en octubre de 1814, que marcó el fin de la Patria Vieja.

2. LOS ENSAYOS CONSTITUCIONALES POSTERIORES A LA INDEPENDENCIA (1818 – 1826)

Después de la expulsión de los realistas y durante el gobierno de O'Higgins, se dictaron dos textos:

2.1. La Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818. Fue elaborada por una comisión redactora y aprobada el 8 de agosto de 1818. Fue una Constitución Provisoria, que le otorgaba al Libertador poderes similares a los de un dictador. Esto provocó molestia en sus opositores, por lo que llevó a conformar una convención constituyente que diera curso a una nueva Constitución.

2.2. La Constitución Política del Estado de Chile de 1822. Redactada por el ministro de estado José Antonio Rodríguez Aldea y promulgada el 30 de octubre de 1822.

La Convención fue convocada por O'Higgins, quien participó activamente interviniendo en la designación de los candidatos elegidos a dicho cuerpo legislativo, en la que tuvo participación determinante en la elaboración del texto el ministro de O'Higgins José Antonio Rodríguez Aldea. Promulgada el 8 de agosto de 1822 por Bernardo O'Higgins, dicha Constitución se inspira en la Constitución liberal española de 1812.

Dicha Constitución determina la independencia de los tres poderes del Estado, fija un plazo para el mandato presidencial, propone un sistema legislativo y crea los ministerios de Relaciones Exteriores, Hacienda y Guerra y Marina. Significaba la prolongación automática del mandato del Director Supremo por diez años más, lo que generó un clima de rechazo mayoritario en el país.

Las asambleas provinciales de La Serena y Concepción desconocieron el nuevo texto constitucional y desplegaron actividades militares que apuntaban hacia el riesgo de una guerra civil. En dicho contexto, ante un cabildo abierto en Santiago, O'Higgins renunció a su cargo el 28 de enero de 1823.

Después de la abdicación de O'Higgins, asumió como Director Supremo don Ramón Freire Serrano, quien ejerció el cargo hasta mayo de 1827 y promulgó una nueva Constitución el año 1823.

2.3. La Constitución de 1823.

Luego de la abdicación de O'Higgins, se realizó una convocatoria a un congreso constituyente sobre la base de un padrón único de ciudadanos electores habilitados según un conjunto de requisitos que debían cumplirse (edad, sexo masculino y posesión de una propiedad inmueble, entre otros). Los electores concurrían hasta una asamblea provincial de ciudadanos donde emitían su sufragio y elegían diputados constituyentes titulares y suplentes por cada distrito territorial o partido. El 12 de agosto de 1823 se instaló el primer Congreso Nacional en Chile que tuvo un carácter constituyente, el que fue presidido por Juan Egaña.

Como primer acto, el Congreso Constituyente designa a Ramón Freire como Director Supremo, asimismo determinó una comisión redactora del proyecto de Constitución, en los hechos el texto constitucional discutido en el Congreso Constituyente fue redactado inicialmente por una comisión de 5 diputados sobre la base de un borrador redactado por Egaña, con posterioridad los sectores liberales presentaron otro proyecto, el texto pasó a su revisión por el plenario, la asamblea se demoró 4 meses en redactar un texto constitucional, sin perjuicio de ocuparse de los demás asuntos y proyectos que el Ejecutivo enviaba al Legislativo. Dicho texto de Constitución se aprobó el 28 de diciembre con la oposición de los liberales y fue promulgada y jurada la Constitución el 29 de diciembre de 1823.

Fue llamada la constitución "moralista" por sus características normativas que dirigían las actividades de los ciudadanos. Esta Constitución declara expresamente la independencia de los tres poderes del Estado. Por esta razón, y por su difícil aplicación en la sociedad de aquella época, fue suspendida en julio de 1824 y declarada "insubsistente" en diciembre de 1824.

2.4. El ensayo federal y leyes federales de 1826

La llamada "Constitución de 1826". En dicho año operó el Congreso General Constituyente de 1826, de mayoría federalista, esbozó un proyecto federalista propiciado por José Miguel Infante, el cual no prosperó debido a la escasez de recursos de las provincias y a la falta de atribuciones concedidas al Ejecutivo. Sin embargo, se concretó un conjunto de "leyes federales" sancionadas por el Congreso (entre julio y octubre de ese año), que dividían al país en ocho provincias, otorgándoles amplia autonomía, pero sin definir límites claros de ellas, produciéndose algunos conflictos.

El proyecto constitucional nunca fue aprobado, ya que el Congreso se disolvió pocos meses más tarde a causa de la inestabilidad política, lo que no impidió la realización de un breve lapso de ensayo de federalismo que no logró estabilizarse debido, principalmente, a la férrea oposición de la aristocracia santiaguina. Sin embargo, esta iniciativa federalista no prosperó, debido a la escasez de recursos propios de cada provincia y a la falta de facultades concedidas al Ejecutivo. A lo anterior se sumó la autodisolución del Congreso, lo que generó inestabilidad política. Un cambio muy importante ocurrió el 8 de julio de 1826, cuando se sustituye la figura del Director Supremo por el Presidente de la República, denominación que se emplea por primera vez para el Poder Ejecutivo. Las leyes federales fueron derogadas en 1827, durante el gobierno del presidente Francisco Antonio Pinto.

3. LAS CONSTITUCIONES COMPLETAS (1828 HASTA EL PRESENTE)

3.1. La Constitución de 1828

La Constitución Política de la República de Chile de 1828 fue una constitución liberal y su ideólogo y principal redactor fue José Joaquín de Mora junto con Melchor de Santiago Concha Cerda. Fue discutida, revisada y aprobada por el Congreso General Constituyente electo el 8 de agosto de 1828.

El 25 de febrero de 1828 se inauguró el Congreso General Constituyente con más de 40 diputados electos democráticamente, los cuales debían trabajar en la elaboración de una nueva Constitución para la República en formación. Esta constitución fue promulgada en Valparaíso (agosto de 1828) durante el gobierno del liberal Francisco Antonio Pinto. Fue enviada a todas las provincias y recibida con beneplácito por ellas, expresado en actas y documentos que revelaban la esperanza que dicha Carta Fundamental sería el instrumento de la paz y la base para el desarrollo del país. La declaración de los derechos individuales que ella contiene y algunas otras disposiciones reflejaban el espíritu liberal que la inspiraba.

Desde el punto de vista técnico, se presenta como un texto constitucional completo, siendo la primera constitución chilena en contener mecanismos de reforma constitucional. Sin embargo, solo operó unos pocos años.

El poder legislativo es ejercido por el Congreso Nacional que es bicameral. Los miembros de la Cámara de Diputados son elegidos por voto directo a razón de uno por cada 15 mil habitantes. Permanecen dos años en el cargo. El Senado está compuesto por miembros electos por las asambleas provinciales a razón de dos senadores por provincia. Duraban en sus cargos cuatro años siendo renovados por mitades. Cuando el Congreso estaba en receso funcionaba una comisión permanente integrada por un senador por cada provincia. La formación de las leyes corresponde a iniciativa de cualquiera de las dos cámaras o el Presidente de la República.

El Poder Ejecutivo está conformado por el Presidente y Vicepresidente de la República que son elegidos por un sistema de electores en representación de las provincias (voto indirecto). Permanecen cinco años en el cargo, sin derecho a reelección inmediata, salvo después de un periodo de 5 años. El Presidente tiene atribuciones para nombrar y remover a los ministros de Estado, puede emitir vetos suspensivos a los acuerdos del Congreso y ejercer el derecho de patronato de la Iglesia Católica en Chile. Además, puede celebrar tratados internacionales, concordatos y declarar la guerra con previo acuerdo del Congreso.

El Poder Judicial está radicado en la Corte Suprema, cortes de apelación y juzgados de primera instancia. Los integrantes de la Corte Suprema, que son 5 ministros y un fiscal, son designados por el Congreso en sesión conjunta de ambas cámaras. Los integrantes de las cortes de apelaciones son designados por el Presidente a proposición de la Corte Suprema.

La fracción conservadora que controlaba la capital y el valle central, debido a su condición de fuerza social económicamente dominante, reaccionó contra esta Constitución de factura liberal que no beneficiaba a sus intereses económicos y sociales, potenciando su poder fáctico para enfrentar con éxito toda alternativa que se opusiera a sus intereses y así solucionar a su favor la etapa de equilibrio aún inestable del poder político, enfrentando las medidas reformistas implantadas por el Presidente Francisco Antonio Pinto, ya incorporadas en la Constitución de 1828, las que establecían la desarticulación de los mayorazgos, la libertad de culto y una mayor participación social. Estas fueron las causas de la contrarrevolución de 1829 y su prolongación en la cruenta batalla de Lircay del 17 y 18 de abril de 1830.

Terminada la batalla de Lircay, se procedió a poner fin a la vida de una parte sustantiva de los prisioneros del ejército constitucionalista de Ramón Freire, entre ellos a todos los militares extranjeros, entre los que se contaba a Viel, Tupper y Rondizzoni. Fue así en las cercanías del río Lircay, donde actualmente se emplaza el campus de la Universidad de Talca, donde el día 17 de abril se decidió el problema fundamental del periodo: el tema del control del Poder del Estado.

Esta batalla sangrienta y fraticida de Lircay no dio prestigio militar a los vencedores. El gobierno de facto pelucón logró su afianzamiento en el gobierno y se esmeró en hacer desaparecer en todo lo posible el recuerdo de dicho enfrentamiento y sus dolorosas consecuencias. Así, en los periódicos de la época el tema pasó casi desapercibido y se guardó reserva acerca de los asesinatos, fusilamientos, persecuciones y destierros que se concretaron hasta lograr la relativa “pacificación” del país.

Poco después de instalado el régimen dirigido por el comerciante Diego Portales y el general José Joaquín Prieto, el Cabildo de Santiago pidió al gobierno que autorizara al próximo Congreso a emprender la reforma constitucional a través de una “Gran Convención”, convocada exclusivamente con ese objeto. Será Manuel Gandarillas quien presenta el 8 de junio una moción en el Senado “designado a dedo” para reformar la Constitución de 1828. Luego, rápidamente, en septiembre del mismo año, quedó sancionada una ley por la que se declaraba que la Constitución de 1828 debía reformarse y adicionarse.

3.2. La Constitución de 1833

El Senado es quien convoca en 1831 a una Convención, compuesta por 16 diputados y 20 ciudadanos “de reconocida probidad e ilustración”, nombrados por el mismo cuerpo legislativo que podían también ser, y en su mayoría lo fueron, miembros del Congreso (14 de los 20). Todos los integrantes de la convención fueron elegidos por el Congreso pleno, siendo excluidos todos aquellos que habían tenido alguna participación en los ensayos constitucionales de los años anteriores, asimismo, dado el contexto político, el ministro del Interior intervino enviando la lista de los que debían ser electos, siendo dicha convención totalmente

controlada por los conservadores pelucones triunfantes en Lircay. Entre los principales ideólogos de dicho proceso constituyente instituido están Mariano Egaña, Manuel José Gandarillas y Diego Portales.

En la convención fue preciso conciliar tendencias opuestas respecto a qué era lo más adecuado en ese momento: si introducir reformas a la Constitución de 1828, manteniendo en lo fundamental los principios de dicha Carta Fundamental o, en un intento más radical, reformular sus postulados y dar origen a una nueva Ley Fundamental. Ambas posturas tuvieron sus representantes en la convención de 1831. Por un lado, Manuel José Gandarillas expone ante el Senado "la necesidad de dar a la administración una forma estable y vigorosa, allanándole los obstáculos que encuentra a cada paso en los vacíos y defectos de la Constitución, evidentemente demostrados por la experiencia", como señala en sesión del 8 de junio de 1831.

En el otro extremo, aparece la figura autoritaria de Mariano Egaña, quien propuso un nuevo texto conocido como el "voto particular de Egaña", el que fue calificado de encubierto autoritarismo bajo principios republicanos. El texto de Egaña se transformó en el cuerpo fundamental de la nueva Constitución.

La convención nombró una comisión de tres miembros para afinar las divergencias que se habían presentado en el debate de la convención, quienes decidieron que la reforma de la Constitución del 28 debía partir con la elaboración de un proyecto por parte de una comisión compuesta por siete miembros de la convención. Así se hizo, y en octubre de 1832, la convención iniciaba la discusión del proyecto preparado por dicha comisión. Luego, el texto constitucional fue aprobado por el Congreso Nacional, conformado a partir de las listas electorales preparadas por el Ministro del Interior.

La nueva Carta Fundamental fue aprobada durante el gobierno de José Joaquín Prieto, siendo promulgada y jurada el 25 de mayo de 1833.

Julio Heise, señalará sobre la Convención analizada, "Entre los constituyentes de 1833 se evidenciará también la tradición cultural del siglo XVIII. El fondo inmutable de la mentalidad de los juristas que elaboraron la Carta del 33 será la fiel expresión del espíritu colonial. Algunos, como el Secretario de la Gran Convención, Don Juan Francisco Meneses, habían sido enemigos apasionados de la emancipación y partidarios entusiastas del rey de España hasta poco antes de reunirse la Asamblea Constituyente. Es muy conocido el monarquismo y la actitud tradicionalista de Don Mariano Egaña, el más distinguido jurista de los constituyentes".

La Constitución Política de la República de 1833 rigió los destinos de Chile durante 91 años, hasta 1924. Se trata de un texto rígido que, en una primera etapa que se extiende hasta 1871, opera con la existencia de un ejecutivo fuerte, no obstante la posibilidad del Congreso de exigir la remoción de los Ministros de Estado, lo que se acentúa en las décadas siguientes de los años setenta y ochenta.

La Constitución de 1833 establecía un gobierno unipersonal fuerte al cual asigna las funciones de Jefe de Estado y Gobierno, donde el poder supremo lo tenía un Presidente elegido por un colegio electoral cada 5 años. Este asume una amplia gama de atribuciones que le permitían intervenir en amplios temas, incluyendo el derecho de patronato republicano (de nombrar dignidades eclesiásticas) y declarar el Estado de Sitio. Era apoyado por un Consejo de Estado que incluía a los Ministros del Despacho a ciertas dignidades eclesiásticas y a miembros del Senado.

El poder legislativo estaba entregado a un Congreso Nacional bicameral, había una cámara de senadores (elegida por colegio electoral) y otra cámara de diputados (electa por votación directa). Pese a tener menos poder que el Presidente, ya que este último podía vetar las leyes aprobadas por el parlamento, el Congreso, además de su función legislativa, tenía facultades como la de confeccionar el presupuesto de la Nación

y establecer la movilización de las Fuerzas Armadas. Esto último dio paso a una interpretación política, sobre todo después de 1891, en que los ministros debían contar con el apoyo del Congreso.

En cuanto al Poder Judicial, se establece la independencia de los tribunales frente a otros poderes del Estado.

La Constitución otorgaba derecho a voto solo a los que pagaban un impuesto mínimo, donde los ciudadanos debían tener ciertos requisitos de sueldo o bien raíz para participar en la vida política del Estado. Se establecía una religión oficial, la católica, con prohibición de manifestación pública de otras. El sistema político operó en la práctica con un monopartidismo virtual del Partido Conservador, al entregar al Poder Ejecutivo el manejo de las elecciones que se mantuvo hasta 1861.

Dicho texto Constitucional y el gobierno nacional pasan por una fuerte crisis que culmina en la revolución de 1891, en que el Presidente Balmaceda abandona la presidencia y se asila en la embajada argentina. En dicha crisis se inicia una práctica constitucional en una Constitución que no había establecido con claridad una forma de gobierno determinada, pasándose de una práctica presidencialista a un pseudoparlamentarismo con algunos rasgos de régimen de asamblea, sin que pueda hablarse de un gobierno parlamentario por varias razones, siendo la más importante, que el Congreso podía censurar ministros, pero era el Presidente de la República, como Jefe de Estado y gobierno, el que nombraba los nuevos ministros que seguían siendo de la confianza presidencial y ejecutaban la política definida por el Presidente y no por el Congreso[47].

Finalmente, la Constitución de 1833 sufrió diversas reformas (1871, 1873, 1874, 1882, 1888, 1891, 1892 y 1893).

3.2.1 La reforma Constitucional en la Carta Fundamental de 1833

Como señalaba Alejandro Silva Bascuñán, en el procedimiento de reforma constitucional, la Carta de 1833 debe calificarse "como sumamente rígida, puesto que imponía, para alterarla, un mecanismo no solo complejo, sino imperfecto e ilógico", que se encontraba contenida en sus Artículos 165 a 168.

La Constitución estableció un rígido sistema para evitar su reforma. El historiador Ricardo Donoso escribe que esta no podía reformarse sin que su necesidad fuera declarada por las dos terceras partes del Congreso y sancionada por el Presidente de la República, y luego ratificada por la legislatura siguiente, a fin de que la nación se impusiera de esas reformas y eligiera las personas que habrían de interpretar su voluntad. En orden a su aceptación o rechazo, las opiniones debían ser publicadas por el ejecutivo dentro de los seis meses anteriores a la renovación del nuevo Congreso.

Se establecía que para modificar la Constitución debían intervenir dos congresos o parlamentos. Un primer Congreso determinaba las normas constitucionales que debían ser objeto de eventual modificación, para determinar dichas normas, la moción de reforma del texto constitucional en una o más de sus disposiciones podía provenir de cualquiera de su dos cámaras, Senado o Cámara de Diputados, debiendo contar para ello con el concurso de una cuarta parte de los diputados o senadores presentes, para luego ser aprobada la idea de reforma constitucional en cada una de las cámaras con el voto conforme de dos tercios de sus miembros, conforme al artículo 167, sin perjuicio del eventual veto del Presidente de la República, el que tenía la posibilidad de ser absoluto.

47 Esta etapa se inició con la presidencia de Jorge Montt (1891 a 1896), quien había sido Jefe de la Armada en la Guerra Civil de 1991. Le siguen las presidencias de Federico Errázuriz (1896-1901); Germán Riesco (1901-1906); Pedro Montt (1906-1910); Ramón Barros Luco (1910-1915); José Luis Sanfuentes (1915-1920), y Arturo Alessandri (1920-1924). En esos gobiernos se alternan el poder la Alianza liberal (liberales y radicales) y la "Coalición" (conservadores y liberales).

El segundo Congreso, si se pasaban las etapas antes reseñadas, que se pronunciaban sobre la reforma, luego que se renovara la Cámara de Diputados, sin que los ciudadanos electores conocieran la posible orientación y alcance de la reforma que se realizaría, si ella prosperaba, ya que solo conocían las disposiciones constitucionales que podrían ser modificadas. El segundo congreso debía analizar y pronunciarse sobre tales modificaciones constitucionales, el cual lo podía hacer en un sentido distinto de aquel que había entendido el primer Congreso que fijó las disposiciones constitucionales a modificar, iniciándose dicho debate en la primera sesión del Senado y acordando la reforma constitucional en el sentido que libremente determinaban los miembros de dicho parlamento, conforme a las reglas de elaboración de las leyes.

Al finalizar la década de 1860, las agrupaciones liberales reunidas en torno a los clubes de la reforma exigían un cambio al sistema de gobierno autoritario vigente desde 1833, destacando entre las demandas que se formulaban una completa reforma de la Carta Fundamental para garantizar las libertades públicas.

Se concretó la elección de un nuevo Congreso Nacional "constituyente" para el período 1870-1873, lo que generó las expectativas de reformas políticas, pero ellas no se concretaron, logrando aprobarse la eliminación de la reelección presidencial inmediata que había dado lugar a los cuatro decenios presidenciales. Será el Congreso Nacional del período 1873-1876, el que logró, al contar con el apoyo de los conservadores que pasaron a formar parte de la oposición, los que apoyaron todas las gestiones para reducir el poder del Presidente de la República. Es así como se logró incorporar al texto constitucional el derecho de reunión, de petición, de asociación, de imprenta y de enseñanza; se limitaron a un año las facultades extraordinarias que podía ejercer el Presidente; se estableció la incompatibilidad entre ciertos cargos públicos y las funciones legislativas; se determinó la incorporación de miembros del Congreso al Consejo del Estado y se privó de voto a los ministros de Estado que lo integraron, por lo que esta institución quedó en manos del Poder Legislativo; se cambió la organización y composición del Congreso; se disminuyó el quórum de congresistas que debían estar presentes para poder sesionar; se estableció la elección de los senadores por provincias y se acortó la duración de ese cargo a seis años; se reformó el proceso de acusación de los ministros de Estado; se disminuyó a un año el tiempo de residencia necesario para obtener la ciudadanía chilena; se modificó la composición de la Comisión Conservadora, que representaba al Congreso mientras no sesionaba, se le sumaron siete diputados a los siete senadores que ya la integraban. Finalmente, se estableció una nueva ley electoral que estableció el derecho de sufragio a todos los varones que supieran leer y escribir.

A su vez, la reforma constitucional a la Constitución de 1833, concretada el 12 de junio de 1882, que es la sexta reforma constitucional a dicha Carta, modificó el procedimiento de reforma constitucional. En el nuevo procedimiento se mantuvo la intervención de dos congresos sucesivos, pero con un cambio importante, el primer Congreso aprobaría el contenido de las disposiciones que serían reformadas, mientras que el segundo Congreso debería ratificar o no, dichas reformas en los términos que había propuesto el primer Congreso, sin poder alterar el contenido de la reforma. Asimismo, el Presidente de la República se encontraba obligado, tres meses antes de la elección parlamentaria, a publicar las reformas aprobadas y a anunciar a la ciudadanía que el nuevo Congreso que se elegiría tenía la facultad de aceptar o rechazar las reformas planteadas por el primer Congreso, sin poder introducirles modificaciones. El debate en el segundo Congreso se iniciaba en la Cámara que había tenido la iniciativa del proyecto de reforma constitucional, pronunciándose en cada cámara por la mayoría absoluta de los miembros presentes en ellas, sin que dicho número pudiera ser inferior al de la mayoría de los miembros que integraban cada una de ellas.

Por otra parte, el Primer Congreso podía proponer las reformas a través de cualquiera de sus cámaras y debían votarse con la mayoría absoluta de los miembros presentes, no pudiendo ser menor que la mayoría absoluta del total de miembros que componían ambas de cámaras, diputados y senadores, respectivamente.

A su vez, el Presidente de la República no disponía de un veto absoluto respecto de ellas, sino solamente de un veto suspensivo parcial. Se precisó que estas reformas podían debatirse incluso en legislatura extraordinaria aún cuando no estuvieran en la convocatoria hecha por el Presidente de la República.

Cuatro reformas constitucionales se aprobaron durante el imperio de la Carta de 1833 con este segundo procedimiento de reforma constitucional (1988, 1891, 1892 y 1893), las que cambiaron el sistema de voto censitario por un derecho de sufragio para los varones que sabían leer y escribir; se suprimen los cargos de senador y diputado suplente; se modifica la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso Nacional; se establecen nuevas inhabilitaciones para ser electo diputado y se modifica el procedimiento de veto presidencial.

Siendo Arturo Alessandri Presidente de la República, en 1924, en el marco de un clima político enardecido, se desarrolla la elección parlamentaria. Existía un conflicto político abierto entre la Alianza Liberal y los unionistas. Los parlamentarios unionistas no concurrieron a la inauguración de la Legislatura ordinaria del Congreso el 1 de julio de 1924.

El 11 de agosto de 1924, el Senado inició el debate sobre el proyecto de Dieta Parlamentaria, previamente aprobado por la Cámara de diputados en mayo de 1924. El proyecto estaba informado favorablemente por la Comisión de Legislación y Justicia, con la oposición de los senadores de la Unión Nacional. La galería del Senado estaba llena de oficiales del Ejercito que manifestaban su oposición a dicho proyecto. Este había causado en la época un clima de repulsa en la opinión pública, lo que unido a la manifestación militar en el parlamento, llevaron al Presidente Alessandri a buscar asilo en la embajada norteamericana el 9 de septiembre de 1924.

Los militares habían formado una Junta Militar (presidida por el General Luis Altamirano e integrada por el Almirante Francisco Neff y el General Juan Pablo Bennet). El Presidente envía su renuncia al cargo al Senado, el que lo rechaza. A su vez, la Cámara de diputados aprobó un proyecto y dio una licencia al Presidente Alessandri hasta por seis meses para que pudiera ausentarse del territorio nacional.

El 11 de septiembre de 1924, la Junta Militar disuelve el Congreso Nacional, fundada en las irregularidades ocurridas en el proceso electoral de la elección parlamentaria de marzo de dicho año, determinando que era "propósito decidido del Gobierno realizar una consulta de la voluntad popular de la nación tan pronto como pueda garantizarse el correcto ejercicio del derecho de elegir". Ya en diciembre de 1924, la Junta Militar estaba inmersa en un clima hostil, Radicales y Demócratas ya habían adoptado acuerdos condenando el Movimiento Militar, propiciando la convocatoria a asamblea constituyendo y exigiendo la vuelta del Presidente Alessandri.

El 23 de enero de 1925 se produce un nuevo Golpe Militar, formándose una nueva Junta de Gobierno (presidida por don Emilio Bello Codiceo e integrada por el General Pablo Dartnell y el Almirante Carlos Ward). La oficialidad del Ejército reiteró el propósito de convocar a la brevedad posible a una asamblea constituyente.

La Junta de Gobierno ofrece a Alessandri que reasumiera su cargo, quien aceptó y señaló: "Que el gobierno sí constituido procederá sin pérdida de tiempo a organizar la Asamblea Constituyente, que deberá ser el reflejo de las distintas tendencias de la opinión nacional y que establecerá inmediatamente las reformas exigidas por el país"[48]. El 20 de marzo Alessandri regresa al país, y la Junta de Gobierno le hce entrega del mando de la Nación.

48 Citado por Andrade, C. (1971). *Elementos de Derecho Constitucional.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 23.

3.3. La génesis y aprobación de la Constitución de 1925

Producto de las consultas concretadas y dado el escaso tiempo de mandato presidencial que le quedaba, el Presidente Alessandri decide (por decreto N° 1.422) la "necesidad imprescindible de consultar las diversas corrientes en que se divide la opinión del país, para organizar, de acuerdo con ellas, una Asamblea Nacional Constituyente". Para esto designa una Comisión Consultiva, integrada por 122 miembros, con participación de los diferentes sectores políticos y de militares, "encargada de informar al Gobierno sobre todo lo relativo a los procedimientos a que debe ceñirse la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente y a la cual se someterán también en consulta las materias que el Gobierno estime conveniente".

El 16 de abril de 1925, la Comisión Consultiva resolvió formar dos subcomisiones: una para preparar el proyecto de reforma; la segunda subcomisión consideraría la manera en que este proyecto sería aprobado. La subcomisión de Reforma se reunió en treinta oportunidades y redactó un proyecto de Constitución; la subcomisión encargada de la organización y funcionamiento de la Asamblea Constituyente se reunió solo tres veces sin resultados concretos y no no volvió a ser convocada por el Presidente.

A mediados de 1925, el proyecto elaborado en la subcomisión de Reforma pasó a la comisión consultiva, cuyas indicaciones volvieron a la subcomisión para su discusión. La mayoría de los miembros de la Comisión Consultiva consideraban necesario establecer un tipo de gobierno parlamentario, introduciendo reformas a la Constitución en aras de su perfeccionamiento. En oposición a dicha perspectiva, el Presidente Arturo Alessandri y la oficialidad del ejército exigían la instauración de un régimen presidencial y no estaban dispuestos a hacer concesiones al respecto. Para imponer esta última posición, fue necesaria la intervención directa de los militares, en la persona del general Navarrete, quien exigió la aprobación del régimen presidencial en el seno de la Comisión Consultiva. Esta aprobó el proyecto de la Subcomisión y se disolvió. Una vez aprobado el texto definitivo, los partidarios de una solución parlamentaria redactan un texto alternativo para que también se incorporara a la consulta.

El Presidente Alessandri, cambiando de criterio, se convenció de las bondades de llamar a plebiscito en vez de conformar una asamblea constituyente que podría desvirtuar la obra de la subcomisión de Reforma que se desarrollaba con éxito, además de la demora que podía generar el debate en la asamblea constituyente que podía durar años (Bernaschina: 1958: 25). Finalmente, el Presidente convoca a plebiscito nacional y con este se produciría la aprobación definitiva de la nueva Carta Fundamental por la ciudadanía.

En el plebiscito se utilizaron tres votos de distinto color en base a los tres colores de la bandera nacional cuya redacción correspondió al propio Presidente por Alessandri. El voto de color rojo representaba el proyecto que respaldaba el Presidente de la República, el cual determinaba que era aquel "cuya aprobación pide el Presidente de la República". El voto de color azul constituía el voto disidente, el cual conforme a la redacción dada por el Presidente de la República, sostenía "se mantiene el régimen parlamentario con la facultad de la Cámara de Diputados para censurar y derribar Gabinetes y de aplazar el despacho y vigencia de las Leyes de Presupuestos y recursos del Estado". El voto de color blanco explicitaba "el rechazo absoluto de todo proyecto o fórmula constitucional indicándose así la voluntad del sufragante en orden a recurrir a otro medios para resolver la normalidad constitucional"[49].

La intervención presidencial y la redacción dada por el Presidente al voto azul partidario del gobierno parlamentario en sentido peyorativo, ponía en evidencia la falta de neutralidad de las alternativas por las cuales debía pronunciarse la ciudadanía y la redacción manipulada inductiva a votar por la alternativa presidencialista respaldada por Alessandri.

49 El Presidente Alessandri hizo campaña a favor del voto rojo en diversos actos durante la etapa previa al plebiscito de 1925, en una conferencia en el Salón de Honor de la Universidad de Chile (3 de julio), a través de un manifiesto dirigido al país (el 28 de julio) y por medio de un mensaje radial dirigido al país (17 de agosto), solicitando la aprobación del proyecto de la Subcomisión de Reforma que establecía el presidencialismo.

El Partido Conservador que tenía el 18,8% de los votos, el Partido Radical que tenía el 21,4%; y un grupo de liberales, que en la Comisión habían sido partidarios del establecimiento de un tipo de gobierno parlamentario, llamaron a la abstención. El partido comunista llamó a votar por la cédula azul[50].

La Constitución en el formato presidencialista era apoyada, además del Presidente de la República y los militares, por los partidos Liberal, que tenía el 25,00 % de los votos; el Partido Demócrata, que tenía el 9,85 % de los votos, y Liberal Democrático balmacedista, con un 7,58 % de los votos.

En el plebiscito (30 de agosto de 1925), podían sufragar los hombres mayores de 21 años que supieran leer y escribir e inscritos en los registros electorales. El escrutinio se efectuó en mesas constituidas por 3 personas. Participaron 134. 421, correspondiente al 45.37% de los electores. No votaron 161. 838 ciudadanos que representaban el 54,63% del cuerpo electoral.

Los resultados oficiales fueron los siguientes:

Propuesta Votos	% sobre votos emitidos	% sobre universo electoral
Cédula roja, 127.483	94,84%	43,03%
Cédula azul, 5.448	4,05%	1,84%
Cédula blanca, 1.490	1,11%	0,50%
Total de votos emitidos: 134. 421	100%	45.37%

Con el resultado del plebiscito se dio por aprobada la Constitución de 1925, con la participación del 45,37% del padrón electoral y una abstención de un 54,63% de los ciudadanos inscritos a la totalidad de los ciudadanos que habían concurrido a votar.

La nueva Constitución fue promulgada el 18 de septiembre de 1925 por el Presidente de la República y entró en vigencia el 18 de octubre de 1925. Su texto original contenía 110 artículos y 10 disposiciones transitorias. Al 11 de septiembre de 1973, poseía 113 artículos y 18 disposiciones transitorias. La sucesión de acontecimientos políticos impidió que la Constitución pudiera regir los destinos del país en forma efectiva hasta fines de diciembre de 1932.

El Presidente Arturo Alessandri no pudo terminar su gobierno dado el poder desplegado por el coronel Ibáñez, quien tomó el control del proceso político imponiendo una dictadura; el que debió renunciar forzadamente, lo que condujo, a mediados de 1931, a un brevísimo gobierno civil, el que fue sustituido por un golpe de estado que instauró una República Socialista, la que también debió abandonar el poder a fines del año. Solo a partir de 1932, la Constitución de 1925 tiene una vigencia efectiva durante un periodo de 41 años, hasta el 11 de septiembre de 1973, fecha del Golpe de Estado Militar.

3.3.1. La reforma Constitucional en la Carta original de 1925

La Constitución de 1925 trataba la reforma de la Constitución en su capítulo X, en los artículos 108 a 110. El artículo 108, en su primer inciso, determinaba que el proyecto de reforma constitucional se sometía a los trámites de una ley con las excepciones que se indicaban. Ellas eran las siguientes: el proyecto debía ser aprobado en cada una de las Cámaras con el voto de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio.

50 Ver Andrade Geywitz, C. (1971). *Elementos de Derecho Constitucional chileno,* Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 33.

Luego, las dos cámaras reunidas en sesión pública, con la asistencia de la mayoría del total de sus miembros, sesenta días después de aprobado un proyecto, tomaría conocimiento de él y procedería a votarlo sin debate. Si dicho día no se reunía el quórum determinado, se votaba al día siguiente con los senadores y diputados que asistieran. El proyecto aprobado en el Congreso Pleno pasaba al Presidente de la República.

Conforme al artículo 109, el Presidente de la República podía vetar el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Pleno, proponiendo modificaciones o correcciones. Si las modificaciones propuestas por el Presidente se aprobaban por el Congreso, se devolvía al Jefe de Estado para su promulgación. Si las dos cámaras rechazaban las modificaciones introducidas por el Presidente e insistían, este debía ser promulgado por el Presidente de la República, o para que, si lo estimaba conveniente, consultara a la ciudadanía, mediante un plebiscito, los puntos en que estaban en desacuerdo Presidente y Congreso. El proyecto que se aprobara en el plebiscito se promulgaba como reforma de la Constitución.

3.3.1.1. Las reformas constitucionales desde 1943 a 1970

-Ley 7.727 (noviembre de 1943) limitó la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos y aumentó las materias de iniciativa exclusiva del presidente; estableció la autorización para dictar decretos de emergencia económica —2% constitucional—; otorgó rango constitucional, como órgano autónomo del Estado, a la Contraloría General de la República, e incluyó al Contralor como funcionario que podía ser objeto de una acusación constitucional.

-Año 1957: ley 12.548, autoriza la doble nacionalidad con España y reforma otros aspectos relativos a la cancelación de la carta de nacionalización y pérdida de la nacionalidad chilena.

-Año 1959: ley 13.296, aumentó a 4 años la duración de los cargos de regidores municipales.

-Año 1963: ley 15.295, sobre la toma de posesión material de bienes expropiados por causa de utilidad pública, expropiación de predios rústicos abandonados o que estuvieran manifiestamente mal explotados, y que autorizó el pago diferido de la indemnización correspondiente.

-Año 1967: ley 16.615, modificó el artículo 10 Nº 10, sobre el derecho de propiedad, para efectos de la Reforma Agraria. De ese modo, redefinió la garantía constitucional del dominio —de "inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna" a "derecho de propiedad en sus diversas especies"—, fijando qué intereses se tomarían en cuenta en la determinación del monto de la indemnización y modificando las reglas generales sobre el pago de esta, autorizando el pago diferido y estableciendo que la ley determinaría su forma y condiciones; también dispuso que la ley podría reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas y autorizó a expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que fueren de propiedad particular.

-Ley 16.672, creó una décima agrupación senatorial, de Chiloé, Aysén y Magallanes, aumentando de 45 a 50 los miembros del Senado y, asimismo, sumó 3 diputados, a las agrupaciones de la zona austral, aumentando los miembros de la Cámara de Diputados a 150.

-Año 1970: ley 17.284, rebajó la edad para ejercer los derechos de ciudadano de 21 a 18 años y otorgó el derecho a sufragio a los analfabetos; autorizó al presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley -previa delegación del Congreso Nacional mediante ley, incorporando constitucionalmente la figura de los decretos con fuerza de ley (DFL) ya existentes en la práctica—, reformó las reglas sobre ausencia del territorio nacional del presidente y de los ministros de Estado; aumentó la iniciativa exclusiva del presidente en materias económicas y sociales; reformó el procedimiento de formación de la ley, creó el Tribunal Constitucional, e introdujo la facultad del presidente para convocar a plebiscito en caso de rechazo de una reforma constitucional.

3.3.2. La reforma al procedimiento de reforma constitucional de 1970

A través de la ley N° 17.284 de reforma constitucional, 23 de enero de 1970, se realizaron significativas modificaciones a las normas constitucionales de reforma constitucional. En dicha reforma se establecieron dos hipótesis en las cuales se facultaba al Presidente de la República para recurrir al plebiscito en materia de reforma constitucional. La primera era aquella en que el Presidente de la República que hubiera presentado un proyecto de reforma constitucional, el que fuera rechazado totalmente por el Congreso Nacional, en cuya situación el Presidente podía consultar a la ciudadanía sobre dicha reforma constitucional. También el Presidente podía convocar a plebiscito cuando el Congreso rechazara total o parcialmente las observaciones formuladas por el Jefe de Estado al proyecto ratificado por él. Conforme a dicho procedimiento, se concretaron las siguientes tres reformas constitucionales hasta el 11 de septiembre de 1973.

a) Ley 17.398, de 9 de enero de 1971, que incorporó el denominado "Estatuto de Garantías Democráticas", entre otros aspectos, con la finalidad de: asegurar el libre ejercicio de los derechos políticos dentro del sistema democrático y republicano. Reconoce y regula a los partidos políticos, a objeto de asegurar su independencia y su adecuado funcionamiento, en un marco de pluralismo político. Además, modifica o explicita diversos derechos o garantías constitucionales, tales como la libertad de expresión y de información de los medios de comunicación social, limitando la posibilidad de expropiación, el derecho de reunión, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas, la libertad de trabajo y su protección, y la libertad sindical. Reconoce la libertad de enseñanza, establece un "Sistema Nacional de Educación", constitucionalizando la reforma educacional de 1967, crea la Superintendencia de Educación Pública y reconoce una serie de derechos en la Educación Superior a los académicos -libertad de cátedra, ingreso y promoción en la carrera académica— y a los estudiantes. Incorpora el derecho a la seguridad social, establece una garantía general en orden a que el Estado adoptará las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, y el deber de este de velar por salud pública y el bienestar higiénico del país. Finalmente, consagra el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional, y establece un régimen jurídico general para las organizaciones sociales[51].

b) Ley 17.420, de 31 de marzo de 1971, que estableció el derecho a sufragio para los extranjeros, mayores de 18 años y con una residencia de más de 5 años en el país, para las elecciones municipales.

c) Ley 17450, de 16 de julio de 1971, que permitió la nacionalización de la gran minería del cobre en Chile, estableciendo que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, pudiendo ser objeto de concesiones de exploración o de explotación y fijando los derechos de los concesionarios.

Puede concluirse que el procedimiento de reforma constitucional de la Carta de 1925 era muy similar al procedimiento de tramitación de las leyes, flexibilizando el procedimiento que había considerado la Constitución de 1833, pocos elementos diferenciaban el procedimiento legislativo de la reforma constitucional, ellos eran el quórum de aprobación de la reforma constitucional en el parlamento, que era la mayoría de diputados y senadores en ejercicio; el segundo elemento diferenciador, era la intervención del Congreso Pleno, y en tercer elemento estaba dado por la atribución presidencial de llamar a plebiscito, el que nunca fue empleado durante el imperio de dicha Constitución.

51 Establece, además, que la fuerza pública estaría constituida únicamente por las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, estableciendo el régimen de incorporación de sus dotaciones.

La aplicación de la Constitución de 1925 fue parcialmente suspendida por el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, siendo modificada mediante decretos leyes, hasta su total reemplazo mediante la Constitución de 1980, que entró en vigor a partir del 11 de marzo de 1981.

4. LA GÉNESIS Y APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El golpe de Estado de 1973 destruyó la institucionalidad y el orden constitucional; la Junta de Gobierno no solo asumió el poder estatal en el ámbito legislativo, de gobierno y administración y se arrogó el poder constituyente. El General Pinochet actuó como *primus inter pares* como Presidente de la Junta de Gobierno[52], para más tarde asumir la Presidencia de la República, dejando a la Junta de Gobierno como órgano legislativo y constituyente, marcando con su liderazgo militar el régimen autoritario militar[53].

A pocos días del Golpe de Estado, la Junta de Gobierno llamó a un grupo de constitucionalistas encomendándoles la preparación de un nuevo texto constitucional, fue la llamada "Comisión Constituyente", que operó desde el 24 de septiembre de 1973 al 24 de octubre del mismo año, que luego pasó a llamarse "Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República" (en adelante CENC)[54]. Esta funcionó hasta el 5 de octubre de 1978 con el propósito de estudiar, elaborar y proponer un proyecto de nueva Constitución Política de la República y sus leyes complementarias. Estuvo formada originalmente por Sergio Diez, Jaime Guzmán, Enrique Ortúzar, Jorge Ovalle, luego se integraron Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca, Alicia Romo y Alejandro Silva Bascuñán. La Comisión fue presidida por Enrique Ortúzar E., designándose como secretario a don Rafael Eyzaguirre E. y prosecretario o secretario subrogante a don Rafael Larraín C.

La Junta de Gobierno ejerció su potestad constituyente dictando cuatro actas constitucionales en 1976.

Cuando la Junta de Gobierno dictó el DL 1.697 (que disuelve los partidos políticos) renuncian a la los comisionados Silva Bascuñan y Evans de la Cuadra; y en mayo, Jorge Ovalle; ingresaron en su remplazo Raúl Bertelsen R, Juan de Dios Carmona y Luz Bulnes Aldunate.

Constituye una etapa importante en la orientación de los trabajos de la CENC el memorándum que le dirige (el 10 de noviembre de 1977) el general Augusto Pinochet, quien a ese momento ya había asumido el título de Presidente de la República, en cuyo punto cuarto llama a la comisión a configurar una "nueva democracia, cuyos caracteres más importantes he sintetizado bajo los términos de autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social".

En el punto quinto del memorando subraya ciertas ideas básicas que plasman los criterios políticos-intitucionales que orientan al gobierno militar, entre las que destacan: la creación de un poder de seguridad que contemple la función de las Fuerzas Armadas en su tarea de garantizar la supervivencia del Estado y los principios básicos de la institucionalidad; el afianzamiento del sistema presidencial chileno a través de una autoridad fuerte; como equilibrio frente al poder presidencial, un conjunto de eficaces sistemas de control que eviten los excesos; la proscripción legal de la difusión y acción de doctrinas, grupos y personas de

52 El general Pinochet expresaba con claridad su voluntad de permanecer en el poder y de realizar un cambio radical en declaración a la Revista Ercilla (agosto de 1975): "El régimen actual está llamado a durar posiblemente una generación. Esta lucha puede esperar un siglo si es necesario porque conviene dar nacimiento a un espíritu público nuevo que haga imposible el retorno al juego político anterior. El proceso iniciado el 11 de septiembre de 1973 es un camino sin retorno".

53 Ver Huneeus, C. (2000). *El régimen de Pinochet. Editorial Sudamericana Santiago.* Cañas Kirly, E. (1997). *Proceso Político en Chile. 1973-1990.* Santiago: Andrés Bello. Arriagada, G. (1998). *Por la razón o la fuerza, Chile bajo Pinochet.* Santiago: Sudamericana. Vial, G. (Ed.) (1998). *Análisis crítico del régimen militar.* Santiago: Universidad Finis Terrae.

54 Se crea por decreto supremo N° 1.064 del 25 de octubre de 1973.

inspiración totalitaria; la creación de una instancia técnica independiente destinada a manejar la política económica y social al margen de acciones demagógicas, radicada en el Banco Central; el establecimiento de sistemas electorales que impidan a los partidos políticos convertirse en conductores monopólicos de la participación ciudadana; la revisión del sistema de elección del Presidente de la República para evitar que llegue al poder una persona con una votación minoritaria; una modificación sustancial de la composición del futuro parlamento; la preservación de la autonomía de los cuerpos intermedios; el establecimiento de normas que impidan la intromisión de los grupos políticos en la generación y funcionamiento de las entidades gremiales, sindicales y sociales; y el robustecer constitucionalmente las bases de una estructura económico-social que refuercen la libertad, la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad privada de los bienes de producción como reglas generales.

En octubre de 1978, la CENC le entregó al General Pinochet el anteproyecto de una nueva Constitución. Recibido el anteproyecto por el Presidente de la República, lo envió al Consejo de Estado (órgano consultivo de 18 miembros, integrado por civiles y militares, designados por Pinochet) quienes realizaron sustanciales modificaciones al texto, diferente al de la Comisión, más cercano a una reforma de la Constitución de 1925 que el que había preparado la Comisión.

El Consejo de Estado estaba presidido por Jorge Alessandri y formado por el ex presidente González Videla, el ex presidente de la Corte Suprema Enrique Urrutia Manzano, representantes de FFAA, mujeres, empresarios, representantes de la juventud como Juan Antonio Coloma, de la universidad como Juvenal Hernández Jaque, entre otros. El estudio por parte del Consejo de Estado del texto constitucional se efectuó entre noviembre de 1978 y julio de 1980. Elaboró un anteproyecto con diferencias respecto del preparado por la CENC, el que fue acordado en sesión del 1 de julio de 1980, con opiniones disidentes y votos de minoría.

El Consejo de Estado presidido por el ex Presidente de la República, don Jorge Alessandri, a diferencia de la CENC, se pronunció también en lo relativo a la transición. Así, propuso 5 años más con Pinochet de presidente, siguiendo la Junta de Gobierno solo como poder constituyente y dejando el poder legislativo en un congreso designado.

El proyecto fue entregado al Jefe de Estado y a la Junta de Gobierno, por el Presidente del Consejo de Estado, el ex Presidente de la República, Jorge Alessandri Rodríguez, en una audiencia el 8 de julio de 1980.

La Junta de Gobierno, donde se encontraba radicado el poder constituyente, designó un grupo de trabajo integrado por el entonces Ministro del Interior, Sergio Fernández F.; la Ministra de Justicia, Mónica Madariaga G.; el Auditor General del Ejército, General Fernando Lyon; el Auditor General de la Armada, Almirante Aldo Montagna; el Auditor de la Fuerza Aérea, General Enrique Montero M.; el Auditor de Carabineros, Mayor Harry Gruenwald y el Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno, Mario Duvauchelle R. que apoyaran a la Junta de Gobierno en el análisis de ambos proyectos. De este proceso no existen actas que den razón del texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno.

El proyecto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno contenía el proyecto definitivo de Constitución permanente en 120 artículos y 29 disposiciones transitorias que regulan un período de transición hacia la plena vigencia del orden constitucional que se consideró adecuado establecerlo en ocho años, al cabo del cual se presentaría a ratificación popular el nombre del Jefe de Estado que de ser aprobado en plebiscito concretaría el segundo periodo de ocho años, con el apoyo de las herramientas de un estado de excepción especial para el período que se encontraban contenidas en la disposición 24 transitoria.

El texto aprobado por la Junta de Gobierno y firmado por los Ministros de Estado fue promulgado por el decreto ley Nº 3.464, el 8 de agosto de 1980. Con la misma fecha, se dicta el decreto ley Nº 3.465 el que convoca a plebiscito para que el texto sea ratificado por los chilenos y extranjeros mayores de 18 años de edad.

El 12 de agosto de 1980, luego de publicitado el proyecto de Constitución Política de la República, Alessandri entrega al secretario de Consejo de Estado un sobre cerrado para ser entregado al Presidente en caso de ganarse el plebiscito y, en caso contrario, solicita que se esperen nuevas instrucciones. Al ganar la opción Sí, se entregó la carta de renuncia del ex Presidente Jorge Alessandri al General Pinochet, fundada en que no se respetó el sistema de transición que propuso el Consejo de Estado, como asimismo se mantuvo la inamovilidad de los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas, ya que el Alessandri era partidario de que el Presidente de la República pudiera llamar a retiro a los Comandantes en Jefe de las FFAA.

Las mesas receptoras de sufragios para dicho plebiscito constitucional fueron constituidas por los alcaldes, los que a su vez eran designados por el gobierno central y de su confianza.

Al haberse eliminado los registros electorales por el régimen autoritario militar y no haberse alcanzado a reconstruir, en el plebiscito se votó sin registro electoral y se creó un Tribunal Calificador de Elecciones que tenía la atribución solamente de efectuar el escrutinio del acto plebiscitario.

La opción establecida para el plebiscito era votar **sí o no** respecto de la integridad del texto permanente de la Constitución, el periodo de transición y el mantenimiento del Presidente de la República y la Junta de Gobierno por un período de al menos nueve años más.

El resultado del plebiscito no sorprendió a nadie. La regulación del plebiscito había agregado que los votos en blanco debían contabilizarse a favor de la alternativa de aprobación del texto propuesto por la Junta de Gobierno.

La opción Sí obtuvo 4.121.067 y el 65.71% de los sufragios emitidos, a los cuales debe agregarse 83.812 votos en blanco con 1.33% de los sufragios. La opción No obtuvo 1.893.420 y 30.19% de los sufragios. Los votos nulos fueron 173.569 con un 2,77% de los sufragios emitidos. Se estimó la abstención en alrededor del 6%.

El Presidente del Senado, Patricio Aylwin, con otras 46 personalidades presentó un reclamo sobre ilegitimidad e ilegalidad del plebiscito aprobatorio de la Constitución pidiendo su anulación al Colegio Escrutador Nacional, el que se basó en la falta de transparencia del escrutinio y la certificación de que las personas podían votar en dos o más mesas receptoras de sufragios, lo que establecía un clima de falta de garantías que distorcionaba el resultado electoral del plebiscito. El Colegio Escrutador Nacional rechazó el reclamo señalando que no tenía competencia para pronunciarse en materia de calificación del plebiscito, sino solo para realizar el escrutinio nacional, sin perjuicio de lo cual realizó algunas consideraciones en apoyo del plebiscito realizado.

El texto aprobado fue promulgado por el Presidente de la República, General Augusto Pinochet, con fecha 21 de octubre de 1980, el cual entraría en vigencia el 11 de marzo de 1981, salvo las disposiciones transitorias 9 y 23, las que tenían vigencia inmediata y se referían a la integración del Tribunal Constitucional y el reemplazo del Presidente de la República si quedara imposibilitado de cumplir sus funciones entre la aprobación de la Constitución Política de la República por plebiscito y la entrada en vigencia. El día de

entrada en vigencia de la Constitución, juró el General Pinochet como Presidente de la República para el periodo del 11 de marzo 1980 al 10 de marzo de 1989[55].

4.1. La reforma constitucional de 1989: el tránsito de la Constitución otorgada a la Constitución pactada

Las normas transitorias de la Constitución establecían que se sometería a plebiscito, en 1988, la determinación de la persona que debía asumir la Presidencia de la República por los siguientes ocho años, la que sería propuesta por los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, o a falta de unanimidad de ellos, el Consejo de Seguridad Nacional, integrado además por el Contralor General de la República, nombre que debía ser ratificado ciudadanía mediante un plebiscito conforme establecía la disposición transitoria vigesimaséptima.

El plebiscito se concretó el 5 de octubre de 1988 para decidir si el General Pinochet podía permanecer por otros ocho años en el cargo de Jefe de Estado, vale decir, hasta el 11 de marzo de 1997. El universo electoral estaba constituido por 7. 435. 913 personas. Del total de votos válidamente emitidos en dicho plebiscito, el Sí tuvo un 44,01 % y el No obtuvo un 55,99 %. De acuerdo a las normas transitorias de la Constitución dicho resultado implicaba la convocatoria para 1989 de elecciones democráticas conjuntas de presidente y parlamentarios, que condujeron tanto al fin del régimen autoritario militar como al comienzo del periodo llamado "transición a la democracia". Después de concretarse la derrota del general Pinochet en el plebiscito, se inicia un periodo político distinto que llevará a la negociación entre el gobierno militar derrotado que debía llamar a elecciones presidenciales y parlamentarias competitivas para diciembre de 1989 y la oposición al régimen militar autoritario.

Se concuerdan así, luego de un largo proceso de negociación, 54 reformas constitucionales, las que posibilitan buscar las mayorías necesarias en el futuro parlamento para introducir nuevas reformas democratizadoras del sistema constitucional con el objeto de suprimir los enclaves autoritarios que persistían. El vocero de la Concertación, Patricio Aylwin, afirmaba en la prensa el 2 de junio de 1989, que los partidos opositores al gobierno militar no se sentían coautores de las reformas constitucionales, porque "no nos satisfacen plenamente, pero, a pesar de ello, hemos aceptado concurrir a respaldarlas otorgando nuestro visto bueno, dándoles luz verde …".

Así, pese a las reservas que tienen al texto constitucional con las reformas consensuadas, la Concertación de Partidos por la Democracia considera un avance las reformas y decide darles su apoyo en el plebiscito que se concretará para su ratificación, luego de su aprobación por la Junta de Gobierno Militar.

El 14 de julio de 1989, la Junta de Gobierno aprueba las reformas al texto constitucional de 1980 y se convoca a plebiscito para el domingo 30 de julio de 1989, para que la ciudadanía se pronuncie aprobando o rechazando las reformas. Los resultados finales del plebiscito fueron entregados por el Ministerio del Interior el lunes 31 de julio, ellos arrojaron los siguientes resultados:

55 El texto aprobado consta de 14 capítulos en 120 artículos permanentes y 29 disposiciones transitorias. La estructura de la Carta Fundamental contempla como capítulo I: Bases de la Institucionalidad; Capítulo II: Nacionalidad y Ciudadanía; Capítulo III: Derechos y Deberes Constitucionales; Capítulo IV: Gobierno; Capítulo V: Congreso Nacional; Capítulo VI: Poder Judicial; Capítulo VII: Tribunal Constitucional; Capítulo VIII: Justicia Electoral; Capítulo IX: Contraloría General de la República; Capítulo X: Fuerzas Armadas , de orden y seguridad Pública; Capítulo XI: Consejo de Seguridad Nacional; Capítulo XII: Banco Central; Capítulo XIII: Gobierno y Administración Interior del Estado; Capítulo XIV: Reforma de la Constitución.

Aprobación de las reformas	6.056.440 votos
Rechazo de la reformas	580.212 votos
Votos en blanco	114.056 votos
Votos nulos	315.918 votos

Así, un 85,7% aprobaba las reformas, un 8,2% las rechazaba, existiendo entre votos nulos y en blanco un 6%.

De esta manera una Constitución que había nacido con una fuerte oposición que desconocía su legitimidad, producto de su contenido autoritario y la opacidad de su procedimiento de aprobación, pasa de ser una Constitución otorgada por el régimen autoritario militar, a una Constitución pactada por las negociaciones entre el gobierno militar y las fuerzas opositoras, compromiso que obligó al gobierno militar a realizar modificaciones sustantivas al texto original, como asimismo, generó en la oposición la necesidad de reconocer la legitimidad del marco constitucional reformado, como el texto legítimo, dentro del cual debían procesarse nuevas reformas democratizadoras.

El 11 de marzo de 1990 comienza a dar sus primeros pasos la Constitución reformada, antes de que ella entrara plenamente en vigencia, para posibilitar el tránsito del autoritarismo a la democracia frágil y limitada que posibilita el orden jurídico pactado en 1989, con un Presidente de la República elegido por la mayoría absoluta de la ciudadanía y un Congreso elegido, donde el Senado comenzaba a funcionar con 38 senadores elegidos y 9 senadores designados, todos estos últimos respondían en sus marcos valóricos básicos al desaparecido régimen autoritario militar[56].

4.2. La reforma constitucional en la Constitución original de 1980 y en la reforma constitucional de 1989

La Constitución de 1980 en su texto original establecía un procedimiento complejo y muy rígido de reforma constitucional que tenía por objetivo que no se desmantelara el ordenamiento generado por el régimen autoritario militar en sus aspectos centrales y básicos. En efecto, el texto contemplaba **tres procedimientos diferentes de reforma constitucional,** regulados en el capítulo XIV, en sus artículos 116 y ss.

El artículo 116 determinaba que la iniciativa de reforma constitucional le correspondía al Presidente de la República mediante mensaje o a cualquier diputado o senador, con las limitaciones que disponía el artículo 62 referente al procedimiento legislativo, que determinaba que la moción de reforma no podía ser presentado por más de cinco senadores o por más de diez diputados.

El primero y más sencillo, contenido en el artículo 116, consistía en que el proyecto de reforma constitucional que no correspondía a las materias que debían ser reformadas conforme a los dos procedimientos más complejos y rígidos regulados en el artículo 118 de la Carta Fundamental, debía ser aprobado en cada Cámara con el voto conforme de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio. El artículo 117 determinaba que sesenta días después de aprobado un proyecto en la forma señalada en el artículo 116, las dos cámaras reunidas en Congreso Pleno y en sesión pública, con la asistencia de la mayoría de la asistencia de sus miembros, tomarían conocimiento y lo votaría sin debate. Si en dicho día no se reunía la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificaba al día siguiente con los diputados y senadores que asistieran.

56 El texto de la Constitución de 1980, modificado en 1989, con sus antecedentes, concordancias, jurisprudencia y bibliografía seleccionada se encuentra publicada por Blanc, N.; Nogueira, H.; Pfeffer, E.; y Verdugo, M. (1990). *La Constitución Política de la República de Chile*. Valparaíso: Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso.

El proyecto aprobado por el Congreso Pleno pasaba al Presidente de la República, el que podía rechazar totalmente el proyecto de reforma aprobado por el Congreso, lo que obligaba a tratar nuevamente el proyecto por el Congreso y solo en el caso de que este insistiera por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente debía promulgar la reforma constitucional, a menos que decidiera consultar a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente de la República observara parcialmente el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso, las observaciones se entendían aprobadas con el voto conforme de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara, devolviéndose el proyecto al Presidente de la República para su promulgación. En el caso de que las Cámaras no aprobaran todas o algunas de las observaciones del Presidente de la República, no habría reforma constitucional en los puntos en discrepancia, a menos que ambas cámaras insistieran por los dos tercios de los miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En tal caso el proyecto se devolvía al Presidente de la República para su promulgación, salvo que este último considerara consultar a la ciudadanía mediante un plebiscito, para que esta resolviera las cuestiones en desacuerdo.

El segundo procedimiento (inciso 1° del artículo 118) determinaba que las reformas que tenían por objeto modificar las normas sobre plebiscito contenidas en el artículo 117, las que disminuyeran las facultades del Presidente de la República, las que otorgaran mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirían la concurrencia de la voluntad del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara y no procederá a su respecto el plebiscito. En tal procedimiento bastaba que el Presidente manifestara su desacuerdo con la reforma para que esta no pudiera concretarse, vale decir, el Jefe de Estado disponía de un veto absoluto en estas materias.

El tercer tipo de procedimiento de reforma constitucional estaba contenido en el artículo 118 inciso 2°, determinando que los proyectos de reforma constitucional que recayeran en el capítulo I, Bases de la Institucionalidad; el capítulo VII, referente a la integración y competencias del Tribunal Constitucional; el capítulo X, referente a las Fuerzas Armadas y de orden y seguridad; como asimismo en el capítulo XI referente a la integración del Consejo de Seguridad Nacional y sus funciones y atribuciones, para ser aprobados debían cumplir con los requisitos del inciso 1° del artículo 118. Sin embargo, el proyecto así aprobado no se promulgaba y debía guardarse hasta la próxima renovación conjunta de las cámaras, y en la primera sesión que estas celebraran deberían y votarían el texto del proyecto de reforma aprobado por el Congreso anterior, sin poder establecerle modificación alguna. Si la reforma era ratificada por las dos cámaras del segundo Congreso por dos tercios de sus miembros en ejercicio, el proyecto se devolvía al Presidente de la República para su promulgación, sin embargo, si este último estuviera en desacuerdo con la reforma podía consultar a la ciudadanía mediante plebiscito.

El artículo 119 regulaba el plebiscito de reforma constitucional, determinando que la convocatoria al mismo debía efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se ordenara mediante decreto supremo que fijara la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podía tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contados desde la publicación de dicho decreto. Si transcurría dicho plazo sin que el Presidente convocare a plebiscito, el texto constitucional determinaba la promulgación del proyecto aprobado por el Congreso.

El decreto de convocatoria al Plebiscito contenía, según correspondiera, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. El Tribunal Calificador de Elecciones comunicaba al Presidente el resultado del plebiscito y especificaba el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que debía ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a la comunicación.

Este sistema de reforma rígido y complejo nunca se pudo hacer efectivo, ya que antes de que entrara en vigencia tales disposiciones, la derrota del General Pinochet en el plebiscito en el cual se presentó para mantenerse por otros ocho años adicionales en el poder en 1988 fue derrotado en las urnas, lo que lo obligó a concretar un acuerdo con la disidencia política a su régimen que posibilitara en tránsito pacífico a una práctica constitucional republicana y democrática. A través de estos compromisos, se modificó el procedimiento de reforma constitucional antes descrito.

4.3. El procedimiento de reforma constitucional reformado en 1989

La reforma constitucional de 1989 innovó en el procedimiento de reforma constitucional. En la concreción de esta reforma constitucional fue determinante la amenaza de la disidencia al régimen militar de que desmantelaría el sistema constitucional establecido por el régimen militar mediante una doble reforma constitucional, reformando primero el procedimiento de reforma constitucional que requería del procedimiento más simple de reforma, simplificándolo y bajando los quórum para concretar las nuevas reformas, para luego, en una segunda reforma realizar una reforma profunda al sistema constitucional instaurado autocráticamente.

El temor a que lo anterior pudiera concretarse, llevó a acordar las 54 reformas constitucionales que se acordaron en 1989, entre las cuales se encontraba la revisión del procedimiento de reforma constitucional original. A través de esta innovación se eliminó lo que en el acápite anterior hemos denominado "segundo procedimiento de reforma constitucional", como asimismo se innovó en el tercer procedimiento de reforma constitucional analizado anteriormente.

El nuevo artículo 116 precisa en su inciso 2° que el proyecto de reforma necesita para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. En el caso de que la reforma recayera sobre los capítulos I (Bases de la Institucionalidad), III (Derechos fundamentales), VII (Tribunal Constitucional), X (Fuerzas Armadas, de orden y seguridad pública), XI (Consejo de Seguridad Nacional) o XIV (reforma de la Constitución), necesita, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

La reforma modificó la estructura del capítulo de reforma, derogando el artículo 118, modificando los artículos 116, 117 y 119.

Como hemos precisado ya, el artículo 116, en su inciso 2°, determina los dos procedimientos de reforma constitucional, los que podemos caracterizar como un procedimiento ordinario y un procedimiento extraordinario, que se identifican por las materias y quórum con el cual deben ser concretadas las reformas. El procedimiento extraordinario incorpora dos nuevos capítulos al mismo en relación al texto original, el que se refiere al capítulo III de Derechos fundamentales, como asimismo el que se refiere al capítulo XIV, el procedimiento de reforma de la Constitución. El artículo 117 se refiere a la tramitación del proyecto de reforma por el Congreso Pleno en los mismos términos que en el acápite anterior. Sin perjuicio de ello se reforma el párrafo referido a la actuación el veto total del Presidente acerca de la reforma en relación al quórum de insistencia del Congreso, precisando el nuevo texto:

> El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno pasará al Presidente de la República. Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y éste insistiere en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Así, el quórum para insistir por el Congreso respecto del proyecto vetado totalmente por el Presidente de la República deja de ser el de tres cuartas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara por el quórum de dos tercios de los miembros en ejercicio de ellas, lo que elimina un quórum muy difícil de alcanzar normalmente en un orden constitucional democrático, sin perjuicio de que aún con la insistencia de dos tercios de cada Cámara el Presidente conserva la facultad de convocar a plebiscito, para que la ciudadanía arbitre el conflicto entre el criterio presidencial y el del Congreso Nacional. El inciso cuarto del artículo 117 innova respecto del caso del veto suspensivo parcial del Presidente sobre una reforma constitucional aprobada por el Congreso determinando que:

> Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Así el Presidente requiere de mayor consenso en cada Cámara para aprobar el veto parcial, antes de la reforma requería solo el voto conforme de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, luego de la reforma de 1989, se requiere el voto conforme de los tres quintos o dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, conforme a la respectiva materia sobre la cual recae el proyecto de reforma constitucional, alcanzándose el quórum de aprobación del veto en el Congreso, se devuelve el proyecto al Presidente de la República para su promulgación.

El nuevo inciso 5° del artículo 117, mantiene el inciso 6° del anterior artículo 117, sin innovaciones:

> En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

A su vez, el inciso final del artículo 117 se mantiene igualmente: "La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso."

El artículo 119 se mantiene en los mismos términos del texto original de la Carta Fundamental:

> La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.
>
> El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificará el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.

Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.

4.4. La reforma constitucional de 2000 que modifica la intervención del Congreso Pleno en el procedimiento de Reforma Constitucional

Dentro de dicho periodo, por ley N° 19.671 de reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de 29 de abril de 2000, se modificó la operación del Congreso Pleno en el procedimiento de reforma constitucional, estableciendo una nueva modalidad de operación conforme lo determinan los nuevos incisos del artículo 117 de la Carta Fundamental. Dicha reforma constitucional dispone:

Artículo 117.- Las dos Cámaras, reunidas en Congreso Pleno, serán convocadas por el Presidente del Senado a una sesión pública, que se celebrará no antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la aprobación de un proyecto en la forma señalada en el artículo anterior, en la que, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate.

Si a la hora señalada no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará el mismo día, a una hora posterior que el Presidente del Senado haya fijado en la convocatoria, con los diputados y senadores que asistan.

Así mediante esta reforma la segunda sesión del Congreso Pleno para una reforma constitucional si en la primera no se reúne el quórum constitucional requerido, se concreta el mismo día y no al día siguiente, con los diputados y senadores que asistan. Por otra parte, establece una precisión que no contenía el texto anterior, la cual es que determina al Presidente del Senado como la autoridad que convoca al Congreso Pleno a sesión pública. El nuevo inciso 2° precisa además -lo que tampoco estaba en el texto constitucional anterior- que la convocatoria debe fijar una hora específica de reunión el día que se convoque a sesión y si ese día y hora no se obtiene el quórum necesario, la sesión se verifica el mismo día, a una hora posterior que el Presidente del Senado haya fijado en la convocatoria.

Un problema que presentó este procedimiento de reforma constitucional en sus versiones de procedimiento ordinario y extraordinario fue que las disposiciones constitucionales pertinentes no establecieron una norma similar a la contenida en la Carta de 1925, en su artículo 108 inciso 1°, el cual determinaba que: "La reforma de las disposiciones constitucionales se someterá a las tramitaciones de un proyecto de ley, salvas las excepciones (…)" que eran señaladas por el propio texto constitucional.

Así desde el texto original de la Constitución de 1980, incluida la reforma constitucional de 1989 y de 2000, las disposiciones en materia de reforma constitucional sólo hacen aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias previsto para las leyes, pero no posibilita aplicar el sistema de comisiones mixtas para superar las diferencias entre ambas cámaras que a Carta Fundamental si aplica a los proyectos de ley. Asimismo el inciso final del artículo 117 de la Constitución, en su inciso final determina que "La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de

los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso". De esta forma, el texto constitucional establece explícitamente las materias excepcionales en que se aplica el mismo procedimiento de los preceptos legales ara las reformas constitucionales, donde no se encuentran consideradas la aplicación del procedimiento de comisiones mixtas en la tramitación de la reforma constitucional. Tal perspectiva forzó que los proyectos de reforma constitucional tuvieran que ser negociados en forma previa al proceso legislativo, ya que en este último ambas cámaras no podían manifestar discrepancias en la tramitación del proyecto de reforma constitucional a riesgo que la reforma constitucional se frustrara.

Así lo interpretaron también tanto de la Cámara de Diputados como del Senado en los informes de sus respectivas comisiones de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, el 20 de marzo de 1991, y del Senado, el 19 de marzo de 1991.

4.5. La reforma constitucional de 2005 y el procedimiento de reforma constitucional

Mediante ley Nº 20.050 se concretó la reforma constitucional de 2005, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, contenido en decreto supremo Nº 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y que fue objeto de firma en una solemne e histórica ceremonia realizada en el Palacio de La Moneda el 17 de septiembre de 2005, la que cambió la firma de la Constitución del General Pinochet por la del Presidente Ricardo Lagos, una simbólica manifestación del cambio constitucional realizado. Dicha reforma constituyó la decimoséptima reforma introducida a la Carta Fundamental, siendo la segunda reforma constitucional más importante y extensa después de la de 1989, eliminando los enclaves autoritarios que aún quedaban en el texto constitucional, acordada por amplio consenso parlamentario, pero sin participación del cuerpo político de la sociedad, en la cual se abordan también algunos aspectos específicos del procedimiento de reforma constitucional.

Mediante la reforma constitucional de 2005, y tras la aprobación de indicaciones formuladas por diversos senadores en la discusión en particular del proyecto de reforma constitucional, se posibilitó que el nuevo artículo 127 de la Constitución, estableciera que "serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley". De este modo, se incorporó el trámite de comisión mixta en las reformas constitucionales.

A su vez, la reforma constitucional de 2005 suprimió los primeros dos incisos del artículo hasta entonces 117 del texto constitucional anterior a la reforma de 2005, eliminándose así la participación del Congreso Pleno en el procedimiento de reforma constitucional, el cual no aportaba nada de calidad a la reforma, ya que podía ser aprobada en segunda sesión con los parlamentarios que asistieran, sin requerir ningún quórum específico, como asimismo sin debate.

4.6. La propuesta de reforma constitucional de la Presidenta Michelle Bachelet

El martes 13 de octubre de 2015, la Presidenta de la República anunció el cronograma del cambio constitucional. En dicho cronograma estableció una etapa de educación cívica que se llevaría adelante hasta marzo de 2016, consistente en socializar a la población acerca de las funciones que cumple una Constitución en una sociedad democrática a través de información en páginas web y textos explicativos, el que se encuentra en pleno desarrollo al momento de escribir el presente trabajo.

El 2 de diciembre de 2015, la Presidenta Bachelet nombró un Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente, el cual debe "garantizar la transparencia de los diálogos ciudadanos" que se desarrollarían a nivel comunal y regional, el cual está integrado por 17 integrantes del mundo civil, de las comunicaciones y expertos constitucionalistas expresivos del pluralismo nacional en el ámbito ideológico, presidido por el abogado constitucionalista Patricio Zapata, cuya tarea consiste en garantizar que las instancias de participación a nivel comunal, provincial y regional se lleven a cabo de manera transparente, recogiendo las opiniones de los ciudadanos sin presiones ni distorsiones.

Desde el mes de abril hasta el mes de julio de 2016 se concretará la etapa de diálogos ciudadanos a través de los cuales se recogerían las Bases ciudadanas para una nueva Constitución que contendrían las ideas fuerzas y proposiciones que debiera considerar la nueva Constitución, las que se entregarían a la Presidenta de la República en octubre de 2016.

En estos diálogos pueden participar todas las personas desde los 14 años. Se trata de un proceso de cuatro fases, en que se discutirá sobre valores, derechos y deberes, e instituciones que debe contemplar la Constitución. Para participar en la primera fase, hay dos caminos. El primero es llenar un cuestionario *on line*; el segundo es participar en un grupo conducido por un monitor, las personas pueden participar en ambos procesos.

En el proceso se les preguntará a las personas, en primer lugar, cuáles de 19 valores consideran más importantes y se encuentra también la alternativa de ningún valor. Luego, se les preguntará sobre los derechos más importantes de un listado de 26 de ellos, como asimismo sobre los principales deberes de una lista de 21 de ellos. Finalmente se les consultará sobre las instituciones que deberá contemplar la Constitución.

Los resultados de estos diálogos serán sistematizados a través de un *software* y las principales conclusiones darán origen a una nuevo diálogo ciudadano que se desarrollará a nivel provincial. Esa segunda fase da paso a una tercera, en que tras una nueva sistematización de los antecedentes, se realizarán los diálogos a nivel regional, para que, luego de una última sistematización de los antecedentes, que estos se entreguen a la Presidenta de la República.

En el curso del año 2017, la Presidenta de la República enviaría una reforma constitucional que recogería las bases ciudadanas para la nueva Constitución, junto con las tradiciones nacionales y "acorde con las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el mundo" como ha señalado la Presidenta Bachelet, que contendría la modificación a la Constitución actual. Asimismo, en dicha reforma constitucional se decidiría por el actual Congreso Nacional una reforma constitucional que pueda viabilizar al próximo Congreso Nacional la decisión sobre las diversas opciones procedimentales para debatir la nueva constitución.

Sería el próximo Congreso Nacional, el que será electo a fines de 2017, con un sistema de representación proporcional con método D Hondt, el que dotado de mayor representatividad, decidirá el mecanismo a través del cual se desarrollará el cambio constitucional, decisión que debiera ser adoptada por acuerdo de ambas ramas del Congreso Nacional por el quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio de cada cámara (al menos 80 diputados y 25 senadores).

El nuevo Congreso que asumirá el 11 de marzo de 2018 estaría habilitado para decidir entre cuatro alternativas el mecanismo procedimental de debate de la reforma constitucional que enviará el gobierno en el segundo semestre de 2017. Estas alternativas de mecanismos para debatir y aprobar la nueva Constitución serían: a) una Comisión Bicameral del Congreso Nacional; b) una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; una Asamblea Constituyente; o un plebiscito para que sea la ciudadanía la que determine el mecanismo entre las tres opciones anteriores.

Cualquiera que sea el procedimiento por el que se opte en su oportunidad, el proceso constituyente termina con un plebiscito o referéndum en que la ciudadanía se pronunciará aprobando o rechazando el texto de nueva Constitución. Asimismo, el desarrollo de este proceso de cambio constitucional queda entregado, en la práctica, a la decisión ciudadana que elegirá el nuevo Congreso Nacional en 2017, como asimismo, a la conformación de este, de acuerdo con los nuevos distritos y circunscripciones y el aumento de número de diputados y senadores que integrará cada cámara. Será el nuevo Congreso Nacional que iniciará su actividad el 11 de marzo de 2018 el que adoptará las decisiones fundamentales que darán viabilidad o no al proceso constituyente originario o a otra gran reforma constitucional después de las de 1989 y 2005.

5. SÍNTESIS DE PROCEDIMIENTOS DE GENERACIÓN DE NUEVAS CONSTITUCIONES Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

5.1. Debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una Convención o Asamblea Constituyente, cuyo texto es sometido a referéndum de la ciudadanía

En este caso, no es el Parlamento o Congreso ordinario el que analiza, debate y aprueba la modificación o reforma de la Constitución, sino que ello se concreta a través de una Asamblea o Convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática teniendo como única tarea impulsar y aprobar la reforma constitucional, excluyendo al congreso ordinario de dicha tarea, cuyo texto aprobado por el Congreso sería sometido a ratificación de la ciudadanía mediante plebiscito

Esta es la alternativa planteada en la tercera alternativa de método de tratamiento del cambio constitucional que se incorporaría mediante la reforma constitucional de 2017, precisado en el anuncio de la Presidenta Bachelet, la que deja al Congreso Nacional elegido que asume en funciones en 2008, el optar por la Convocación de la Asamblea Constituyente, cuyo texto elaborado debe ser ratificado por la ciudadanía por plebiscito.

Esta fue la propuesta formulada por el Grupo de Estudios Constitucionales o "Grupo de los 24" en 1978-1980 para elaborar y aprobar la nueva Constitución bajo el régimen autoritario militar.

En esta hipótesis es necesario precisar diversos puntos, como son las entidades administrativas territoriales por las cuales se elegirán los constituyente y el sistema electoral respectivo, la cantidad de miembros de la asamblea constituyente, el sistema y quórum por el cual se adoptarán decisiones, la determinación de si podrá elaborarse un texto único o con alternativas en diversas materias en que no exista consenso o mayorías suficientes. Luego si el plebiscito ratificatorio por la ciudadanía expresará un proyecto único o un proyecto con alternativas. Es necesario definir el porcentaje mínimo de concurrencia de la ciudadanía para entender el plebiscito como válido y legítimo para aprobar el texto constitucional respecto del cuerpo electoral nacional.

5.2. Congreso constituyente soberano. La Constitución es elaborada por una asamblea elegida directamente por la ciudadanía con tal objetivo, la que además desarrolla funciones legislativas. El texto de nueva Constitución es definitivamente aprobada por ella, conforme al quórum que se haya determinado por la convocatoria respectiva.

5.3. Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos. En este caso, se producen dos deliberaciones parlamentarias por congresos sucesivos, existiendo la intermediación de la voluntad popular entre uno y otro, así la ciudadanía se pronunciará sobre las materias de reforma constitucional al elegir el segundo Congreso que decidirá la reforma constitucional. Este sistema estaba previsto en la reforma constitucional

en la Constitución original de 1833. Esta perspectiva constituía también una de las alternativas de reforma precisadas en el texto original de la Constitución 1980

5.4. Una Convención mixta de parlamentarios y ciudadanos elegidos por el propio parlamento para elaborar el texto de Constitución el que será refrendado por el propio Congreso Nacional. Así fue aprobado el texto de la Constitución original de 1833[57].

5.5. Una Convención mixta integrada por parlamentarios y ciudadanos electos para dicha función, cuya tarea es debatir y aprobar el texto de Constitución, que luego será sometido a referéndum. Se encuentra como segunda alternativa que se incorporaría en la reforma constitucional al capítulo de reforma constitucional de la Presidenta Michelle Bachelet en el proyecto de reforma constitucional de 2017.

5.6. Sistema de debate y aprobación por una Comisión Consultiva determinada por decreto presidencial de integración pluralista y decisión por plebiscito ciudadano. En este sistema el gobierno por decreto determina la composición de la Comisión Consultiva la que debate el texto pudiendo formar subcomisiones, siendo el texto o alternativas de textos aprobados por la Comisión, el cual luego es sometido por el Presidente de la República a referéndum o plebiscito para su aprobación por la ciudadanía. Este es el procedimiento utilizado para la aprobación de la Constitución de 1925, con cierta manipulación de la redacción plebiscitaria.

En este caso, en el desarrollo del proceso de referéndum o plebiscito se debe garantizar la libertad para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración, que estas alternativas estén neutralmente formuladas en el texto de la consulta referendaria para evitar la manipulación de la decisión ciudadana, lo que requiere su revisión por un órgano jurisdiccional competente; y que el referéndum se realice asegurando la limpia y transparente expresión del cuerpo político de la sociedad respectiva

5.7. Sistema de debate y aprobación de proyectos de reforma constitucional por comisiones consultivas las cuales se remiten a un órgano no electo por la ciudadanía que ejerce la potestad constituyente originaria auto otorgada, el que aprueba el texto constitucional que se somete a aprobación por plebiscito. En esta alternativa el gobierno determina organismos consultivos que elaboran un proyecto de Constitución con posibles alternativas en diversas materias, el cual es remitido a la autoridad que ejerce el poder constituyente, el cual aprueba un texto final, el que es sometido a plebiscito. Es el procedimiento empleado para la aprobación de la Constitución de 1980.

5.8. Sistema de aprobación parlamentaria y refrendo por decisión del cuerpo político de la sociedad. En este modelo, el parlamento o Congreso uni o bicameral debate y aprueba la reforma constitucional, la cual, para que tenga validez, debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático[58].

5.9. El Sistema de decisión parlamentaria por las dos ramas del Congreso Nacional.

Este sistema se ha empleado para reformas constitucionales por mayorías calificadas diferentes en cada caso, ha sido empleado bajo todas las constituciones chilenas desde la Carta de 1833 a la actual. El quórum

57 En el ámbito del Derecho Comparado, este doble debate por dos Parlamentos sucesivos, precisándose que el segundo opera después del término del mandato constitucional del primero, a través de la elección regular de un nuevo Congreso determinado constitucionalmente, tiene como ejemplos las Constituciones de Noruega, Finlandia, Grecia, Colombia y Perú. A su vez, con el matiz de que el nuevo Parlamento puede actuar mediante la disolución del primero al adoptar la decisión de reformar la Carta Fundamental, tiene como ejemplos las constituciones de Brasil, Costa Rica, Dinamarca, El Salvador, Holanda, Honduras, Islandia, Luxemburgo, Nicaragua, Suecia, entre otros.

58 Ejemplos son: Constitución de Francia, de 1958, art. 89; Constitución de Guatemala, de 1985, art. 280; Constitución de Uruguay, de 1966, art. 331; Constitución de Polonia, de 1997, art. 235; Constitución de Japón, Art. 96; Constitución de Venezuela, de 1999, art. 344; Constitución del Ecuador de 2008, art. 442.

de aprobación de la reforma constitucional es de dos tercios y de tres quintos, en la constitución vigente; y de mayoría absoluta en la Constitución de 1912.

5.10. Debate y aprobación del texto de la Constitución por una Comisión bicameral del Congreso Nacional. Constituye la primera de las alternativas que sería incorporada en el proyecto de reforma constitucional que se someterá a la aprobación del Congreso en 2017 por la Presidenta Michelle Bachelet. En el caso específico cabría precisar si dicha comisión bicameral se dedicaría exclusivamente o preferentemente al debate y aprobación del proyecto constitucional; si el texto logrado por acuerdo de la comisión bicameral sería ratificado por cada Cámara o eventualmente por un Congreso Pleno, luego si sería ratificado o no, por referéndum o plebiscito y si este podría plantear en algunas materias alternativas a la decisión ciudadana.

IV FISCALIZAR, CONTROLAR Y PROTEGER

Alicia Gariazzo[59]

RESUMEN

Nuestra Nueva Constitución debe establecer que el Estado nos fiscalice y proteja. Debe crear el Ombudsman para las áreas en la que no pueda actuar el Estado. Hoy somos más vulnerables que nunca en nuestra historia, por lo que necesitamos protección y los últimos años han demostrado que sin fiscalización estamos inermes al poder omnímodo de los dueños de todo. Así hemos vivido una avalancha de colusiones, estafas y distintas formas de depredación que han afectado al patrimonio público y, debido a ello, con mayor intensidad, a los chilenos más vulnerables, que en el siglo XXI lo serán más aún.

REGULATE, CONTROL AND PROTECT

Our new Constitution should provide that the State would audit and protect us. It must create the Ombudsman for areas in which the State can't act. Today we are more vulnerable than ever in our history, so we need protection and recent years have shown that without regulation we are powerless in front of the absolute power of the owners of everything. So we have experienced an avalanche of conspiracy, fraud and various forms of predation which have affected the public patrimony and, as a result, more intensely, the most vulnerable Chileans in the XXI century will be even more.

Sumario: 1. La Nueva Constitución; 2. La nueva vulnerabilidad; 3 La gran vulnerabilidad; 4 El Estado en la Nueva Constitución.

59 Economista Universidad de Chile, MPHIL Historia Económica Universidad de Londres, Jubilada. Cámara de Diputados. Correo: aliciagariazzo@gmail.com

1. LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Si hay algo en lo que las grandes mayorías de nuestro país coinciden -sin ninguna vacilación- es en que los chilenos necesitamos, hoy más que nunca, fiscalización, control y protección. Los hechos de los últimos dos años lo han demostrado fehacientemente y hemos podido observar que fuerzas desatadas nos han llevado a una avalancha de colusiones, estafas y distintas formas de depredación que han afectado al patrimonio público y, debido a ello, con mayor intensidad, a los chilenos más vulnerables que tienden en el siglo XXI a ser más vulnerables aún.

Es fácil concluir entonces que nuestra Nueva Constitución debe contener artículos que establezcan que el **Estado debe fiscalizar, controlar y proteger** a todos los chilenos. Más aún, la Nueva Constitución debe definir la creación de un Defensor del Pueblo, un *Ombudsman* con expresión nacional y regional que proteja a los más débiles en todas aquellas materias en las que no pueda actuar el Estado.

1.1 Fiscalización y Corrupción

El debilitamiento de la fiscalización ha sido la consecuencia de la aplicación rigurosa de una concepción política y de un quehacer coherente con esta. Desde los '80 se instala en el país, sin oposición, la creencia de que el Estado debía disminuirse al máximo por ser el causante de todo tipo de ineficiencias y un obstáculo al crecimiento. Las empresas privadas no necesitarían fiscalización de este por estar guiadas por la competencia perfecta y reguladas por el mercado que automáticamente ubica todo en su lugar. Esto, finalmente, llevó a que los privados no solo monopolizaran los medios de producción (tierra, bosques, mares, agua, capitales, medios de comunicación), sino que también se hicieran cargo de correos, cárceles, puertos, carreteras, salud, jubilaciones y hospitales. En este contexto, es utópico -y más bien absurdo- pensar que los eficientes y perfectos, es decir, los empresarios privados, fueran fiscalizados por los ineficientes, causantes de todos los problemas, sobornados y más aún en extinción[60]. De esta forma, la fiscalización del Estado comienza a desaparecer en Chile y también el poder de sus instituciones por restricciones, tanto de presupuesto para la contratación de personal idóneo, como de las facultades establecidas por la Ley[61].

La Dirección del Trabajo (DT) hace años que viene demandando del Ministerio de Hacienda presupuesto para contratar más inspectores del trabajo, los encargados de fiscalizar el cumplimiento de las leyes

60 El Gasto Público, como porcentaje del PIB en Chile es de un 22,4%, mientras el promedio de este gasto en los países de la OCDE es de 43,9%.

61 Hace muy poco el nuevo Contralor reclamaba no poder cumplir con la fiscalización que se le exigía por carecer de personal.

laborales. La DT contaba, en 2002, solo con 300 inspectores repartidos en las 13 regiones del país. Después de innumerables insistencias, el Ministerio de Hacienda se comprometió a aumentar la dotación a 600 para 2005, pero hoy, en 2016, han logrado llegar solo a 457 inspectores. Esto es similar en todos los organismos estatales encargados de fiscalizar y controlar.

No existe fiscalización del trabajo infantil, pese a que Chile ha firmado todos los convenios pertinentes con la OIT. Solo podría fiscalizar a un prostíbulo que tuviera menores contratados[62] y para llegar a ello tendría que contar con una denuncia. Tampoco puede fiscalizar el trabajo ilegal o informal por no corresponder al ámbito laboral. El trabajo de vendedores ambulantes, acarreadores, fleteros, trabajadores en basurales y otros similares es considerada una actividad de trabajador por cuenta propia, por tanto no puede ser fiscalizada.

El respeto a los límites legales de la acción fiscalizadora es celosamente custodiado por los empresarios y esto se puede graficar con el ejemplo de los menores que trabajan en supermercados. Estos menores empaquetan y ayudan a transportar las compras en carritos del supermercado a los autos, taxis o incluso a las casas cercanas de los clientes. La DT no tiene derecho a fiscalizar el trabajo de los niños fuera del supermercado, independientemente del peligro que corran. Tampoco puede hacerlo adentro, ya que el supermercado no los contrata ni les paga. La DT exigió contrato a los empleadores, frente a lo cual la Asociación de Supermercados sacó a los niños de sus instalaciones, permitiéndoles transportar paquetes fuera del comercio, con lo que pasaban a ser trabajadores por cuenta propia. Los fiscalizadores tuvieron que desistir, ya que en la calle quedaban aún más desprotegidos.

Cuando la DT logra fiscalizar, la ilegalidad encontrada no culmina en una gran sanción a los empresarios. Las multas son bajas, los empresarios las pagan y siguen ejerciendo las mismas prácticas por las que fueron multados. Las multas laborales están establecidas en el artículo 477 del Código del Trabajo. Establece el pago de 1 a 60 UTM, según el tipo de empresa. A una empresa de 5 trabajadores se le puede aplicar una multa máxima de 20 UTM y a una grande de 30 mil trabajadores, una de 60 UTM. Es decir, una empresa de 30 mil trabajadores paga solo tres veces lo que paga una de 5 trabajadores, aunque el capital de la empresa grande sea 500 veces mayor. Así, las multas no tienen efectos disuasivos. Las empresas siguen actuando igual que antes de ser multadas, pero la Ley carece de facultades para obligarlas a cumplir. Las Inspecciones del Trabajo no tienen efectos correctivos en la faena y la empresa conoce regularmente y con antelación la ocurrencia de las inspecciones.

La Cámara de Diputados, que debe fiscalizar por ley, no tiene ningún poder efectivo en el ejercicio de dicha facultad. Las comisiones investigadoras no pueden obligar a privados a responder a sus citaciones, solo los funcionarios públicos están forzados a asistir. Las conclusiones e informes elaborados por estas comisiones jamás son escuchados por los organismos involucrados y ni siquiera son publicados, salvo algunas por ser muy mediáticas. Si se publicaran las conclusiones, a lo menos la opinión pública podría darse cuenta de que los diputados trabajan mucho más de lo que se cree, pero el sistema presidencialista extremo los hace desaparecer de la generación de conocimiento.

Lo anterior se evidencia cuando se hacen sesiones especiales sobre temas que preocupan a la ciudadanía. En esas sesiones, generalmente, se discuten todos los elementos más importantes que rodean a la materia en discusión. Los diputados informan, se preparan, convocan a expertos y, en pleno, toman proyectos de acuerdo que conllevan el envío de peticiones a las diferentes instancias involucradas del Poder Ejecutivo. Estas jamás contestan y la Cámara está tan acostumbrada a ello que ni espera las respuestas. No existe un mecanismo de insistencia o una forma de exigir respuestas serias, por lo tanto, esta actividad es solo un diálogo de sordos inútil hasta para la galería.

62 La Dirección del Trabajo considera a un trabajador como contratado, aunque no tenga contrato de trabajo, si se cumplen los siguientes requisitos en la relación patrón empleado: cuando hay una remuneración por una prestación de servicios habiendo subordinación y dependencia del empleado; cuando hay asistencia obligatoria; el cumplimiento de un horario determinado; obligación de cumplir con el trabajo y de dar cuenta del trabajo realizado.

Estos dos ejemplos son muy importantes en la sociedad chilena, pero se podría enumerar cientos de experiencias de Fiscalías, Superintendencias, Contraloría y del Consejo de Estado. Es anecdótico que los superintendentes, cuando terminan sus mandatos, trabajen en las mismas instituciones que antes controlaban o viceversa. Pero, finalmente, lo más gráfico es analizar en sus impactos prácticos, el respeto que muestran las empresas a las normas sobre contaminación, desechos de basura tóxica, uso de agroquímicos prohibidos, colusiones, precios monopólicos en bienes tan imprescindibles como los medicamentos, elusión de impuestos, soborno, fuga de capitales, *dumpings*, publicidad engañosa, para concluir que en Chile no existe fiscalización ni control.

1.2 Protección y Vulnerabilidad

La precariedad comienza en Chile en 1973 con el triunfo de una revolución capitalista profunda. Los logros de esta revolución llenan de orgullo a gran parte de la clase política de nuestro país y, por cierto, a todos los compatriotas pertenecientes al escaso porcentaje dueño de todo. Con mayor razón a los ocho grupos que ingresaron a los *records* de los multimillonarios más grandes del mundo de la Revista Forbes.

El objetivo de la revolución fue la implantación ortodoxa de un modelo neoliberal donde reinara una plena libertad de mercado, la que por definición permitiría un mayor desarrollo económico y un mayor desarrollo humano. Se supone que la gente puede cuidar de sí misma y que se gana mucho más dinero cuando se tiene la posibilidad de tomar decisiones en un mercado libre de regulaciones. Mientras menos gobierno exista, más dinero recaerá en el sector privado. En efecto, la fórmula es correcta si hablamos de dinero, pero es claro que toda la gente no puede cuidar de sí misma y, aunque disguste a los liberales, cada vez necesitamos más de un de Estado innovador, coordinador, protector y regulador.

1.2.1 Bajos salarios y desigualdad

Según la Fundación Sol, el 53,5% de los chilenos gana menos de $300.000[63]. De esta manera, Chile es uno de los países con mayor desigualdad de ingresos entre sus pares de la OCDE según el coeficiente de Gini. Los ingresos del 10% más rico en Chile son 26 veces más altos que los del 10% más pobre. México es el único país de la OCDE donde esta desigualdad, medida según el cociente entre el 10% más rico y más pobre, es mayor. Colombia presenta un nivel de desigualdad de ingresos similar a Chile[64]. De acuerdo a esta organización, Chile es el 4º país más pobre de sus 34 miembros. Tamar Manuelyan, agrega que "la inequidad en Chile es una de las más altas del mundo, su coeficiente Gini es de 52.1, y los aspectos del bienestar que no deberían estar ligados al ingreso, como la salud y la educación, también están inclinadas a favor de los ricos".[65]

Los mayores ingresos del Estado provienen del IVA, es decir, el impuesto que pagan en mayor proporción los menos ricos. En Chile no se paga impuesto a las utilidades, ni un verdadero *royalty* por la extracción de recursos. La desigualdad lleva consigo vulnerabilidad tanto en los pobres como en los ricos y la sociedad necesita llenarse de formas de represión para proteger la riqueza.

Esto es difícil de enfrentar. Es tal el poder de los grupos económicos, que es utópico plantearse que, de la noche a la mañana, los ricos aceptaran pagar impuestos para que así el Estado obtuviera más recursos y, más aún, para que este los canalizara eficientemente hacia los que más lo necesitan. En verdad, el

63 Fundación Sol, Encuesta Suplementaria de Empleos, 2015.

64 Hunziker, P. Publicada en el sitio de análisis político británico UK Progressive.

65 www.BíoBíoChile.cl, 2014.

Estado actualmente existente carece de eficiencia, la Constitución le prohíbe interferir directamente en la economía y gran parte de la clase política es incapaz de romper con sus patrocinadores. Hemos podido ver el escándalo que han armado lo grupos económicos y sus representantes por las reformas impulsadas por Bachelet. Amenazan con las penas del infierno, desaceleración de la economía, paralización de las inversiones, para no perder un peso de sus utilidades elefantiásicas.

Tampoco existen los mecanismos para que los desposeídos luchen por una mayor justicia. Es necesario recordar que con el final abrupto del Estado Protector en los 70, la precariedad comienza a ser la esencia de la vida del trabajador: sin sindicatos, sin partidos políticos propios, sin derecho a huelga. Lo más grave: sin trabajo seguro y sin contratos indefinidos.

1.2.2 El dinero ilegal

La inseguridad en el trabajo y los bajos salarios, acompañados por la ostentación de la riqueza y la publicidad al consumo, necesariamente estimulan la búsqueda del dinero ilegal. Pese al silencio de políticos y noticieros sobre esta información, todo Chile sabe que las poblaciones populares están asoladas por el microtráfico. Hasta profesores del Sename aparecen vendiendo drogas a los niños internos [66].

El alto consumo en drogas y alcohol también es fuente de vulnerabilidad, particularmente en los adictos más jóvenes y más humildes. Estudios de Libertad y Desarrollo, que analizan el consumo de drogas, concluyen que el número de consumidores es considerablemente más alto en las personas pertenecientes a un nivel socio económico bajo y también es mucho más alto el número de días que consumen. Si se considera la droga más dañina, es decir, la pasta base, en un nivel alto consumen 1.154 jóvenes durante 16 días, mientras en el bajo lo hacen 28.548 durante 114 días. En el primer caso es apenas una diversión; en el otro, un problema social que afectará a varias generaciones. Una parte de estos jóvenes conforman la llamada "generación Nini", jóvenes que no estudian ni trabajan, que viven con las madres, llevándolas, en muchos casos, a protegerlos, ayudarlos o encubrirlos en la delincuencia y el microtráfico.

1.2.3 El consumo y el sobreendeudamiento

Considerando los bajos salarios de la mayoría de la población, el dinero ilegal explica el alto consumo, especialmente de los más jóvenes en la industria de la entretención. Ya los días jueves están todos los bares del país llenos. Pero también el sobreendeudamiento generalizado juega un papel fundamental. Ambas formas de financiamiento son poco sustentables y crean vulnerabilidad. Ya hay casos de suicidios por deudas y han aparecido programas sensacionalistas en la televisión acerca de deudores. En cualquier caso, se estimula desde todo punto de vista este tipo de consumo y el endeudamiento masivo.

Los modelos de negocios de los dueños del *retail* no se refieren a metas de ventas, sino, impúdicamente, al número de plásticos que deben entregar a los sectores C3 y D para recuperar la inversión. Es evidente que el negocio está en el dinero prestado cobrando intereses usureros a los más pobres, al punto que los grupos más poderosos han terminado ampliándose a bancos y compañías de seguros. Es conocido también que los vendedores reciben mayores comisiones por vender a crédito. Ello explica su insistencia para que el consumidor reciba una tarjeta. También aumentan sus ganancias con repactaciones arbitrarias que a veces ni siquiera negocian con los deudores, como ocurrió en el caso de La Polar.

66 La Tercera, 23/03/16: "Detienen a profesor del Sename que vendía dulces impregnados en cocaína". Artículo Angélica Baeza en que relata que un profesor del Sename fue detenido por vender dulces con drogas a los niños internos.

Aún cuando la gratuidad en la educación ha comenzado, la mayoría de los jóvenes está endeudada por sus estudios, por el alto costo de vida en las zonas urbanas para los que deben desplazarse desde sus ciudades de origen para estudiar. Este gasto es alto aún para familias de ingresos medios.

En este marco, la televisión abierta es la viga maestra. Se concentra en una publicidad permanente, intercalada por algunas series y algunas noticias controladas. Publicidad directa e indirecta a través de los mismos conductores que primero ganan la credibilidad. Después que la ganan son pagados para publicitar a Isapres o AFP o solo rinden culto al auspiciador dentro de sus programas.

Así es la propaganda, avasalladora, implacable y sistemática, no solo instando a consumir, sino a obtener múltiples créditos que los relacionadores públicos de la TV califican como gratuitos. Los modelos de negocios se concentran en los sectores C2, C3 y D y dentro de estos, en los jóvenes a los que no solo convierten en objetos de su propaganda, sino en sujetos de la misma publicidad, llamándolos a conquistar con su belleza un lugar en la televisión para obtener dinero fácil y rápido y, a su vez, conquistar a otros para el consumo.

Generalmente, este sobreendeudamiento, donde se encuentran también los deudores universitarios, termina con embargos, el paso a formar parte de las listas de deudores morosos de Dicom lo que impide obtener trabajo y los lleva a graves crisis familiares.

1.2.4 Las cárceles y el suicidio

La mayoría de los jóvenes delincuentes pasan parte importante de sus vidas en las cárceles. En estas no existe la educación diferencial y muchos muestran problemas de capacidad intelectual y formas de debilidad mental. Algunos tienen enfermedades mentales, intensificadas por las adicciones y permanecen presos aún después de haber cumplido su condena porque las familias no quieren recibirlos y porque al carecer el país de protección efectiva para el enfermo mental, no pueden ser remitidos al sistema de salud. Las familias no cuentan con recursos para ayudar a sus integrantes con enfermedades mentales. Está de más explicar acá que la reinserción al mundo laboral de los ex presos es prácticamente imposible.

La fórmula que encontró el Gobierno de Ricardo Lagos en el año 2000 para solucionar el problema de las cárceles fue concesionar las nuevas construcciones para satisfacer las necesidades crecientes del aumento de la población penal. Así, se privatizaron todas las etapas de la construcción y la administración dejando a Gendarmería solo a cargo de la seguridad. Los costos de esta experiencia fueron altísimos y las dos o tres cárceles construidas por privados virtualmente tuvieron que reconstruirse. Hubo una Comisión Investigadora que pasó sin pena ni gloria por la Cámara de Diputados y sus resultados fueron opacos y rápidamente silenciados, como ocurre con todo lo que afecta al modelo de sociedad que estamos construyendo.

La vulnerabilidad de los jóvenes se expresa en los hábitos de vida señalados, pero también en su falta de esperanzas. El suicidio aumenta sistemática y aceleradamente entre los jóvenes chilenos. En "Tendencia al Suicidio 2010"[67], se informa que el 76% de los jóvenes chilenos entre 18 y 28 años admite que ha pensado alguna vez en quitarse la vida y que el 71% ve su futuro con pesimismo. El 81% se ha sentido inútil, el 82% fracasado y con ganas de "abandonarlo todo"; el 75% "a veces nota que podría perder el control sobre sí mismo"; el 73% tiene poco interés en relacionarse con gente y el 71% considera que quitarse la vida es una opción frente a una situación desesperada. La causa inmediata al momento del suicidio sería esta sensación de desaliento o una depresión no tratada, porque la mayoría de los suicidas se encuentra entre los jóvenes de menores ingresos, es decir, en aquellos que no tienen acceso a atención psiquiátrica. Julio Dantas señala que "dentro de los países de América Latina, Chile tiene la más alta tasa de suicidio de

67 Estudio de la Universidad Bernardo O'Higgins, 2011.

adolescentes. Mientras en América Latina la tasa es de alrededor del 5%, en Chile es del 20% y por ello el Minsal tiene en su plan 2011-2020 esta situación como un problema para solucionar[68].

Cuando ni las familias, ni menos la Iglesia, pueden proteger a nuestros jóvenes de la pedofilia, el abuso, el maltrato, la drogadicción y la delincuencia, suponemos que un ente imparcial debe protegernos, pero los rectores de nuestro país ven la solución a los problemas de estos niños en una mayor represión y todos claman por más encarcelados. Los sectores más conservadores quisieran que un "portonazo" fuese castigado con cadena perpetua, lo que es imposible según la ley, pero, además, la permanencia en nuestras cárceles, aunque sea por un año, crea más jóvenes delincuentes, más vulnerabilidad y más odio.

1.2.5 La salud

Otra área de precariedad creciente es la salud. Pese a los logros obtenidos con los consultorios de medicina preventiva, la salud estatal no alcanza a satisfacer todos los requerimientos y la salud privada solo está al alcance de los sectores de altos ingresos. Más aún, el sistema privado contribuye muy poco, o cobra muy caro, por las nuevas enfermedades que también nos ha traído el siglo XXI. En primer lugar, las adicciones que traen enfermedades mentales imposibles de abordar sin recursos. En segundo lugar, las malformaciones de los trabajadores agrícolas afectados por los plaguicidas. Que afectan más a las mujeres, que constituyen el 60% de los temporeros y a las embarazadas que trasmiten a los fetos las malformaciones que estos producen. También, los habitantes de lugares aledaños a las grandes empresas que sufren los impactos de la basura y desechos tóxicos de estas. Solo recordemos las poblaciones de Arica afectadas por la basura que importamos de la sueca Boliden o los desechos de la industria de la celulosa. Lo más grave es que los daños permanentes a la salud y las enfermedades psiquiátricas tienden a aumentar y el 99% de la población afectada por estos, carece de medios para costearlos.

Los ancianos, enfermos, discapacitados, personas con necesidades especiales e inválidos tienen como destino depender primero de sus madres, luego de sus hijas, o bien vivir en las calles, lo que ahora se cree mejorar con el título: "en situación de calle". Ni podemos imaginarnos qué pasa con la locura.

2. LA NUEVA VULNERABILIDAD

Nuestra vulnerabilidad básica como país proviene de nuestro modelo de desarrollo, esencialmente no sustentable, por estar basado en la exportación de recursos naturales no renovables, cuyas ganancias pasan directamente a los bolsillos de empresas privadas en su mayoría extranjeras. Ello se vuelve grave cuando estos recursos naturales se agotan, como en el caso del salitre en los años 30 y como ya está ocurriendo con la pesca y la industria forestal. Pero la vulnerabilidad en el siglo XXI ha aumentado en el mundo por otros conceptos, además de los ya anteriormente comentados.

La crueldad del mundo actual es un fenómeno nuevo si lo comparamos con la del siglo XX. Las nuevas formas de daño al ser humano, quizás son solo equiparables a las ejercidas por colonizadores y esclavistas, como bien relatara Mario Vargas Llosa en *El Sueño del Celta.* En los años 60 habría sido inconcebible imaginar prácticas tan aberrantes como el asesinato de personas para extraer sus órganos y venderlos para trasplantes. O el uso que se hace hoy de la mujer. Traficadas cuando niñas para prostitución infantil, luego para la reproducción y el comercio de sus hijos y, finalmente, para la producción de órganos.

68 Proyecto Todo Mejora, U. de Chile. 2011. http://www.proyectotodomejora.org

En Chile todavía no se trafican órganos, no ha llegado la industria del secuestro, pero existe el tráfico de personas. La Sección sobre Chile del Informe sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de los EEUU en 2013, concluyó que Chile es un país de origen, tránsito y destino de trata de hombres, mujeres y niños con fines de explotación sexual y trabajo forzado. No solo de niños chilenos, sino de niños de varios países de América Latina. El informe agrega que el país no cumple las normas mínimas para eliminar esta situación. Tampoco para eliminar la prostitución y el trabajo infantiles.

Aunque no se comente, en Chile existe un alto tráfico de drogas, otra fuente de vulnerabilidad. Como afirmó el Subsecretario del Interior del Gobierno de Sebastián Piñera, Rodrigo Ubilla, al exponer el Plan Frontera Norte a una comisión investigadora de la Cámara de Diputados. Lo más pintoresco ha sido que este informe, rendido en julio del 2011, pasó totalmente desapercibido, en primer lugar, entre los propios diputados miembros de la Comisión.

Ubilla expuso que compartimos casi 1.350 kilómetros de fronteras entre tres países complejos en lo que a producción de drogas se refiere. 947 kilómetros con los dos países que producen el 54% de la cocaína del mundo: Bolivia y Perú. Entre 2000 y 2009 el cultivo de coca en Perú creció un 38% y en Bolivia, un 112%, debido a que el cultivo en Colombia está disminuyendo. Hay casi 400 kilómetros de frontera con Argentina en Antofagasta que contiene las vías naturales que nos comunican con Brasil y Paraguay, desde donde proviene la marihuana prensada y la pasta base. Hay 140 pasos no habilitados en Arica y Parinacota. Un primer tramo de 56 kilómetros, de 26 a 2.100 metros sobre el nivel del mar, y doce sectores costeros inhabilitados también útiles para el narcotráfico.

El tren Arica-Tacna, según el Tratado de 1929, solo puede ser controlado en Arica, lo que ocasiona que mucha droga sea arrojada hasta 25 kilómetros antes de llegar a la estación, dos veces al día. En un segundo tramo, de 111,4 Km en el sector precordillerano en los hitos 27 a 80, está el paso Laguna Blanca frente a Alto Perú, centro de acopio de droga, donde carreteras pavimentadas facilitan el tráfico hacia los poblados de Puno y Ayacucho. Otro paso es Ancomarca en Perú, pueblo donde se acopia droga con rutas ilegales para el narcotráfico, el contrabando de mercadería y el paso de vehículos robados. En un tramo de 168 kilómetros, con una altura de 3.800 metros sobre el nivel del mar, cada 15 días hay una feria internacional donde se desarrolla el intercambio de contrabando y drogas.

Por otra parte, la región de Antofagasta cuenta con 365 kilómetros de frontera con Bolivia y tres pasos habilitados: uno vehicular, el complejo Colchane; dos peatonales, Ujina y Cancosa; y 389 kilómetros con Argentina. Ubilla agregó que el Gobierno de Piñera estaba incautando 20 toneladas anuales de cocaína. Según cálculos internacionales, en una frontera como la chilena en el norte se puede incautar un 25% de lo que ingresa. Por lo tanto, a Chile ingresarían 60 toneladas anuales que se consumen en el país o salen del territorio para ser comercializadas en el extranjero. De las 20 toneladas incautadas también hay parte que se consume internamente, porque todo no es incinerado por falta de equipos, personal, o corrupción.

A la fecha del informe, había habido serias denuncias de droga desaparecida en locales de decomiso. En 2012, el Ministerio del Interior descubrió una alianza entre microtraficantes y funcionarios dedicados a la destrucción de droga en la capital. Se filtró en las noticias de ese año la desaparición de una tonelada de coca destinada a incineración, pero pese a la vocación reiterativa de nuestros noticieros, nunca se conocieron detalles del hecho y la nota pasó desapercibida. Finalmente, relató Ubilla, la Policía Internacional descubrió que, entre fines de 2009 y principios de 2011, en un poco más de 20 meses, se incautó en puertos de África, Asia y Europa, más de siete toneladas de drogas provenientes de puertos chilenos, principalmente de Arica.

Por su parte, el Intendente de la Araucanía de la época también informó que había cuatro pasos fronterizos en su región donde también entraba droga. Esta ingresa también por mar, ya que además de los puertos controlados por la Armada[69], hay otros 26 lugares donde es posible recalar botes y embarcaciones para ingresar o extraer mercadería, sin ningún control, ni siquiera de radar.

3. LA GRAN VULNERABILIDAD

Otro elemento que aumenta la cantidad de chilenos vulnerables es el aumento de la longevidad. Según el INE -aunque hace tiempo que nuestro país no genera estadísticas confiables- la esperanza de vida en Chile hoy es de 76,5 para los varones y 81,7 para las mujeres. Como estos son promedios, me atrevería a decir que esta esperanza es muy superior en los adultos mayores de sectores urbanos menos vulnerables y, por lo tanto, con mayores capacidades técnicas y profesionales. La situación de la tercera edad ya es grave por las magras pensiones, pero fuera de eso, el país, como tal, tendrá que enfrentar el hecho de que cada vez haya un mayor número de viejos desocupados con sus capacidades intelectuales intactas.

Los centros del adulto mayor de las municipalidades están jugando un rol con este sector, pero es una pérdida para el país tener estas capacidades ociosas, cuando muchos estarían dispuestos a participar en tareas voluntarias y de solidaridad, organizadas e impulsadas desde el Estado. Sin embargo, la mayor vulnerabilidad proviene de los cambios que vivirá, y ya está viviendo, nuestra estructura productiva, que nos llevarán a que los chilenos exijamos más protección aún de la que ya necesitamos.

El Siglo XXI ha llegado con adelantos técnicos y descubrimientos científicos extraordinarios de tal nivel que no estamos preparados para recibir, ni siquiera para imaginar. De ellos se habla poco, pero aunque los ignoremos, nos abordarán inexorablemente. Se anuncia que en el 2045 la mitad de las tareas del mundo será ejecutada por robots y aún en un país chiquito como Chile ya observamos a diario cambios tecnológicos impresionantes.

Junto con el desaparecimiento de la legislación laboral protectora de los más débiles, el país se abre al exterior, termina el trabajo en las industrias, la manufactura se va al Asia, las parcelas agrícolas surgidas de la contrarreforma agraria ya no necesitan trabajadores permanentes, las empresas eliminan personal con contrato y comienzan a trabajar con empresas enganchadoras que usan todas las formas posibles de trabajo precario.

En la agricultura, actualmente muy exitosa en nuestro país, basta un administrador con el uso de drones y de tecnología digital para el riego, la racionalización del alimento del ganado y el trabajo temporero para labores culturales y cosecha. Las hijas de los inquilinos se libraron del "derecho a pernada" y ahora disponen de su plata, pero todo ello es aleatorio e inseguro. En el campo, prolífico aún en zonas semidesérticas del país y con un buen nivel de exportaciones, predomina el trabajo por hora, polifuncional y sin protección de ningún tipo. Se prefiere a las mujeres en las tareas de la cosecha y la agroindustria por su mayor motricidad fina y por su facilidad para salir y entrar al mercado laboral. Sin embargo, la falta de protección, previsión y salud, posteriormente, afectará a todo el grupo familiar que deberá costear el desempleo, la enfermedad y la vejez de estas trabajadoras.

Por otra parte, el aumento del empleo de la mujer como temporera en la agroindustria, en servicios domésticos y también en actividades tradicionalmente masculinas, pero por sobre todo el manejo personal de ingresos propios, ha producido una crisis en la familia nuclear. Actualmente proliferan en los sectores

69 Diagnóstico de Directemar, órgano policial de la Armada encargado del control de las costas

populares, las jefas de hogar mujeres, abandonadas económicamente por sus maridos, con hijas de diferentes parejas que también pueden tener hijos tempranamente. El "pater familias" no acepta que la mujer compita con él en la calle, que pueda mantenerse y que exija trato igualitario. Aparece el fenómeno del femicidio, que se intensifica a lo largo de todas las clases sociales -hasta el diario español El País se ha referido al femicidio existente en Chile-. Aunque todos los maridos no sean asesinos o golpeadores, el maltrato psicológico del macho despechado por la competencia intelectual de la mujer, poco antes relegada a la casa a parir y servirlo, se generaliza con las consiguientes separaciones, divorcios y conflictos. Las separaciones en la edad madura intensifican la vulnerabilidad, en una edad que es la vulnerabilidad misma. Al separarse ancianos, en vez de compartir ingresos, gastos y cuidarse mutuamente, aumentan el gasto total y en casos de accidente o enfermedad se convierten en una carga para los hijos. La familia patriarcal desaparece y el maltrato en las familias aumenta. Los abuelos, en vez de proteger y regalonear, se han convertido en una carga para hijos y nietos. Todo esto exacerbado por el creciente aumento de la longevidad.

La incorporación de tecnologías modernas a las empresas, lo que constituye un imperativo histórico imposible de eludir como ocurrió con la introducción de la maquinaria en la agricultura siglos atrás, trae consigo un fenómeno que conlleva una vulnerabilidad estructural que no tiene vuelta atrás y que no podrá compensarse si no se recurre a un diseño determinado y consciente de un conjunto de políticas creativas. La tecnología digital produce y lo seguirá haciendo, la desaparición de miles de fuentes de trabajo. Ya se ha venido produciendo en puertos, minas, en la agricultura, en la industria extractiva y en todos los servicios. En todos estos sectores se combina la tecnología digital con el trabajo precario.

El reemplazo de trabajo humano por tecnología digital se generaliza en los puertos chilenos desde fines de los años 90 con la concesión y privatización de estos. Las grúas manejadas por computación han dejado a cientos de estibadores sin trabajo. Esto es una necesidad debido al crecimiento del comercio exterior, pero también, porque los países y sus empresas están obligados a ponerse al nivel de aquellos con quienes comercian. Estas transformaciones tecnológicas recientes han lesionado las alternativas laborales de los trabajadores de mayor edad y menor calificación y en el sector ya se es "viejo" a los 40 años. La cantidad de trabajadores contratados comienza a disminuir desde los 40 años, aproximadamente, y se reduce claramente a la edad de 49 años. Ya ha habido infinidad de retiros de hombres de 40 años en los puertos que ya no pueden aprender a manejar la nueva maquinaria.

El Puerto de Valparaíso utilizaba alrededor de 30.000 trabajadores y en la actualidad tiene solo 1.000 trabajadores permanentes y 7.000 eventuales que se contrata por hora. Las grúas son de tal sofisticación que pueden ser programadas no solo para trasladar carga, sino también para elegirla. Al mismo tiempo, se produjo la modernización de las aduanas. Por ejemplo, la Aduana de Valparaíso ocupaba 10.000 empleados y ahora solo requiere 1.200. Ha traspasado muchas funciones a los agentes de aduana, lo que ha sido posible por la incorporación del sistema EDI (Exchange Digital Information) que permite una comunicación segura y expedita. Los dueños de los puertos han hecho enormes inversiones, pero también han aumentado inmensamente sus ganancias y aún tienen grandes proyectos de modernización por todas las alternativas que se han abierto a Chile por el comercio exterior a través del Pacífico.

El reemplazo de mano de obra por tecnología implica aumentos de costos e inversiones, pero también mayores ganancias. La industria forestal hace tiempo que ha hecho dichos cambios, también la minería, donde ya los camiones internos se manejan sin conductor. Chilectra acaba de anunciar que eliminará 50 mil medidores, de ahora en adelante la medición del gasto en energía se hará *on line.* El cambio es magnífico para los consumidores, pero se eliminará todo el personal que se relacionaba con los medidores y el personal de informática aumentará, pero en menor cantidad y con mayor calificación.

La nueva línea del Metro ya viene sin conductor. Se usan drones para vigilancia de todo tipo. Sin ir más lejos, entre las 22 acciones procrecimiento del Gobierno hay varias orientadas a facilitar trámites, a través del despacho *on line,* disminuyendo la injusta dependencia de las notarías, lo que es un estupendo aporte, pero que disminuirá una cantidad de puestos de trabajo.

Todas las empresas de servicios, como seguros y similares, funcionan con una estructura de expertos digitales en la cúpula, con personal de terminales que lee a los clientes lo que ve en la pantalla y con publicistas del servicio, que llaman por teléfono ofreciendo la marca, a los que se les paga por llamada exitosa.

Es por eso que es muy grave que la educación haya sido, y aun lo es, regida por el mercado. Se necesita una mínima información a los jóvenes sobre lo que sucede en la economía para que puedan elegir carreras que van a tener demanda cuando obtengan sus títulos. Sobre ello debería haber planificación e información. Es inmoral que los jóvenes queden endeudados toda su vida por haber estudiado carreras inútiles, como ocurrió en la UTEM con el programa de Perito Forense y que las universidades hagan publicidad engañosa.

El impacto del aumento del número de desempleados, o de los trabajadores jubilados más tempranamente por desconocimiento de las nuevas tecnologías, se verá acrecentado por el aumento de la longevidad. En otras palabras, dentro de poco, en nuestro país, por diversos conceptos, habrá un gran número de personas aptas sin un lugar en la sociedad. Y con esto no me estoy refiriendo a ingresos, salarios ni jubilaciones, solo al hecho social de que, a la larga, aumentará el estrés ya existente e intensificará el peso de los desempleados, con o sin ingresos, sobre la población activa.

4. EL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Cuando se habla del rol del Estado ya nadie piensa en un Estado totalizador, dueño de todos los medios de producción, como el de los fracasados socialismos reales, pero, los enfermos, discapacitados, los niños con necesidades especiales, los ancianos sin jubilación, los desempleados no pueden cuidarse solos y la familia no da abasto para satisfacer sin recursos todas estas necesidades. Es decir, necesitamos Estado, aunque deberías quedar establecido en la Nueva Constitución que el Estado no pretende expropiar a los privados y hacerse cargo del manejo empresarial. Así se tranquilizaría a la derecha y a los empresarios, aún cuando se debería establecer que el Estado tiene derecho a interferir en la economía en aquellas áreas donde no tienen interés los inversionistas privados o donde las inversiones son muy altas, como en el caso de las energías no renovables. En esos casos el Estado podría hacerse cargo en los primeros años y después entregar la actividad a cooperativas regionales.

No cabe duda de que tendrá que ser el Estado el responsable de la superación de los problemas que generen los cambios que vivirá la economía. Todos coincidimos en que el Estado, la clase política y el Parlamento actuales, no están en condiciones de generar ideas que constaten los cambios que está viviendo nuestra sociedad y menos que ofrezcan al país las soluciones. Es demasiado el tiempo que se gasta en lograr la permanencia en el poder.

Es evidente que el Estado actual requiere una reforma interna profunda y el momento actual de discusión de la Nueva Constitución es muy oportuno. Debería, de una vez por todas, implementarse la carrera funcionaria con concursos por oposición de antecedentes. Los cargos políticos deberían llegar a Ministro y Subsecretario, con un par de asesores cada uno. Pero a los cargos de jefes de división, de servicios y otros debería accederse a través del mérito y de la carrera funcionaria. Deberían construirse indicadores, copiando a países pequeños y exitosos, como algunos países escandinavos, para estimar el número de

funcionarios necesarios y terminar con el mito o realidad del supuesto exceso de trabajadores que tiene el Estado. Se debería fortalecer al personal de las secciones encargadas de fiscalización y control, desde la PDI, Aduanas, fronteras, hasta las Superintendencias, la Contraloría y la Dirección del Trabajo. Debería escribirse un **manual de funciones** en que la toma de decisiones, especialmente en regiones, tuviera responsabilidades y jerarquías claramente identificadas.

En la actualidad hay un traslape y descoordinación debido a que muchos cargos cumplen funciones similares que carecen de responsables mayores, como alcaldes, intendentes, seremis, gobernadores regionales. Debería haber un estímulo y preocupación fundamental por el personal de hospitales y de instancias que se encargan de la protección infantil como el Sename, pagando estímulos, llamando a médicos extranjeros, impulsando las profesiones vinculadas a la medicina. El presupuesto fiscal, en lo referido a inversiones, debería cerrase en junio, porque el cierre en diciembre perjudica mucho la ejecución de estas.

Con un mejor Estado se podrá definir y diseñar estrategias atractivas que involucren a la población y que consideren los problemas señalados, impulsando la participación ciudadana. La creación del *Ombudsman* debería establecerse en la Nueva Constitución. Debería haber un **Defensor del Pueblo** masculino y una **Defensora del Pueblo** femenina a nivel nacional y parejas equivalentes en cada región. Esto debido a que los problemas de hombres y mujeres son diferentes. El Estado debería financiar solo los gastos administrativos, pero tanto los *Ombudsman* como sus asesores deberían ser trabajadores voluntarios, seleccionados por antecedentes, no por partido político. Quizás deberían contar solo con una ayuda para transporte y colación por unas cuatro horas diarias.

Las tareas de la clase política son inmensas. Es posible que dentro de poco debamos comenzar la lucha por la jornada de 6 horas lo que no será fácil; tampoco lo fue por la jornada de 8 horas. Quizás ello podría impulsarse primero en las instancias estatales administrativas, dado que la mayor parte de los trámites se están haciendo crecientemente *on line*.

Se nos vienen momentos difíciles, pero hay que abrir un camino de acuerdos, dialogar y autocriticarnos, ahora que no nos separa la guerra fría y que aparentemente nadie está dispuesto a defender rígidamente planteamientos extremos. Necesitamos unir muchas mentes y muchos corazones para avanzar y protegernos entre nosotros mismos de la vulnerabilidad que seguirá aumentando.

V REFLEXIONES EN TORNO A LA RIGIDEZ Y LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980. LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE

Pablo Ignacio Celedón González[70]

RESUMEN

El proceso constituyente iniciado en octubre del año 2015 por la Presidenta Michelle Bachelet responde a una promesa de campaña que ha estado presente en cada una de las ofertas programáticas de la centro-izquierda en la última década. Esto abre el debate acerca de la necesidad de cambiar nuestro acuerdo político y cómo, detrás de los argumentos públicamente afirmados, subyacen motivos que han dado lugar a una vorágine de reformas en Latinoamérica en el último tiempo.

REFLECTIONS ABOUT THE LEGITIMACY AND THE RIGIDITY OF THE 1980 CONSTITUTION. LIMITS TO THE CONSTITUENT POWER.

ABSTRACT

The constitutional process initiated in October 2015 by President Michelle Bachelet, responds to a campaign promise that has been present in each of the program offerings of the center-left in the last decade. This opens up the debate about the need to change our political agreement, and the real resons behind publicly affirmed arguments; wich have led to a maelstrom of reforms in Latin America in the last time.

Sumario: 1. Introducción; 2. Constitución de 1980. Mitos en torno a su rigidez y antecedentes constitucionales previos; 3. Tendencia reformista en América latina; 4. Limitaciones al poder constituyente; 5. Conclusiones.

70 Abogado de la Universidad de Valparaíso. Asesor legislativo Bancada de Diputados de Renovación Nacional.

1. INTRODUCCIÓN

El 13 de octubre del año 2015 la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, daba inicio al proceso constituyente, materializándose con ello una promesa de campaña[71] que constituye una de las denominadas, en el oficialismo, "reformas estructurales". En la oportunidad, la Jefa de Estado señaló a través de cadena nacional que "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".

Más allá de los esfuerzos que derivaron en las reformas constitucionales del año 2005, ya con la consolidación de la precandidatura de Eduardo Frei el año 2007[72], se levantaba la idea de una nueva Constitución como parte del programa de Gobierno. Desde entonces, la gran mayoría de los candidatos vinculados a la centro izquierda han contemplado en sus programas presidenciales la redacción de un nuevo Código Político.

Ahora bien, el proceso constituyente que inició la Presidenta cuenta con una serie de etapas que, lejos de aportar claridad, mantiene la incertidumbre en torno al mecanismo constituyente. En efecto, uno de los puntos más discutidos se refiere al anuncio presidencial del ingreso a trámite legislativo, a fines del año 2016, de un proyecto de reforma constitucional que establezca el mecanismo por el cual se discutirá el texto que se someta a deliberación en sede parlamentaria.

Según lo que se desprende de las declaraciones presidenciales, la iniciativa dispondrá que sea el Congreso Nacional quien autorice a la próxima legislatura -en la lógica de que el próximo parlamento estará dotado de mayor representatividad y legitimidad al ser fruto de un sistema electoral proporcional- a elegir como fórmula constituyente una comisión bicameral de diputados y senadores; una Convención Constituyente elegida por el Congreso y que incorpore parlamentarios y ciudadanos; una Asamblea Constituyente; o a través de un plebiscito por el cual la ciudadanía elegiría dentro de las opciones antes señaladas.

Pero más allá de las enormes dudas que dejan los aspectos procedimentales del proceso constituyente, sorprenden los argumentos de fondo por los cuales parece imprescindible reformar nuestra actual

71 El programa de Gobierno de Michelle Bachelet señalaba: "Chile merece que el texto constitucional vigente reconozca y se base en un sistema plenamente democrático; y que recoja las normas y principios de derechos humanos reconocidos en Chile y en el ámbito internacional, en toda su extensión. El Pueblo Chileno merece que la Constitución Política reconozca y garantice sus derechos."

72 Durante el Congreso Ideológico de la Democracia Cristiana del año 2007, Eduardo Frei afirmó que "No podemos seguir con esta Constitución. La hemos parchado y re parchado, ¡Si ya no sirve! Es una camisa de fuerza para el país".

Constitución. Se trata de fundamentos recurrentes, referidos principalmente a su falta de legitimidad, la que vendría dada especialmente por su cuna autoritaria y los escasos espacios de participación ciudadana que constituirían un obstáculo para su adaptación a los tiempos actuales. Resulta de utilidad citar las palabras del coordinador de la propuesta constitucional de Michelle Bachelet, Francisco Zúñiga Urbina, quien ha afirmado que:

> Una nueva constitución es un imperativo, resultado, primero, de reconocer la completa ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980, ilegitimidad que no es discutida hoy seriamente en la academia y, segundo, de la necesidad de poseer un estatuto de poder que establezca instituciones sólidas, modernas y eficientes, y no instituciones anticuadas y propias del mundo de la Guerra Fría[73].

Estas palabras, por cierto, no son algo antojadizo. Responden a un sentir que se ha logrado instalar en la opinión pública y ha estado en los últimos años en el centro de los debates electorales presidenciales y parlamentarios. Sin embargo -y no siendo de aquellos que demoran en catalogar el periodo histórico comprendido entre los años 1973 y 1990 como una dictadura-, creo que la Constitución de 1980 debe ser enjuiciada más allá de su pecado de origen. Más aun, me asiste la íntima convicción de que, tal como lo señala Miguel Ángel Fernández[74], la actual Constitución -como ningún otro texto fundamental en la historia nacional- ha sido decisiva en el progreso de Chile; entendido este no solo desde la perspectiva económica. Esto, sin perjuicio de la necesidad de introducir cambios que permitan evitar ventajas indebidas; algo que en muchos casos no ha llegado a tiempo quizás. Asimismo, la falta de consensos políticos para lograr los quorum modificatorios del texto constitucional, en muchas ocasiones han dado lugar a críticas sobre su reformabilidad y las barreras infranqueables que ello supondría; unido a un sistema electoral que desalienta todo intento reformista.

Rigidez constitucional

Se clasifica una Constitución como rígida, cuando para su modificación se requieren procedimientos distintos de aquellos que se utilizan para la elaboración y enmienda de normas ordinarias. Bryce (2003) en efecto, las conceptualiza como aquella Constitución que goza de una autoridad superior a la autoridad de las otras leyes del Estado, y se puede cambiar solamente por un método diferente de aquello por lo que esas otras leyes son promulgadas o derogadas. Constituciones rígidas marcan una etapa relativamente avanzada en el desarrollo político, cuando se acuña con fuerza la idea de la separación de las leyes fundamentales de otras normas inferiores.

La rigidez constitucional prefigura el mejor indicio de una concepción jurídico-política que distingue entre poder constituyente y poderes constituidos y que, en consecuencia, afirma una superioridad jurídica de la Constitución por sobre formas legales de menor jerarquía (Blanco, 2010). Ahora bien, se trata de requisitos jurídico-formales que se sitúan en un contexto político, histórico y social que determinan los obstáculos que deben sobrellevar los procesos de reforma (Comella, 2000).

El grado de rigidez de una Constitución puede referirse a diversos factores, los que para efectos de este trabajo reuniremos en cinco grupos.

73 Véase http://www.mensaje.cl/sociedad/proceso-constituyente-ii-una-necesidad-para-seguir-creciendo

74 Férnandez, M. A. (2014). *Fortalezas y debilidades de la constitución actual, ¿nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional,* p. 12-13.

1.1. Mayorías especiales

En Alemania, por ejemplo, se exigen 2/3 de los parlamentarios de cada Cámara para reformar el texto constitucional, situación que se repite en España dependiendo de los capítulos constitucionales objeto de reforma[75]. En esta misma línea, la Carta Fundamental francesa exige un quorum de 3/5, cualquiera sea la norma objeto de reforma. También se requieren 2/3 en Australia, Canadá, Japón, Suiza, Austria, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca y Estados Unidos. Caso paradigmático es el italiano, donde cada reforma requiere tan solo la mayoría absoluta parlamentaria, pero dos votaciones sucesivas con intervalos no menores a los tres meses; y con un referéndum ratificatorio si así lo solicita una 1/5 de los parlamentarios o al menos 500 mil electores. A nivel latinoamericano también podemos ver que la regla general son las constituciones rígidas. Ejemplo de ello son las normas fundamentales de Ecuador, Argentina, Costa Rica, Uruguay y Bolivia que requieren de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio.

1.2. Participación popular

En el caso Francia y España, el procedimiento de reforma en determinados casos supone referéndum ratificatorio. En efecto, según lo dispone el artículo 89 de la Constitución francesa, se podrá eximir del referéndum si así lo solicita el Presidente de la República y esto es aprobado por las 3/5 partes de los sufragios emitidos por el Parlamento convocado en Congreso. Tratándose de España, el numeral tres del artículo 167 dispone que aprobada la reforma por las Cortes Generales será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras. Más aun, la hipótesis de reforma total de la Carta Fundamental hispana del artículo 168 – así como de otras materias específicas- no solo eleva los quorum a 2/3 de ambas cámaras, sino que importa disolver las Cortes, y que las cámaras electas ratifiquen y aprueben la reforma por 2/3 de cada una de ellas; sin perjuicio del referéndum ratificatorio posterior. La participación ciudadana puede ser incluso directa o indirecta, según se realice a través de un referéndum o de una nueva asamblea electa llamada a ratificar la reforma.

1.3. Participación de otras instituciones políticas

Para ilustrar esta fórmula de rigidez, recurriremos a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, más precisamente a su artículo 5[76]. En esta disposición se señala que la reforma constitucional tendrá su origen en el requerimiento de 2/3 de ambas cámaras del Congreso Federal o en la propuesta de una convención convocada por 2/3 de las legislaturas federales. Ahora bien, para que adquiera validez dicha enmienda, requerirá, cualquiera sea la forma en que esta se origine, del voto ratificatorio de las tres cuartas partes de las legislaturas estaduales. Se trata de una norma inédita que ha sido objeto de enormes críticas

75 En el resto de los capítulos la Constitución española exige 3/5.

76 De acuerdo a la versión en español de la Constitución de Estados Unidos que publica el Archivo Nacional, el artículo 5° dispone: Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las clausulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

por los tratadistas contemporáneos y que solo guarda semejanzas con constituciones supranacionales que requieren el consentimiento de sus Estados partes[77].

1.4. Procedimiento ratificatorio en sede parlamentaria

Algunas constituciones requieren para su enmienda la ratificación, ya no de mecanismos de participación ciudadana, sino del mismo órgano legislativo, ya sea con un periodo de tiempo de diferencia o derechamente por la próxima legislatura. En el caso de la Constitución Colombiana, el artículo 375 dispone que las enmiendas sean tramitadas en dos periodos anuales consecutivos[78]. En el caso de la Ley Fundamental peruana, el artículo 206 dispone como regla general el referéndum ratificatorio, pero cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas, se prescinde de la validación popular.

Finalmente –no obstante podríamos citar más ejemplos-, el artículo 73 de la Constitución finlandesa establece el congelamiento de una enmienda constitucional aprobada, hasta la próxima legislatura, en la cual, luego de ser informada por la comisión respectiva, se aprobará definitivamente en sesión plenaria por los 2/3 de los votos emitidos. Este procedimiento podría obviarse si la propuesta es considerada urgente con el voto de los 5/6 de los parlamentarios, y luego ratificada por 2/3 de estos.

1.5. Clausula pétreas

Debemos reconocer que tuvimos grandes dudas acerca de incluir esta categoría como fórmula de rigidez constitucional, toda vez que acá no hay dificultades para modificar, sino que lisa y llanamente existe una prohibición expresa y absoluta de reforma. Se trata de reglas que suponen el máximo de los obstáculos a la reformabilidad constitucional y que, al menos en Europa, están presentes en casi un tercio de los países de la Unión Europea.

Ahora bien, distinguiremos entre reglas de irreformabilidad absolutas o relativas, dependiendo si la prohibición tiene lugar a todo evento o están sujetas a una condición. Las normas relativas prohíben iniciar un proceso de reforma o culminarlo en determinadas situaciones, las que se refieren a estados de excepción o a situaciones que afectan al Jefe de Estado. En esta última situación están el artículo 197 de la Constitución belga, que proscribe reformas al régimen monárquico durante la regencia, o el artículo 7 de la Constitución francesa, que prohíbe enmiendas en situación de vacancia del cargo de Presidente de la República.

Mas frecuente es la irreformabilidad originada en hipótesis de peligro para la integridad nacional, caso en el cual no se puede dar inicio a un proceso de enmienda pero tampoco proseguir o concluirlo. Este es el caso de países como Francia, España o Portugal. En el caso de España, el artículo 169 de su Carta Fundamental prohíbe solo el inicio de una reforma constitucional en caso de guerra u otros estados de anormalidad constitucional, como el estado de excepción, alarma o sitio.

77 El Tratado de la Unión Europea, también denominado Constitución de la Unión Europea, dispone que el Presidente del Consejo convocará una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en los Tratados. Las modificaciones entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

78 El artículo 138 dispone que el Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer periodo de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo, el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio.

Ahora, entrando derechamente en las prohibiciones absolutas, encontramos los casos regularmente citados de Italia y Francia, donde en términos casi idénticos; se proscribe cualquier alteración a la forma republicana de gobierno[79]. La Ley Fundamental de Bonn, en el apartado 3 de su artículo 79, dispone que no está permitida ninguna modificación que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20; referidos a la dignidad humana, a la familia, al catálogo de derechos, a los fundamentos del orden estatal y a la protección de las garantías individuales. Finalizaremos con los casos de Grecia y Portugal, que en sus artículos 110 y 288 respectivamente, disponen un listado exhaustivo con las materias protegidas por reglas de intangibilidad.

2. CONSTITUCIÓN DE 1980. MITOS EN TORNO A SU RIGIDEZ Y ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES PREVIOS

Resulta paradójico que la Constitución de 1980, tan vapuleada por su carácter rígido, sea la Carta Fundamental más modificada en la historia de Chile. En ese sentido, el programa de gobierno de Michelle Bachelet señalaba:

> La actual Constitución tiene un déficit de legitimidad democrática que se proyecta a su capítulo relativo al ejercicio de poder constituyente derivado, sometido a quórum reforzados que aseguran el bloqueo de las minorías, la imposición de un falso consenso constitucional y la nula participación de la ciudadanía[80].

En palabras del coordinador del programa constitucional de Bachelet, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Francisco Zúñiga:

> En esta operación constituyente, el nudo gordiano que bloquea las posibilidades de reformas constitucionales es el conjunto de reglas instituidas en el Capítulo XV de la Constitución vigente; nudo que debe ser desatado o cortado; abriéndose así eventualmente la necesidad de apelar al poder constituyente originario democrático y con ello a la soberanía popular.

En concreto –y respondiendo a las afirmaciones antes señaladas-, tan solo en 1989 se le formularon 54 reformas a nuestro actual Código Político, y desde dicha fecha hasta el año 2005 -donde tan solo con la ley 20.050 se introdujeron al texto constitucional 95[81] enmiendas- se verificaron 14 leyes modificatorias. De esta manera, a la fecha se han verificado 39 procesos de modificación a la Constitución, que se traducen en 277 enmiendas, permaneciendo solamente inalterado el capítulo referente al Banco Central. Otro dato que permite graficar la severa mutación de nuestra Carta Fundamental, es que de los 133 artículos permanentes que esta posee actualmente, tan solo 26 permanecen en su forma original.

79 Esta norma ha tenido en ambos países una interpretación restringida referida a la imposibilidad de instaurar una monarquía, y otra amplia que incluye la prohibición de modificar cualquier otro aspecto que se entienda incluido en el concepto de "forma republicana de gobierno". Particularmente en Italia, mucha doctrina se ha construido a partir de esta regla constitucional, y académicos han llegado a señalar que el artículo 139 de la Constitución Italiana importa un mandato amplio de prohibición de toda reforma al sistema democrático, al carácter electivo y representativo de las instituciones, a la libertad e igualdad del voto.

80 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, p. 35.

81 Esta cifra es fruto de la información otorgada por la Biblioteca del Congreso Nacional y difiere con la señalada por el Profesor Carlos Carmona Santander en la Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, más precisamente en un artículo denominado "Las Reformas a la Constitución entre 1989 y 2013", donde señala que se trataría de 61 enmiendas.

2.1 Antecedentes constitucionales. Constituciones de 1833 y 1925

En contrapartida, la Carta Magna del año 1925 en sus casi 50 años de vigencia, tan solo fue modificada en 10 oportunidades[82] y la Carta de 1833 sufrió 11 enmiendas en casi un siglo de vida normativa. Esta última es sin duda la expresión más importante de la posibilidad de modificar cuerpos constitucionales, aun cuando los procedimientos y los quórum sean de extrema rigidez. En efecto, este ha sido, sin duda, de los tres códigos políticos analizados, el más difícil de modificar en la historia constitucional chilena, y sin embargo, durante su vigencia se transitó de un presidencialismo autoritario a un parlamentarismo liberal, se ampliaron las libertades individuales sustancialmente e incluso se terminó con el voto censitario (Correa Sutil, 2015:47).

Concretamente, la Constitución de 1833 exigía un cuarto de los parlamentarios en ejercicio como mocionantes y luego una aprobación por los dos tercios de estos. De esta manera, ese proyecto aprobado debía ser refrendado por un segundo congreso. Luego, el procedimiento se modifica y queda en una fórmula similar, pero que en vez de dos tercios exigía la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio y solamente se elevaba a dos tercios cuando había discrepancia respecto de la idea legislar entre el Ejecutivo y el Legislativo. Igualmente, dicho proyecto debía ser ratificado en el periodo legislativo siguiente[83].

Posteriormente, en la Carta de 1925, el procedimiento se simplifica sustancialmente. El quórum se rebajó a la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio y las enmiendas debían ser ratificadas por el Congreso Pleno 60 días después de verificada la modificación, en sesión a la que debían asistir la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Parlamento. Y si bien el Presidente de República no tenía la facultad de veto total, podía convocar un plebiscito para que se pronunciara respecto de sus discrepancias con el proyecto[84].

2.2 Las Reformas de los años 1989 y 2005. Legitimidad democrática de la actual Constitución.

Mucho se ha cuestionado la génesis de la Constitución de 1980, marcada por la participación que tuvo el Gobierno Militar en su redacción, particularmente en la designación de la Comisión de Estudios Constitucionales y en la revisión del Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Ahora bien, el texto constitucional fue producto, en gran medida, de las 417 sesiones celebradas por la Comisión de Estudios, y a pesar de los intentos reformistas del Consejo de Estado; el texto final sufrió escasas modificaciones –lo que llevo a la renuncia del Presidente del Consejo de Estado, Jorge Alessandri Rodríguez-, sin perjuicio de las normas donde se sustentaría políticamente la transición, y que serían luego agregadas (Díez, 2014: 209-210). El texto resultante de este proceso, fue sometido a plebiscito el 11 de septiembre de 1980 y terminó aprobándose por un 67,04%; en comicios que no estuvieron exentos de críticas debido a la precariedad de nuestra institucionalidad electoral.

A poco andar se introduce un paquete importante de modificaciones por medio de la ley 18.825 de 17 de agosto de 1989. Se trata de una reforma que constituye uno de los primeros pactos entre los militares y el mundo político, por el cual se concretaron 54 enmiendas, las que fueron plebiscitadas. Este sin duda es uno de los hitos de mayor trascendencia en la transición a la democracia, por el cual se incorporan normas de crucial importancia como el inciso final del artículo 5° o reglas referidas a su reformabilidad. En efecto, en

82 Leyes N° 7.727, 12.548, 13.296, 15.295, 16.615, 16.672, 17.284, 17.398, 17.420, 17.450.

83 El procedimiento de reforma se contemplaba en el Capítulo XII del texto constitucional, denominado "De la observancia i reforma de la Constitución", que contaba con 6 artículos.

84 Procedimiento establecido en el Capítulo X, "Reforma a la Constitución" que cuenta con 3 artículos y que fue objeto de una enmienda a través de la ley 17.284.

el texto original de la Carta de 1980, la facultad de veto era total y las modificaciones que se realizarán a la misma debían ratificarse por dos congresos sucesivos. Con la reforma de 1989 se suprime la facultad de veto total y la ratificación por dos congresos sucesivos; lo que simplificó sustancialmente el proceso, pero fundamentalmente lo hacía más expedito (García, 2014: 54-55).

Una década y media más tarde aproximadamente, tendría lugar la otra gran reforma a la Carta Fundamental, estableciendo en gran medida el pacto político que ha servido de base para una de las etapas más prósperas en el desarrollo institucional de nuestro país. Se trata de una reforma que si bien no fue total, es citada incluso por la doctrina nacional e internacional como un ejemplo de cómo reformas parciales pueden descompensar el centro gravitacional de una constitución[85]. Parece relevante, para entender la magnitud de esta reforma, tener a la vista lo señalado en la sala del Senado por el Senador Gazmuri en nombre del Partido Socialista:

> Sin perjuicio que no estamos elaborando una nueva Carta completa, como más de una vez se planteó en el debate en los últimos veinte años, entiendo, si, que nuestro propósito político es obtener una reforma respecto de cuya arquitectura central y de sus instituciones esenciales estemos todos de acuerdo y, por tanto, poner término a un largo período donde, producto de las circunstancias históricas en que nació el texto fundamental de 1980, nuestro marco constitucional no tuvo la condición esencial de ser, en aspectos sustantivos, el resultado de un amplio acuerdo nacional[86].

Ya en la firma del decreto promulgatorio, el Presidente Ricardo Lagos señalaba:

> Hoy 17 de septiembre de 2005 firmamos solemnemente la Constitución Democrática de Chile. Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional[87].

Las razones para tales calificativos se refieren a la eliminación de figuras cono los senadores designados y vitalicios, la regulación del sistema electoral en otro cuerpo normativo, el aumento de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, modificaciones a las competencias del Tribunal Constitucional, término de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, limitación del Consejo de Seguridad Nacional a un mero ente asesor y la incorporación del principio de probidad en la función pública, entre otras. Asimismo, en materia de reforma a la Carta Fundamental, se realizaron dos modificaciones. La primera de ellas, que a la luz de hoy puede no parecer muy sustancial, consistió en despejar la discusión respecto de si procedía la formación de comisiones mixtas a propósito reformas constitucionales, disponiéndose que eran totalmente aplicables las normas de formación de la ley. Por otra parte, se eliminó el trámite de ratificación por parte del Congreso Pleno 60 días después de realizar las modificaciones, norma que era idéntica a la contenida en la Carta de 1925.

Igualmente, a pesar de la magnitud de los cambios y del evidente "aspecto democrático renovado" que exhibía la Carta Fundamental para ese entonces, al poco tiempo se relativizaba este esfuerzo, fruto de la "política de los acuerdos", toda vez que no hubo acuerdo en torno a modificar el sistema binominal; causante para muchos de un empate técnico que no permite la imposición de las mayorías.

85 El destacado académico de la Universidad de Hamburgo, y Director del Instituto de Estudios latinoamericanos del German Institute of Global and Area Studies, distingue entre una reforma parcial y total del texto constitucional, tanto desde la perspectiva de la cantidad de enmiendas como de la profundidad de las mismas.

86 Diario de sesiones del Senado, Sesión 16°, 14 de noviembre de 2001, p.51.

87 Véase http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/09/17/195634/presidente-lagos-firmo-nueva-constitucion-politica.html

No obstante, con la reforma electoral que puso fin al binominal, parecen agotarse los argumentos en contra de la Constitución que nos rige; retornándose una vez más a los argumentos genéticos; no sin evidenciarse contradicciones en el debate público, particularmente por parte de aquellos que construyen un panegírico en favor de la Constitución de 1925, y pretenden establecerla como un punto de partida para el ejercicio del poder constituyente.

Es del caso señalar que la Constitución de 1925 también fue impuesta en gran medida por la participación de los militares, quienes luego de golpes y contragolpes, traen de vuelta a Chile al Presidente Alessandri y sobre la base de la intimidación logran destrabar la discusión respecto al régimen político; imponiendo el presidencialismo por sobre el parlamentarismo, que a juicio de los uniformados había sido el gran responsable, junto a la clase política, de la debacle institucional del país. De hecho, el nivel de abstención en el referéndum ratificatorio llegó a un 55%, lo que deja en evidencia de que, a pesar del pecado original del texto constitucional, este terminó legitimándose en la ciudadanía y el espectro político (Correa Sutil, 2015: 46).

3. TENDENCIA REFORMISTA EN AMÉRICA LATINA

Resulta conveniente, desde la perspectiva constitucional, ir adaptando el texto constitucional a los nuevos escenarios y contextos políticos y sociales que van surgiendo en el devenir institucional de una nación. Esto ayuda a fortalecer las instituciones democráticas y permite fidelizar a la ciudadanía con las estructuras políticas. No obstante, la frecuencia con la que se ha recurrido al ejercicio del poder constituyente en América Latina y la amplitud con la que se ha hecho, no siempre teniendo a la vista el interés colectivo de la nación, pueden derivar en daños considerables a los marcos políticos de las democracias regionales (Negretto, 2009: 39).

Durante el año 2015 se verificaron 20 procesos de reforma constitucional en América Latina, de distinta magnitud. Asimismo, se pueden contabilizar alrededor de 450 enmiendas constitucionales entre 1980 y 2015; muchas de las cuales, en cualquier caso, tenían un carácter limitado. Esta tendencia reformista parece ir en alza durante los últimos 5 años. Efectivamente, en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2009, se concretaron 165 enmiendas constitucionales en la región; mientras que entre los años 2010 y 2015 ya llevamos 110 reformas (Nolte, 2016: 237-238). Es necesario precisar que gran parte de los cambios han tenido lugar en Brasil y México, seguido por un grupo de 5 países donde se encuentra Chile.

Ahora bien, podríamos distinguir 3 causas de la aceleración de los procesos de reformas: cambios del régimen político, crisis político-institucionales y alteraciones en los equilibrios de poderes al interior de un país (Negretto, 2009: 38-39).

La primera de ellas ha sido frecuente en un continente como el nuestro, donde en la última mitad del siglo pasado muchos países recobraron su forma democrática o adoptaron esta forma de gobierno por primera vez. Esto permitió el ejercicio del poder constituyente originario en muchos casos.

Por otra parte, muchos países, en un intento de superar un escenario de crisis institucional –lo entenderemos como crisis de diversa intensidad y no solo aquellas que hacen peligrar la convivencia democrática- y dejar atrás las instituciones cuestionadas por la opinión pública; hicieron uso del poder constituyente para modificar o renovar totalmente su Código Político. En este caso, la reforma constitucional aparece como la salida fácil para gobiernos –particularmente tomando en consideración la forma de los presidencialismos latinoamericanos y sus competencias e iniciativa en materia legislativa- que están acorralados por la opinión pública o los medios de comunicación social. Tal fue el caso de Colombia el año 1991, de Ecuador

el año 1998 o Perú el año 2000; y por qué no decirlo, de Chile con las causales de cesación en el cargo incorporadas a la Carta Fundamental con ocasión de los casos de financiamiento irregular de la política.

Finalmente, los partidos políticos o el Presidente de la República, teniendo las mayorías para introducir modificaciones que les pueden ser de utilidad, no dudan en echar a andar la maquinaria reformista con miras a réditos en el corto o mediano plazo. Caso que podría servir de gran utilidad para ilustrar lo anterior, y que por cierto ha sido objeto de gran debate, son las reformas constitucionales destinadas a flexibilizar la reelección presidencial. Desde 1990, 12 países incorporaron en sus constituciones enmiendas referidas a la reelección presidencial, y concretamente, desde 1999, cuatro países consagraron la reelección indefinida: Venezuela, Nicaragua, Honduras y Ecuador. Evo Morales por su parte, fracasó en el intento, pero ha señalado públicamente que reintentará plasmar la reelección indefinida; ya que el resultado del referéndum se habría visto distorsionado por las denuncias que afectaron al mandatario altiplánico durante el proceso.

3.1 Asambleas constituyentes en la región

A nivel mundial, sobresale como fórmula constituyente la comisión de expertos (36%), relegando la asamblea constituyente a un segundo lugar con un 26%. En Latinoamérica, en cambio, de los 28 procesos constituyentes que han tenido lugar desde 1947, un 46% ha utilizado como mecanismo la asamblea constituyente (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015: 19).

De cualquier manera, los resultados y las motivaciones de los países que han utilizado esta fórmula en la región son diversos. En algunos casos, como el colombiano, demostró ser una herramienta capaz de construir un marco institucional que ha dado gobernabilidad y estabilidad en un país que salía de una profunda crisis. Se trata de un ejercicio del poder constituyente originario, que no tenía eco en la Constitución de 1886, pero que se abrió paso gracias al consenso transversal en la sociedad colombiana que veía en este ejercicio una de las últimas alternativas a una crisis que amenazaba con destruirla. De esta forma, a finales de 1990, los colombianos votaron para elegir a los 70 integrantes de la comisión, la que meses más tarde entregó su proyecto; el que finalmente sería promulgado el 4 de julio del año 1991.

Ahora bien, en el "vecindario" igualmente hay experiencias de Asambleas Constituyentes que han surgido de facto y en atención a las circunstancias políticas; particularmente como una manifestación de gobiernos populistas que pretenden instrumentalizarlas (Sandrock, 2014: 33). En efecto, suelen ser objeto de estudio los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela, tanto por sus particularidades como por los efectos adversos en la institucionalidad y en el Estado de Derecho.

Los casos de Venezuela y Ecuador guardan tantas similitudes, que permiten desarrollarlos en conjunto. En efecto, tanto Rafael Correa como Hugo Chavez resultan electos en un marco de profunda crisis de los cuadros políticos, habiendo ambos promovido en sus campañas la asamblea constituyente como una herramienta para reformular el Estado y dejar atrás las vicisitudes de neoliberalismo. Por otra parte, ambas constituciones –1961 de Venezuela y 1998 de Ecuador- no contemplaban la asamblea, por lo que debieron recurrir a referéndum que en estricto rigor carecían de valor normativo para dar lugar a un proceso constituyente, no sin observaciones y pronunciamientos de los máximos órganos jurisdiccionales. Corresponde señalar que esta contienda fue particularmente dura en Ecuador, donde el Tribunal Supremo Electoral destituyó a 57 diputados que se oponían a la maniobra del Presidente Correa. Finalmente, ambos referéndum terminan en victoria para los jefes de Estado, con niveles de aprobación superiores al 80%, pero con escasa participación ciudadana.

En Bolivia, en cambio, tal como lo señalamos con anterioridad, el Presidente Evo Morales hace uso de este mecanismo con altos niveles de resistencia, amparado en el artículo 232 de la Constitución del año 2004 que contemplaba la Asamblea Constituyente. De esta manera, el Congreso altiplánico procede a despachar, el 4 de marzo del año 2006, la ley especial por la cual se convoca a la asamblea constituyente, lo que es seguido por una serie de conflictos entre el oficialismo y la oposición. Resulta de particular atención en este proceso el altísimo nivel de participación en el referéndum ratificatorio que tuvo lugar el 25 de enero del 2009, donde a pesar de tan solo alcanzar un 61,43% de los votos, el nivel de participación estuvo por sobre el 90% del padrón electoral (Sandrock, 2014: 33).

Conviene aclarar que más allá de los casos antes expuestos, las asambleas constituyentes están presentes como mecanismo de reforma constitucional en una mayoría importante de las naciones sudamericanas, pero no han sido utilizadas en esa calidad.

3.2 Antecedente nacional. La Comisión Constituyente de 1925

La Asamblea Constituyente o Comisión Constituyente no es inédita en nuestra historia constitucional. Con Alessandri en el exilio y los militares en el poder, convencidos de alejar a la clase política de la posibilidad de definir los destinos del país, son los propios uniformados quienes traen de regreso al Jefe de Estado y lo impulsan a realizar una Comisión Constituyente. De esta manera, Alessandri convocó a una comisión consultiva de 122 sujetos de todos los colores políticos y gremios para comenzar a trabajar en una nueva Carta Magna.

En su primera sesión, la comisión consultiva se dividió en dos subcomisiones: una que prepararía la Asamblea Constituyente y otra que elaboraría la propuesta de Constitución. La subcomisión encargada de la Asamblea Constituyente sesionó pocas veces, paralizada en la forma como se constituiría y funcionaría. Sin embargo, la subcomisión de Constitución que integraron 15 personas elegidas por Alessandri -quien la presidió en todas sus sesiones-, a mediados de 1925 ya tenía un texto listo; en condiciones de ser sometido a la deliberación de la Convención en pleno.

Sin embargo, el informe de la subcomisión fue resistido en la comisión consultiva plenaria; donde la mayoría de los representantes de los partidos tradicionales –sobre todo radicales y conservadores- pretendían dar continuidad al parlamentarismo, algo que resultaba intolerable para Alessandri y el mundo militar. Solo la intervención del Inspector General del Ejército, quien integraba en su calidad de uniformado la Comisión Consultiva, permitió que se suscribiera la propuesta presidencialista de Alessandri, en un acto que fue catalogado por sectores políticos como una nueva intervención militar (Correa Sutil, 2015: 45). En efecto, el oficial manifestó a los comisionados que como representantes legítimos de la voluntad soberana, los oficiales castrenses ya habían representado en 1924[88] y volvían a manifestar su apoyo al fin del régimen parlamentario, principal responsable de la debacle institucional.

Pero si lo anterior podría estar viciado por lo que un civilista denominaría "fuerza", el plebiscito por el cual se ratificó la Carta Fundamental no fue menos cuestionable. En efecto, el propio Alessandri confecciono las tres papeletas, de tres distintos colores según la opción –rojo si se aprobaba la propuesta presidencial, azul si se rechazaba y blanco si se optaba por otras fórmulas para reestablecer la normalidad institucional-, con mensajes sugerentes y que, de manera evidente y poco elegante, buscaban dirigir las preferencias.

88 Se refiere a la presencia de 56 jóvenes oficiales militares que, molestos con los constantes retrasos en el pago de las remuneraciones del sector público, asisten el 3 de septiembre de 1924 a las tribunas del Senado y protestan por el despacho de la dieta parlamentaria. En palabras de Campos Harriet, interpelados por el Ministro de la Guerra, don Gaspar Mora Sotomayor a dejar las tribunas, "lo hicieron arrastrando, con gran ruido, sus sables".

En definitiva, y a pesar de la resistencia del mundo político-parlamentario, la propuesta de la comisión consultiva se aprobó con una votación que superó el 90% de los sufragios, pero con una participación levemente inferior a la mitad del padrón electoral. Se plasmaba la intención de los vencedores de configurar un presidencialismo fuerte, tanto así que en términos del propio Hans Kelsen, la constitución chilena se enmarca dentro del movimiento antiparlamentario que se propagó con gran fuerza a principios del siglo pasado en América latina y Europa (Kelsen. 202: 643).

4. LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE

Conviene tratar el tema de las limitaciones al poder constituyente, que tanta expectación ha generado en la comunidad, y que tal como ha ocurrido en países vecinos, se presenta como un mecanismo de solución a los problemas de la vida diaria.

Pues bien, en el entendido que el poder constituyente originario prescinde de límites positivos; debemos avocarnos a otras restricciones que se imponen per se, dando algunos ejemplos que permitan graficar mejor esta situación. En efecto, el poder constituyente originario, sería ilimitado pero solo desde la perspectiva positiva, pues carece de reglas al cual ajustarse. Sin embargo, es evidente que la potestad constituyente, cualquiera sea su forma, está sujeta a ciertos límites que vienen dados por factores distintos a las normas procedimentales.

4.1 Contexto político-social

El marco factico donde se debate y discute un nuevo texto constitucional, tiene enorme influencia en su redacción final. Más aun, como los procesos constituyentes no surgen espontáneos, deben cargar con las imposiciones –al menos en contextos democráticos- que tienen origen en el debate público que los precede.

De hecho, si nuestro país comenzara un proceso constituyente, es evidente que no se podrían desconocer las demandas de probidad y transparencia que han brotado espontaneas luego de los escándalos por financiamiento irregular de campañas políticas. En efecto, ya se introdujeron enmiendas al texto constitucional que importan la pérdida del escaño para los parlamentarios que trasgredan de manera grave las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral[89].

Por otra parte, si bien no hay limitación de ninguna naturaleza para reimplantar un sistema binominal e insertarlo en la Constitución –o incluso uno mayoritario con multiplicidad de distritos electorales-, es claro que los años de discusiones sobre el particular y los acuerdos alcanzados para su eliminación, no dan margen alguno para la incorporación de otro sistema que no sea uno verdaderamente proporcional, con unidades electorales de una magnitud suficiente para alcanzar la representatividad de amplios sectores de la población nacional.

4.2 Uniformidad del derecho constitucional

El margen para la creatividad en el derecho constitucional, es algo que se encuentra acotado de acuerdo al estado de desarrollo de esta rama del derecho. Si revisamos las cartas fundamentales de países europeos y americanos, nos encontraremos que más allá de las técnicas legislativas, sus contenidos solo difieren en

89 Ley 20.870 D.O. 16/11/2015.

base al régimen de gobierno, la forma de Estado, los mecanismos de reforma; pero siempre entre márgenes que podemos proyectar *a priori*.

Ejemplo clásico de esto son los catálogos de derechos, que como ya sabemos, se reiteran tanto a nivel constitucional como a nivel de tratados internacionales. Podrían existir diferencias en torno a la justiciabilidad de los mismos –solo en referencia a los derechos económicos, sociales y culturales y no a los derechos políticos que demandan per se esta protección-, lo que dependerá de consideraciones incluso presupuestarias; pero no habrá grandes novedades.

Y si bien podría estar considerado en otro apartado, es evidente que la concurrencia de principios como la separación de poderes o la protección de los derechos fundamentales; son requisitos esenciales de todo Estado democrático de Derecho; por lo que se dificulta que una Constitución moderna pueda prescindir de ellos.

4.3 Tradición constitucional

Los países a los largo de su historia institucional van creando lo que Díaz de Valdés denomina su "ADN constitucional" (Díaz de Valdés, 2016: 185). Hablamos de instituciones que se encuentran arraigadas en nuestras costumbres constitucionales, y que difícilmente, un poder constituyente podría pasar a llevar. Ejemplos hay varios, y van desde normas propiamente tal -como aquella del inciso segundo del artículo 7° que reproduce la redacción del artículo 4° de la Carta de 1925[90]-, hasta la forma de gobierno o del Estado. Efectivamente, las experiencias parlamentaristas o federales en nuestro país han sido fugaces y no muy felices; lo que deja en evidencia que Chile, es por esencia un Estado constituido bajo una forma unitaria y con profundas raíces presidencialistas.

Por lo anterior, no deja de sorprender que la propuesta constitucional del conglomerado de oposición "Chile Vamos", proponga para nuestro país un régimen semipresidencial, el cual podría ser eficaz en países con sistemas mayoritarios, que permiten la formación de dos grandes alianzas que responden al enclave socioeconómico tradicional izquierda/derecha. En Chile, si bien el sistema binominal era un sistema proporcional, era el menos proporcional de todos por lo que tendía a comportarse como un verdadero sistema mayoritario, conformando dos grandes bloques. Ahora, con la reforma electoral[91], la introducción del sistema D'Hont, y la flexibilización de las normas sobre creación de partidos políticos, el parlamento verá alterada sustancialmente su composición. En efecto, enfrentamos la aparición de un sistema multipartidista fragmentado, lo que a mi parecer hace aún más cuestionable esta propuesta. Más bien, lo que se debería revisar es la magnitud de las facultades presidenciales, particularmente en materia legislativa; de manera que el parlamento deje de ser un buzón de propuestas gubernamentales.

4.4 Límites derivados del Derecho Internacional

Además del Derecho Convencional Internacional, las limitaciones del Derecho Internacional al poder constituyente pueden provenir del Derecho Consuetudinario Internacional y de los principios imperativos

90 La versión original de la Constitución de 1925 señalaba en su artículo 4°, en términos casi idénticos a los incisos segundo y final del actual artículo 7°; que: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

91 Ley 20.840 D.O 5/5/2015

de Derecho Internacional general o normas de *ius cogens,* explícitamente consagrado en el artículo 53[92] de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Nogueira, 2009: 253).

En efecto, la prohibición de la esclavitud, de la tortura o del genocidio, por nombrar algunas, son sin dudas normas de *ius cogens,* que imponen un límite a la actividad estatal, incluso al poder constituyente.

Por otro lado, los Estados, a partir de convenciones internacionales suscriben compromisos, particularmente en materia de protección y defensa de los derechos humanos, lo que ciertamente constituye un límite y desconocerlo podría ser fuente de responsabilidad internacional.

4.5 Límites derivados de la protección de los derechos fundamentales

En este punto resulta de gran utilidad citar los dispuestos por el articulo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución" (Tapia, 2008:132).

Es evidente que una constitución democrática no podría, por ejemplo, prescindir de derechos o libertades extensamente desarrollados en el plano internacional y nacional en nuestra historia constitucional. Garantizar, por ejemplo, la libertad de expresión o la tutela judicial efectiva es, a esta altura del desarrollo del constitucionalismo y de la Teoría de los Derechos Humanos, un límite insoslayable al poder constituyente. Resulta de interés tener a la vista lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, cuando afirma que "De la dignidad se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia"[93].

92 El artículo 53 dispone que una norma imperativa de Derecho Internacional general es aquella "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".

93 STC 1287 cc. 16 a 19.

5. CONCLUSIONES

Ha sido recurrente que cada vez que se enfrentan comicios electorales en los últimos años, afloren las propuestas de reformas constitucionales que prometen dar solución a los flagelos del modelo neoliberal. Lo anterior, no solo parece nebuloso por la inconsistencia conceptual de la crítica, sino también problemático por las expectativas que genera en una población desencantada con la clase política y que podrá corroborar, tras años de desgastante discusión, que la Constitución no era la solución a sus necesidades más inmediatas.

Pretender que una nueva Carta Fundamental brinde respuestas a los problemas de la cotidianeidad, es tan improbable como "frenar la puerta giratoria" o señalar que "se acabó la fiesta de los delincuentes". En efecto, el ejemplo resulta de utilidad pues a pesar del éxito de las políticas de seguridad ciudadana del Presidente Sebastián Piñera, quedó en la ciudadanía una impresión diversa por las altas expectativas generadas durante su campaña presidencial y en los primeros días de su mandato.

De hecho, la discusión excesiva acerca de los mecanismos formales deja la sensación de que la promesa de un nuevo proceso constituyente nunca tuvo eco en la realidad, y que solo permitiría sostener la tensión dramática de un Gobierno que busca arrinconar, en año electoral, a la oposición, acusándola de negarse a avanzar en reformas que persiguen democratizar nuestra convivencia. Lo anterior estaría potenciado por el mecanismo impulsado por la Presidenta Bachelet, donde lo que se someterá a discusión es una iniciativa elaborada a partir de la participación ciudadana y en la que su redacción nos deja enormes dudas.

Nuestra opinión dista sustancialmente de quienes ven en la actual Constitución un texto ideal, que podría prescindir de cambios o enmiendas en el corto o mediano plazo. Atrincherarse en un texto que, como todo acuerdo de voluntades políticas necesita ir ajustándose a las demandas y anhelos del Chile actual, no solo es altamente inconveniente, sino que supone no comprender el carácter vivo y dinámico de las normas plasmadas en la Constitución. Y aunque es verdad que los términos abstractos en los que se encuentra redactada –particularmente en lo referente a los derechos fundamentales- permitiría a la jurisdicción ordinaria o constitucional ir adaptándola a los nuevos tiempos, sería conveniente, en el marco de la representatividad del Congreso Nacional, discutir modificaciones en asuntos que parecen concitar acuerdos.

Consideramos recomendable un procedimiento consagrado en reglas constitucionales y no uno que las evite. Si lo que da origen a este proceso es en gran parte la falta de legitimidad de nuestra Carta Magna, resulta contradictorio plantear como mecanismo constituyente una asamblea que se convoque prescindiendo de las reglas institucionales. Por otra parte, si tenemos a la vista los antecedentes recientes en la región en materia de asambleas constituyentes, podremos darnos cuenta de que a pesar de la gran cantidad de países que la contemplan como un mecanismo de reforma en sus respectivas constituciones, fuera de Bolivia, ninguna otra nación se ha dado un nuevo pacto político a través de este medio. Más aun, se advierte que el caso colombiano es la única experiencia en la que el mecanismo fue fruto de la necesidad y el consenso que imponía la profunda crisis política. Por el contrario, los procesos de Ecuador, Venezuela y en menor medida Bolivia, son un claro ejemplo de caudillismos que lograron materializar el descontento a través del populismo; lo que ha terminado con atropellos a la institucionalidad, a los derechos humanos, y con la imposición de normas de reelección que buscan perpetuar presidentes en el poder. El Presidente Evo Morales fracasó en su intento, pero todo dice que perseverará, afirmando que fue víctima de un complot por parte de la oposición.

Deslegitimar el Congreso Nacional es una consecuencia necesaria de promover la Asamblea Constituyente, más aún que a pesar de la crisis de confianza en nuestro país, no se advierte la necesidad de prescindir de nuestros mecanismos democrático-representativos. Cabe señalar que cuando se alzaron las banderas de la Asamblea Constituyente persistía el sistema electoral binominal, lo que en efecto permitía a sus

simpatizantes deslegitimar la representatividad del Parlamento. Hoy, con un sistema proporcional y representativo, construido sobre la base de distritos de altas magnitudes, el Congreso da garantías de pluralismo y heterogeneidad, lo que fue posible gracias a la modificación constitucional que eliminaba la referencia al guarismo "120" y que contó con los votos de amplios sectores de la Alianza por Chile.

Finalmente, pareciera que, a pesar de los argumentos referidos a "cerrojos" o "candados", alusivos a la rigidez del texto constitucional, los límites al poder constituyente estarían dados en muchas ocasiones por factores que escapan a las reglas contenidas en el capítulo de "Reforma a la Constitución."

REFERENCIAS

Blanco, R. (2010). *El valor de la constitucion.* Alianza editorial.

Brice, J. (1901). Studies in history and jurisprudence. Oxford University Press.

Comella, V. (2000). *Una defensa de la rigidez constitucional. Teoría constitucional y derechos fundamentales. DOXA.*

Correa Sutil, S. (2015). ¿Congreso constituyente o asamblea constituyente? Revista de Derecho Público.

Díaz de Valdés, J. (2016). Sobrevaloraciones, subvaloraciones, simplificaciones y riesgos del actual proceso constituyente. Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo.

Diez, S. (2014). Reflexiones sobre la Constitución de 1980. 50 años de un actor y testigo de la vida política chilena. Aguilar Chilena de Ediciones S.A.

Fernández, M. (2014). *Fortalezas y debilidades de la constitución actual, ¿Nueva constitución o reforma?* Nuestra propuesta: evolución constitucional. Legal Publishing.

García, A. (2014), *Mecanismos de reforma constitucional.* Revista de Derecho Público.

Kelsen, H. (2002). *Observaciones sobre la Constitución chilena.* Anuario de Filosofía Jurídica y Social.

Negretto, G. (2009). *Paradojas de la reforma constitucional en América Latina.* Journal of Democracy en español.

Nogueira Alcalá, H. (2009). *Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional.* Ius et Praxis.

Nolte, D. (2015). *América Latina: Constituciones flexibles y estructuras de poder rígidas.* Iberoamericana.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2015). *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada.*

Sandrock, J. (2014). *Asambleas constituyentes: experiencias latinoamericanas, ¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional.* Legal Publishing.

VI PROCESO CONSTITUYENTE: MECANISMOS DE CAMBIO CONSTITUCIONAL EN EL MUNDO. ANÁLISIS DESDE LA EXPERIENCIA COMPARADA

Marcela Ríos Tobar[94] y Valentina Salas[95]

RESUMEN

Este artículo contiene una síntesis de los principales resultados del informe publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Chile sobre la experiencia de procesos constituyentes en el mundo *(Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis de la experiencia comparada, 2015).* A partir de la revisión y análisis de procesos constituyentes a nivel internacional desde la segunda mitad del siglo XX hasta el presente, este informe muestra las distintas estrategias y mecanismos a través de los cuales es posible diseñar un nuevo orden constitucional, y los momentos y formas en las que cada uno ha integrado la participación de la ciudadanía. Se analiza con mayor profundidad, además, casos de cambio constitucional realizados a través de asambleas constituyentes, poniendo énfasis en entender su origen jurídico, convocatoria, elección de sus miembros, toma de decisiones internas y la existencia de otras instancias de participación ciudadana.

CONSTITUTIONAL PROCESS: MECHANISMS FOR CONSTITUTIONAL CHANGE IN THE WORLD. ANALYSIS OF COMPARATIVE EXPERIENCE

ABSTRACT

This article contains a summary of the main findings of the Report published by the United Nations Development Program (UNDP) in Chile on the experience of Constitutional Processes in the World (Mechanisms for Constitutional change in the world. Analysis of comparative experience, 2015). From the review and analysis of Constitutional processes at an international level since the second half of the twentieth century to the present, this Report shows the different strategies and mechanisms through which it's possible to design a new Constitutional order,

94 Doctora en Ciencia Política de la Universidad de Wisconsin-Madison, Magister en Ciencia Política de la Universidad de Wisconsin-Madison y Magister en Ciencia Sociales de la Facultad Latinoamericana de Ciencia Sociales (FLACSO) en México. En la actualidad se desempeña como Oficial de Programa de Gobernabilidad Democrática del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Chile (PNUD).

95 Magíster en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, investigadora en el área de Gobernabilidad Democrática del PNUD.

and the moments and ways in which they have integrated citizen participation. The cases of Constitutional change made through constituent assemblies are also discussed in depth, with an emphasis on understanding their legal origin, call for participation, election of its members, internal decision-making and the existence of other instances of citizen participation.

Sumario: 1. Introducción; 2. Principales resultados del estudio; 3. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

Esta presentación contiene una síntesis de los principales resultados del informe publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre la experiencia de procesos constituyentes a nivel mundial (Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis de la experiencia comparada, 2015). Trabajamos por cerca de tres años recopilando información cuantitativa y cualitativa de los procesos de cambio constitucional desde mediados del siglo XX (1947) hasta el presente. El documento completo está disponible en versión electrónica en la página de nuestra institución (www.pnud.cl).

El interés por elaborar este estudio surgió de observar el debate público en Chile durante los últimos años. Se venía desarrollando, por una parte, una discusión sobre el contenido y funcionamiento de la Constitución Política, respecto de la necesidad de reformar o reemplazarla para ajustarla a las demandas del Chile del siglo XXI; y, por otra parte, una creciente preocupación sobre las formas en que estos cambios podrían realizarse. Así, en la última elección presidencial, 8 de los 9 candidatos presidenciales plantearon dentro de sus programas de gobierno la necesidad de una nueva Constitución y la mayoría incluía alguna propuesta sobre cómo impulsar dicho cambio.

El debate hasta ahora ha estado fundamentalmente centrado en una discusión normativa constitucional, a veces, con alguna referencia a la historia de cambio constitucional en Chile, pero rara vez con análisis de lo que ha ocurrido en otros países y democracias que han debido abordar desafíos similares de cambio constitucional. El informe del PNUD se propone justamente aportar en esta materia. Entregar evidencia y análisis sobre la experiencia comparada en el uso de distintas estrategias institucionales o mecanismos utilizados a nivel internacional para enfrentar la tarea de redacción de nuevas constituciones, los aprendizajes y resultados que pueden ser extraídos de esas experiencias, y los momentos y formas en las que cada uno ha integrado la participación ciudadana. Se trata de revisar procesos y resultados en distintos contextos, identificar tendencias que permitan entender la dinámica de los cambios constitucionales de manera más general, que permita ir más allá de algunos casos aislados.

El trabajo busca ser un complemento a otros estudios basados en el análisis jurídico en la medida que revisa, desde un enfoque de ciencias sociales, los procesos y no los textos constitucionales propiamente tales. No incluye un análisis de los cambios a los contenidos de las cartas fundamentales, ni pretende evaluar la calidad o pertinencia de los cambios realizados a dichos textos, sino mirar el proceso de cambio, los actores e instituciones que intervienen en él. Entiende un **proceso constituyente** como el conjunto de actos que conducen a la creación de una nueva Constitución, incluyendo todos los actos e instituciones que intervienen y dan origen a un nuevo orden constitucional (Pisarello, 2014).

Para la elaboración de este estudio se analizaron 95 procesos constituyentes ocurridos en el mundo entre 1947 y 2015, de los cuales se pudo obtener información sistematizable[96]. Para ello se revisó una vasta literatura sobre procesos constituyentes a nivel internacional, junto con la base de datos mundial sobre constituciones www.comparativeconstitutionsproject.org. En esta base es posible encontrar los textos constitucionales de todos los estados independientes desde 1789, así como información de la forma y contenido de los textos.

A partir de ello, el informe muestra los distintos desafíos que diversas sociedades han enfrentado a la hora de llevar a cabo un cambio constitucional. En particular, muestra las distintas estrategias y mecanismos a través de los cuales es posible diseñar un nuevo texto constitucional, así como las etapas y formas en las que se ha incorporado la participación de la ciudadanía. Analiza casos de países que han entregado la tarea de redactar nuevos textos constitucionales a sus respectivos parlamentos, que han electo asambleas constituyentes específicamente para hacerlo, designado comisiones de expertos, o utilizado otras formas o mezclas hibridas de estos tres mecanismos centrales para la redacción constitucional.

2. PRINCIPALES RESULTADOS DEL ESTUDIO

2.1 Procesos constituyentes y mecanismos de cambio constitucional

El análisis de los casos bajo estudio muestra un conjunto de resultados respecto de los desafíos que distintas sociedades han enfrentado al cambiar sus constituciones. Entre los principales resultados, destaca, en primer lugar, que a nivel internacional las constituciones se cambian más a menudo de lo parece estar instalado en el debate público. Esto es, redactar constituciones ya no es algo que ocurra solo en contextos de total excepcionalidad histórica, sino que crecientemente es asumido como una forma de ir adaptando las reglas del juego, los pactos sociales y el marco normativo a las necesidades y contexto de desarrollo de una comunidad política. Junto con ello, mientras en gran parte del siglo XX los cambios constitucionales estaban vinculados en forma casi exclusiva a cambios de régimen político producto de guerras civiles, independencia post colonial, intervenciones extranjeras, levantamientos populares o desplome institucional, en la actualidad ha ido aumentando la cantidad de democracias que deciden impulsar procesos de cambio constitucional sin que ello esté vinculado a un cambio de régimen específicamente[97]. Encontramos entonces que entre 1947 y 1989, 139 países cambiaron sus constituciones y entre 1990 y 2015 otros 100. Es decir, desde 1947 a la fecha 239 países han redactado nuevos textos constitucionales de forma total. Esto no incluye los muchos otros casos donde textos constitucionales puedan haber sido reformados de manera significativa, sino solo aquellos donde se reconoce un texto como nuevo[98].

96 El estudio en este sentido no es de carácter censal, ya que pueden haber ocurrido procesos de cambio constitucional que no han sido registrados por la literatura especializada, y por lo mismo no fueron incluidos en este catastro.

97 Por cambio de régimen entendemos una transformación del sistema político y la forma de organizar el poder (de dictadura a democracia, de monarquía a república por ejemplo) no a cambios de gobierno por radicales que esos cambios puedan ser.

98 Para diferenciar entre reformas y nuevas constituciones hemos seguido la codificación e información entregada en la base mundial de constituciones *Comparative Constitutions Project*.

Cantidad de países que han cambiado su constitución, según región entre los años 1947 y 2015 (incluye constituciones provisionales y excluye constituciones reinstaladas)

	1947-1989	1990-2015
Europa occidental, EEUU y Canadá (25)	9	3
Europa Oriental (28)	7	28
América Latina y el Caribe (33)	30	6
Medio Oriente y África del Norte (20)	19	10
África subsahariana (49)	46	41
Asia del Sur (7)	6	3
Asia del Este (17)	11	8
Oceanía (14)	11	1
Total (193)	139	100

Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. 2015. P.8. Con información de www.comparativeconstitutionsproject.org

El análisis de los cambios constitucionales en este período permite constatar que la duración promedio de una constitución es 19 años (Ginsburg: 2009). Para que el promedio sea 19 años, implica que algunas han tenido una duración de 100 o 200 años, mientras otras que han sobrevivido solo 1 año o 2 años, observándose así una gran variación respecto de cuánto tiempo perduran los textos constitucionales.

En relación a cuáles son los mecanismos formales que se utilizan para cambiar las constituciones, el informe muestra que desde la experiencia internacional no existe una receta ni un modelo único para realizar dichos procesos, sino múltiples estrategias que están fuertemente relacionadas con las circunstancias políticas, las tradiciones político-institucionales y los mecanismos que las propias constituciones vigentes contemplen o no para su reemplazo en cada país.

En particular, destacan tres grandes estrategias institucionales para cambiar las constituciones. La primera es a través del **poder legislativo,** ya sea por medio del órgano legislativo ordinario en ejercicio, o a través de una variante a la que la literatura se refiere como *congreso constituyente,* cuya diferencia con respecto al primero es que es electo especialmente con el mandato de redactar una nueva constitución. Esto implica la realización de una elección especial o programada donde los electores saben que estarán eligiendo legisladores que deberán redactar una nueva constitución.

La segunda es a través de una **asamblea constituyente,** la cual, a diferencia del congreso, es un órgano colegiado representativo conformado por un grupo de ciudadanas y ciudadanos electos por sufragio popular para discutir y diseñar exclusivamente un nuevo texto constitucional, y no para ejercer facultades legislativas. Su existencia, a diferencia del parlamento, concluye una vez haya sido ratificado el nuevo texto constitucional.

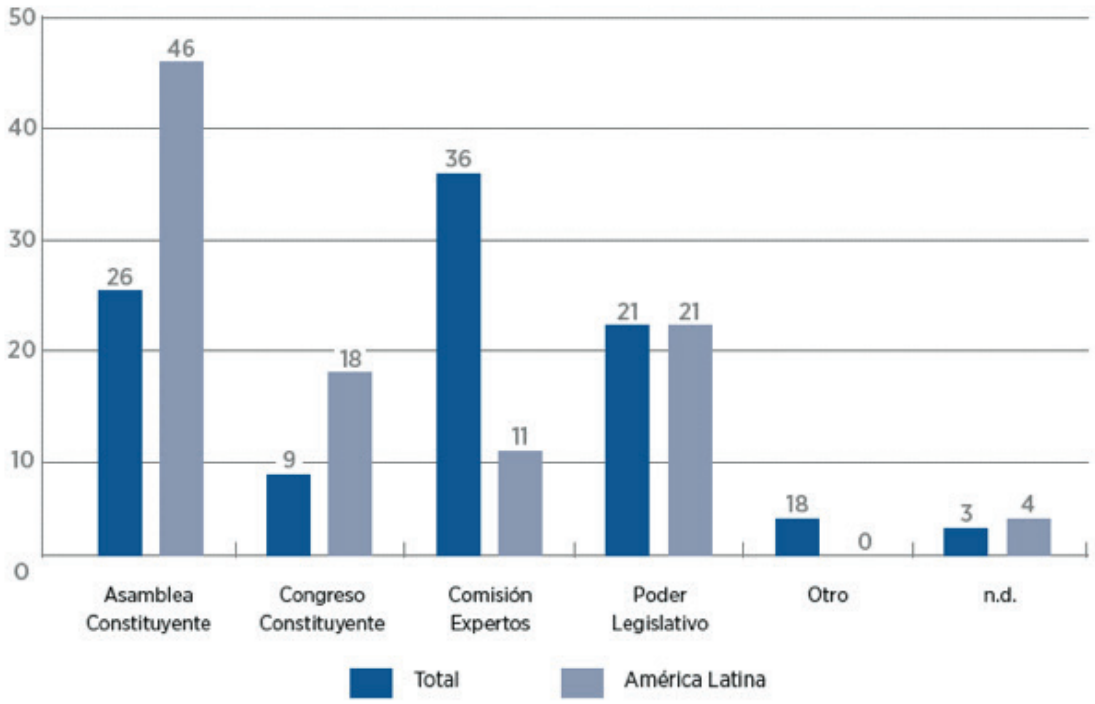
Por último, y en tercer lugar, en muchos países se han nominado **comisiones de expertos** para redactar constituciones. Estas comisiones no son electas, sino designadas, en general, por la máxima autoridad en el poder ejecutivo. Son grupos más acotados que los congresos y las asambleas constituyentes en términos del número de integrantes, y tienden a estar constituidas por especialistas o personas notables en los países correspondientes. A estas comisiones se les entrega la facultad de discutir y elaborar un nuevo

texto constitucional, que luego debe ser ratificado por la autoridad o quienes la designaron, o bien por la ciudadanía mediante un plebiscito o referéndum.

En términos empíricos, la forma más recurrente de cómo se redactan las constituciones en el período y casos estudiados, es a través de las comisiones de expertos. En segundo lugar, las asambleas constituyentes y en tercer lugar los parlamentos. No obstante, es importante señalar que existen diferencias si se analizan distintos períodos históricos, regiones del mundo y tipos de régimen político. Por ejemplo, en América Latina ha predominado el uso de la asamblea constituyente, ya que casi la mitad de los 28 cambios constitucionales realizados a partir de 1947 en la región han sido a través de este mecanismo (46%). Por otro lado, la comisión de expertos predomina principalmente en los procesos constituyentes de África y de Asia-Pacífico (50% y 48% respectivamente).

Congreso	Congreso Constituyente	Asamblea Constituyente	Comisión de Expertos
China (1954)	India (1950)	Italia (1947)	Francia (1958)
Venezuela (1961)	Bolivia (1967)	Venezuela (1953)	Marruecos (1962)
Uruguay (1967)	Paraguay (1967)	Honduras (1957)	Brasil (1967)
Kenia (1969)	Nicaragua (1974)	Túnez (1959)	Iraq (1968) (1970)
Grecia (1975)	España (1978)	El Salvador (1962)	Marruecos (1972) (1996) (2011)
China (1975)	Paraguay (1992)	Ecuador (1967)	Ecuador (1978)
Camboya (1976)	Perú (1993)	Portugal (1976)	Argelia (1976) (1989)
China (1978)	Sudáfrica (1996)	Irán (1979)	(1996)
China (1982)	Irak (2005)	Perú (1979)	Tailandia (1976)
Corea (1987)		Honduras (1982)	(1978) (1991)
Brasil (1988)		El Salvador (1983)	Afganistán (1977) (1987) (2004)
Croacia (1990)		Nicaragua (1987)	Chile (1980)
El Salvador (1992)		Colombia (1991)	Corea (1980)
República Checa (1993)		Camboya (1993)	Turquía (1982)
Bolivia (1994)		Uganda (1995)	Sudáfrica (1983)
Nicaragua (1995)		Tailandia (1997)	Filipinas (1987)
Polonia (1997)		Ecuador (1998)	Irán (1989)
Croacia (2000)		Venezuela (1999)	Fiyi (1990) (1997)
Tailandia (2007)		Timor Oriental (2002)	Nepal (1990)
Angola (2010)		Ecuador (2008)	Eslovenia (1991)
		Bolivia (2009)	Rusia (1993)
		Islandia (2010)	Suiza (1999)
		Somalia (2012)	Ruanda (2003)
		Túnez (2014)	Kenia (2005)
		Nepal (en proceso)	Kosovo (2008)
			Kenia (2010)

Mecanismo utilizados en procesos constituyentes, total países y Amércia latina, 1947-2015 (Porcentajes) (N=95)

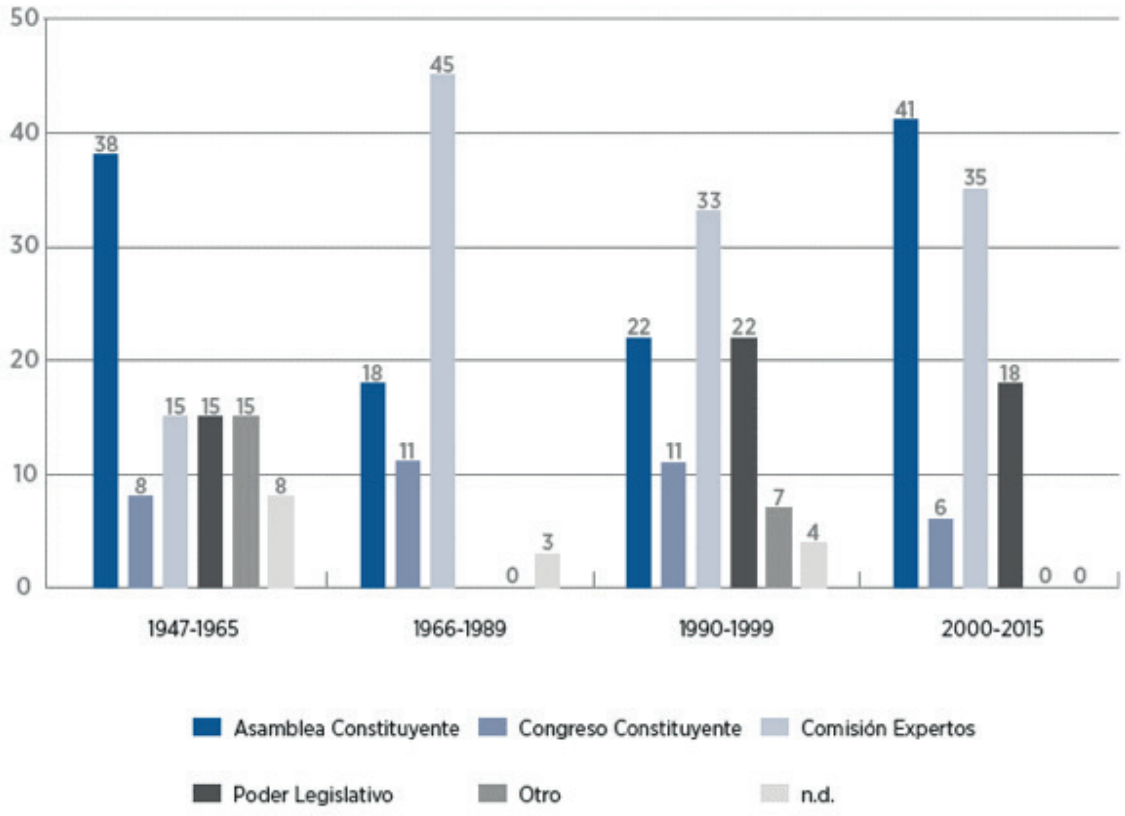


Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. 2015. P.20.

Se observa también que los mecanismos utilizados para los cambios constitucionales están relacionados con los períodos históricos y políticos en los cuales se producen los cambios constitucionales. Esto es, la forma en que hoy se define como redactar una constitución no es la misma que hace 50 años atrás, los procesos en unos países afectan a otros y van generando tendencias específicas según los distintos momentos históricos. Así, en los últimos quince años por ejemplo, la mayoría de los cambios constitucionales se ha realizado a través de una asamblea constituyente (41%). Por el contrario, entre 1966 a 1989 predominaron las comisiones de expertos (45%).

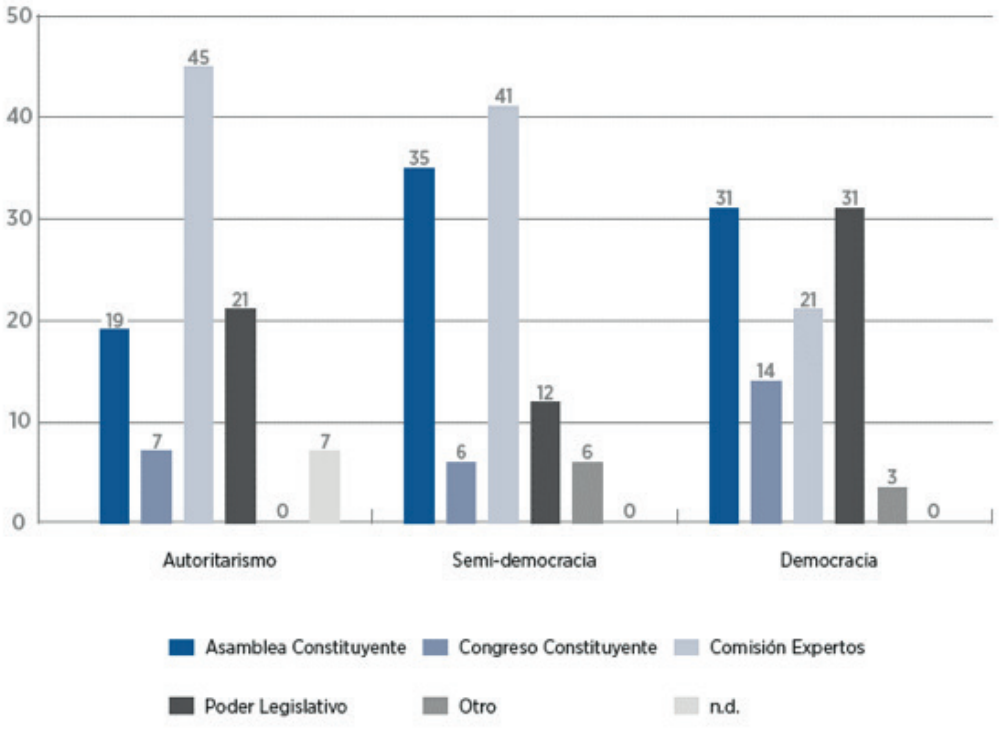
Cabe destacar que una de las mayores concentraciones de cambios constitucionales se produjo entre la década de los 60s y finales de los 90s (65 casos de los 95 analizados), muchos de ellos teniendo lugar en contextos de transiciones a la democracia. Observando el conjunto de cambios constitucionales desde 1947 se observa que el tipo de régimen político tiene un efecto importante en la elección del mecanismo de cambio. En particular, los datos indican que en sistemas democráticos los mecanismos más utilizados son los que requieren la participación directa de la ciudadanía para elegir representantes que redacten los textos constitucionales, ya sea en un Congreso o en asambleas constituyentes (el 62% de los textos redactados en democracia utilizaron estos mecanismos, un 31% cada uno). En cambio, los regímenes autoritarios son los que más recurren a una comisión de expertos designada (45% del total).

Mecanismos utilizados en procesos constituyentes, según período. (Porcentaje) (N=95)



Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. 2015. P.21.

Mecanismos utilizados en procesos contituyentes, según régimen político, 1947-2015 (porcentaje) (N=88)



Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. 2015. P.21.

2.2 Procesos constituyentes y participación ciudadana

Más allá de los mecanismos que se utilicen para la redacción de una nueva Constitución, e independientemente de ellos, los casos analizados en este estudio y la literatura comparada muestran que el grado y tipo de involucramiento de la ciudadanía en la redacción de textos constitucionales puede variar significativamente en distintos contextos. La evidencia muestra que en las últimas décadas los procesos constituyentes han ido incorporando cada vez con mayor frecuencia fórmulas más directas de participación ciudadana en este tipo de procesos. Así, independientemente de si estos los textos constitucionales son redactados por un parlamento, una asamblea constituyente o una comisión de expertos, se han producido distintas formas de involucramiento de las y los ciudadanos en las distintas etapas de los procesos constituyentes. Es decir, el proceso de redacción de un nuevo texto constitucional puede tener mucha o nula participación ciudadana independientemente del mecanismo escogido.

Las formas de participación ciudadana en procesos constituyentes varían en sus niveles de inclusividad, en si son institucionales o no institucionales, y en su carácter vinculante o no. Junto con ello, los casos analizados muestran que la participación ciudadana en procesos constituyentes puede ocurrir en cada una de las distintas etapas del proceso constituyente: ya sea el inicio para recoger opiniones de la ciudadanía sobre por qué y cómo cambiar de los textos constitucionales, al momento de discutir la redacción misma de distintos artículos o el texto en su conjunto, o al final del proceso al momento de aprobar el nuevo texto. Entre las principales formas destacan:

- Educación cívica. Es una forma de participación pasiva e informativa pero que puede detonar una participación más directa y activa en otros espacios. Esta puede ser liderada por la autoridad de gobierno, el órgano a cargo de redactar la nueva constitución, los partidos políticos, organismos internacionales, organizaciones ciudadanas, entre otros actores. Sus contenidos varían de país en país pero generalmente dicen relación con qué es una constitución, su importancia, contenidos constitucionales y el proceso constituyente en sí mismo.
- Manifestaciones e iniciativas de carácter social o popular. Esta es una forma de participación no institucional y se expresa en acciones o iniciativas, como protestas, formación de movimientos sociales o campañas electorales, entre otras, que instalan en la agenda nacional la necesidad de cambio constitucional o promueven demandas específicas para sobre el contenido de las constituciones. Si bien los efectos de la misma no son vinculantes para el poder político gobernante, si tienen efectos políticos actuando como fuerza que puede dar inicio o empujar en distintos momentos un proceso constituyente. Ejemplos de estas formas de participación se encuentran en los casos de Bolivia desde el 2000 y Túnez a partir de 2010.

En el caso de **Bolivia** a partir del 2000 originaron masivas protestas y movilizaciones sociales contrarias a la exclusión sistemática de los pueblos originarios, el creciente empobrecimiento del país, y a la desprestigiada clase política (Bizarro, Moricz y González, 2009: 168). En este contexto se sitúa el Movimiento al Socialismo (MAS), que gana las elecciones presidenciales de 2005, donde una de sus primeras medidas fue iniciar el proceso de convocatoria de una asamblea constituyente en el marco de esta situación política y social. En el caso de **Túnez,** el proceso constituyente surge a partir del fenómeno iniciado a partir del año 2010 denominado "Primavera Árabe". El malestar social por la restricción de derechos civiles y políticos, la pobreza y la corrupción, se expresó en multitudinarias protestas ciudadanas, que derivaron en una violenta reacción de los respectivos gobiernos. En Túnez, la autoinmolación de un vendedor ambulante en señal de protesta por la violencia policial, acrecentó la lucha social, lo que finalmente detonó la caída del gobierno. Un nuevo gobierno fue nombrado bajo las normas de la Constitución de 1959, sin embargo, el recrudecimiento de las protestas sociales provocó su caída, y el gobierno se vio obligado a convocar a una asamblea constituyente.

-Elecciones populares. Es una forma de participación institucional que puede ser vinculante o no, donde la ciudadanía puede manifestar su voluntad por medio de votaciones sobre (1) la necesidad de cambiar una constitución, (2) el mecanismo que debe ser utilizado para redactar el texto, (3) eligiendo a los miembros que forman parte del órgano constituyente, ya sea de una asamblea constituyente o de un parlamento con estas funciones. Ejemplos de participación vía elecciones son números en los casos estudiados, entre ellos Colombia en 1990 y Portugal en 1975.

En el proceso **colombiano**, se llamó a un plebiscito en 1990 donde se preguntó si la ciudadanía apoyaba la convocatoria de una asamblea constituyente. Posteriormente, se llamó a elecciones para la composición de este órgano en diciembre del mismo año. En el caso de **Portugal,** en abril de 1975 se realizaron elecciones para los miembros de la asamblea constituyente.

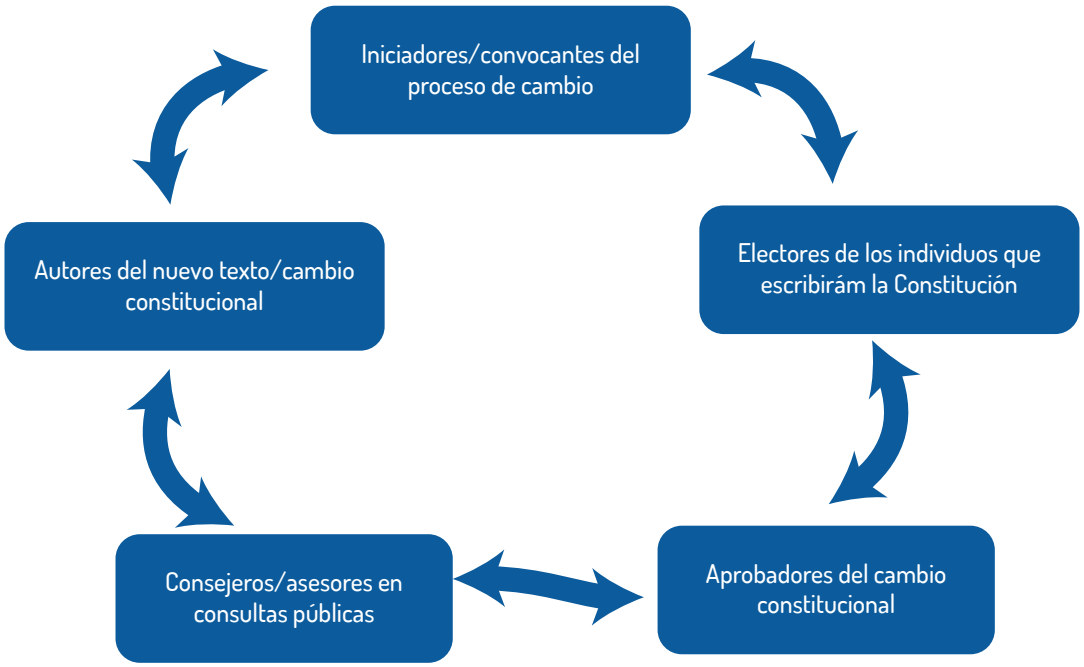
-Espacios de participación consultivos y/o deliberativos. Estos mecanismos varían de caso a caso y pueden ir desde mesas redondas de discusión, asambleas territoriales o foros nacionales, audiencias consultivas por parte del órgano redactor, consultas ciudadanas y elaboración de informes por parte de diversas organizaciones sobre los contenidos de la nueva constitución, en otros. Estos espacios pueden ser institucionales o no, mientras sus resultados no son habitualmente vinculantes para quien está a cargo de la redacción del texto constitucional. Un ejemplo paradigmático de estos mecanismos es el caso de Islandia desde 2010.

El proceso constituyente **islandés** es paradigmático en esta materia ya que la ciudadanía era consultada permanentemente de los avances en la redacción del texto. Esto se lograba por el uso de plataformas electrónicas (página web, Facebook, Twitter), donde eran publicados los artículos constitucionales en discusión y se recibirán los comentarios de las personas, que en su gran mayoría fueron recogidos en el texto final adoptado.

-Ratificación del texto constitucional. Es la forma más habitual de participación ciudadana al final de un procesos constituyente, y lo han llevado a cabo procesos muy disímiles. Hoy en día este es el mecanismo mínimo que se espera en un proceso constituyente. Ejemplos se encuentran en el caso de Turquía en 1982, Venezuela en 1999, Bolivia de 2009 e Islandia en 2012.No obstante, cuando no está acompañado de ninguna de las otras formas de participación ciudadana constituye más bien un mecanismo minimalista, pues sólo se puede aprobar o rechazar el texto completo de la nueva Constitución. Así, esta fórmula en sí misma no es un reemplazo a una participación más deliberativa que otras formas de participación sí proporcionan ya que no permite una incidencia en el contenido específico del texto constitucional. Si bien puede servir como un paso altamente deseable para finalizar un proceso constituyente con un alto grado de legitimidad y como control ciudadano *(accountability)* sobre aquellos a quienes se les otorgó el mandato de ejercer el poder constituyente; no asegura el involucramiento de la ciudadanía en las otras fases del proceso. Más aún, esta fórmula ha sido ampliamente utilizado en la práctica por regímenes autoritarios que buscan legitimar procesos constituyentes poco inclusivos.

En los casos de **Turquía 1982, Venezuela 1999, Bolivia 2009 e Islandia 2012,** se sometió a votación popular la ratificación del nuevo texto constitucional.

Roles de la ciudadanía en distintas etapas del proceso constituyente



Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada. 2015. P.15. A partir de Bisarya 2015.

Así, hoy en día el estándar internacional es que en regímenes democráticos no es posible pensar un proceso de cambio constitucional sin una amplia participación ciudadana. Los ciudadanos y ciudadanas piden ser parte de estos procesos en todas sus etapas, y exigen los mismos estándares de transparencia y entrega de información que la definición regular de políticas públicas o diseño legislativo en sus respectivos países para dar legitimidad al proceso en marcha.

2.3 Cambios constitucionales a través de asambleas constituyentes

Finalmente, el informe realiza un análisis en profundidad de uno de los mecanismos menos conocidos en cuanto a su funcionamiento en nuestro país: las asambleas constituyentes. Para ello se revisaron 25 procesos constituyentes que utilizaron este mecanismo a partir de la segunda mitad del siglo XX en un total de 19 países a nivel mundial.

El análisis muestra que en la práctica no existe un modelo único de asamblea constituyente, existiendo gran varianza entre los casos dependiendo de los diversos contextos sociales y políticos en los que se desarrollan.

No obstante, es posible identificar ciertas tendencias. En términos de su origen y convocatoria, las asambleas constituyentes pueden ser promovidas *desde arriba* por el gobierno o las principales fuerzas políticas, o *desde abajo* como consecuencia de una demanda ciudadana. Independientemente de ello, en todos los casos analizados, la movilización ciudadana ha sido importante para que este mecanismo se lleve a cabo. Además, es importante destacar el rol que otras instituciones del Estado han tenido para permitir la convocatoria a la asamblea constituyente y darle legitimidad a este mecanismo cuando no han estado considerados en los ordenamientos jurídicos vigentes, como las Cortes Supremas, los Tribunales Constitucionales o los Tribunales Supremos Electorales.

En términos de su funcionamiento, los casos de asambleas constituyentes analizados se caracterizaron por ser poco numerosos, con un promedio de miembros de 195, con 1 representante cada 250 mil habitantes. Para ser elegibles como miembros de la asamblea, el requisito básico, y en algunos casos el único, ha sido cumplir con las condiciones que cada país establece para ser electo en cualquier otro cargo de elección popular. Sin embargo, en ciertos países y en consideración a la diferenciación que se produce con la institucionalidad anterior, se han establecido restricciones para impedir que ciertas autoridades y representantes puedan competir para integrar estas asambleas, como a los parlamentarios en ejercicio, a los miembros del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, miembros de las Fuerzas Armadas, entre otros.

Con respecto a su elección, en general ha sido por votación popular directa. El sistema electoral si bien es distinto en cada caso, la mayoría ha utilizado un sistema electoral diferente para la elección de los miembros de la asamblea constituyente al que se utiliza para elegir a los miembros del poder legislativo ordinario, ya sea en cuanto al tipo de sistema (proporcional, mayoritario, mixto), el de distrito o ambos. El análisis de los casos de asambleas constituyentes muestra una tendencia a definir sistemas electorales más proporcionales o distritos de mayor magnitud para permitir una mayor proporcionalidad en la representación de todos los sectores políticos, geográficos, étnicos en el órgano constitucional.

Además, como los miembros que componen la asamblea constituyente actúan como representantes extraordinarios del resto de la nación, y por tanto se espera que en este grupo estén representados la mayor cantidad de sectores y grupos de la sociedad (Nogueira, H.) muchos de los casos analizados, y con mayor fuerza en las últimas décadas, han incorporado medidas de acción afirmativa (cuotas electorales y escaños reservados) para lograr una representación equilibrada de la sociedad en su conjunto. En particular han

buscado asegurar la presencia de grupos históricamente marginados de los procesos de representación y participación, como las mujeres, los pueblos indígenas, las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, entre otras, en la redacción de una nueva Constitución.

Junto a lo anterior, las asambleas constituyentes analizadas han tenido un mandato acotado en el tiempo con plazos breves para su funcionamiento; en promedio las asambleas analizadas tuvieron una duración de 13,8 meses. En general, han sesionado en pleno y pueden formar comités temáticos o especiales, y en algunos casos han estado asesoradas por expertos externos. En cuanto a la publicidad del debate, todos los casos estudiados optaron por la política de puertas abiertas para las sesiones de la asamblea. Finalmente, de los casos estudiados, en prácticamente todos, con excepción de Islandia y Uganda, los partidos políticos han tenido un papel preponderante en el proceso constituyente, en comparación con otras organizaciones y movimientos sociales.

Algunos de los países que han utilizado la asamblea constituyente como órgano redactor de un nuevo texto constitucional en América Latina son Venezuela (1953 y 1999), Perú (1979), Colombia (1991), Bolivia (2009) y en otras regiones del mundo Túnez (1959 y 2014), Tailandia (1997), Portugal (1976), e Islandia (2010)

3. CONSIDERACIONES FINALES: APRENDIZAJES DESDE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

A partir de la revisión y análisis de procesos constituyentes a nivel internacional desde la segunda mitad del siglo XX, y con una mirada en profundidad a casos paradigmáticos y de los cuales se pudo obtener información sistematizable, el informe *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia internacional* del PNUD muestra las distintas estrategias y mecanismos a través de los cuales distintas sociedades han diseñado un nuevo orden constitucional.

Más allá de los resultados y datos entregados expuestos en esta síntesis, la evidencia internacional muestra distintos desafíos y aprendizajes que han experimentado diversas sociedades al cambiar sus constituciones, las que pueden contribuir a orientar las decisiones y el rumbo del proceso constituyente que se ha iniciado en Chile. En particular, la experiencia comparada muestra que es posible un rango de innovación en mecanismos de redacción y formas de participación mucho más amplio de lo que ha sido reconocido en el debate público hasta ahora.

Mayoría de procesos constituyentes han sido impulsados por una decisión política que logra el acuerdo y apoyo de actores clave tanto entre las élites como en la ciudadanía; decisión que es posteriormente traducida o refrendada por cambios jurídicos que permiten formalizar una estrategia de cambio constitucional. Así el rol de instituciones clave del Estado, más allá de los poderes ejecutivo y legislativo, han sido determinantes para asegurar la legalidad, formalidad y legitimidad de estos procesos.

La experiencia en el mundo, y de muchos procesos exitosos muestra que no existe una recete única para realizar un proceso constituyente. La estrategia que se defina está influencia por el contexto político, social y la tradición jurídica de cada país en cuestión. Junto con ello, e independientemente si las constituciones han sido redactadas por uno de los tres principales mecanismos utilizados en la práctica para ello, a saber vía el poder legislativo, una asamblea constituyente o una comisión de expertos; distintas formas de participación ciudadana se han venido incorporando en las últimas décadas en diversos procesos constituyentes, y en las distintas etapas de cada uno de ellos.

Además, los casos analizados han mostrado que los procesos constituyentes exitosos han sido aquellos

que logran redactar nuevas cartas fundamentales que son aceptadas como legítimas tanto por las élites políticas y la ciudadanía. Es por ello que junto con el imperativo de incorporar diversos mecanismos de participación ciudadana en las distintas etapas de un proceso constituyente, no se debe dejar de lado a los actores político-partidarios e institucionales que tienen la responsabilidad de agregar y representar intereses en democracia. En otras palabras, el creciente llamado a la participación e inclusión de la ciudadanía y de todos los sectores de la sociedad no puede ser entendido como un llamado a la exclusión de las elites políticas o las instituciones formales.

Un proceso constituyente exitoso requiere que todos los sectores e instituciones relevantes de la sociedad participen de manera activa en sus distintas etapas, lo que dotará de legitimidad al proceso y sentará las bases para una futura adhesión al nuevo texto constitucional en cuestión. Así, la experiencia internacional ratifica la importancia de involucrar a todos los actores sociales, políticos e institucionales para definir estrategias que permitan orientar el proceso y dotarlo de la legitimidad necesaria para que sea exitoso. Fundamental que órgano constitucional genere e intercambie información y noticias acerca del proceso de forma **proactiva y sistemática** hacia grupos interesados, los ciudadanos y las ciudadanas y medios de comunicación.

Convocar a la ciudadanía a un acto final amplio y participativo para ratificar un texto constitucional es cada vez más común a nivel mundial. Un referéndum ratificatorio constitucional ha logrado promover participación y en muchos casos ampliar los niveles de adhesión a los nuevos textos constitucionales.

En Chile, desde la perspectiva de las demandas de la ciudadanía, todos los estudios de opinión de los últimos años[99] evidencian que la ciudadanía está cada vez más de acuerdo con que se lleve a cabo un cambio a la Constitución, y que este cambio debe ser por medio de un proceso participativo e inclusivo de todos y todas. Esto pone sobre la mesa que en el marco de un proceso constituyente en curso en nuestro país, el desafío es desarrollar un proceso inclusivo y participativo en sus distintas etapas, donde todos los chilenos y chilenas se sientan no sólo partícipes, sino protagonistas de este cambio. En una democracia crecientemente tensionada por la desconfianza y baja participación formal, la forma del proceso constituyente será tan relevante como la discusión del fondo.

REFERENCIAS

Pisarello, G. (2014). *Procesos Constituyentes: Caminos para la ruptura democrática.* Madrid: Editorial Trotta.

Ginsburg, T.; Elkins, Z. y Melton, J. (2009). *The endurance of National Constitutions.* Cambridge: Cambrigde University Press.

Nogueira, H. (s/f). "Consideraciones sobre Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y la Práctica Constitucional". *Revista Ius et Praxis, 15* (1), 229-262.

99 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Opinión Ciudadana y Cambio Constitucional. Análisis desde la opinión pública.* 2015.

VII EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. LA VISIÓN DE UN RECIÉN LLEGADO

Jorge Bermúdez Soto,

Contralor General de la República, Profesor Titular de Derecho Administrativo PUCV

Quiero comenzar mis palabras agradeciendo a las autoridades de la Facultad y Escuela de Derecho, por la consideración que han tenido conmigo al invitarme a dar esta clase inaugural del año académico. Como se imaginarán ineludiblemente debo entregar este mensaje en la calidad que hoy invisto que es la de Contralor General de la República, respecto de la cual no puedo desprenderme, al menos no por los siguientes 7 años y 9 meses. Y es tal vez esta una primera definición que debo hacer y en la que reparo sólo ahora. Cada vez que participo en un acto público, lo hago en dicha calidad, y por tanto, no veo de qué manera podría ser posible una especie de desdoblamiento que algunas autoridades pretenden hacer, para actuar o dejar de hacerlo en la vía pública. Por lo mismo, los planteamientos que ahora haré deben tomarlos como eso, es decir, como la opinión de alguien que detenta el cargo ya mencionado, y la opinión que ese alguien tiene sobre la Contraloría General de la República y su rol en la vigencia del Estado de Derecho y en la lucha contra la corrupción. Por lo mismo, muchas de las ideas y planteamientos que hago son precisamente las ideas que espero marquen este periodo en la Contraloría.

En primer lugar quiero referirme al: contexto institucional de la Contraloría General de la República

El control de las cuentas de la Administración ha estado presente a lo largo de nuestra historia. Desde la época de la Colonia existieron diversos entes encargados de la contabilidad o de la fiscalización de la Administración. Ya al inicio de la historia republicana de nuestro país, en 1820 se crea el **Tribunal Mayor de Cuentas** con facultades en materia de hacienda, pero fue un órgano de corta duración. Fue reemplazado ese mismo año por una **Comisión de Rezagos, inspección de cuentas y una mesa de residencia.** En 1839 se reemplazan por la **Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas.** La Contaduría Mayor tenía funciones de *"tomar razón de las leyes, decretos, reglamentos, presupuestos de gastos y resoluciones administrativas que comprometieren fondos públicos".* En los casos en que tales actos no se ajustaran al ordenamiento jurídico vigente, el Contador Mayor debía

representarlo al Ejecutivo, el cual podía insistir, pero debían pasar los antecedentes al Congreso. Este es el primer esbozo del trámite de toma de razón, aunque sólo en materias de presupuesto y gasto. En 1869 se crea la Dirección General de Contabilidad que pasa a tomar el lugar de la Contaduría. En 1875 se crea la Corte de Cuentas, reemplazada en 1888 por el **Tribunal de Cuentas,** que tiene mayores atribuciones que los organismos contralores anteriormente señalados. Un dato clave es que durante 1891 y 1918, fue Fiscal de este tribunal Valentín Letelier (importante ius publicista chileno), sus dictámenes son tomados como modelos de lógica y claridad conceptual: en ellos afirma los principios de legalidad, independencia de la función fiscalizadora y la obligación de rendir cuentas de su gestión para todos los servidores públicos.

Sin embargo, ya a mediados de los años 20 del siglo pasado, la deficiente fiscalización de la Administración Pública llevó a que el Gobierno de Chile encomendara a la misión económica presidida por el profesor norteamericano Edwin Kemmerer, para que estudiase la reforma de los órganos fiscalizadores. Esta misión propone en 1925 la creación de la Contraloría General de la República (a ella se suma la Tesorería General de la República y el Servicio Nacional de Aduanas), la propuesta fue sometida al dictamen de una comisión revisora, presidida por Julio Philippi, a la sazón, Superintendente de Bancos, a la cual le fueron formuladas indicaciones para armonizar la idea de una Contraloría a la legalidad y prácticas administrativas chilenas.

La Contraloría General de la República nace a la vida jurídica con la dictación del DFL 400 bis de 1927 (de hecho hace un par de semanas se celebraron los 89 años de la institución). Permítanme leer parte del preámbulo de dicho DFL:

"Creación de la Contraloría Nacional de la República DFL Núm. 400 bis. - Santiago, 26 de Marzo de 1927.-Teniendo presente:

> Que la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios;
>
> Que esto proviene de la falta de cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas que reglan la percepción de las rentas y la correcta aplicación de ellas a los gastos nacionales;

Y más adelante señala:

> Que esa fiscalización corresponde hoy día a diversas oficinas que obran, en sus atribuciones legales, sin una organización única que la haga eficaz, desempeñándose cada una de ellas con independencia, que es perjuidicial al buen servicio;
>
> Que es indispensable refundir esos servicios en una oficina especial, cuyo jefe tenga, amplias facultades, para que pueda responder al Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan;

Y finalmente agrega:

> Que es indispensable, junto con esa organización, proveer a la fiscalización en forma eficiente".

Todo esto, sobre todo los primeros párrafos, al menos a mí me parecen de una tremenda actualidad.

Breve semblanza de la Contraloría en cuanto órgano sin parangón en el Derecho Comparado

Buena parte de lo que ocurra en la vigencia del Estado de Derecho, en hacer real el principio de legalidad y del principio de probidad pasa por la CGR. Las dos grandes funciones de la CGR son el control de legalidad y fiscalizar la buena gestión de los recursos públicos.

En el Derecho Comparado este tipo de órganos conforman las denominadas EFS (Entidades Fiscalizadoras Superiores) y desempeñan un importante papel en la fiscalización de las cuentas y las actividades de la Administración pública, y en la promoción de una correcta gestión financiera y una rendición de cuentas global de sus Gobiernos. La INTOSAI, que es la organización de las naciones unidas en que se agrupan, constituye un foro para que los auditores y contralores gubernamentales de todo el mundo debatan los temas de interés recíproco y se mantienen al tanto de los últimos avances en la fiscalización y de las otras normas profesionales y mejores prácticas que sean aplicables.

Las "EFS" normalmente ejercen funciones únicamente en materia de fiscalización y auditoría. Algunas además asumen una función de contabilidad. Sin embargo, como se ha dicho, la Contraloría General de la República como órgano constitucionalmente autónomo, se le encomiendan tareas mucho más amplias. Así

el art. 98 de la Constitución dispone que a la Contraloría corresponde:

> el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevar la contabilidad general de la Nación, y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

En realidad las funciones de la Contraloría General de la República van mucho más allá de lo que comparativamente las Entidades de Fiscalización Superior realizan. La función jurídica, esto es, la de interpretar la ley de un modo obligatorio para la Administración del Estado, no tiene parangón en el Derecho administrativo comparado, como tampoco el control preventivo a través del trámite de toma de razón. Esta es quizá una de las razones por la que el cargo de contralor es tan atractivo para quienes nos dedicamos al Derecho administrativo.

Dicho esto, me gustaría plantear brevemente algunas ideas acerca de lo que pienso que debería ser la Contraloría.

Lineamientos en el trabajo de la CGR

Principios rectores de este periodo de la Contraloría General de la República:

1. Ética interna de trabajo

La CGR debe ser un referente en materia de probidad. La CGR debe ser un faro en la observancia de los principios de: probidad; eficacia; eficiencia; economía de recursos públicos; y en lo que se propone aquí

en denominar como: “Austeridad Republicana”. La austeridad republicana es el concepto que resume los principios que rigen el actuar de una “buena administración”. (legalidad, probidad, eficacia y eficiencia, economía de los recursos públicos). Ya que estoy convencido de que los ciudadanos tienen derecho a la “buena administración”. Ahora que estamos *ad portas* de un momento constituyente, sugiero incorporar expresamente este derecho de los ciudadanos.

2. Intangibilidad del patrimonio público

Corresponde al principio “Tolerancia cero con el mal uso de los recursos públicos.” La CGR debe utilizar todos los instrumentos que le entrega el ordenamiento jurídico, es decir, el juicio de cuentas; el sumario; la acción del Consejo de Defensa del Estado; y eventualmente la remisión de antecedentes al Ministerio Público, para salvaguardar el uso legal, eficaz, eficiente y económico de los recursos públicos. Y permítanme agregar que el foco está en los recursos públicos, independientemente de la forma jurídica, pública o privada, de la entidad que los aplica.

3. Confianza y colaboración con los demás poderes, en particular con el legislativo

La CGR debe esmerarse en la entrega de la información y en la actuación requerida por el Congreso (por ejemplo, en los tiempos de respuesta). Asimismo, debe utilizar la facultad que la ley le otorga de plantear al Congreso las dudas y dificultades que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de las leyes. Esta facultad puede ejercerse con ocasión de la cuenta pública, como también mediante una comunicación específica al Congreso en cualquier momento.

4. Contribuir a la “buena administración” a través de la capacitación

La Contraloría tiene que cumplir un deber en la formación de los cuadros administrativos. Ello se logrará a través de:

La creación del Centro de Estudios Avanzados de la Administración Pública, vinculado a la CGR.

A través de éste, la CGR deberá ejercer una función docente, entregando una habilitación para entrar a desempeñar un cargo profesional en la Administración.

Y además por la vía de establecer ciertos sellos para la Administración en materias acotadas, como resultado de una auditoría en que no se encuentren observaciones o éstas sean leves. Por ejemplo, un sello de probidad.

Algunos Énfasis en las funciones que desempeña actualmente la CGR

Bajo el marco normativo actual, y sin que ello requiera de una modificación legislativa, la actuación de la CGR debe dirigirse con especial énfasis a las siguientes funciones:

Función de Fiscalización o Auditoría:

Se trata de una competencia esencial de la CGR y ello debe traducirse en el organigrama y los recursos humanos y materiales dispuestos para su consecución.

Un buen indicador de ello es el número de horas/hombre que se invierte en la auditoría, el apoyo en medios materiales para poder efectuar la fiscalización de terreno, versus otras tareas de orden burocrático interno. En la CGR la función de auditoría se planifica de manera técnica, se sabe por ejemplo, que un fiscalizador "rinde" 1750 horas hombre al año y que realizar una auditoría "cuesta" 600 hrs. en promedio.

El cálculo anterior se aplica a los productos de control externo, los cuales se clasifican según obedezcan a una demanda prevista o imprevista. La demanda prevista corresponde a aquélla que se determina de manera técnica según distintos insumos de información que se incorpora en lo que se denomina una "matriz de riesgo". La demanda planificada se ejecuta a través de auditorías, que corresponden al producto de fiscalización más profundo, abarcan un aspecto específico de la función pública a examinar y se analiza una muestra dentro del universo fiscalizable. Tal es el caso, por ejemplo, de la auditoría planificada para este año, en el programa de alimentación escolar de la Junaeb, programa que tiene un monto de 520 mil millones de pesos; o la auditoría con calidad de prioridad nacional sobre los fondos reservados de la ley del cobre para las fuerzas armadas.

Por su parte, la demanda imprevista en materia de fiscalización se traduce en Investigaciones Especiales y Atenciones de Referencia de Auditorías. Las INVES corresponden a requerimientos de investigación de parlamentarios, a los cuales se atiende fiscalizando la situación solicitada. Normalmente tienen una menor intensidad en relación a la auditoría. La CGR debe evitar traducirse en una especie de brazo armado de un parlamentario o una autoridad. Por otra parte, las "ARAs" corresponden a atenciones puntuales de requerimientos ciudadanos, y tienen un enfoque puntal y más sencillo, demandando además menos horas/hombre (60 hrs. aproximadamente).

La CGR debe tender a fortalecer la auditoría planificada, ya que obedece a distintos factores que alertan sobre el mal funcionamiento o corrupción en un Servicio Público. Así por ejemplo, la información de prensa; los resultados de auditorías anteriores; el monto del presupuesto involucrado; la alta rotación de los profesionales del servicio; etc. Son todos factores que se deben considerar en la matriz de riesgo que permitan realizar una planificación estratégica de la fiscalización.

La auditoría es naturalmente *ex post*, sin embargo, eso no quiere decir que únicamente pueda desarrollarse con posterioridad a la actuación formal. En efecto, la auditoría puede insertarse en el procedimiento administrativo y colaborar con la decisión de la Administración. Así las cosas, la emisión oportuna de un dictamen podría también colaborar en la resolución de las dudas que surgen con ocasión de la tramitación de un procedimiento administrativo. La función contable también es manifestación de lo anterior, ella colabora en la prevención o detección actuaciones ilegales por parte de la Administración a través del control del gasto y la inversión. Así por ejemplo, acabamos de emitir un instructivo en materia de formación del presupuesto municipal, ¿por qué?, porque las municipalidades tienden a incorporar en su presupuesto los recursos por percibir consistentes en deudas que son incobrables o prescritas, lo que genera un déficit municipal permanente.

Por otra parte, se debe tender a que la auditoría recoja criterios de eficacia y eficiencia en la función pública. No basta con verificar el cumplimiento normativo, sino que debe revisarse que el gasto haya sido eficaz, eficiente y económico. Por ejemplo, una compra de ambulancias o de equipos médicos para hospitales puede estar perfectamente licitada, adjudicada y contratada según las normas sobre compras públicas, pero ¿se requieren esos equipos? ¿existe suficiente personal para utilizarlos? ¿existe suficiente

demanda en la localidad destinataria de las ambulancias o los equipos médicos? Todas estas preguntas son de sentido común, pero aun no las incorporamos en la fiscalización de la Administración del Estado. Es por ello que el mero cumplimiento normativo es insuficiente para determinar la legalidad completa de la actuación. Los principios de eficacia, eficiencia y de buen uso de los recursos públicos se encuentran en la ley, ellos deben ser observados por la Administración activa y deben ser fiscalizados por la CGR.

Un último aspecto esencial en la función de auditoría corresponde al seguimiento de la misma. Por seguimiento se entiende la verificación del cumplimiento de las medidas que los informes de auditoría imponen al servicio, como también la tramitación rápida y eficiente de los sumarios o investigaciones sumarias a que una auditoría dé lugar. Sin esta tramitación eficiente de los sumarios –tanto respecto de aquellos que se tramitan en el mismo servicio como en CGR- la responsabilidad administrativa no podrá hacerse efectiva. Asimismo, sin el cumplimiento de las observaciones detectadas en la auditoría, es imposible que el Servicio Público salga de la situación de incumplimiento en que se encuentra.

Algunas palabras sobre la Función jurídica

La función jurídica corresponde al segundo motor de la Contraloría General de la República. Se manifiesta principalmente a través de la emisión de dictámenes y resoluciones y mediante el control preventivo de la toma de razón. Los dictámenes corresponden a aquellos actos administrativos que contienen la opinión jurídica del Contralor sobre la interpretación o aplicación de una norma jurídica y constituyen la "jurisprudencia administrativa". Los oficios, en cambio, corresponden a la aplicación que otros funcionarios de la CGR efectúan de la jurisprudencia administrativa, por ejemplo los contralores regionales. En esta materia quiero destacar el dictamen 4000 de enero de este año, en el que la Contraloría General de la República determinó que los inmuebles de conservación histórica y los monumentos históricos se comprenden en el concepto de área sometida a la protección oficial, y que por tanto, las intervenciones que le causan un impacto, deben ser evaluadas en el sistema de evaluación de impacto ambiental de forma previa.

Por su parte, como se sabe, la toma de razón constituye un control de legalidad preventivo de la actuación de la Administración. Los actos sometidos a ella no se entienden totalmente tramitados hasta que se encuentren tomados de razón. Esta función se encuentra muy cuestionada hoy en día, por lo pronto, sólo puedo decir que la estamos estudiando.

Durante este tiempo en la CGR hemos planteado ciertos principios o más bien ideas rectoras, que se deben recoger en el ejercicio de la función jurídica:

a) Interpretación plausible de la norma

La Administración activa es quien aplica el ordenamiento jurídico con efecto respecto de terceros. La CGR debiera considerar esa interpretación, dándole valor a la presunción de legalidad de los actos administrativos, contenida en el art. 3 de la LBPA. La presunción de legalidad podrá ser derribada si existen motivos trascendentes para ello, y especialmente en aquellos casos en que la actuación ilegal comprometa los recursos públicos. En el control de legalidad se involucran todos los principios que forman parte del Estado de Derecho y que se aplican directamente a la Administración, en particular los de proporcionalidad; eficacia y eficiencia; seguridad jurídica; probidad, etc. Por lo mismo, constituye un ideal que los abogados revisores en las divisiones con función jurídica de la CGR tengan experiencia previa y variada, o bien, que sean capaces de comprender la necesidad pública que motiva la actuación de la Administración activa. De este modo se evita un excesivo formalismo paralizador de la actuación de la Administración y agilizar

los plazos de la toma de razón, como también efectuar una morigeración de los criterios para representar o rechazar el acto administrativo considerando las necesidades y posibilidades propias del servicio. Sin embargo, y como se ha dicho, el límite siempre estará dado por la intangibilidad del patrimonio público.

b) Interpretación progresiva de la norma:

La ley, al ser aplicada, requiere necesariamente de interpretación. La CGR no solo debe interpretar formalmente, sino que debe incorporar un principio de interpretación progresiva para evitar que la ley caiga en desuso, o bien, no logre la finalidad pública que persigue. Esto ocurre especialmente cuando la CGR interpreta de manera formal una atribución que ejerce la Administración activa.

Junto con el criterio de interpretación plausible de la norma, deberá buscarse una interpretación progresiva y no exclusivamente formal. Deberá orientarse entonces la función dictaminadora hacia una interpretación constitucional de las normas y que responda al contexto en que deben ser aplicadas.

Un ejemplo en la materia, lo constituye el dictamen sobre farmacias comunales. Una lectura formal de la normativa nos llevaría a considerar que el expendio de medicamentos constituye una actividad económica que la municipalidad no puede realizar, al no estar habilitada expresamente por la ley. ¿Sería plausible sostener eso hoy día? Por supuesto que no, la interpretación progresiva del ordenamiento jurídico nos debe llevar a considerar, por ejemplo, la función en materia de protección de la salud que compete al municipio, de manera que dicha actividad, pueda ser realizada de forma regulada, segura y legítima.

c) Lenguaje directo y claro:

Esto se resume en evitar el "contralórico" o el conocido "si bien es cierto, no es menos cierto". En el ejercicio profesional y académico se ha advertido que existen casos en que los funcionarios incurren en errores o incluso ilegalidades por entender mal los dictámenes de la CGR. Del mismo modo, se plantean juicios ante tribunales en contra del Estado porque la Administración activa entiende mal los dictámenes de la CGR.

La CGR debe actuar con sencillez y evitar burocratizar la actuación del Estado con cuestiones formales. El excesivo formalismo de la CGR ha obstaculizado, en ocasiones, la actuación de la Administración activa. Cuando la CGR se concentra excesivamente en lo formal, pierde el foco en lo más relevante de su accionar, que es el control de la "legalidad material" de la actuación de la Administración. Lo que redunda, por ejemplo, en largos tiempos de respuesta. Del mismo modo, debe considerarse el destinatario del pronunciamiento jurídico, para facilitar su comprensión.

d) Aplicación de la LBPA en la emisión de dictámenes:

Resulta necesario para la CGR transparentar el procedimiento administrativo en materia de emisión de dictámenes, y a su vez, aplicar la LBPA en ellos. La CGR debe aplicar en el procedimiento de formulación de dictámenes la LBPA, en particular los plazos de respuesta y la observancia de los derechos de los interesados. El Dictamen N° 24.143-2015 resulta insuficiente en esta materia.

Finalmente quiero hacer una referencia a la **Función de Capacitación.**

La Contraloría debe asumir un rol preponderante en la capacitación de los funcionarios de los Servicios que fiscaliza. Muchas veces las ilegalidades o irregularidades en la actuación de la Administración se deben a ignorancia o escasez de recursos humanos. Ej. la municipalidad de Lago Verde. Es por ello que se proponen los siguientes mecanismos de capacitación.

-Creación del Centro de Estudios Avanzados de la Administración Pública, vinculado a la CGR.

-Habilitación para todos los funcionarios profesionales que ingresan en la Administración. Ej. En temas estatutarios, compras, etc.

-Creación de una certificación de los servicios públicos en temas específicos. Ej. NICSP.

-Programa de capacitación a las municipalidades, el que se está desarrollando.

Reflexiones finales: la relación entre estudiar derecho administrativo, el poder y la corrupción

Puedo concordar con mis alumnos y con varios de mis colegas profesores en cuanto a que el estudio del Derecho Administrativo, no es muy entretenido, o para decirlo derechamente, es aburrido. Sin embargo, su ejercicio práctico es todo lo contrario. Dicho interés se debe, creo yo, a que cuando se aplica el Derecho Administrativo se pone en movimiento la máquina del poder y el poder es siempre llamativo. Como diría mi antiguo profesor alemán, en términos muy jurídicos: "Das Verwaltugsrecht ist sexy".

Es en ese movimiento de la máquina del poder donde se hace explícito el interés general que debe estar en el sustrato de toda actuación pública. Sin embargo, el interés general no es absoluto ni omnipotente, frente a él existen otros derechos, principios, garantías, en fin, valores, que nos permiten enfrentarnos y contraponernos a quien ejerce el poder en un determinado momento.

Precisamente de eso se trata el ejercicio del Derecho Administrativo, del equilibrio entre quien ejerce la potestad pública y el que intenta contraponer su derecho o interés privado frente a ella. En esta relación tiene mucho que decir la Contraloría.

El poder es en realidad neutro, puede ser bien o mal usado. El Derecho Administrativo se dedica a un aspecto del ejercicio del poder: a que quien ejerce el poder lo haga de manera legal. Porque hay mucho en juego en el ejercicio del poder: recursos públicos, expectativas, calidad de vida, solución a problemas concretos, nivel de desarrollo, etc. Por lo pronto, el uso del poder para fines particulares no es sólo demostración de un mal funcionamiento administrativo, sino que es síntoma de una enfermedad crónica de la que adolece la Administración en el ejercicio del poder, tal es la corrupción. Como enfermedad crónica podrá estar desatada y transformarse en degenerativa o podrá estar controlada, pero desgraciadamente siempre estará presente como una sombra que acompaña al paciente, en este caso, a la Administración del Estado.

Por qué es importante todo esto, porque según mi parecer, existe una relación directa entre corrupción y nivel de desarrollo, y no solo me refiero al nivel de desarrollo económico, sino sobre todo al nivel de desarrollo humano. ¿qué es lo que hace la diferencia entre un Estado que permite satisfacer las necesidades de sus habitantes y otro que se debate entre la escasez, la dilapidación y la restricción?. La respuesta es simple, y creo que es la correcta. La lucha contra la corrupción y la educación. Cuando estudiamos y nos dedicamos al Derecho administrativo creo que podemos hacer las dos cosas.

Para concluir. A todos los estudiantes que inician este año su andar en el estudio del derecho, y a los que ya tienen experiencia en el cuerpo pasando por estas aulas. No me queda más que decirles dos cosas: en primer lugar agradecerles porque hayan escogido nuestra Escuela de Derecho para adquirir sus conocimientos en jurídicos. Su elección es correcta, da sentido también al esfuerzo institucional y reafirma nuestro compromiso con el estudio de las Ciencias Jurídicas. Y además, para decirles que tienen una responsabilidad con nuestro país, con sus padres y familiares que les han apoyado en llegar hasta aquí y con ustedes mismos. No pueden darse el lujo de mal aprovechar la oportunidad que la vida les ha dado al ponerlos en esta universidad. Sinceramente les deseo –y deseamos como Universidad- que el camino que

inician sea exitoso y gratificante. El estudio que hoy inician no sólo es para o por ustedes, es también una contribución a que nuestro país sea un lugar un poco mejor para vivir.

¡Muchas Gracias!

RESEÑA DE LIBRO

VIII TÍTULO: LA CASA DE TODOS, LA NUEVA CONSTITUCIÓN QUE CHILE MERECE Y NECESITA. COLECCIÓN: EDICIONES UC. AUTOR: PATRICIO ZAPATA LARRAÍN

por Nicolás Venegas H.

En abril del 2015, el Gobierno de turno señaló el inicio del proceso constituyente para la creación de una nueva Constitución, demanda de los movimientos sociales que fue puesta en el programa de la Nueva Mayoría frente a las elecciones presidenciales de 2013. Posteriormente, se señaló una serie de etapas en que se iba a organizar este hito: desde una etapa de educación cívica hasta una de participación de los ciudadanos. Por lo anterior, desde el principio de este proceso se consideró que la formación y la educación cívica de los ciudadanos para este debate es fundamental y requisito para participar.

El autor ha entendido que el tema del **proceso constituyente** es un asunto que involucra a toda la comunidad; sin embargo, el alto grado de tecnicismo presente en la discusión no facilita ni la participación ni ser parte activa a los ciudadanos no familiarizados con la ciencia del Derecho Constitucional. Por ello, el autor de la obra "La Casa de Todos" se plantea el objetivo de *otorgar un instrumento para que todos puedan participar sin un tecnicismo innecesario y poder dejar a disposición de la sociedad el conocimiento.*

Para aquel ciudadano interesado en la esfera pública del país, pero que no cuenta con el conocimiento técnico necesario y básico para participar activamente, esta es una obra con la que puede iniciarse para tener una opinión formada sobre la conformación de una verdadera y democrática "Casa de Todos". A partir de esta obra, la persona que la lea puede acceder a la comprensión de diversos tópicos presentes en la discusión constitucional: conceptos e instituciones básicas, diferentes modelos de democracia, historia constitucional de Chile, el poder constituyente y mecanismos para una nueva constitución, propuesta de contenido del nuevo texto normativo por parte del autor y referencias al cambio de sistema electoral.

El autor del libro, el profesor Patricio Zapata, catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Santiago, es militante del partido Demócrata Cristiano y presidente del Consejo de Ciudadanos de Observadores Constitucionales,

el que participa en el proceso constituyente velando para que se lleve a cabo respetando la transparencia y ausencia de vicios en el proceso.

A pesar de ser un libro más bien explicativo, el autor nos señala -en un capítulo- su opinión respecto al contenido que debiera tener la nueva Constitución. Ante esto, es importante señalar varios datos que permitirán al lector tener una lectura crítica de lo que propone Zapata. El profesor es un reconocido democratacristiano y, como tal, plantea un contenido que es fruto del consenso al que se llegó por parte de diversos catedráticos del partido. Por lo anterior, quien lee el texto no debe pretender encontrar un dogma que debe seguir en la discusión de la nueva Constitución, si no que mirar con ojos críticos lo que el mismo autor plantea y llegar a una posición propia respecto a dichos puntos.

Finalmente, a pesar de ser una obra con un contenido básico para el desarrollo del Derecho Público, de acuerdo a su objetivo real, es un gran aporte para la **democratización del Derecho,** la **simplificación del lenguaje jurídico** y una forma de lograr que los ciudadanos, independientemente de su profesión, puedan acceder a una herramienta que les permita una **participación activa en el proceso constituyente**. En este sentido, nos recuerda a todos y a todas quienes nos relacionamos con el mundo jurídico, que existe un deber moral de aportar a la sociedad en temáticas de interés público, pero que cuentan con un grado de tecnicismo que muchas veces resulta innecesario; porque al final de cuentas, una “Casa de Todos” solo será posible si es que efectivamente todos y todas participamos con incidencia en su construcción, no siendo impuesta por nadie.

CONVOCATORIA

HEMICICLO es una revista publicada por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile, que ofrece material para el análisis y la discusión del quehacer parlamentario, en lo que concierne a legislación, fiscalización y representación; además de las experiencias, reflexiones e investigaciones sobre el acontecer nacional e internacional, que constituyan un aporte al debate económico y político.

Los trabajos considerados para publicar, deben ser inéditos, no publicados en otras revistas o libros anteriormente. Excepcionalmente, el Consejo Editorial podrá aceptar artículos que no cumplan con este requisito. Las colaboraciones serán examinadas por el Consejo Editorial de la revista en cuanto a su interés académico, pero los contenidos serán de responsabilidad de sus respectivos autores.

Los artículos deberán cumplir con las siguientes exigencias formales:

1. El título debe ser descriptivo y no exceder, en lo posible, de quince palabras. Los subtítulos deben presentarse debidamente numerados hasta 1.1.1; la extensión del original debe ser entre 5.000 y 7.500 palabras para los artículos (excluyendo las notas), y de 1.500 a 2.500 palabras para los comentarios de libros.
2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano y en inglés, que describa sus aspectos principales en 100 palabras. El resumen en inglés, a solicitud del autor, podrá ser elaborado por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.
3. Deben incluirse tres palabras claves, que en lo posible no se encuentren en el título del trabajo, para efectos de indización bibliográfica.
4. En la primera página, en una nota al pie, debe incluirse una breve reseña del autor que señale sus estudios y la institución en que los cursó, además de la actividad que desarrolla actualmente. Se sugiere incluir correo electrónico para posibles comunicaciones de los lectores.
5. La bibliografía debe presentarse siguiendo el formato ISO 690. Se encuentra disponible en internet: http://www.academiaparlamentaria.cl.
6. La tipografía debe ser calibri, tamaño 11, con un interlineado de 1,5 y sin saltos de línea entre los párrafos
7. Las contribuciones deben ser remitidas en formato word al correo electrónico: academiaparlamentaria@ congreso.cl.
8. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.
9. El plazo de entrega de colaboraciones para el próximo número vence el 30 de octubre de 2016.

Análisis de un inédito proceso reconstituyente en Chile a la luz de la doctrina del Estado de Derecho.
Maria Laura Ducci Arceu
Felipe Valenzuela Quirós

II
Proceso Constituyente: reflexiones en torno al rol que le cabe al Congreso Nacional.
Constanza Toro

III
Los procesos constituyentes de establecimiento y de reforma de las constituciones chilenas.
Humberto Nogueira Alcalá

IV
Fiscalizar, controlar y proteger.
Alicia Gariazzo

V
Reflexiones en torno a la rigidez y legitimidad de la Constitución de 1980. Límites al Poder Constituyente
Pablo Ignacio Celedón González

VI
Proceso Constituyente: mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada
Marcela Ríos Tobar y Valentina Salas

OTROS TEMAS
VII
El control de la administración del Estado por parte de la Contraloría General de la República. La visión de un recién llegado
Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República

RESEÑA DE LIBRO
VIII
La casa de todos, la nueva Constitución que Chile merece y necesita, de Patricio Zapata Larraín.
Nicolás Venegas H.

ACADEMIA
PARLAMENTARIA
CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE