

Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile

FRANCISCO
Zúñiga Urbina

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



NUEVA CONSTITUCIÓN:
REFORMA Y PODER CONSTITUYENTE EN CHILE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
SERIE DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 482

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla B. Templos Núñez

Cuidado de la edición y formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Francisco Zúñiga Urbina

NUEVA CONSTITUCIÓN: REFORMA Y PODER CONSTITUYENTE EN CHILE



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2014

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos
y aprobada para su publicación por la Comisión Editorial
del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 1 de agosto de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN

*Al amigo y colega Jorge Carpizo,
jurista de nuestra América*

CONTENIDO

Prefacio.	XIII
Diego VALADÉS	
Presentación	1
PRIMERA PARTE	
<i>Reformas a la Constitución</i>	
<i>Capítulo primero.</i> Reforma del capítulo XV “reforma de la Constitución”.	11
I. Introducción	11
II. Procedimiento de reforma de la Constitución: algunos problemas	13
III. Una reforma necesaria	18
IV. Conclusiones	20
<i>Capítulo segundo.</i> Control de constitucionalidad de la reforma constitucional.	23
I. Prolegómenos	23
II. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. Antecedentes y jurisprudencia.	26
III. Problemas y respuestas	33
IV. Doctrina de las “cuestiones políticas”: una respuesta “difícil”.	37
V. Conclusiones	39
<i>Capítulo tercero.</i> Reformas constitucionales de segunda generación y derechos económicos, sociales y culturales	45
I. Presentación	45
II. Reformas de segunda generación a la Constitución	48
III. Derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución	53
IV. Conclusiones: Constitución del bicentenario y garantismo.	60

<i>Capítulo cuarto.</i> Referéndum y Constitución. Algunas notas acerca del proyecto de reforma constitucional de “plebiscitos ambientales”	63
I. Prolegómenos	63
II. Contexto del referéndum y del plebiscito. Democracia y autocracias	66
III. Conclusiones	73
<i>Capítulo quinto.</i> Nuevos derechos y Estado en Chile.	79
I. Presentación	79
II. Reformas de segunda generación a la Constitución	84
III. Conclusiones: nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”	90
SEGUNDA PARTE	
<i>Poder constituyente originario</i>	
<i>Capítulo sexto.</i> Reforma constitucional y legitimidad de la Constitución.	97
I. Presentación	97
II. La Constitución y su tiempo	99
III. La necesidad de una reforma constitucional.	102
IV. Conclusiones	105
<i>Capítulo séptimo.</i> Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario.	107
I. Presentación	107
II. Democracia y Constitución.	114
III. Operación constituyente	119
IV. Conclusiones: ¿cómo hacerlo? o estar dispuestos a cortar el “nudo gordiano”	125
<i>Capítulo octavo.</i> Poder constituyente y nueva Constitución en Chile. De vueltas acerca de la operación constituyente	129

CONTENIDO

XI

I. El problema constituyente. Algunas precisiones acerca de la operación constituyente.	129
II. Derecho constitucional transitorio: continuidad o discontinuidad de órdenes constitucionales. El <i>missing link</i> entre normatividad y facticidad	136
III. Poder-Asamblea constituyente.	142
IV. Poder constituyente-nueva Constitución	147
V. Conclusiones. De vueltas a la operación constituyente	153
<i>Capítulo noveno.</i> Poder constituyente, derecho constitucional transitorio y controles.	161
I. Proemio.	161
II. Controles del poder constituyente.	162
III. Derecho constitucional transitorio. El <i>missing link</i> entre normatividad y facticidad	168
IV. Control de juridicidad posible	175
V. Algunas conclusiones.	178
Bibliografía.	183

Anexo documental en CD

PREFACIO

Francisco Zúñiga Urbina es un eminente constitucionalista latinoamericano que se ha caracterizado por su prolífica producción científica, siempre rigurosa en el análisis y precisa en la expresión, con sólidos fundamentos doctrinarios y orientada por ideas democráticas y sociales.

Formado en la Universidad de Chile, se posgraduó en derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y en ciencia política en la Universidad Complutense de Madrid. Graduado en todos los casos con honores, también es egresado del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

A partir de 1989 ha tenido una intensa actividad docente como profesor de derecho político y de derecho constitucional en varias universidades de su país y de Argentina, España, México y Perú. Además, es un conferenciante muy requerido por numerosas instituciones de nuestro hemisferio y de Europa. En México es reconocido por la repercusión de su obra y por su participación en diversos foros académicos, de manera muy especial en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, que ahora edita esta obra.

Trabajos previos suyos son: *Elementos de jurisdicción constitucional* (2 vols.); *Estudios sobre gobierno y administración, Constitución y debido proceso legal; Responsabilidad patrimonial del Estado legislador; Control de constitucionalidad y sentencia; Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*. Sus numerosas contribuciones en libros y revistas de la especialidad rebasan la centena, publicadas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, México, Perú y Venezuela.

A la actividad académica asocia su presencia en el foro chileno y su experiencia en el ámbito público. En este ámbito ha sido abogado jefe en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura, miembro *ad honorem* de la Comisión de Reformas Legales del Ministerio de Justicia, consultor externo en los ministerios y organismos del Estado en Chile. Asimismo ha sido consultor en temas constitucionales y administrativos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y asesor del actual gobierno de su país. Por su relevante labor la Asociación de Abogados de Chile lo declaró el abogado más destacado en el área de derecho público en 2005, y un año después el Tribunal Constitucional lo designó abogado integrante, que corresponde a ministro suplente.

Su amplia labor incluye la dirección del Programa y Taller de Estudios Legislativos de la Fundación Chile 21, que se define a sí misma como “un punto de encuentro del pensamiento progresista”, involucrada en la difusión de los valores del socialismo democrático, y la coordinación del Programa de Estudios Legislativos y Constitucionales de la Fundación Instituto Igualdad, cuyo objetivo es el “fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas de Chile, y la difusión de las ideas democráticas en un marco de igualdad social, crecimiento económico con bienestar, integración y cohesión social, con respeto pleno de la pluralidad y la libertad”.

Miembro de numerosas instituciones científicas chilenas e internacionales, Francisco Zúñiga Urbina ha tenido asimismo una fructífera participación en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. En especial me interesa subrayar que además de ser director y vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, de la Asociación de Derecho Procesal Constitucional, de la Sociedad de Derecho Parlamentario, presidió la Asociación por un Nuevo Constitucionalismo, y desde 1990 ha intervenido en la elaboración de proyectos de reforma constitucional y de proyectos de ley y actos parlamentarios en el Congreso Nacional.

Aunque el profesor Zúñiga Urbina es bien conocido entre los constitucionalistas mexicanos, me he detenido en la exposición, a grandes pinceladas, de su extraordinaria trayectoria académica y profesional, para subrayar la importancia de la obra que ahora publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Si bien las experiencias constitucionales chilena y mexicana son diferentes, hay muchos indicios de que los Estados constitucionales están entrando en una etapa de convergencia, en tanto que deben resolver problemas semejantes planteados por las necesidades de ofrecer marcos jurídicos adecuados al pluralismo, la equidad, la igualdad, el acceso a la justicia, el combate a la pobreza, la proscripción de la arbitrariedad, la ampliación de los derechos fundamentales y la eficacia de sus garantías. Asimismo son comunes las exigencias de regímenes de gobierno más abiertos, controlados y responsables, de sistemas representativos más dinámicos, de formas más descentralizadas de ejercicio del poder, de partidos políticos más democráticos y de instrumentos flexibles de participación ciudadana. Todo esto implica, además, la defensa idónea del orden normativo establecido por la Constitución.

Chile se encamina hacia una nueva constitucionalidad y México avanza en esa misma dirección. Por eso es relevante que conozcamos de cerca las reflexiones que sobre esta materia se hacen en un país donde el debate de-

mocrático tiene profundas raíces. Entre nosotros las resistencias al cambio son muy marcadas y se ha optado por un torrente de reformas, en su mayoría mal diseñadas, que han desfigurado a la Constitución. Por eso, de manera progresiva, se va conformando una corriente de opinión que también entre nosotros favorece la idea de una nueva constitucionalidad.

Por ahora asomémonos a lo que para Chile plantea el profesor Francisco Zúñiga Urbina, en este volumen que reúne diversos ensayos donde aborda tres grandes cuestiones que se debaten en Chile: el significado y la función de la Constitución; qué derechos otorga, y qué conviene hacer con ella. La reforma es una tarea compleja que exige tener muy claras las ideas de lo que se tiene, de lo que se quiere, y de cómo conseguir lo que se desea.

Como el autor señala, la Constitución chilena de 1980 es una norma “otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen”, por lo que su revisión implica tomar posición en el sentido de hacerla objeto de un consenso democrático y de imprimirle un sentido social. El profesor Zúñiga Urbina también subraya que con las reformas introducidas a partir de 1989 se incorporó una “legitimidad democrática parcial a la Constitución”, pero esto ya no resulta suficiente si lo que se procura es contar con un sistema constitucional homogéneo.

Los temas dominantes en el debate conciernen al establecimiento de un régimen de gobierno democrático “en que las opciones sean régimen parlamentario o semipresidencial, o derechamente temperar el presidencialismo”. También se analizan las modalidades de un Estado regional que auspicie la descentralización política y la distribución territorial del poder. Un tercer aspecto de la reforma en estudio consiste en incorporar una cláusula de recepción plena del ordenamiento internacional, en especial el concernido con los derechos humanos, cuyo catálogo se pretende asimismo actualizar y ampliar

A lo largo del texto del profesor Zúñiga Urbina el lector encontrará una inteligente defensa del Estado democrático. Desde hace tiempo el autor viene señalando, por ejemplo, los riesgos y las implicaciones de adoptar sin reservas ni matices la presencia de las instituciones contramayoritarias.

La obra está relacionada con el proceso en marcha de una nueva constitucionalidad en Chile, por lo que resulta muy relevante para quienes se interesan en el derecho constitucional comparado, sobre todo por la importancia de la cultura constitucional chilena. Otro aspecto que la hace de gran utilidad, en especial para los lectores mexicanos, consiste en que muchos de los temas que se discuten en aquél país hermano también son objeto de debate en México, entre ellos incluso el de una nueva constitucionalidad.

Este volumen enriquece la doctrina constitucional contemporánea, por el prestigio de su autor y por la trascendencia de su contenido. Celebro su publicación por parte de este Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Diego VALADÉS
Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Constitucional

PRESENTACIÓN

El libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM es una recopilación de trabajos escritos en la última década, la mayoría todavía inéditos, fueron presentados a jornadas, seminarios y congresos realizados en Chile y en países de nuestra América; han conservado su contenido y estilo, dado que lo escrito tiene su edad, su tiempo y es obligado para un autor respetar texto y contexto. Durante el periodo el autor colaboró directamente en la iniciativa y tramitación de la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante la Ley núm. 20.050, coordinó el libro *Reforma constitucional* de 2005, además publicó contribuciones en libros colectivos de la especialidad, y también, publicó en diversas revistas científicas indexadas monografías y artículos acerca de los ejes temáticos que se abordan en esta recopilación. Por todo ello, los lectores se encontrarán reiteraciones de ideas y cierta perseverancia, en la crítica del orden constitucional imperante en Chile heredado de la dictadura y en la propuesta de ciertas ideas que deberían estar plasmadas en una nueva Constitución democrática y republicana, reencuentro de la nación con sus tradiciones liberal, democrática y social.

Ahora bien, el término de un ciclo reformista que se inicia en 1989 y se cierra en 2005, importa su agotamiento, llevó al autor el mismo 2005 a plantearse tempranamente la necesidad de superar la lógica reformista propia de la transición chilena, desatando o cortando el nudo gordiano de un mecanismo de reforma constitucional previsto en el capítulo XV de la Constitución, que impone un falso consenso constitucional en la reforma y rigidiza al máximo la reforma.¹

¹ El autor durante la última década ha publicado libros y monografías sobre los temas concernidos en esta recopilación a saber: coordinó el libro *Reforma constitucional* (prólogo de Ricardo Lagos Escobar e introducción José Luis Cea Egaña), Santiago, Lexis Nexis-Legal Publishing-Thomson Reuter, 2005, y colaboró en los libros colectivos siguientes: “Reforma constitucional. Presente y futuro”, en libro colectivo coordinado por Humberto Nogueira Alcalá bajo el título *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, 2005; “Reforma constitucional del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho”, *Los desafíos del progresismo: Hacia un nuevo ciclo de la política chilena*, Santiago, Catalonia, 2005; “Reforma constitucional. Presente y futuro”, *Chile 21 Reflexiona el Chile del siglo XXI*, Santiago, 2005; “Reforma constitucional: democracia y Estado de derecho”, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso*

En 2011 el movimiento social, en especial el movimiento estudiantil, abre un proceso constituyente y el momento constitucional que Chile vive hoy. En este momento surge el planteamiento de una nueva Constitución, también denominada en el lenguaje político “Constitución del bicentenario”, y los caminos de una operación constituyente: la reforma total o el recurso al poder constituyente originario del pueblo. Esta es la puesta en escena de los trabajos que se publican en esta recopilación. Lo anterior explica que los trabajos conserven singularmente una unidad de desarrollo, que no resta a la unidad de ejes temáticos de la recopilación, a saber: la reforma constitucional y el poder constituyente; siendo probablemente un reproche bien ganado del autor la repetición de ideas. El libro contiene además un Anexo Documental que reúne los trabajos programáticos preparatorios del proyecto de una nueva Constitución para Chile, trabajos por comisiones de juristas expertos de los partidos socialista, por la democracia, independientes, democracia cristiana y comunista, que propone desde una coalición de partidos de centro-izquierda conocida como Nueva Mayoría, y que tiene como abanderada después del proceso de primarias a la expresidenta del país doctora Michelle Bachelet Jeria. Se consignan los nombres de los colegas que laboraron en la factura de cada documento, al indicar al pie de cada documento del Anexo, a fin de reconocer el aporte de estos juristas expertos o políticos. Este Anexo Documental es preparado por el joven docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y colaborador infatigable William García Machmar.

Sin embargo, lo dicho vale como explicación formal. El libro tiene una pequeña historia: nace de una fraternal conversación sostenida con el doctor Diego Valadés en su despacho a fines de julio de 2013, con motivo de mi participación como docente en cursos de posgrado en derecho en la UNAM, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en que con la inquie-

Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2006; “Nueva Constitución del bicentenario y operación constituyente”, en Fuentes, Claudio (coord.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Heinrich Böll Stiftung-ICSO UDP, 2010, y “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente”, *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Madrid, Universitas, 2012, 3 vols., t. I.

También publicó monografías en revistas científicas, a saber: “Vieja-nueva Constitución” *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 5, 2007; “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 11, 2013; “Constitución del bicentenario: reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006; “Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 18, 2012.

tud científica que le caracteriza y la preocupación comparatista por lo que ocurre en nuestra América, me interroga acerca del momento constitucional que vive Chile. De tal diálogo, surge la necesidad que se edite un libro de divulgación de la realidad de esta parte del sur del continente. Así, no le quedó al autor otra opción que asumir en breve tiempo el cometido, que se traduce en el libro que el lector mexicano y americano tiene en sus manos.

Pero, además, el libro entra de lleno, como otras obras en preparación en el medio nacional, al momento constitucional. El planteamiento en torno a una nueva Constitución tiene dos ideas matrices subyacentes, primero superar la deficitaria legitimidad de la Constitución vigente y segundo alumbrar un nuevo orden constitucional que fije las bases de un régimen político eficiente, un activo país. El déficit de legitimidad, por una parte es de “origen” en la medida que la Constitución de 1980 es otorgada por una dictadura y posee un componente ideológico autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, fruto de una verdadera dictadura “cívico-militar” de clase, que el 11 de septiembre de 1973 se impone “revolucionariamente”, y de la mano se instaure un nuevo modelo de economía capitalista a través de un conjunto de “modernizaciones” que reducen el ámbito de la política, lo público y del Estado mismo. Luego, la legitimidad de “ejercicio” ganada por la Constitución de 1980 merced las 32 reformas constitucionales introducidas a su texto desde 1989 a la fecha es muy parcial, dado que el diseño de máquina: una Constitución hiper-rígida, impone un falso constitucional al ciclo reformista: la medida de la reforma a la carta depende de la voluntad de una minoría cualificada que puede oponer siempre un bloqueo al cambio constitucional, bloqueo favorecido por el tipo de representación que genera en las cámaras del Congreso Nacional una fórmula electoral binominal que tiende a sobrerrepresentar a las minorías. La única manera de viabilizar el alumbramiento de una nueva Constitución mediante el procedimiento de reforma total previsto en el capítulo XV, superando el déficit de legitimidad abriéndose a un auténtico consenso constitucional, es concebir y escribir dicha “reforma en un papel en blanco”, es decir, sin bloqueos o “trampas” que impidan enmendar ciertos contenidos normativos iusfundamentales “esenciales” o intocables, y por ende, que quienes están en situación de poder bloquear no lo hagan efectivo.

El diseño de la “máquina” del poder estatal (con bloqueos o “trampas”) proviene de un jurista oficial del régimen autoritario, el extinto Jaime Guzmán Errázuriz, que sirvió en las cercanías del poder autocrático de Pinochet y su Junta de Gobierno, sosteniendo que la Constitución debía sustraer al pueblo o masa del ejercicio del poder político estatal, para ello en las elecciones no se debe jugar nada esencial, lo esencial no es quién gobierne, sino

más bien “cuánto poder tenga el que acceda a la conducción del Estado”. En palabras de Guzmán:

... en vez de gobernar para hacer, en mayor o menor medida, lo que los adversarios quieren, resulta preferible contribuir a crear una realidad que reclame; de todo el que gobierne una sujeción a las exigencias propias de ésta. Es decir, que 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 que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.²

En este diseño de la máquina, no es muy relevante quién gobierne ni las elecciones políticas y administrativas, porque siempre habrá un conjunto de reglas e instituciones contramayoritarias que le confieren el mando y control o simplemente el bloqueo de la sala de máquinas del Estado a otros, y ello ocurre con el poder de bloqueo de las minorías en la reforma de la Constitución, con el peso de las minorías en la legislación de quórum especial o de “super-mayorías”, con derechos fundamentales de orden civil y contenido patrimonial asegurados superlativamente, y autonomías constitucionales como el Banco Central y el Tribunal Constitucional erigidos en custodios del orden constitucional.

Luego, todo el ciclo reformista que se inicia en 1989 está agotado, porque los acuerdos de la transición han concluido con el término de la transición misma, y en ese sentido la reforma constitucional de 2005 es valiosa; pero en la actualidad se inicia un nuevo ciclo, que debe hacerse cargo del principio democrático como basal del Estado, y basal a un auténtico consenso constitucional, con una “cancha” de diálogo y acuerdo pareja, sin bloqueos, abierta a la deliberación, consenso y disenso, y a una definición perdurable en el tiempo de un nuevo orden constitucional, de una nueva Constitución. A tal propósito la operación constituyente está abierta a la reforma total de la Constitución conforme a las reglas del capítulo XV o bien el recurso al poder constituyente originario del pueblo expresado en técnicas o mecanismos como el congreso constituyente, la asamblea constituyente y/o el referéndum constituyente. La política democrática del momento constitucional definirá en el por-venir cercano cuál será el camino que siga la operación constituyente (reforma total o poder constituyente originario democrático).

² “El camino político”, *Revista Realidad*, año 1, núm. 7, diciembre de 1979, pp. 13-23.

La nueva Constitución, abierta a las tradiciones culturales e ideológicas del constitucionalismo moderno: liberal, democrático y social y a nuestra tradición republicana, será un orden constitucional abierto en su horizonte ideológico, fuente de un verdadero “patriotismo constitucional” (Habermas). La nueva Constitución contendrá en su parte dogmática definiciones políticas fundamentales (Böckenförde) que descansen en el principio democrático (Estado social y democrático de derecho, república democrática, Estado regional, laicidad del Estado, integracionismo latinoamericano, pluralismo y reconocimiento de nuestros pueblos indígenas, apertura a la cultura de los derechos humanos, entre otras), y en una moderna carta de derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y su parte orgánica contendrá un nuevo arreglo político institucional de equilibrio gobierno-Congreso Nacional, de equilibrio entre instituciones de control del poder y de nueva distribución territorial del poder político.

En suma, un nuevo “estatuto del poder” (Burdeau) estable, duradero en el tiempo, activo institucional del país, fruto de un auténtico pacto político institucional y de un procedimiento o técnica democrática de génesis de la Constitución; tal cual lo postuló en su acta de fundación el Grupo de Estudios Constitucionales en plena dictadura: “Sólo una Constitución Política generada democráticamente y que exprese el mayor grado de acuerdo posible de alcanzar... podrá proporcionar al país un régimen estable de convivencia pacífica que garantice a Chile y a su pueblo el orden y la libertad, la seguridad, el desarrollo y la justicia” (21 de julio de 1978).

Finalmente, en cuanto al plan de la recopilación es menester destacar sus ejes temáticos: reforma constitucional y poder constituyente originario del pueblo. En primer lugar, la primera parte titulada “Reformas a la Constitución”, la reforma constitucional se aborda a través de las sucesivas enmiendas al capítulo XV, ninguna de ellas enderezada a desrigidizar la Constitución o reemplazar el dispositivo de bloqueo con quórum reforzados ordinario y extraordinario, sino a simplificar el ejercicio del poder constituyente derivado; segundo, se aborda la debatida cuestión acerca de la inexistencia de límites materiales o extrapositivos al poder constituyente derivado, y la diferenciación de reformas de primera y segunda generación, centrada en los clivajes o líneas de conflicto dictadura-democracia, democracia transicional o limitada y democracia plena. En relación con esta diferenciación, los trabajos sobre derechos fundamentales en la Constitución y sobre referéndum son demostrativos de los déficits ideológico-normativos iusfundamentales, desnudando una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal. En segundo lugar, la segunda parte titulada “Poder Constituyen-

te Originario”, aborda las cuestiones relativas a la legitimidad de la Constitución, el discurso político constitucional democrático y social propio del bicentenario y la operación constituyente instalada en un proceso político caracterizado como momento constitucional (Ackerman, Ferreyra) y que se abre a la reforma constitucional o al recurso al poder constituyente originario democrático, explicando que en un proceso de cambio o transición la facticidad tiene su hora y que la legalidad-legitimidad constitucional es construida *in fieri*.

La recopilación es finalmente tributaria de cierto clasicismo, no puramente de estilo o reflejo de cierta filia o manía, sino de un clasicismo de formación de pregrado y posgrado del autor, y en tal medida nuestra deuda teórico-metodológica es con el positivismo normativista crítico o democrático, conciliable con un constitucionalismo débil o popular de raíces republicanas y con un horizonte ideológico constitucional abierto, en especial a la democracia y al socialismo. A este respecto, recuerdo una lección de García Pelayo, en línea con una lección de Bobbio, acerca de la formación del jurista no prisionero del “cielo de los conceptos” o de la metafísica neoiusnaturalista o neoconstitucionalista: leer, conocer y releer a los clásicos; allí están las preguntas y algunas respuestas. Precisamente en los trabajos reunidos nos hemos formulado tres serie de preguntas, a saber: qué es una Constitución y para qué sirve una Constitución, explorando en enfoques estructuralistas y funcionalistas; qué derechos tenemos y qué derechos queremos, diferenciando la carta de derechos de la Constitución de “1980/2005” anclada en derechos civiles y una carta de derechos que incorpora derechos políticos y sociales, y qué hacer con la Constitución y cómo reformar la Constitución, constantando el fin de un ciclo político reformista y la apertura de un proceso constituyente en medio de un momento constitucional. En el trabajo nos hemos atrevido a dar algunas respuestas desde las matrices culturales e ideológicas del constitucionalismo democrático y social, y de un constitucionalismo débil o popular.

Una última nota no puede sino concernir a la vida académica en el Departamento de Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que nos permite como *alma mater* de educación superior pública, laica y de excelencia interactuar dialécticamente en la diversidad con colegas de la disciplina de todas las jerarquías, y en especial con el discípulo constituido por los ayudantes y docentes jóvenes, quienes han crecido como personas en tiempos de la “normalidad institucional” de la transición en Chile (no en “tiempos de silencio” como mi generación), pero están particularmente abiertos a una nueva teoría y práctica constitucional, y a una mirada desde el constitucionalismo latinoamericano, que son nuestras coordenadas geográficas, histórico-políticas y culturales.

Solo resta para concluir, dar sumaria razón, porque si de razones se trata estas son numerosísimas, de dedicarle este libro al jurista y amigo Jorge Carpizo, tempranamente desaparecido y con el cual el constitucionalismo latinoamericano, y con ello toda una generación de constitucionalistas, tiene una deuda de gratitud.

PRIMERA PARTE
REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

REFORMA DEL CAPÍTULO XV “REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN”*

I. INTRODUCCIÓN

El capítulo XV, reforma de la Constitución, de la Constitución Política de la República (CPR) ha tenido tres reformas constitucionales desde su vigencia parcial en 1981.

La primera reforma de 1989 (promulgada por Ley núm. 18.825) modificó los artículos 116, 117 (actuales artículos 127 y 128) y derogó el artículo 118, simplificando el *iter constitutione* y suprimiendo el “doble cerrojo” impuesto a la Constitución por el citado artículo 118,¹ a costa de hacer más gravosos los quórums, distinguiéndose el quórum ordinario de tres quintas partes de diputados y senadores en ejercicio (antes el quórum general) del quórum extraordinario de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, considerándose el recurso al plebiscito o referéndum en una hipótesis de laboratorio que contenía el texto primitivo, muy distinto del también problemático plebiscito o referéndum contenido en la reforma de 1970 a la Constitución de 1925 (artículo 109), que tenía por objeto recabar la volun-

* Contribución al libro colectivo dirigido por el autor *Reforma constitucional de 2005*.

¹ El “doble cerrojo” es similar al mecanismo establecido en el artículo 168 de la Constitución Pelucona de 1833, reformada en 1882 cuya promulgación se contiene en Ley de 12 de enero de 1882 que racionaliza y simplifica el procedimiento de una Constitución rígida (Valencia A., Luis, *Anales de la República*, Santiago, Andrés Bello, 1986, vol. I y II). También, de Ana María García Barzelatto, “Procedimientos de la reforma constitucional”, *XX Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso, 1990, pp. 295-320, y de la misma autora “Reforma constitucional y comisiones mixtas”, *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, 2 núms., 1993, t. I, pp. 557-563. También del profesor José Luis Cea Egaña, “Modificaciones al sistema de reforma constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, vol. 16, núm. 3, 1989, y el trabajo “Implicancias de la rigidez constitucional”, *Gaceta Jurídica*, núm. 102, 1988, pp. 3-12.

tad de la soberanía popular ante una diferencia entre el Congreso Nacional y el presidente de la República como órganos constituyentes.²

Se ha sostenido en nuestro medio que con esta primera reforma la Constitución se aproxima a la categorización de Constitución “semirrígida o semiflexible” (Verdugo y Pfeffer),³ afirmación de la que discrepamos, ya que la derogación del “doble cerrojo” tuvo como contrapartida la diferenciación de quórum reforzados (ordinario y extraordinario), en refuerzo de la rigidez de una Constitución otorgada y autoritaria en origen, con la finalidad de reforzar la estabilidad normativa de un estatuto del poder con numerosos “enclaves autoritarios”.

La segunda reforma de 2000 (promulgada por Ley núm. 19.671) sustituyó los incisos 1o. y 2o. del artículo 117 (actual artículo 128), simplificando la formación del Congreso Pleno como trámite parlamentario de término usual, estableciendo que este es convocado por el “presidente del Senado”, que el plazo para su reunión es no antes de 30 ni después de 60 días contados desde la aprobación del proyecto, con la asistencia de la mayoría del total de sus miembros, los que “tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate”; agregando que si a la hora señalada no se reuniere este quórum de sesión válida, ésta se verificará el mismo día (no al día siguiente como ordenaba el inciso 2o. del artículo 117 primitivo) a una hora posterior que el presidente del Senado fije con los “diputados y senadores que asistan”.

Finalmente, la tercera reforma de 2005 (promulgada por Ley núm. 20.050) derogó los incisos 1o. y 2o. del artículo 117 (actual artículo 128) de la Constitución reformado en 2000, suprimiendo el trámite de Congreso Pleno, que efectivamente era un trámite inútil, e incorporó por la vía de veto presidencial las comisiones mixtas, mediante la sustitución del inciso final del artículo 116 disponiendo: “En lo no previsto en este capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórum señalados en el inciso anterior”.

² Sobre esta primera reforma se puede consultar con provecho a Carlos Andrade G., *La reforma constitucional de julio de 1989*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, y Verdugo M., Mario, *Modificaciones al procedimiento de reforma constitucional*, Cuaderno de Análisis Jurídico, núm. 3, UDP, Santiago, 1990, pp. 77-81.

³ Verdugo, M. *et al.*, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 353.

II. PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN: ALGUNOS PROBLEMAS

La reforma de 2005 viene a llenar un “vacío constitucional” relativo al *iter constitutione* que no preveía la formación de comisiones mixtas, lo que estaba resuelto en el artículo 108 de la Constitución de 1925 que se remite al procedimiento legislativo o *iter legis* a falta de reglas especiales del capítulo X de dicha carta.

El “vacío constitucional” es de veras una duda interpretativa, que dio origen a más de un rico y bizantino debate en nuestra doctrina, respecto a la tramitación de las reformas a la Constitución de 1980. El problema residía en determinar cuál era la situación de un proyecto de reforma constitucional que, habiendo sido aprobado en la Cámara de origen, luego es rechazado, o bien aprobado con modificaciones, por la Cámara revisora. Frente a esta hipótesis, hubo juristas quienes sostuvieron la procedencia de un tercer trámite y, eventualmente, de una Comisión Mixta, con el objeto de unificar los criterios y proponer una solución a ambas cámaras en torno a un texto común. Otros juristas, en cambio, sostuvieron que la Constitución simplemente no contempla dichos trámites para estos casos. Este problema se planteó por primera vez en 1991 en relación con la reforma constitucional sobre municipalidades y gobiernos regionales.⁴

Las normas constitucionales directamente concernidas con la cuestión planteada son las siguientes:

Artículo 116: Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 62.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma sobre los capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, necesitará en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Será aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias.

⁴ Un resumen de estas posiciones en documento del Programa de Asistencia Legislativa titulado *Tramitación de las reformas constitucionales: las comisiones mixtas*, octubre de 1993, pp. 21-28.

La lectura de estas normas antes de la reforma constitucional de 2005, no permitía dilucidar qué es lo que ocurre cuando la Cámara revisora rechaza un texto aprobado por la Cámara de origen o bien, aprobando el proyecto, le introduce adiciones o enmiendas.

De esta suerte, ante este “vacío constitucional” habían surgido dos interpretaciones en nuestra doctrina:

- 1) Una primera doctrina en clave más tradicional en el empleo de reglas hermenéuticas, sostuvo que la falta de una disposición expresa acerca la formación de una Comisión Mixta para resolver las diferencias entre las cámaras como órganos constituyentes, permitía colegir que esta posibilidad fue descartada por la Constitución de 1980. Era forzoso concluir que el proyecto, rechazado o modificado por la Cámara revisora, terminaba ahí su tramitación.

En apoyo a esta primera interpretación de la doctrina se aducen, además, argumentos de autoridad científica, de lógica y de historia. De acuerdo a esta interpretación, si hubiera que asignarle algún significado al silencio constitucional sobre el tema, éste debiera ser negativo. Y ello porque en derecho público impera estrictamente el principio de la competencia. En consecuencia no podría entonces el Congreso Nacional arrogarse, sin base en una norma atributiva de competencia expresa, la facultad de constituir *comisiones mixta*. En efecto, dispone la Constitución: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (artículo 7o., inciso 2o.).

Esta interpretación no admitía como legítimo tampoco que, a partir de una analogía con la tramitación de la ley o *iter legis*, se pretenda justificar la existencia de las comisiones mixtas en el *iter constitutione* para la reforma constitucional. Además se sostenía que la referencia explícita que hace el último inciso del artículo 116 al sistema de las urgencias, haciéndolas aplicables en el caso de una reforma constitucional, demuestra que éstas se encuentran sujetas a un sistema propio y especial, distinto al procedimiento legislativo. Más aún si ambos procedimientos (de reforma y de formación de la ley) fueran homologables —admitiendo entonces la discutida analogía—, no se explicaría que la Constitución hubiere juzgado necesario referirse especialmente a las urgencias en el artículo 116.

Por todo ello se concluía que, siendo la tramitación de la reforma constitucional un *iter* formalizado del poder constituyente derivado distinto al *iter legis* de la potestad legislativa, y no existiendo en el capítulo XIV pertinente a una norma expresa a las comisiones mixtas, éstas no proceden en el caso de una modificación a la carta fundamental.

Por último esta doctrina apoyaba su interpretación en un argumento de índole histórico. Recuerda al efecto que así como el Anteproyecto constitucional elaborado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución contemplaba expresamente la existencia de las comisiones mixtas, el Consejo de Estado suprimió toda norma sobre el particular. Esta circunstancia sería la prueba definitiva en contra de la procedencia de las mismas comisiones mixtas.

- 2) Una segunda doctrina en clave más sistémica-finalista ante el problema interpretativo, planteaba otra solución que va más allá de la simple constatación del “vacío constitucional”. Esta segunda doctrina admitía la procedencia de comisiones mixtas en caso de diferencias entre las cámaras como órganos constituyentes a fin de proponer una solución a las cámaras. Incluso más se admitía en esta posición doctrinal aceptar la formación de comisiones mixtas en los casos en que la cámara revisora rechace en general una reforma aprobada por la cámara de origen.

Esta doctrina en clave sistémico-finalista situaba el problema interpretativo en un contexto más amplio: *el de la Constitución entendida como un sistema, y no como un simple conjunto de normas reunidas en un mismo texto*. Una primera cuestión que cabe precisar, es la relación entre la tramitación de un proyecto de ley y la de una reforma constitucional. Al respecto, se hacía una útil breve referencia a nuestra historia constitucional.

La Constitución de 1833 establecía un complejo sistema de reforma que suponía la participación de dos Congresos (“doble cerrojo”). Ahora bien, respecto a la manera de tramitar los proyectos, la Carta de 1833 preceptuaba que se procedía “según lo dispone la Constitución para la formación de las demás leyes” (artículo 168). La Constitución de 1925 contenía un fórmula genérica que expresaba: “La reforma de las disposiciones constitucionales se someterá a las tramitaciones de un proyecto de ley, salvo las excepciones que a continuación se indican” (artículo 108). En virtud de esta norma fue que instituciones descritas para efectos de la tramitación de una ley, debían entenderse aplicables también a la de una reforma constitucional; este es el caso, por ejemplo, de las comisiones mixtas.

Esta vinculación expresa que hacían las Constituciones históricas, entre la tramitación de las leyes y de las reformas constitucionales, tenía un doble fundamento. En primer lugar se asumía el hecho fundamental que, tanto la Constitución como la ley, comparten una naturaleza similar: ambas son normas jurídicas. Ello significa que pese a las evidentes diferencias en contenido y jerarquía, tanto las unas como las otras participan de ciertos rasgos comunes. Desde muy temprano nuestra doctrina, nuestra jurisprudencia y nuestra práctica, detectaron un conjunto de elementos de la ley común extrapolables a la norma constitucional. Así ocurrió con las disposiciones referidas a la discusión parlamentaria, los vetos, la promulgación, la publicación, la derogación y la interpretación. En segundo lugar se daba un argumento de carácter práctico: desde un primer momento nuestras Constituciones se ocuparon de regular con cierto detalle el procedimiento de formación de la ley. Llegado el punto de tratar la reforma constitucional, los redactores de nuestras cartas fundamentales, se resistían a reproducir *in extenso* los pormenores de tramitación, puesto que en muchos aspectos eran una repetición de las reglas de formación de la ley.

La fórmula descrita es seguida por la Constitución de 1980, ya que en el epígrafe de la formación de la ley (artículos 62 al 72), se contienen las reglas generales sobre la formación de la ley o *iter legis*. Estas reglas del *iter legis* se aplican, por ende, no solo a toda la legislación: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y la residual ley ordinaria, y por ende sus reglas o normas en cuanto sea procedente, debían operar con un carácter supletorio.

De este modo en el capítulo XIV sobre la reforma de la Constitución, entonces, no se contenían exhaustivamente todas las reglas relativas a la tramitación de la reforma, sino solo las reglas especiales, que permite diferenciar en lo formal a la Constitución de la legislación. A continuación se plantean algunos ejemplos para reforzar esta lectura sistémico-finalista. Primero, las reformas constitucionales están afectas a los esenciales trámites de promulgación y publicación. Sin embargo, tales trámites del *iter legis* no estaban referidos en el capítulo XIV, resultando absurdo sostener que la reforma no debe ser promulgada o publicada. Segundo, el capítulo XIV no contenía solución alguna al problema que suscitará el rechazo en general, de un proyecto en su Cámara de origen, pero parece de toda lógica remitirse a la regla del artículo 65, en virtud de la cual el proyecto en cuestión “no podrá renovarse sino después de un año. Sin embargo, el Presidente de la

República, en caso de un proyecto de su iniciativa, podrá solicitar que el Mensaje pase a la otra Cámara, si ésta lo aprueba en general por los dos tercios de sus miembros presentes, volverá a la de su origen y sólo se considerará desechado si esta Cámara lo rechaza con el voto de los dos tercios de sus miembros presentes”. En consecuencia, de ignorarse este reenvío, se aceptaría el absurdo que significa, que desechado un proyecto por la Cámara de origen, nada obsta a que el mismo proyecto sea presentado en la misma Cámara al día siguiente de haberse votado su rechazo y así indefinidamente. En suma, para esta posición doctrinal no hay razón de texto ni de lógica para excluir de este reenvío a las comisiones mixtas. Aquí cabe recordar un conocido aforismo jurídico: donde rige la misma razón debe aplicarse la misma disposición, con mayor justicia entonces, si no hay razones ni disposiciones en contrario.

Sobre la materia se expidieron sendos dictámenes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y del Senado, que de modo un tanto defectuoso e incompleto, pero políticamente prácticos, se hacen cargo de las posiciones doctrinales antes reseñadas.

Así la Comisión de la Cámara baja, el 20 de marzo de 1991, emitió un informe, relativo a una consulta del presidente de la corporación, con motivo del rechazo en la Cámara alta del proyecto de reforma constitucional sobre municipalidades, indicando en su voto de mayoría que “la discrepancia producida encuentra su solución en las normas reglamentarias sobre el funcionamiento interno de ambas corporaciones, puesto que a ellas se remiten las disposiciones constitucionales y orgánicas relativas al congreso, existiendo una nítida correspondencia y armonía entre ellas”; por lo que no cabía sino admitir las comisiones mixtas. La Comisión de la Cámara alta, el 19 de marzo de 1991, emitió dictamen sobre consulta de la sala relativa a la procedencia de la formación de comisiones mixtas en caso de desacuerdos entre las corporaciones, sosteniendo que:

Las diferencias mas relevantes entre la Constitución actual y la anterior... consisten en que, por un parte, en la Ley Fundamental de 1980 se omite la referencia expresa que contenía la de 1925 a que la reforma constitucional, como norma general, se sometía a los mismos trámites de una ley y, por otra, la actual Constitución establece expresamente que el sistema de urgencias será aplicable a los proyectos de reforma constitucional, disposición que no contenía la de 1925, no obstante que durante su vigencia se entendió procedía hacer presente la urgencia respecto de éstos, por aplicación de las normas generales sobre la tramitación de las leyes.

La misma Comisión desestimó recurrir a la historia fidedigna del artículo 116, por no haber tal en rigor, admitiendo que:

... en líneas generales, es aplicable a los proyectos de reforma constitucional el procedimiento previsto en la Carta Fundamental para la tramitación de las leyes y, en especial, lo relativo a la formación de comisiones mixtas destinadas a buscar la forma de superar las diferencias que se produzcan cuando, existiendo acuerdo sobre la idea central de la iniciativa, surjan discrepancias entre las cámaras respecto de aspectos específicos y determinados del proyecto.

Por lo que admitió las comisiones mixtas del artículo 68 de la Constitución cuando la Cámara de origen no aprobare las modificaciones que introduzca la cámara revisora a un proyecto de reforma constitucional, desestimando por mayoría la procedencia en los casos del artículo 67 de la misma Constitución, esto es cuando la iniciativa fuera desechada en su totalidad por la cámara revisora, sea un rechazo explícito o simplemente el no haber reunido el quórum necesario para su aprobación. Finalmente, la Comisión de la Cámara baja, el 19 de octubre de 1993, con relación al proyecto de reforma constitucional sobre duración del mandato presidencial, estimó procedente el tercer trámite y el trámite de Comisión Mixta.

Con todo, lo cierto es que este “vacío constitucional” no llevó a aquilatar en decisiones de los órganos constituyentes, ya que en cada una de las 17 reformas habidas desde 1989 a la reforma de 2005 se sorteó el problema planteado por el mentado “vacío constitucional”. Así el Congreso Nacional en ejercicio del poder constituyente derivado admitió el tercer trámite y encontró los caminos de salida cuando hubo consenso necesario para aprobar reformas.

Incluso, como es sabido, la reforma constitucional de 2005 antes de su tercer trámite fue objeto de una “comisión mixta de hecho”, con la finalidad de conciliar las posiciones de ambas cámaras, a fin de no hacer fracasar la parte sustantiva de los contenidos del proyecto de reforma.

III. UNA REFORMA NECESARIA

La reforma constitucional de 2005 en sus dos contenidos básicos: supresión del Congreso Pleno y racionalización del procedimiento de reforma constitucional, viene a ser “una reforma necesaria” inspirada en razones de realismo político y de lógica parlamentaria.

En primer lugar, la supresión del Congreso Pleno ya había sido materia de discusión en la reforma del año 2000 (Ley núm. 19.671), puesto que había sido propuesta como indicación en el segundo trámite por los diputados Elgueta, Krauss y Riveros, por estimarse absurdo que un proyecto aprobado por ambas cámaras, pudiese rechazarse por el Congreso Pleno; aunque la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia optó por recomendar al pleno cameral el rechazo de la indicación. Lo cierto es que el trámite de Congreso Pleno fue incorporado a la Constitución de 1925 a propuesta del señor comisionado Eliodoro Yáñez, y tenía semejanza con el mecanismo francés de la III República establecido en la ley de 1875 que preveía la discusión de las reformas en Asamblea Nacional.⁵ A nuestro juicio, el trámite de Congreso Pleno es inútil, ya que la deliberación y decisión política, propias del ejercicio del poder constituyente derivado se verifica en el seno de las cámaras, las que quedan sometidas a un principio de doble lectura del proyecto en tramitación; asegurando una deliberación y decisión reflexiva y madura, producto de los tiempos empleados usualmente. Además, el trámite de Congreso Pleno correspondía a una votación del texto del proyecto de reforma constitucional despachado por las cámaras, en la que los miembros reunidos, en primera o segunda convocatoria, “tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate”; todo lo cual de antaño ha significado que no existe nueva deliberación acerca del proyecto de reforma constitucional, y la votación debe ser una sola, no admitiendo división. En el fondo el trámite de Congreso Pleno es un resabio ritual del pasado que carece de justificación razonable.

En segundo lugar, la reforma constitucional de 2005 racionaliza el procedimiento de reforma de la Constitución. En efecto, según se consigna en el veto presidencial, esta racionalización viene a hacerse cargo del “vacío constitucional” en el *iter constitutione* incorporando las comisiones mixtas. El veto recoge los fundamentos de esta racionalización al señalar:

El veto N° 22 tiene por objeto incluir el trámite de la Comisión Mixta en el tratamiento de las reformas constitucionales. Esta materia fue votada favorablemente en el Senado y en la Cámara, aun cuando, en esta última no alcanzó el quórum constitucional requerido para convertirse en norma. Este veto tiene

⁵ La doctrina nacional el profesor Silva Bascuñan ha defendido el trámite del Congreso Pleno, al señalar: “La solemnidad del Congreso Pleno se inspira en la idea de robustecer la voluntad ciudadana a favor del proyecto y apoyar el futuro cumplimiento del cambio acogido por los poderes constituidos”, p. 215, en *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, t. X.

por objeto zanjar la discusión acerca de si este trámite está incluido o no en la Constitución. Parece destacada de la doctrina nacional afirma que sí lo está. No obstante, la práctica reiterada de enmiendas a la Constitución de 1980 ha omitido este trámite. Por lo mismo, se incorpora en plenitud la dimensión de la Comisión Mixta.⁶

Esta reforma resultaba necesaria también para resolver el peculiar “vacío constitucional” antes comentado, pero lo cierto es que va mucho más allá, en la medida que la supletoriedad del procedimiento de formación de la ley o *iter legis* en el procedimiento de reforma de la Constitución importa dar cuenta de todas las reglas procedimentales del *iter legis*, cuando no existan reglas especiales en el *iter constitutione*, como por ejemplo, las reglas sobre urgencias, admisibilidades⁷ (artículo 66), prerrogativas especiales (artículo 65) y comisiones mixtas (artículos 67 y 68) sin perjuicio de resultar también aplicables las normas sobre sanción, promulgación y publicación. También se abre la puerta a una doble remisión a la Ley núm. 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional y a los reglamentos camarales y sus normas sobre procedimiento de formación de la ley.

IV. CONCLUSIONES

Solo resta indicar a modo de conclusión que la reforma constitucional de 2005 en relación con el capítulo XV de reforma de la Constitución es una reforma necesaria, en sus dos contenidos: supresión del trámite de Congreso Pleno y racionalización del procedimiento de reforma o *iter constitutione*.

La supresión del Congreso Pleno elimina un trámite innecesario, más bien de naturaleza ritual e inconsistente con la raíz misma de las funciones normativas de las cámaras del Congreso Nacional (funciones constituyente, legislativa y reglamentaria) que son precisamente la deliberación y decisión pública que en un *iter* formalizado se transforman en actos de poder de naturaleza normativa.

La racionalización del proyecto de reforma, va más allá de resolver un “vacío constitucional” acerca de la procedencia de las comisiones mixtas, ya que importa la supletoriedad general de las reglas del procedimiento de for-

⁶ Mensaje núm. 174-353 del 16 de agosto de 2005.

⁷ Resulta de interés la posición del profesor Silva Bascuñan que admite la vigencia de este artículo al ejercicio del poder constituyente derivado, *op. cit.*, t. X, pp. 200 y 201.

mación de la ley o *iter legis*, lo cual de seguro seguirá planteando problemas interpretativos en el futuro.

Finalmente, debemos consignar la ausencia en la reforma constitucional de 2005 del plebiscito o referéndum como mecanismo o recurso de la soberanía popular para zanjar las diferencias entre el Congreso Nacional y el presidente de la República como órganos constituyentes, restituyendo, para zanjar el conflicto, el poder constituyente al pueblo. Estamos ciertos que es un tema polémico y que habrá otra oportunidad para comentar.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*

I. PROLEGÓMENOS

El tema que nos convoca en esta ocasión es el “control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, es decir, determinar el alcance de este control en cuanto al tipo de inconstitucionalidad a declarar; control encomendado al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 núms. 3 y 5 de la Constitución Política de la República (CPR)

El tema plantea de modo directo varios tópicos muy trascendentales y de vivo debate en la doctrina nacional y en el derecho comparado, a saber: la existencia o no de límites jurídicos o positivos autónomos internos procesales o adjetivos (de tipo temporal) y sustanciales o materiales (implícitos o explícitos) al poder constituyente derivado, más allá del específico procedimiento y sus quórum ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo XV (límite procesal formal).¹ Para un sector de la doctrina el poder constituyente originario y/o derivado tiene límites que arrancarían del Capítulo I de Bases de la Institucionalidad y en especial del artículo 5o., inciso segundo, que consagra la función limitativa de los derechos frente al poder público; límites que en lo concerniente al poder constituyente derivado se originan en las normas iusfundamentales, que disponen: el ejercicio de la soberanía (poderes constituidos en una hipótesis mínima) tiene como límite los “derechos esenciales” que emanan de la “naturaleza humana”; derechos fundamentales y por remisión, de los derechos humanos reconocidos

* Ponencia presentada en el IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 27 al 29 de noviembre de 2006.

¹ La taxonomía de los límites al Poder Constituyente se toma de la obra de Jorge R. Vanossi, *Teoría constitucional*, 2 vols., Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, p. 173-276. Sobre la “doctrina del Poder Constituyente” una obra clásica es de Carlos Sánchez Viamonte, *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 563-594

en los tratados internacionales ratificados y vigentes, en virtud del párrafo segundo del artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución.²

El tema tiene extraordinaria gravitación, ya que los sistemas de jurisdicción constitucional están montados sobre la quiebra del principio de separación de poderes (Cappelletti), precisamente para salvar este principio, estableciendo un centinela del reparto de poderes efectuado por la Constitución. Sin embargo, que un sistema de jurisdicción constitucional disponga el control de constitucionalidad de la reforma constitucional como ocurre en América Latina con Bolivia, Colombia, Costa Rica, Panamá, ello redundaría en situar a esta Judicatura como “poder constituido” en el seno del poder constituyente; lo que explica el temprano empleo de la doctrina de las “cuestiones políticas” sustantivas en América del Norte para sustraer a la reforma constitucional del campo de “revisión judicial de legislación”. También es un botón de muestra la crítica reciente, construida al calor de la tradicional doctrina de las “cuestiones políticas”, que en Argentina plantea la sentencia de “nulidad” de la Corte Suprema en el caso Fayt de 1999 referida a dos disposiciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994 (artículo 99, inciso 4, párrafo 3, y disposición transitoria undécima).³

Finalmente, un tema no menor a abordar en sus coordenadas elementales por ahora es la pertinencia de la doctrina de las “cuestiones políticas” como límite sustantivo y bastante abierto al control de constitucionalidad.

Nuestro planteamiento, expuesto con anterioridad en diversos trabajos, es que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso, y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control de constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento primitivo en orden a que el poder constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la

² Esta doctrina es sostenida en nuestro medio por Humberto Nogueira Alcalá en diversos trabajos, con abundante apoyatura doctrinal. Consultar trabajo inédito del autor: *Los límites del Poder Constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile*, 2006.

³ Hernández, Antonio María, “El control de constitucionalidad de una reforma constitucional en el derecho argentino. Análisis del caso Fayt”, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 247-309.

Constitución o por remisión en el derecho internacional convencional que sean objeto de justiciabilidad.⁴

En efecto, nuestra lectura de las normas iusfundamentales concernidas en el debate sobre los supuestos límites jurídicos o positivos, autónomos o internos al poder constituyente, en especial del artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución, es que tal cláusula consagra una norma de conducta, específicamente una norma de principio en orden a que el ejercicio de la soberanía (poderes constituidos) reconoce como “limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, norma que junto a una abstrusa filiación iusnaturalista, nada agrega a la función limitativa del poder político estatal que de suyo poseen los derechos humanos en general, los derechos fundamentales en particular, y muy especialmente los derechos civiles. El párrafo siguiente adicionado al inciso segundo por la reforma constitucional de 1989, promulgada mediante la Ley núm. 18.825, es una importante garantía institucional genérica, que encomienda a los órganos del Estado (supremos y no supremos) los deberes: negativo de respeto y positivo de promoción de los derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes.

Tales normas de conducta (normas de principio) se acoplan al “estatuto del poder” de la Constitución, de suerte que la garantía de supremacía, valor normativo y eficacia normativa del artículo 5o., inciso 2o., en relación con el control de constitucionalidad, está ligada al cuadro competencial asignado al Tribunal Constitucional que como es obvio arranca directamente de la Constitución. No resulta posible deducir de estas normas de filiación iusnaturalista un “poder explícito” o “poder implícito” a favor del Tribunal Constitucional para ejercer un control de constitucionalidad completo, ya que este órgano tiene competencia tasada y un lugar o posición institucional definida en la democracia constitucional como garante o custodio de la Constitución, obra ésta del poder constituyente originario y derivado.

Por último, la vieja doctrina de las “cuestiones políticas” que constituye una verdadera hidra en el derecho público, tiene diversas expresiones como la tradicional distinción entre actos gubernativos o políticos y actos administrativos proveniente del derecho público francés, o la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” sustantivas (*political questions*) proveniente del derecho público norteamericano, y de notable implantación en nuestra América; también encuentra un tibio eco en la doctrina acerca de las “cuestiones de mérito” o prudencia política recepcionada en nuestra jurisprudencia.

⁴ Véase Zúñiga Urbina, Francisco, “Estudio preliminar. Reforma constitucional y Estado de derecho”, *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 31-63.

cia constitucional, y que importan un límite sustantivo a la justiciabilidad, que es expresión de un muy necesario *self restraint* o autolimitación del poder del Tribunal Constitucional, establecido por esta Judicatura a través de un paradójico ejercicio de activismo judicial.⁵

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. ANTECEDENTES Y JURISPRUDENCIA

El actual artículo 93 núms. 3 y 5 de la Constitución vigente que estatuye la competencia de control de constitucionalidad de la reforma constitucional tiene su origen en la necesidad de dotar al Tribunal Constitucional de un control de constitucionalidad de todos los conflictos de carácter “jurídico-constitucional” que surjan entre los poderes públicos según lo expresa el informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.⁶ De este modo, los anteproyectos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y del Consejo del Estado proponen dotar al Tribunal Constitucional de este control de constitucionalidad de la reforma constitucional.

Subyace a esta innovación del constituyente autoritario de 1980, la particular o prejuiciada lectura realizada de la experiencia institucional del Tribunal Constitucional incorporado por la “gran reforma” de 1970, promulgada mediante Ley núm. 17.284, en virtud de la cual la novísima judicatura constitucional, que al no estar dotado de la atribución de heterocomponer los conflictos que surjan durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, se declara incompetente frente al grave conflicto derivado del proyecto de reforma constitucional sobre “Áreas de la Economía”. El mencionado conflicto constitucional es sobradamente conocido

⁵ Consultar sobre la doctrina de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas a Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977-1987, 9 vols., t. III, pp. 433-514. También Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (comentario en torno al caso “Baker V. Carr””, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, IEP, 1954, pp. 5-39. También de Alonso García, Enrique, “El Tribunal Burger y la doctrina de las *Political Questions* en los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 287-299. Además consultar a Tribe, L., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, The Foundation Press, Mineola, 1988, pp. 96-107. Para los casos más recientes W. Lockhart *et al.*, *Constitutional Law. Cases, Comments, Questions*, 8a. ed., St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1996, pp. 25-43.

⁶ *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*, Jurídica, p. 245.

y resulta dramático en cuanto reflejo de una crítica situación político-institucional de época, y que se encuentra perfectamente documentado (Silva Cimma, Silva Bascuñan y Evans de la Cuadra).⁷

Solo es menester señalar para los efectos de este trabajo, que el 30 de mayo de 1973 el Tribunal Constitucional, resolviendo un requerimiento del presidente de la República que impugnaba la forma como el Congreso Nacional despachó los vetos al proyecto de reforma constitucional sobre “Áreas de la Economía”, declaró, en fallo de mayoría, su incompetencia absoluta para conocer de estos conflictos constitucionales entre poderes constituidos que ejerzan el poder constituyente. El conflicto sometido al Tribunal derivaba de interpretaciones divergentes en el *iter Constitutione* del inciso primero del artículo 108 de la Constitución de 1925 que disponía que la reforma se somete a las “tramitaciones” de un proyecto de ley con las excepciones preceptivas.

Sin embargo, la “gran reforma” de 1970 confirió al Tribunal Constitucional en el artículo 78 b), las atribuciones de: “a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” y “c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”. Luego, la declaración de incompetencia del Tribunal Constitucional se fundó en la ausencia de atribución específica para resolver conflictos entre órganos que ejerzan la potestad constituyente. En definitiva el decreto promulgatorio de la reforma constitucional de las “Áreas de la Economía”, en cuyo texto se omiten las normas que a juicio del jefe de Estado fueron irregularmente despachadas en la votación del veto, no fue cursado por la Contraloría General de la República.

Todo ello explica de suyo la necesidad constatada por el constituyente autoritario de 1980 de dotar al Tribunal Constitucional de una competencia de control de constitucionalidad de la reforma constitucional, que fuere más allá del examen de regularidad del decreto de convocatoria a plebiscito.

⁷ De Enrique Silva Cimma consultar: *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977. También de Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. IX, 2003, pp. 9-28. Además consultar de Evans de la Cuadra, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973; Zúñiga U., Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central, 2002, t. II, pp. 39-59.

Es en este marco de competencia de control de constitucionalidad preventivo-represivo y facultativo de la reforma constitucional establecido en la Constitución vigente, que se hace necesario examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el tema: reforma constitucional y ejercicio del poder constituyente derivado, jurisprudencia escasa, y que se limita a los fallos que más adelante fragmentariamente transcribimos y que como es obvio solo dicen relación con el núm. 3 del artículo 93 (en rigor solo dos sentencias dictadas en esta cuestión de constitucionalidad a saber: sentencia roles núm. 269 y núm. 464), ya que el plebiscito de la reforma constitucional es una “hipótesis de laboratorio” consignada en los artículos 128 y 129 de la Carta.

Así, el Tribunal Constitucional en las sentencias que a continuación fragmentariamente se transcriben, de las cuales excluimos la sentencia Rol núm. 269 del 17 de diciembre de 1997 por no contener doctrina jurisprudencial relevante, sostienen claramente que el poder constituyente carece de límites jurídicos o positivos autónomos o internos, materiales y procesales de tipo temporal, por lo que el control de constitucionalidad es de alcance limitado:

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 46 del 21 de diciembre de 1987:

33) Que este Tribunal carece absolutamente de jurisdicción para entrar a pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen y contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual régimen”.

34) Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2a. Edic. Tomo 3, pág. 201). De esta manera el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental.

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar,

recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce. De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce”.

35) Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las competencias establecidas en la Constitución de 1925.

36) Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave situarse por sobre el Poder Constituyente originario.

Lo infundado de una petición de esta naturaleza queda aún más en evidencia si se observa que este Tribunal ha sido establecido y dotado de facultades por la Carta Fundamental que se cuestiona, de manera que si se aceptara la ilegitimidad pretendida también el Tribunal, creación de esta Constitución, sería un órgano jurídicamente inhabilitado para dictaminar.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 272 del 18 de marzo de 1998:

8°. Que es posición de este Tribunal ampliar hasta límite máximo permitido por la Constitución las atribuciones que ella le confiere, como asimismo permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a esta Magistratura, a fin de que ella vele por el principio de la “supremacía constitucional”, consagrado como una de las bases esenciales de la institucionalidad en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, esta irrevocable posición no puede llevar al Tribunal a ir más allá de lo que razonablemente lo autoriza la Carta Fundamental, pues de lo contrario lejos de custodiar la aplicación estricta de la Constitución, la vulneraría en su esencia;

9°. Que retomando lo expuesto en el considerando 5°, este Tribunal declara que carece de competencia para resolver el requerimiento formulado en los términos en que ha sido planteado, pues sus atribuciones no lo autorizan para pronunciarse sobre la validez o legitimidad del artículo 4° y de la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Constitución de 1980, ya sea que tal invalidez o ilegitimidad se apoye en su contenido o en una falta de correlación con una determinada situación política.

10°. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª Edic. tomo 3, pág. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos” fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;

11°. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma;

12°. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4° y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario;

La jurisprudencia citada concierne al poder constituyente originario, pero su línea argumentativa se extiende perfecto al poder constituyente derivado, en la medida que no se admite al Tribunal Constitucional por encima del poder creador o reformador de la Constitución.

También el Tribunal Constitucional recientemente ha emitido una sentencia acerca del procedimiento de la reforma constitucional, con las enmiendas introducidas por la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante la Ley núm. 20.050, que aplican al *iter Constitutione* las reglas del *iter legis*, en la que la judicatura constitucional afirma a su competencia tasada para conocer de conflictos constitucionales y no de conflictos de cuestiones

reglamentarias, imponiendo como criterio hermenéutico, la regla de interpretación sistémico-finalista.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 464 del 31 de enero de 2006:

1º, Que de un análisis del presente requerimiento, se desprende, con claridad, que dos son las materias sometidas a conocimiento de este Tribunal. La primera, dice relación con la aplicabilidad del artículo 68 de la Carta Fundamental a la tramitación de una reforma constitucional. La segunda, se refiere a la facultad del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esa Corporación, para declarar inadmisibles la tramitación de una reforma constitucional, por estimarla contraria a las normas de la Carta Fundamental.

Para una mayor claridad y mejor comprensión del razonamiento seguido en esta sentencia, como asimismo, para la solución adecuada de ambos asuntos, se analizarán a continuación en párrafos separados cada una de ellos.

3º, Que, por su parte, el artículo 127, inciso final, de la Carta Política dispone: “En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, *debiendo respetarse siempre los quórumos señalados en el inciso anterior*”. (énfasis añadido).

Un análisis de esta disposición permite deducir dos conclusiones: a) que supletoriamente, y en lo no previsto en el Capítulo XV sobre “Reforma de la Constitución”, a la tramitación de las modificaciones constitucionales, se aplican las normas sobre formación de la ley, y b) que en tal situación deben respetarse *siempre* los quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos;”

4º, Que, como puede apreciarse, de una primera lectura de las normas reproducidas en los acápites precedentes, deriva una *aparente* pugna entre lo preceptuado en el artículo 68, de una parte, y lo prescrito por el artículo 127, de la otra, ya que dichas normas establecen quórum diferentes e inconciliables. La primera disposición expresa que para la aprobación general de la iniciativa son necesarios dos tercios de los parlamentarios presentes en la Cámara revisora y dos tercios de sus miembros presentes en la Cámara de origen para que el proyecto se entienda desechado. La segunda, el artículo 127, inciso segundo, requiere para su aprobación, en general y en particular, las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio como regla general y dos terceras partes de dichos parlamentarios si la reforma recae sobre los capítulos precedentemente señalados de la Carta Política, en ambos casos en las dos ramas del Congreso Nacional. En cambio, tal contradicción no se observa, en cuanto a que el artículo 127, inciso

tercero, hace aplicables a los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley y es indudable que el artículo 68 regula un asunto atinente a dicha materia;

5º, Ante esta *supuesta oposición* entre dos normas de la Constitución, la cual, por su esencia, regula en forma clara la coexistencia política y la convivencia pacífica de las personas y grupos, un imperativo de hermenéutica constitucional impone al intérprete, *optimizar* la preceptiva y esforzarse en conciliar las normas en juego, excluyendo interpretaciones que conduzcan a suponer que el Poder Constituyente derivado ha incluido en su texto normas antagónicas o confusas, ya que de lo contrario no se habría cumplido, debidamente, con el fin primordial de la Carta Política ya señalado, lo que, definitivamente, es inaceptable;

6º, Que, los criterios de interpretación para lograr tal propósito son varios, de los cuales merecen ser mencionados los siguientes: la “interpretación axiológica” que exige que la Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; el que previene sobre la insuficiencia de recurrir sólo a las normas de interpretación de la ley, inaptas por sí solas para determinar el sentido y alcance de los preceptos de la Constitución; el “finalista o teleológico” que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su “ratio legis” y su propia finalidad, y en fin, entre otros muchos, “el de la unidad de la Constitución”;

7º, Que, todas las reglas o principios enunciadas en el razonamiento anterior son adecuadas para resolver el problema a que nos vemos abocados. Sin embargo, por su directa atinencia con el caso en estudio, la que resulta mas apropiada emplear en esta ocasión es la de la “unidad de la Constitución”.

Dicho criterio de hermenéutica constitucional ha sido expresado por este Tribunal, desde el 24 de septiembre de 1985, hasta hoy en día, reiteradamente, en los siguientes términos: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”;

9º, Que corolario de lo expuesto en los considerandos anteriores, es que el artículo 68 de la Constitución se aplica a las reformas constitucionales; pero que, interpretando tal norma acorde con lo prescrito en el artículo 127, inciso segundo, de la misma, el quórum que rige para ese precepto —el artículo 68—, en el caso sub-lite, es el de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, tanto en la Cámara revisora como en la de origen, para la respectiva aprobación del proyecto de reforma constitucional.

De esta manera, la aparente contradicción se desvanece y la Constitución Política de la República cobra aplicación armónica en toda su majestad.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia ejerce un control de constitucionalidad de forma, acogiendo el requerimiento en cuanto a la aplicabilidad del artículo 68 de la Constitución, declarando además que su competencia se circunscribe a conflictos constitucionales, y no a conflictos reglamentarios, por lo que la remisión o reenvío a la Ley núm. 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y a los reglamentos camarales, no constituyen derecho material para decidir este tipo de conflicto.

III. PROBLEMAS Y RESPUESTAS

Corresponde abordar sumariamente las atribuciones de control de constitucionalidad de la reforma constitucional, en el marco de la competencia del Tribunal Constitucional, recogidas como “cuestiones de constitucionalidad” o “conflictos constitucionales” en los números 3 y 5 del artículo 93 de la CPR.

El Tribunal Constitucional definió la “cuestión de constitucionalidad” como “un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores” y que es necesario “que la desigual interpretación... se produzca en relación a un proyecto de ley o una o más de sus disposiciones” (S.T.C. Rol núm. 23 considerando 4o., letras *a* y *b*, reiterada en S.T.C. Rol núm. 147, considerando 2o. y 3o.). Se excluyen de las “cuestiones de constitucionalidad” las cuestiones de legalidad o puramente reglamentarias. La legitimación procesal activa de la “cuestión de constitucionalidad” del núm. 3 del artículo 93, para requerir al Tribunal Constitucional es asignada al presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros, antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado, y en caso alguno después del quinto día después del “despacho del proyecto” o de la señalada comunicación, y de la “cuestión de constitucionalidad” del núm. 5 del artículo 93, para requerir es asignada al Senado o a la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de la publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria. El procedimiento de las “cuestiones de constitucionalidad” se rige por las normas de la Ley núm. 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (capítulo II, títulos I y II, párrafo 2).

La norma citada sobre “cuestión de constitucionalidad” de proyectos de ley, reforma y tratados dispone: “artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: ... 3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitan durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Este control de constitucionalidad es un control preventivo y facultativo. Con la reforma constitucional de 2005, el control de constitucionalidad que opera con motivo de cuestiones o conflictos planteados en la tramitación de proyectos de reforma constitucional debe dar cuenta de una doble remisión del artículo 127 inciso final de la Constitución al procedimiento de formación de la ley o *iter legis* (artículos 65 a 75) y a las normas de la Ley núm. 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y reglamentos camarales, aunque la ley y reglamentos no constituyen derecho material para el Tribunal Constitucional.

Este control de constitucionalidad plantea de modo directo el problema relativo a los límites del poder constituyente derivado que puedan traducirse en un juicio de inconstitucionalidad. Lúcidamente Silva Bascuñan plantea el problema en los siguientes términos:

Es muy particular la posición en que se encuentra el Tribunal Constitucional en relación a las iniciativas de cambios del Estatuto Fundamental. Estos se resuelven por el poder constituyente instituido o derivado, el que, por su naturaleza y misión, se sitúa por encima de los órganos instituidos, carácter de que goza el Tribunal Constitucional. Ello explica que, en principio, el poder reformador de la Carta no está llamado a subordinarse necesariamente al examen del Tribunal Constitucional; éste se instituye, por su misma razón de ser, sólo para que vele por la observancia de las reglas de la Carta promulgada y en vigencia a fin de que ésta sea fielmente interpretada y cumplida. Por su propia índole, la sustancia de una reforma no podrá menos de diferir de la normativa que se modifica, y no se muestra lógico ni consecuente, por lo menos a primera vista, el control de Tribunal Constitucional y, por tal razón, no debería entregársele la función preventiva que se confiere, aunque está en los términos facultativos en que se consagra. Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inciso 2°), el poder constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir que la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne con los derechos esenciales del hombre.

Concluye su línea argumental Silva Bascuñan señalando:

Por otra parte, las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder Constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al Tribunal Constitucional otra pauta a la que habrá que ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar. Digamos, en tercer término, que el examen que ha de practicar el Tribunal Constitucional en la hipótesis que analizamos, como órgano del Estado que se enfrenta al deber que le impone la segunda oración del inciso 2o. del art. 5o., tendrá que dirigirse a estudiar con mucha reflexión si el proyecto en trámite respeta y promueve no sólo los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana y garantizados por la Ley Fundamental, si no aquellos contemplados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, según lo explicitara la reforma plebiscitada en 1989.

En el fondo Silva Bascuñan y Nogueira Alcalá sostienen que las normas iusfundamentales del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución operan como un límite al poder constituyente derivado, al menos, límite positivo, autónomo o interno, que incluso permite afirmar al segundo tratadista una suerte de “supraconstitucionalidad” de los derechos, bajo una discutible categoría, el “bloque constitucional de derechos”, que hace posible integrar a la Constitución los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes. Refleja esta posición doctrinaria la preeminencia de un concepto material de Constitución y el peso metateórico del “derecho natural” en los aportes de estos juristas a nuestro derecho constitucional.⁸

Sin embargo, el tratadista Alejandro Silva Bascuñan, largamente citado, abre un flanco a las doctrina de las “cuestiones políticas”, de la mano de la “naturaleza y misión” que compete a la Judicatura Constitucional, al afirmar:

Nuestra Constitución proclama que la finalidad del Estado es “promover el bien común” (artículo 1o., inciso 4), concepto tan trascendental que ella misma deduce de él que debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías

⁸ Silva Bascuñan, A., *op. cit.*, t. X, pp. 256, 257 y 264.

que ésta Constitución establece. Pues bien, las determinaciones de los órganos de poder del Estado que definen en concreto tales condiciones es lo que se caracteriza como bien común subjetivo. Dentro de tal propósito e inspiración han de actuar los órganos colegisladores convertidos en Poder Constituyente instituido o derivado al impulsar la reforma de la Carta, que en alguna etapa de su gestación se llevaba al examen del Tribunal Constitucional. Cuando la cuestión de constitucionalidad no se traba en torno del modo como se ha llevado o está llevando el proceso reformativo, sino que se han configurado problemas en que se plantea la inadmisibilidad sustancial de la regla que se pretende agregar, suprimir, o modificar, el Tribunal Constitucional no está, en principio, habilitado para pronunciarse sobre el mérito jurídico o político del cambio en trámite. En efecto, de la sociedad política ha de emanar, en el problema en análisis, precisamente de los órganos habilitados para reformar el Estado Fundamental; tal tarea corresponde, como ya dijimos, a las Cámaras y al Jefe del Estado y, eventualmente, al cuerpo electoral, pero no al Tribunal Constitucional. El trazado del ámbito de competencia confiado al Tribunal se esclarece si se toma en consideración que la Constitución Política, en la unidad de su razón, objetivo e imperatividad, es un título representativo que otorga legitimidad a las autoridades que pueden decidir conforme a ella, respetando las bases fundamentales que expresan su filosofía y que están concretadas en sus normas, entre las cuales se encuentran las que dan fuerza jurídica a valores que están incluso por sobre ella misma y que pueden resumirse en que el Estado existe para que en la sociedad se imponga el bien común y en que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

No deja de ser una paradoja que Silva Bascuñán recurra al viejo arsenal de armas del constitucionalismo del siglo XIX: la doctrina de las “cuestiones políticas” para admitir que el contenido político de una reforma constitucional no es justiciable, más aún si se atiende a la “naturaleza y misión” del Tribunal Constitucional; camino complejo, ya que entrega a la propia judicatura constitucional determinar la medida de la justiciabilidad, es decir, una apelación al activismo judicial para que el Tribunal ejerciendo la virtud de la prudencia autolímite su poder.⁹

A su vez la norma sobre “cuestión de constitucionalidad” o de conflictos relativos a la convocatoria a plebiscito dispone: “Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin

⁹ *Ibidem*, p. 264.

perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”.

La citada “cuestión de constitucionalidad” es un control de constitucionalidad facultativo y represivo, claramente circunscrito al control formal, es decir, al cumplimiento de las normas de *iter Constitutione* de los artículos 128 y 129 de la Constitución (oportunidad procedimental para la convocatoria a plebiscito, plazo de convocatoria, textos del proyecto aprobado por ambas cámaras y vetado totalmente por el presidente de la República o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso Nacional haya insistido, las cuales se votarán por separado).

Sobre este particular el tratadista Alejandro Silva Bascañán reconoce el limitado alcance del control, al expresar:

Nótese que, en relación a esta facultad, el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional conferida por el art. 82 N° 4 no se extiende a la apreciación sustantiva del contenido preceptivo de la norma que se incorpora a la Carta, aspecto que pudo ser debatido en el curso de la gestación del proyecto de reforma constitucional y de los recursos que por tal causa pudieron haberse interpuesto ante dicho Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el art. 82 N° 2...¹⁰

IV. DOCTRINA DE LAS “CUESTIONES POLÍTICAS”: UNA RESPUESTA “DIFÍCIL”

Como hemos recordado anteriormente, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia tíbiamente ha recepcionado la doctrina de las “cuestiones políticas”, por la vía de afirmar el control de constitucionalidad como un control jurídico, y no político, por una parte y por la vía de excluir las cuestiones de mérito o factuales del ámbito de control o justiciabilidad. Esta tibia recepción guarda relación con las conductas de *self restraint* o autolimitación de poder, que el Tribunal decanta entre ellas la doctrina de la “deferencia razonada” con un legislador cuyo obrar está cubierto de una presunción de legitimidad.

A continuación, de modo fragmentario y parcial, reproducimos algunos fundamentos jurídicos ampliamente repetidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de nuestra peculiar recepción de la doctrina de las “cuestiones políticas”:

¹⁰ *Ibidem*, p. 237.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 43, del 24 de febrero de 1987:

21°.- Que mucho podría decirse sobre la “esencia” de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

22°.- Que a lo anterior deben agregarse dos consideraciones adicionales, para dar una respuesta adecuada al problema de constitucionalidad que plantea el proyecto, en relación a la “esencia” del derecho de asociación política y a su “libre ejercicio”. La primera, que la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. La segunda, que al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de méritos sobre ella. Si así no procediere se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad, cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 231, de 18 de marzo de 1996:

7°. Que, como este Tribunal ha tenido la oportunidad de expresarlo en otras causas, sus consideraciones están circunscritas en forma exclusiva a la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad de las situaciones que ante él se deducen o plantean. Es ajena a sus atribuciones toda consideración sobre el mérito o demérito de las normas que le corresponde conocer, por lo que no procede tener en cuenta o incorporar a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 242, de 12 de agosto de 1996:

3°. Que, cabe consignar, como reflexión de índole general y previa, que, como este Tribunal lo ha venido expresando reiteradamente en causas anteriores, sus consideraciones están circunscritas exclusivamente a la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad de los asuntos que ante él se deducen o plantean, siendo ajena a sus atribuciones toda consideración sobre el mérito o demérito de las normas que le corresponde conocer, por lo que es improcedente considerar o incorporar a sus fundamentaciones cualquier elemento de ese carácter, como sería en la especie la conveniencia o inconveniencia del traslado de la sede legislativa de Valparaíso a Santiago.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 247, de 14 de octubre de 1996:

2°. Que, para adoptar el pronunciamiento indicado, debe este Tribunal confrontar el texto de las normas cuya constitucionalidad se objeta con las de la propia Constitución Política, pues ésta es la estricta responsabilidad que ésta le entrega, con independencia de toda consideración de mérito o de carácter factual. El Tribunal estima conveniente poner énfasis en esta afirmación, pues el examen de constitucionalidad de los impugnados preceptos del indicado proyecto de ley, no puede sino enmarcarse en su exclusivo análisis jurídico, para determinar, con apego al principio de supremacía constitucional, si las normas materia del requerimiento se ajustan o no a la Carta Fundamental;

Esta tibia recepción de la doctrina de las “cuestiones políticas” del Tribunal Constitucional, como mecanismo de autolimitación de su propio poder, descansa en la no justiciabilidad de los contenidos de la decisión de los órganos que ejercen la potestad legislativa (*matters of substance*); pero circunscrito a cuestiones de “mérito” o “factuales” como los relativos a los criterios fundantes de políticas públicas expresadas en proyectos de ley, en que la libertad del legislador resultan evidentes.

V. CONCLUSIONES

Más allá del debate acerca de los límites metajurídicos o metapositivos al poder constituyente (ideológicos o estructurales) que operan con eficacia dis-

cutible en el campo de la facticidad, y más allá del debate acerca de los límites jurídicos o positivos heterónomos o externos del poder constituyente de un Estado en el derecho internacional y por ende en la “era de la globalización”, se hace necesario situar el problema en el campo de los límites positivos en el plano interno. Los límites metajurídicos son límites que plantean la importancia efectiva de las decisiones fundamentales acerca del Estado, la sociedad, la economía y el individuo que el poder constituyente adopta en momentos de primigenidad o de continuidad, y los límites heterónomos son límites que plantean la inserción del Estado en un orden jurídico superior y que exige el respeto a “derechos básicos de la persona humana” (como los denomina *u. gr.* el *obiter dicta* de la sentencia en el caso Barcelona Traction del 5 de febrero de 1970 de la Corte Internacional de Justicia) y de reglas indisponibles como reglas de *ius cogens*;¹¹ todo lo cual hace necesario plantear en las coordenadas del Estado la cuestión de los límites jurídicos o positivos autónomos que operan en el plano interno, sean de orden procesal o adjetivo (temporales y formales) o de orden material o sustantivo.

También más allá del debate acerca de la quiebra teórico-práctica del viejo dogma de la soberanía, se hace necesario plantear el problema de los límites del poder constituyente no en el campo de una lúbil “supraconstitucionalidad”, sino en el campo de los poderes del Estado, en especial del poder constituyente derivado y su control de constitucionalidad, que no admite por la definición misma de una “democracia constitucional” a un Tribunal Constitucional situado como parte activa del poder constituyente constituido.¹² La entrada del juez al “juego constitucional” no es nueva en la doctrina, ya fue planteada por M. Hauriou, para el cual “... la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez...”.¹³ El presupuesto del maestro tolosano es la categoría de “superlegalidad constitucional”, que tenía por finalidad “libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido”; comprendiendo “principios individualistas” y “principios políticos” que integran una “legitimidad constitucional” colocada encima de la Constitución escrita.¹⁴

¹¹ Consultar de Diez Picazo, Luis María, “Límites internacionales al poder constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 9-31.

¹² Consultar la sección “Pouvoirs-débat”, las contribuciones de los juristas Louis Favoreu y Georges Vedel, “Souveraineté et Supraconstitucionalité”, *Revista Pouvoirs*, núm. 67, pp. 71-106.

¹³ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, Rens, 1927, pp. 304-328, 333 y 334.

¹⁴ Una lectura crítica contemporánea de Aragón Reyes, M., *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 85-107.

En estas coordenadas nuestro planteamiento es que el poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución carece de límites jurídicos o positivos autónomos en el plano interno que sean justiciables, salvo el límite procesal o adjetivo de un procedimiento especial con quórum reforzado ordinario y extraordinario estatuido en el capítulo XV de la Constitución, ya que una lectura sistémico-finalista y unitaria de la carta en relación con el control de constitucionalidad de la reforma constitucional instituido en el artículo 93, núms. 3 y 5, como competencia de Tribunal Constitucional, nos lleva a concluir que es un control preventivo o represivo según el caso y facultativo de constitucionalidad circunscrito a los vicios de forma, y no a los vicios de materia o de competencia. Admitir un planteamiento distinto, como el sostenido por Silva Bascuñán y Nogueira Alcalá, importaría hacer de la judicatura constitucional un órgano más del poder constituyente, llamado a aplicar supuestos límites materiales “explícitos” o “implícitos” a dicha potestad.

Tales supuestos límites materiales arrancan del capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” en general, y del artículo 5o., inciso segundo, en particular, que establece normas de conducta abstrusas y lábiles, carentes de conexión con la competencia tasada del Tribunal Constitucional y su posición institucional como garante de la Constitución. Ello sin perjuicio de que las decisiones fundamentales que el poder constituyente adopta acerca del Estado, la sociedad civil, la economía y el individuo, que transuntan una concepción personalista y la organización de la comunidad política como una República democrática y un Estado de derecho, situadas en el capítulo I de “Bases de la Institucionalidad”, configuran límites metapositivos y positivos, de eficacia normativa dudosa frente al momento político (de lucha por el poder e integración) de primigeneidad y de continuidad presentes en el poder constituyente originario y derivado respectivamente, y en tal medida para el poder constituyente derivado podrían operar como fundamento de un control político de constitucionalidad ejercido por los órganos depositarios de la potestad constituyente.

El predicamento de Silva Bascuñán y Nogueira Alcalá es radicalmente inconsistente con las decisiones fundamentales que el propio constituyente adopta, reforzadas por la reforma constitucional de 2005, en orden a que la forma política del Estado es de “República democrática” y la forma jurídico-política de Estado es el “Estado de derecho”, cuya síntesis es la “democracia constitucional”. Es decir, por una parte, si las normas iusfundamentales del capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” en general, y el mentado artículo 5o., inciso 2, de la Constitución operan como límites materiales al poder constituyente derivado, una medida de magnitud (cantidad y calidad)

muy importante de las numerosas reformas constitucionales que la Constitución ha tenido, en especial la reforma de 2005, orientadas a depurar de la carta política sus “enclaves autoritarios” adolecerían de inconstitucionalidad virtual, no declaradas oportunamente por el Tribunal Constitucional por inactivación de órganos legitimados procesalmente para impugnar, ya que son reformas inconciliables con las decisiones fundamentales del constituyente autoritario. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene una posición institucional, o “naturaleza y misión” en el cuadro de órganos del Estado, que la excluye de suyo de ser parte del ejercicio de la potestad constituyente; más allá de la cautela del *iter Constitutione*.

El control de constitucionalidad de la reforma constitucional por el Tribunal Constitucional, es un control preventivo o represivo según el caso, y facultativo, que solo puede ser un control por vicios de forma, es decir, concierne a las normas iusfundamentales del *iter Constitutione*, y después de la reforma se reenvía al *iter legis* de la Constitución (problemáticamente a las normas de la Ley núm. 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y reglamentos camarales). Es un control que en caso de establecer una inconstitucionalidad de forma, da origen a una “tentativa inconstitucional” de reforma, y nunca un control sobre la reforma constitucional promulgada mediante ley.¹⁵

Precisamente, en una democracia constitucional el Tribunal Constitucional es el custodio o guardián de la Constitución, es decir, de la expresión máxima de autodeterminación política de una comunidad, pero no sustituto de ésta en el ejercicio del poder constituyente originario o derivado. La Constitución vigente es un fruto del poder constituyente originario y/o derivado, y a su guarda se sitúa el Tribunal Constitucional. Un refuerzo a este rol de guardián de la Constitución, pero no poder constituyente constituido permanente, es el *self restraint* o autolimitación de poder del propio Tribunal Constitucional, empleando la doctrina de las “cuestiones políticas” como decisiones no justiciables.

En suma, la racionalización del poder político que se produce en una democracia constitucional impide por una razón de sistema del orden político-institucional, es decir de inserción del Tribunal Constitucional en el arreglo institucional del Estado y su régimen político, que éste se transforme en una parte o pieza del poder constituyente derivado. En palabras de Favoreu, un Tribunal Constitucional tiene la función de orientar a los poderes normativos del Estado, no de bloquear, y de allí arranca en parte su legitimidad.

¹⁵ Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 101-121.

“En otras palabras, no tienen la «última palabra»; pueden ser desmentidos por el poder supremo del Estado, el poder constituyente”.¹⁶ En los términos del barón de Montesquieu el Tribunal Constitucional tiene un “pouvoir d’empêcher” y no un “pouvoir d’établir”. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, no el único; pero ello no lo transforma en un poder normativo más del Estado. En palabras de Simon, acerca de los límites de la interpretación constitucional: “La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien es únicamente custodio de la Constitución”.¹⁷

Como nos recuerda el decano Vedel, el poder constituyente puede modificar normas o imponer una interpretación distinta a la de los jueces, pues el “pueblo es sólo soberano”.¹⁸

¹⁶ Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, en García Belaúnde, P. y Fernández Legado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 109.

¹⁷ Consultar trabajo monográfico de Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, M. Pons-IVAP, 1996, p. 854.

¹⁸ Vedel, Georges, *op. cit.*, p. 94

CAPÍTULO TERCERO

REFORMAS CONSTITUCIONALES DE SEGUNDA GENERACIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

I. PRESENTACIÓN

Con motivo del Taller Internacional “Un Cambio Constitucional Ineludible: la Corte Constitucional”, se nos invitó a exponer en el panel “Protección de Derechos Fundamentales” acerca del tema “La Protección Constitucional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Procesal Constitucional Chileno”, lo cual nos sitúa ante la paradoja propia de Pirandello de un personaje en búsqueda de un autor, ya que los derechos económicos, sociales y culturales están aquejados de una debilidad estructural y positivo-procesal en su recepción (reconocimiento y garantía) constitucional en Chile. De este modo, se ha llegado a negar la propia iusfundamentalidad de las normas sobre derechos fundamentales de contenido económico-social destacándose su falta de tutela judicial “diferenciada” o “extraordinaria” a través del proceso de amparo, incurriéndose así en un yerro lamentable, contaminado ideológicamente por la afirmación del Estado mínimo y del mercado como asignador de todo tipo de bienes.¹

En efecto, hablamos por una parte de una debilidad estructural en la medida que la Constitución de 1980 influida por concepciones neoliberales en lo económico y social recepcionó un concepto de Estado subsidiario o mínimo, y por otra de una debilidad positivo procesal en la medida que el

* Contribución al libro colectivo sobre derechos económicos, sociales y culturales, con base en una ponencia inédita presentada en un Taller Internacional realizada en Quito, Ecuador, 2007.

¹ Sobre la materia consultar a Häberle, Peter, “El concepto de derechos fundamentales”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III; Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.

catálogo de derechos económicos, sociales y culturales del artículo 19 de la Constitución es de una extrema sobriedad y su reconocimiento y garantía está asociado a la fórmula neoliberal de Estado abstencionista. Todo ello es resultado de una Constitución en origen otorgada, autoritaria y neoliberal, que como expresión iusfundamental de una “revolución” realiza una “refundación autoritaria del capitalismo” en Chile.

Lo anterior nos sitúa ante dos opciones de trabajo para abordar esta materia. Primero obliga a una lectura y hermenéutica de la Constitución finalista, evolutiva y progresiva en materia derechos económicos, sociales y culturales de la mano de la cláusula de reenvío del artículo 5o., inciso segundo, de la Carta a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes, como en el medio local lo hace con brillo Humberto Nogueira Alcalá.² Segundo, obliga a plantear una mirada prospectiva o de futuro de la Constitución, opción a la que nos referiremos en esta ponencia unida a una reflexión acerca de los derechos económicos, sociales y culturales, su naturaleza, objeto y sujetos.

En fecha reciente planteamos en Chile y en un auditorio universitario que la Constitución de “1980-2005”, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante D.S. núm. 100, de Segpres, de 2005, es “nueva-vieja” Constitución, es decir, después de 17 reformas desde 1989 y en especial de la última reforma promulgada por Ley núm. 20.050, la Carta en lo político institucional es una “nueva” Constitución que ha logrado purgar buena parte de sus “enclaves autoritarios” y parcialmente su ilegitimidad de origen, a través de una particular legitimidad de ejercicio, y al mismo tiempo, en lo económico-social es la “vieja” Constitución, ya que su Constitución económica y la social se mantienen en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una “refundación autoritaria del capitalismo” por obra del régimen autoritario que se instala a partir del 11 de septiembre de 1973.³

Lo anterior nos lleva a sostener que la Constitución tiene un saldo deudor, en algunas áreas, a saber:

² Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 135-177.

También se puede consultar el libro, hoy anticuado, de Roberto Mayorga L., *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 168-194.

³ Zúñiga Urbina, Francisco, “Vieja nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, núm. 4, 2007.

- a) Legitimidad de origen.
- b) Apertura de su “techo ideológico” que para el Constituyente originario es autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social, así como sus instituciones.
- c) Una “nueva” Constitución económica y social que descansa en la compatibilidad pública-privada (solidaridad y subsidiariedad), el amplio reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, y asociado a lo anterior la recepción de la fórmula del Estado social como forma jurídico política de Estado.
- d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las “nuevas” autonomías constitucionales, funcionales y territoriales.
- e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, como derechos políticos, económicos, sociales y culturales, según hemos anotado antes.⁴

En suma, en una perspectiva de futuro la Constitución de “1980-2005” debe ser objeto de una segunda generación de reformas constitucionales, constitutivas de una “operación constituyente”, que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución, y aborde los nuevos temas, con miras a una República democrática y un Estado de derecho más moderno, que incorpore la fórmula del Estado social. No basta con la remoción de los “enclaves autoritarios” del estatuto del poder en gran parte lograda con la reforma constitucional de 2005.⁵

Al resultado de esta “operación constituyente”, no circunscrita a la democracia de partidos sino también a la democracia de los ciudadanos, la denominamos Constitución del bicentenario o simplemente nueva Constitución. La “operación constituyente” requiere de la forja de un amplio consenso político constitucional en el seno de la política y de la sociedad ci-

⁴ Zúñiga Urbina, Francisco, *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

⁵ Consultar un texto básico de Garretón, Manuel Antonio, *Hacia una nueva era política. Estudios sobre las democratizaciones*, Chile, FCE, 1995, en especial pp. 38-51 y 253-266. Sobre la relación Estado social y derechos sociales consultar el libro del jurista mexicano Cossío D., José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

vil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de una oposición, a veces más cautiva del régimen autoritario de lo que uno podría desear, amparada en los quórums ordinario y extraordinario de reforma constitucional. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria de nuestro sistema institucional básico reflejo del viejo ideal del “gobierno de la ley”.⁶

II. REFORMAS DE SEGUNDA GENERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Concluida la transición, en el presente cuatrienio 2010-2014 se requiere avanzar en la elaboración de un proyecto de reforma constitucional para una nueva Constitución, que exige en primer lugar un esfuerzo en el plano institucional, específicamente en el discurso constitucional, abierto y persuasivo, para generar las condiciones de diálogo y de consenso-disenso en la sociedad política y sociedad civil.

Ello significa formular las ideas básicas de un proyecto de “reformas constitucionales de segunda generación”, que involucre una “operación constituyente” con la mirada puesta en una Constitución del bicentenario. En efecto, el tema de las “reformas constitucionales de segunda generación” admite dos órdenes de reflexiones: la primera concierne a los temas pendientes, a causa del disenso o de la falta de maduración, en la reforma constitucional promulgada el 26 de agosto de 2005 mediante la Ley núm. 20.050 y que tuvo por finalidad esencial remover los “enclaves autoritarios”, y que, de algún modo, llega 15 años tarde, y la segunda, concierne al discurso político-constitucional que el “progresismo” debe tener para enfrentar la construcción de la República democrática y el Estado de derecho modernos y una sociedad más plural.

1. *Reforma constitucional de 2005*

La reforma constitucional de 2005 se caracteriza por aquilatar un consenso necesario a la luz de los altos quórums para aprobar este tipo de proyectos,

⁶ Consultar a Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janes, 1985, en especial pp. 197-221; *id.*, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 1994.

y que por lo tanto, parece bastante mezquina comparada con el tradicional discurso constitucional de la Concertación de Partidos por la Democracia, gestado a partir del aporte del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24). En efecto, es mezquina la reforma de 2005, ya que se limita a restablecer la democracia política y el Estado de derecho, caras para nuestra tradición republicana.⁷

En razón de ello se plantearon sin éxito en el Senado y a partir de marzo de 2005 en el segundo trámite de discusión de la reforma, formalmente en la Cámara de Diputados, un conjunto de indicaciones que reflejan ideas fuerza de un discurso político-constitucional progresista que aborda los temas siguientes:

- 1) Reconocimiento de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones y costumbres, e incluso su derecho consuetudinario.
- 2) Establecer la fórmula del Estado social y democrático de derecho. Esta fórmula propia de la socialdemocracia europea de la segunda posguerra define un rol activo del Estado en la economía y sociedad civil en procura de las necesidades colectivas básicas como trabajo, seguridad social, educación, salud, vivienda, y amplia cobertura a servicios esenciales para asegurar un pleno disfrute de los derechos fundamentales, de suerte que los derechos civiles se vean completados por derechos económicos, sociales y culturales.
- 3) Introducción de una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que junto con asegurar la diversidad encomiende al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares tales como el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, el estilo de vida de las personas, entre otros.
- 4) También se instituyen mecanismos de participación directa de la ciudadanía en democracia como el referéndum, plebiscito, iniciativa popular de ley y revocatoria.
- 5) Reconocimiento de una cláusula de deberes de las personas en sociedad que genera un reequilibrio entre derechos y deberes.
- 6) Mejoramiento de la protección de derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a la salud y a la educación.
- 7) Creación de un mecanismo de participación y diálogo social a través de un Consejo Económico y Social, órgano consultivo integrado por los cuerpos intermedios de capital, trabajo y profesiones agremiadas.

⁷ Consultar a Nogueira Alcalá, Humberto, *Constitución reformada*, Santiago, CECOCH, 2006.

- 8) Institución del Defensor del Pueblo (o Defensor del Ciudadano) para la defensa y promoción de los derechos humanos en general y derechos fundamentales en particular, frente a la mala administración, deficiente funcionamiento de los servicios públicos de gestión pública y privada y, en general, tutela de derechos colectivos y difusos.
- 9) Instauración de un completo sistema de jurisdicción constitucional que aborde dos temas: mayor legitimidad del Tribunal Constitucional y mejor protección de derechos fundamentales. La mayor legitimidad del Tribunal Constitucional se logra con una generación de éste en que participen los poderes democráticos del Estado, ya que hoy es poco democrática y judicialista. Mejor protección de derechos fundamentales a través de dos herramientas: la cuestión de inconstitucionalidad, que con un filtro judicial permite a cualquier ciudadano obtener que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley. Asimismo, se requiere mejorar el sistema de responsabilidades y controles sobre esta judicatura.
- 10) Reequilibrio entre gobierno y Congreso Nacional. Nuestro exacerbado presidencialismo exige un mayor reequilibrio entre los tradicionales poderes Ejecutivo y Legislativo, sin que ello signifique parlamentarizar el régimen político. Por ello se plantea fortalecer las instituciones de control político como: interpelaciones parlamentarias y comisiones investigadoras, y además ampliar la órbita de la acusación constitucional en juicio político. Ciertamente un buen número de estas ideas fuerza materia de indicaciones en su trámite al proyecto de reforma constitucional se vieron fallidas o malogradas por temas de consenso y quórum. Sin embargo, estos temas constituyen un acervo valioso para un discurso político-constitucional progresista y para la cultura jurídica y política.

2. Reformas de segunda generación y prospectiva

A los temas antes enunciados se suman otros que son propios del discurso político-constitucional “progresista”, a saber:

- 1) Reforma del régimen político presidencialista. En este campo caben tres opciones: democratizar el presidencialismo, instaurar un régimen semipresidencial o bien un régimen parlamentario racionalizado. Es un tema abierto al debate en 1990 y clausurado con prisa por las élites.

- 2) Reforma político-territorial que está llamada a profundizar la descentralización administrativa y política, instaurándose un auténtico Estado regional. Esta reforma debe separar las funciones de gobierno-administración en la región, quedando el intendente (y gobernador) circunscritos al campo gubernativo y el gobierno regional al campo administrativo (similar a la reforma administrativa francesa de Mitterrand en 1982-86); con expresa elección directa del consejo regional por la ciudadanía regional, simultánea con las demás elecciones administrativas, reforma legislativa pendiente y elección directa o indirecta del presidente del órgano, quien se desempeñaría como órgano ejecutivo del gobierno regional.
- 3) Reforma del sistema electoral público, que aborde no solo las distorsiones de representación demográfico-territoriales del binominalismo, sino que también haga posible la participación directa de la ciudadanía a través de referéndum, plebiscito, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. La reforma al binominalismo posreforma ha quedado entregada a una ley orgánica de quórum especial (mismo quórum ordinario de reforma constitucional), introduciéndole un “amarre” al tema. La reforma debe dar cuenta, total o parcialmente en elecciones parlamentarias, de una nueva fórmula electoral, como el proporcional corregido (D’Hondt) que exige aumentar el número de miembros de la Cámara de Diputados y del Senado para asegurar que la configuración de distritos y circunscripciones sea a lo menos mediana para evitar distorsiones en la representación o bien exige un *mixtum* de binominalismo con circunscripciones nacionales con fórmula proporcional corregida. De este modo se corrige el sistema de exclusión de las minorías que el binominalismo consagra, sin generar barreras excesivas en la representación por la vía de establecer distritos y circunscripciones pequeñas en escaños a proveer.
- 4) Refuerzo de los derechos de ciudadanía instituyéndose los derechos siguientes: a la nacionalidad, de protección del Estado a sus nacionales, a una buena administración y de acceso a documentos, entre otros.
- 5) Refuerzo de derechos civiles, introduciéndose al catálogo del artículo 19 nuevos derechos y garantías, a saber: prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y trata de seres humanos; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, con independencia de la identidad sexual de las personas; derecho a la información, libertad de las artes y la ciencia y derecho de asilo, y la recepción de un cuadro de garantías para el nuevo proceso penal acusatorio.

- 6) Refuerzo de derechos sociales, económicos y culturales: reconocimiento al derecho de trabajo, derecho de huelga, derecho a la información y consulta a los trabajadores en la empresa, protección ante el desempleo, garantía de las condiciones de trabajo seguras y equitativas, prohibición del trabajo infantil, derecho de acceso a los servicios de interés económico general.
- 7) Nuevos derechos colectivos: derechos de los consumidores, derecho a la no discriminación fundada en raza, sexo, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo; pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; derechos del niño (derecho a la protección y cuidado para su bienestar, derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, preocupación estatal por el cuidado de los niños abandonados o vulnerables, y relación periódica de padres con hijos), derecho de las personas mayores (vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural); derecho a la integración de las personas discapacitadas (asegurar su autonomía, su integración social y cultural y su participación en la vida de la comunidad).
- 8) Reforma de la judicatura: instituyendo un Consejo General del Poder Judicial a cargo del “gobierno” y administración judicial integrado colegialmente por los poderes públicos y representantes de asociaciones de magistrados y funcionarios, y por otra parte establecer una Justicia Administrativa en el Poder Judicial, con tribunales especializados de primera instancia.
- 9) Reforma a la jurisdicción constitucional, reforzando la tutela de derechos fundamentales, estableciendo el amparo extraordinario de derechos sometido a una regla de subsidiariedad.
- 10) Perfeccionamiento de las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales (Ministerio Público, Banco Central y Tribunal Constitucional) y territoriales (gobierno regional y municipio), por la vía de reforzar los controles sociales, políticos y jurídicos y las responsabilidades.
- 11) Incorporar a la Defensoría Penal Pública a los cuadros orgánicos del Estado que gozan de autonomía constitucional.
- 12) Introducir en el capítulo XV constitucional, de reforma de la Constitución, el mecanismo del referéndum para resolver efectivamente las diferencias entre el presidente de la República y las cámaras como órganos del poder constituyente derivado.⁸

⁸ Sobre las proyecciones ideológicas de la modernidad sobre los derechos funda-

III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN

La dogmática de los derechos fundamentales en sentido estricto y de los derechos humanos en sentido lato nos permiten diferenciar, como paradigmáticamente lo hacen los pactos de la ONU de 1966, los derechos de la primera generación, en especial los derechos civiles, de los de la segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) por su origen histórico-político (y raíces ideológicas), modelo de Estado (liberal-social), relaciones economía-sociedad civil, y en cuanto a los derechos mismos por su sujeto individual-colectivo (titulares y condiciones de ejercicio), estructura lógica (derechos de negación-derechos de prestación) y objeto: las obligaciones negativas y positivas que los definen (Estado sujeto de la lesión de derechos y Estado obligado a prestar satisfactorios sociales).⁹

Un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su jibarización o abierta negación, al sostener que careciendo estos derechos de rasgos peculiares en cuanto sujetos, estructura lógica y objeto si se les compara con los derechos civiles, y poseer una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad); quedan entregados a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; lo que en el constitucionalismo latinoamericano dado su escoriamiento por el nominalismo constitucional o la proliferación de cláusulas económico-sociales, generalmente hace de estos derechos, no derechos o “promesas de derechos”. Un buen ejemplo de lo dicho es el debate suscitado con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno en 2006, respuesta a un amplio movimiento estudiantil enderezado a la universalidad y calidad de los servicios educativos, que pretendía ampliar la tutela del recurso de protección al derecho a la educación.

Este planteamiento crítico, que goza en Chile de extraordinario predicamento en la doctrina de filiación ideológica neo “liberal” o neo “conserva-

mentales, consultar a Gregorio Peces-Barba, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, en especial pp. 129-189.

⁹ Consultar a Bastidas F., Francisco J., *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 83-119; Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002. También es muy provechoso el ambicioso libro de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, en especial capítulo 1 y 2, pp. 19-116.

dora”, y en las élites, olvida que todos los derechos son justiciables, pero el nivel de jurisdiccionalidad en procesos ordinarios, especiales y extraordinarios de tutela de derechos o en procesos constitucionales difiere en cuanto al sujeto obligado por los derechos, la determinación y actualización de las obligaciones o deberes por una parte y en cuanto al alcance de las obligaciones negativas y positivas impuestas. Efectivamente, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos (bienes y servicios). Ciertamente, los tribunales del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional llamados a la tutela judicial del derecho de la Constitución (derechos subjetivos y derecho objetivo), no pueden ordenar o sustituir a los poderes públicos (legislación, gobierno y administración) o dictar políticas públicas de protección social, pero sí pueden establecer la mora de los poderes públicos o la inconstitucionalidad de la actividad estatal lesiva o contradictoria con tales derechos, todo ello en estrecha conexión con el valor y eficacia normativa de las normas iusfundamentales relativas a derechos.

En este contexto las obligaciones que el Estado asume en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dan cuenta de sus obligaciones “en serio” indirectas y progresivas (artículo 2o., inciso 1). Estas obligaciones “en serio” de los Estados, que admiten cierta justiciabilidad, son: *a*) la obligación de adoptar medidas inmediatas; *b*) la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos, y *c*) la obligación de progresividad y no regresividad de derechos.

En palabras del jurista trasandino Raúl Gustavo Ferreyra, estas obligaciones genéricas de los Estados importan expectativas, a saber:

1. *Expectativas inmediatas*

En primer lugar a la hora de adoptar las medidas inmediatas que posibiliten el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, la eliminación de toda práctica discriminatoria que los afecte o turbe. No menos importante es la tarea censal; en efecto, en materia de vivienda, educación, salud, cultura, etcétera, el relevamiento de los problemas que enfrenta la población, especialmente los grupos más fácilmente vulnerables, es una obligación de esta especie de medidas. Lo propio ocurre con las minorías, el multiculturalismo y multilingüismo. Es “empíricamente imposible” referirse al contenido

y eficacia de esta categoría de derechos, si inmediatamente no se conoce con bastante certeza el grado de disfrute que, por definición, implica una actuación positiva.

2. *Expectativas de no regresividad*

En segundo lugar, la observación general número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1990, en su artículo 10 dice que dicho órgano es de la opinión que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos elementales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda mínimos, o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo las obligaciones que le impone el tratado. Si el Pacto se interpretase de tal manera que no estableciese una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima, debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trate. El párrafo 1 del artículo 2o. obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado el máximo esfuerzo posible por utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. En este campo, la noción general es que los Estados se encuentran obligados —diría definitivamente obligados— a la adopción de alguna medida que traiga como consecuencia que, dentro del contexto, arrojen como balance la satisfacción o mantenimiento de los niveles mínimos exigibles.

3. *Expectativas de progresivo desarrollo*

Finalmente, la obligación de progresividad y prohibición de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es el elemento que centralmente designa las posibilidades de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que patentiza de modo más indeleble las propiedades definitivas de esta categoría de derechos subjetivos. Sobre el particular, los patrones pueden también ser visualizados en la observación general número 3

del Comité. La claridad de sus disposiciones exige de mayores comentarios. Veamos. En su artículo 2o. dice: “Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”. Las definiciones sobre la no regresividad prosiguen en la cláusula 5: “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”.

La regla número 9 es, probablemente, “el pilar oculto de todo el sistema interpretativo”: “La principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2o. es la de adoptar medidas (para lograr progresivamente... la plena efectividad) de los derechos reconocidos (en el pacto)”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras, progresivamente se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Concluye Ferreyra anotando:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirían la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. La cláusula 12ª agrega: “El Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en rea-

lidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.

Agrega Ferreira:

Considero necesario señalar que el análisis que se viene gestando merece ser completado con la observación general número 9, aprobada en diciembre de 1998. Allí dice: “1. En su observación general número 3 (1990) el Comité abordó cuestiones relacionadas con la índole y el alcance de las obligaciones de los Estados Parte... La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Parte den efectividad a los derechos reconocidos. En la regla 10 se agrega, por su parte, que en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del pacto pueden aplicarse de inmediato. Así, en la observación general número 3 se citaba, a título de ejemplo, el artículo 3º, inciso i) del apartado a) del artículo 7º —salario equitativo—, el artículo 8º —derecho de formar sindicatos—, el párrafo 3 del artículo 10 —protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social—, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 —reducción de la mortalidad infantil y sano desarrollo de los niños—, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 —derecho de libertad de los padres para decidir la educación de sus hijos—. Y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones).¹⁰

Hasta ahora nos hemos referido a los derechos económicos, sociales y culturales del Pacto de 1966 en razón de las anotadas debilidades estructural y positivo procesal en materia de reconocimiento y garantía de este tipo de derechos en la Constitución vigente en Chile, sin que a mi juicio resulte posible admitir la tesis del “bloque constitucional de derechos” a que se refiere Nogueira Alcalá en nuestro medio.

Lo expuesto también nos obliga a reconocer las limitaciones que el Pacto de 1966 tiene en materia de garantía de derechos económicos, sociales

¹⁰ Ferreyra, Raúl Gustavo, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 91-93.

y culturales, que obligan positivamente al Estado en la medida de sus posibilidades, garantía que se limita al derecho de sindicación, al derecho de huelga y a la libertad de educación, excepciones que se fundan en una obligación negativa o rol pasivo del Estado, por lo que admiten una amplia “justiciabilidad”.

Finalmente, en el sistema interamericano Chile plantea un notorio déficit en relación con el Protocolo de San Salvador, al estar pendiente su incorporación al derecho interno.

Lo expuesto obliga a recoger una reflexión final acerca del sobrio catálogo de derechos fundamentales del tipo derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la seguridad social, derecho a una retribución justa, derecho a la salud, derecho de sindicación, derecho a la educación y derecho a un medio ambiente sano (artículo 19, núms. 18, 16, 9, 19, 10 y 8 de la Constitución respectivamente), que a pesar de estar conectados con un modelo de Estado subsidiario o mínimo admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que con base en una concepción personalista del Estado (que define como fin del Estado el bien común y como deberes-fines la integración social y el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, entre otros) y a una concepción vicarial de poder político admitan una apertura al Estado social o solidario.

Esta lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución, debe conferirle a las normas iusfundamentales de derechos fundamentales del tipo de derechos económicos, sociales y culturales todo el valor normativo y eficacia normativa. De esta manera es central ligar el reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, a una compleja positivación de normas iusfundamentales (Gomes Canothilo) a saber: normas programáticas (normas de principio las denomina Crizafulli en la doctrina italiana) definidoras de tareas y fines del Estado (Staatszielbestimmungen) de contenido social, normas de organización atributivas de competencias para dictar medidas relevantes en los ámbitos económico, social y cultural), garantías institucionales (Institutionnelle Garantien), obligando al legislador a proteger ciertas instituciones) y normas sobre derechos subjetivos públicos. Al mismo tiempo, el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, permiten reforzar el reconocimiento y garantía efectiva de estos derechos.¹¹

¹¹ Consultar a Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984. También a Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios*

Ciertamente no es este el lugar para desarrollar dogmáticamente esta lectura y hermenéutica de la Constitución, pero un botón de muestra de lo dicho es el desarrollo infraconstitucional de los derechos económicos, sociales y culturales en la legislación del trabajo, seguridad social, salud pública, vivienda, entre otras, que autorizan a hablar de políticas públicas de una red de protección social con miras a un Estado de bienestar, siendo otro botón de muestra el plan de cobertura pública universal de salud, el programa Chile solidario, y las reformas previsional y educacional en curso aparentemente inacabado. Se agrega a esto la amplia “deferencia” del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional hacia el gobierno y la administración en cuanto a la formulación y ejecución de políticas públicas sociales. La segunda paradoja de esta ponencia, es que se trata de un Estado de bienestar sin cobertura explícita en la Constitución social y económica y contradictoria con el techo ideológico de ésta. Es una paradoja que demuestra la estrecha conexión que tiene la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales con las condiciones reales de tipo socioeconómico y político.

Finalmente, una aproximación garantista a los derechos económicos, sociales y culturales, como nos recuerda Ferrajoli, exige dar cuenta de la relación normatividad-efectividad, y de la imperfección en la configuración de estos derechos como derechos así como de sus garantías, para encontrar herramientas de tutela adecuadas. También nos exige esta aproximación garantista establecer un nexo entre los derechos y la democracia política, no postergando los derechos económicos, sociales y culturales al desarrollo económico, sino avanzar gradualmente en la efectivización de los derechos (Peña).¹² La fiscalidad del Estado, las políticas públicas sociales y los espacios para la política (ciudadanía) y el mercado, van a definir en cada momento las herramientas de tutela, pero los derechos económicos, sociales y culturales, impedirán a lo menos una regresividad, ya que se han alojado en la decisión misma acerca de la forma jurídico-política de Estado y la legitimidad social y política que un sistema de dominación tiene. En este sentido, la globalización o mundialización ofrece posibilidades progresivas a los de-

Constitucionales, núm. 1, 1988, pp. 239-260; Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, pp. 335-340.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 108-109, y Abramovich, V. y Courtis, C., “Los derechos sociales...”, *cit.*, pp. 249 y 250. También consultar a Peña González, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, pp. 188-198.

rechos económicos, sociales y culturales si nos tomamos en serio el derecho internacional de los derechos humanos y el ideal de humanidad.¹³

IV. CONCLUSIONES: CONSTITUCIÓN DEL BICENTENARIO Y GARANTISMO

Hemos iniciado este capítulo con una paradoja a propósito del tema acerca del cual se nos invita a exponer y sobre el cual consignamos como características torales una debilidad estructural y positivo procesal de la recepción constitucional (reconocimiento y garantía) de los derechos económicos, sociales y culturales en Chile, y por ello proponemos una perspectiva de *Constitutio-ne ferenda*, una mirada de futuro o por-venir.

En suma el esbozo de temas o contenidos desde una mirada o aproximación del por-venir o futuro, exige plantear un discurso político constitucional coherente con miras a la nueva Constitución o Constitución del bicentenario, en que el consenso en torno a las “reformas de segunda generación” se verifique en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del poder constituyente derivado, de suerte que los quórum del *iter Constitutio-ne* no operen como mecanismo contramayoritario de bloqueo, sino solo como mecanismo contramayoritario en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Pero, hemos cerrado esta ponencia con una segunda paradoja: la Constitución económica y social de filiación ideológica neoliberal, admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que le confiere a las normas acerca de derechos fundamentales de contenido económico social (y a las normas de principio) todo su valor normativo y eficacia normativa abriendo el modelo de Estado, y de relaciones economía-sociedad civil al Estado social o solidario, todo lo cual confluye a un orden concreto de cosas en que el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales y políticas públicas hacen posible una red de protección social universal en relación con algunas necesidades públicas, enderezada al asentamiento del Estado de bienestar.

Para concluir, resta anotar para el debate que los derechos económicos, sociales y culturales que han servido en la segunda mitad de siglo XX de base para el desarrollo de un nuevo paradigma en el derecho internacional de los derechos humanos, de lo que es un botón de muestra el comentado Pacto de 1966 de la ONU o los convenios del sistema OIT, se ven sometidos

¹³ Ferrajoli, L., *op. cit.*, pp. 148-158.

dos o expuestos hoy en los albores del siglo XXI, insertos en un proceso de globalización o mundialización, a severos retrocesos por el tipo de orden económico internacional imperante, que se materializa en tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, de protección de inversiones y de protección de privilegios o franquicias, enderezados a la protección de un desarrollo capitalista dominado por una visión neoliberal. El fin del viejo dogma de la soberanía interna y externa que sirvió a la edificación del Estado nacional primero y a los procesos históricos de descolonización y nuevo orden económico internacional, hoy es puesto en tela de juicio bajo el pretexto de someter o encadenar al Estado-Leviatán.¹⁴ La globalización o mundialización también encierra una paradoja en materia de derechos humanos en general y de derechos económicos, sociales y culturales, a saber: la anotada antes que importa tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos y la expansiva subjetividad de la persona en dicho orden, y la consignada ahora acerca de un modelo de desarrollo capitalista global que reduce los espacios de la política (Estado), de la ciudadanía y de los derechos, por el mercado y una natural “mano invisible” que pretende inaugurar una “edad de oro” o “fin de la historia”.

¹⁴ Consultar a Moderne, Franck, “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y Estado*, México, Consorcio de Universidades-UNAM, 2002, pp. 493-527; Witker, Jorge, “Los derechos económicos y sociales en el contexto del área de Libre Comercio de las Américas”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Derecho Internacional de los derechos humanos*, México, Consorcio de Universidades-UNAM, 2002, pp. 593-607.

CAPÍTULO CUARTO

REFERÉNDUM Y CONSTITUCIÓN. ALGUNAS NOTAS ACERCA DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE “PLEBISCITOS AMBIENTALES”*

I. PROLEGÓMENOS

En relación con el XII Diálogo Ambiental en que se me pide comentar un proyecto de reforma constitucional de iniciativa parlamentaria en el Senado mediante moción del 11 de mayo de 2011, es menester elaborar una breve ponencia sobre las técnicas de participación o decisión política tales como el referéndum y el plebiscito, y su recepción en el proyecto de reforma constitucional acerca de “plebiscitos ambientales”.¹

En la ponencia sumariamente debemos hacernos cargo de algunos conceptos torales, elementos de análisis y debate sobre el tema, a saber:

- 1) El referéndum es un instituto cuyo origen es la antigua Cartago, y en la modernidad es muy frecuente en Suiza, Estados Unidos de América e Irlanda, menos frecuente en Francia y Dinamarca, con carácter

* Intervención en XII Diálogo Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 24 de mayo de 2011.

¹ Moción ingresada a la Secretaría del H. Senado el 11 de mayo de 2011 bajo el título “Proyecto de Reforma Constitucional que instauro los plebiscitos ambientales”, el que reza: Artículo Único.- Agréguese el siguiente inciso final al artículo 19 núm. 8 de la Constitución:

“En los casos de proyectos o actividades que pueden afectar o se pretendan desarrollar dentro de una o más comunas y que puedan generar o presentar riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y el aire, o alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del vapor paisajístico o turístico de una zona o bien cuyo emplazamiento sea en tierras indígenas o que puedan afectar el emplazamiento de comunidades indígenas, deberá llamarse a plebiscito, en los términos que establezca la ley, a fin que los habitantes de la o las comunas afectadas se pronuncien sobre si aprueban o rechazan la instalación de dicho proyecto”.

consultivo en Suecia y Noruega, y se incorpora, en un cuadro completo de instituciones y derechos políticos de “gobierno semidirecto” o democracia participativa “fuertes” (referéndum, iniciativa popular de ley y/o revocatoria de mandato), en las Constituciones del último ciclo de nuevo constitucionalismo latinoamericano: República Bolivariana de Venezuela (1999), Bolivia (2007) y Ecuador (2008). Estas recientes Constituciones inscriben el referéndum en el contexto de una función o poder electoral popular que participa en la formación de la voluntad política, no solo a través de la representación política tan propia de la democracia indirecta sino también a través de la participación del pueblo o cuerpo electoral (plebiscito, referéndum, consultas, iniciativa popular, revocatoria de mandato, entre otras) tan propias de la democracia participativa.² El clásico iuspublicista español Adolfo Posada hace más de un siglo en su monografía “El sufragio” define el referéndum del modo siguiente: “... la función del sufragio por virtud de la cual éste interviene en la adopción definitiva de las leyes, ejercitando como una especie de prerrogativa de veto y de sanción, análoga en su alcance a la que es corriente atribuir a los monarcas constitucionales”. En virtud del referéndum el pueblo participa directamente en la adopción o rechazo de la legislación o en la decisión política de última instancia sobre cuestiones que les incumbe directamente. En razón de la materia objeto de la técnica de participación popular, es decir, la naturaleza del acto del poder estatal sometido a esta intervención del pueblo, se distingue entre referéndum constitucional, referéndum legal y referéndum financiero; en razón de su fundamento jurídico se distingue entre referéndum facultativo (cuando su iniciativa depende de una autoridad competente para ello, sean poderes públicos o una fracción del electorado que corresponda) y referéndum obligatorio (cuando es impuesto por la Constitución como requisito necesario para la validez de ciertos actos estatales), y en relación con su operatoria o eficacia jurídica puede ser referéndum consultivo (cuando el resultado de la consulta

² En la nueva Constitución de la República de Ecuador de 2008 en el capítulo V del título II (Derechos) se consagran derechos de participación tales como los tradicionales y los derechos a presentar proyectos de iniciativa popular, derecho a ser consultados, derecho a revocar mandatos (artículo 61). A su vez en el Título IV (Participación y organización del Poder), cap. I, sección cuarta (artículo 103 y siguientes) se regula la “Democracia directa” y sus instituciones: iniciativa popular normativa, consulta popular, revocación de mandato. Finalmente el título IX (Supremacía de la Constitución), capítulo III regula la “Reforma de la Constitución que prevé referéndum (artículo 441) y consulta popular (artículo 444)”.

no tiene carácter vinculante para las autoridades concernidas) y referéndum de ratificación o sanción (cuando es preciso el empleo de esta técnica para la sanción de una reforma constitucional, ley o medida de la autoridad, sustituyendo el referéndum a la sanción). El referéndum al igual que la iniciativa popular de ley se inscriben en la “reforma del Parlamento” (Kelsen), buscando morigerar la representación y distancia del parlamentario con el cuerpo electoral.³

- 2) El plebiscito es una voz latina (*plebiscitum*) que significa decreto del pueblo, es decir, un decreto emanado de los comicios de la plebe (*concilium plebis*), obligatorios para ésta primero y que se gesta a propuesta de tribunos, y que pasa a las Asambleas Medievales, bajo la forma de decisiones de representantes “refiriendo” el asunto a sus mandantes y bajo reserva de aprobación (*ad referendum*). En el derecho público moderno el plebiscito es la consulta directa y excepcional que se hace al pueblo acerca de una medida fundamental o cuestión vital del Estado, no afectando a la legislación (plebiscito nacional) o sobre su voluntad de independencia o anexión (plebiscito internacional). Posada nos dice que el plebiscito es la resolución tomada por todo un pueblo a pluralidad de votos y representan los actos de voluntad popular mediante los que el pueblo exterioriza su opinión sobre un hecho determinado de su vida política.
- 3) En consecuencia, las diferencias entre referéndum y plebiscito saltan a la vista. Primero, el referéndum interviene, como una etapa regular y terminal en el procedimiento de reforma constitucional, en el procedimiento legislativo (*v. gr.* aprobación o abrogación de un cuerpo legal) o en el procedimiento de adopción de decisiones políticas o administrativas, y en cambio, el plebiscito está reservado para la adopción de decisiones fundamentales del Estado, acerca de su estructura, territorio o régimen político. Segundo, el referéndum es una técnica de participación política usual en las democracias políticas o representativas contemporáneas por influjo del modelo de democracia participativa, prevista en la Constitución y la ley para adoptar decisiones o aprobar/rechazar una decisión, y en cambio, el plebiscito es una técnica excepcional destinada a ratificar una decisión antelada de los poderes

³ Posada, Adolfo G., *El sufragio*, Barcelona-Buenos Aires, Manuel Soler Editores, s.f.; *id.*, *Ciencia política*, Barcelona-Buenos Aires, Manuel Soler Editores, s.f., pp. 159-160; *id.*, *Tratado de derecho político*, 5a. ed., Madrid, Librería V. Suarez, 1935, reedición de Comares, Granada, 1998; también Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Nacional, 1979, pp. 449-451, *id.*, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor-Guadarrama, 1977, pp. 64-73.

públicos o a aprobar una transformación del Estado, su régimen político o su territorio. En suma, el plebiscito es un concepto que designa una técnica reservada a votaciones populares acerca de la “forma de Estado”, cuestiones territoriales o políticas de primer orden, y no a “cuestiones constitucionales” o legislativas (Loewenstein).

- 4) Finalmente, es menester recoger algún alcance sumario acerca de la iniciativa popular de ley y de la revocación, configurados como institutos y derechos políticos específicos, que aportan a la democracia moderna de una sociedad de masas, la que es eminentemente democracia representativa, instituciones de democracia participativa. Esta mixtura o “mezcla” de instituciones propias de formas de democracia distintas, intenta un difícil equilibrio entre representación y participación, entre mandato representativo y mandato imperativo y en definitiva entre los principios-dogmas de la soberanía nacional y de la soberanía popular. La iniciativa popular consigue que el impulso del procedimiento parlamentario no proceda solo del Parlamento o Gobierno, sino del pueblo (Kelsen). La revocación (*recall*) restituye al pueblo o cuerpo electoral determinado, una suerte de mandato imperativo, para destituir o alejar a la autoridad, actualizando así la confianza depositada en éste. La iniciativa es el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a exigir la consulta popular sobre una determinada acción legislativa. Cuando se trata simplemente de invitación a la autoridad legislativa ordinaria a legislar sobre una cuestión, se llama iniciativa simple; cuando la invitación se expresa en forma de proyecto, se llama iniciativa formulada” (García Pelayo). La revocación es el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria”.⁴

II. CONTEXTO DEL REFERÉNDUM Y DEL PLEBISCITO. DEMOCRACIA Y AUTOCRACIAS

Situados en el contexto de los regímenes políticos o sistemas políticos democráticos, las técnicas de participación política de la democracia participativa

⁴ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 183 y 184.

tales como el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular de ley, la revocatoria de mandato, son abordadas en la teoría política democrática y en la teoría del Estado contemporánea usualmente como instituciones “débiles”, incapaces de modificar la caracterización de la democracia pluralista occidental como una democracia representativa, indirecta o política (C. J. Friedrich, K. Loewenstein), a lo sumo son un influjo positivo para la democracia moderna en la medida que no se desequilibre la “mezcla” de instituciones; advirtiéndose acerca de los peligros que la “acción popular directa”(en especial los plebiscitos) sufre bajo la “emotividad de las masas” (Friedrich) o “excesivo grado de emoción” de las masas (Loewenstein), la propaganda de masas y las cuestiones territoriales o militares. Se observa en la teoría política y democrática de la segunda posguerra una defensa acrítica de la “democracia gobernada” (Burdeau), moderna, política, representativa, en suma de la “democracia constitucional”, no solo como la única posible (Sartori), sino como el único arreglo institucional que permite el equilibrio de poder; conjurar el peligro de la “tiranía de las mayorías” por obra de la representación y de las instituciones contramayoritarias, ello cuando no observamos una defensa de la democracia elitista.

Para el jurista germano Carl J. Friedrich la democracia moderna ha estado “obsesionada” por el espectro de la “acción directa popular”, como alternativa a las instituciones de la democracia representativa, y a su vez la “manipulación de la psicología de las masas” con miras a destruir las limitaciones constitucionales en nombre de “Su Majestad el Pueblo” ha tomado forma en regímenes dictatoriales, por lo que la dificultad de oponer restricciones efectivas a las instituciones de democracia directa, hace de sus técnicas artificios discutibles para sociedades sin una firme “moral constitucional”.⁵ Incluso más se opone la “democracia gobernada” del ciudadano del orden liberal a la “democracia gobernante” del “hombre situado” del orden social (Burdeau), para justificar el arreglo institucional realista y pluralista de la democracia gobernada, de partidos, tecnoburocracia y representación. Por otra parte, la mixtura de instituciones de representación-participación, se inserta contemporáneamente en una “democracia difícil”, de verdaderas paradojas (Bobbio), de masas, de despolitización y desideologización, de manipulación multimedial, de tecnoburocracia, en la que es innegable la importancia creciente de los *mass media* (poder de la imagen) del omnipresente “video poder” (Sartori). En la “democracia goberna-

⁵ Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, FCE, 1946, pp. 517-542; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 327-338.

da” la ideología tecnocrática-elitista pretende desposeer de poder político a la masa para decidir cuestiones “técnicas” o de decisión natural por los “expertos” o “gerentes”, negando el fundamento ético de la democracia (autonomía del individuo) para decidir, sin distinguir entre “competencia técnica” y “competencia moral” como indica Bobbio, autonomía para ser el mejor juez (el ciudadano y el pueblo) de sus propios intereses; instalando la idea, muy propia del (neo) liberalismo contemporáneo, que la única democracia posible es la democracia “liberal” (Sartori). Lo cierto es que el análisis de estas instituciones y derechos políticos de participación política (referéndum, iniciativa y revocatoria) no son conformadoras de una democracia directa, que efectivamente hoy es una “curiosidad histórica”, sino en rigor de un “gobierno semidirecto” (Duverger, Burdeau), por la inevitable mixtura producida con las instituciones y derechos políticos de la democracia representativa.⁶

Asimismo, situados en el contexto de regímenes autocráticos el “plebiscito” se hace acreedor de ser examinado como una pieza más del ensamblaje de técnicas de legitimación política de tales regímenes, cuando no funcionales a cultos a la personalidad o de liderazgos fuertes o salvíficos, y en el mejor de los casos es parte de las técnicas de legitimación de regímenes presidenciales cesaristas (democracia plebiscitaria) o de regímenes democráticos con liderazgos fuertes como la V República francesa bajo De Gaulle.⁷

Con todo, debemos reconocer que tal ensamblaje de instituciones y derechos de “gobierno semidirecto” en la democracia representativa es compleja, y no deja de estar expuesta a “democracias plebiscitarias”, o a lo que modernamente Sartori denomina “democracia de referéndum”, de individuos

⁶ Bobbio, Norberto, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en varios autores, *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 5-25, y la recopilación de M. Bovero, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 449-462; Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 305-316; *id.*, *Aspectos de la democracia*, México, Limusa Wiley, 1965, pp. 456-460, o la reelaboración de la misma obra en *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez G., Madrid, Alianza, 1987, 2 vols., t. I.; Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1988, pp. 81 y 82; Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 176-181; *id.*, *La democracia. Ensayo sintético*, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 49-55, y *El liberalismo político*, trad. de G. A. Piemonte, Buenos Aires, Eudeba, 1983, p. 170, 207. También el desarrollo clásico de Burdeau en *Traité de Science Politique*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949-1957, t. V (1953), VI (1956).

⁷ Jiménez de Praga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1983, pp. 182-199.

puestos en su soledad y particularidad ante una terminal de computación para adoptar decisiones colectivas, sin mediación, sin deliberación, sin negociación, en suma un gobierno de mayorías sin minorías, un mecanismo de decisión de suma cero. Pero al mismo tiempo, la democracia gobernada aseguradora de la libertad, que denominamos hoy democracia constitucional es una democracia a medias, se preocupa que en el origen del poder las elecciones cumplan su rol legitimador, pero organizan la representación, como lo reconoce Burdeau, para que las aspiraciones del pueblo resulten “purificadas”, estableciendo un vínculo pueblo-poder, pero entre individuos y gobernantes no se produce un lazo, sino una pantalla. En esta democracia gobernada, ocurre lo mismo que en la mitología griega: las Parcas de la democracia moderna (tecnocracia, burocracia, centralización), proveedoras de nuestros infiernos, nos obligan a vivir sin libertad.

Por ello, se hace necesario compendiar algunas precisiones acerca de la inclusión de instituciones y derechos políticos del “gobierno semidirecto” o democracia participativa en los regímenes políticos contemporáneos:

- 1) Tradicionalmente se inserta el plebiscito, al igual que el referéndum, entre las técnicas de participación política directa del órgano pueblo en las decisiones políticas, junto con técnicas como la iniciativa popular de ley y el *recall* o revocatoria de mandato, tan caras a la democracia directa.⁸ Materias que han sido objeto en nuestro país desde 1990 de iniciativas de reforma constitucional mediante mociones parlamentarias o mensajes, las que no han tenido ninguna fortuna.
- 2) Con todo, el plebiscito tiene mala prensa en la teoría política del siglo XX, sea por su referencia a una democracia directa, utopía del pensamiento democrático y socialista, sea por su funcionalidad con regímenes autoritarios de signo fascista o nacional católico, y que se remonta al siglo XIX a su uso por Luis Napoleón Bonaparte en la II República francesa y que le permite siendo presidente restaurar el Imperio en 1851. El régimen de Hitler, Mussolini, Dolfuss, Franco y Oliveira Salazar son ejemplos elocuentes de la utilización legitimista-carismática dirigida a la ratificación de las decisiones del caudillo (en sentido weberiano), del uso del plebiscito para afianzar el principio del caudillaje (Schmitt, Conde).⁹ En este contexto, se consolida la idea

⁸ Thibaut, Bernard, “Instituciones de democracia directa”, en Nohlen, D. y Zavatto, D. (coords.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, FCE, 1998, pp. 65-88.

⁹ Un repaso de los regímenes fascistas europeos de época (Italia, Portugal, Ale-

del plebiscito como un referéndum sin garantías de competitividad, legalidad y justiciabilidad, como ejemplarmente lo fue en nuestro país el plebiscito de 1980 ratificadorio de la decisión constituyente del régimen político autocrático (Junta de Gobierno depositaria de dicha potestad en virtud de la “legalidad” del régimen de facto), que dio pie a una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal, o como lo fue el plebiscito de 1988 en que el mismo régimen intentó la continuidad temporal en el poder por ocho años del autócrata.

- 3) Por otra parte, el movimiento obrero tuvo una posición ambivalente frente al plebiscito, el socialismo francés lo rechazó rotundamente por su ligazón al bonapartismo, objeto de brillante descripción en obras clásicas de Marx y Engels como *El dieciocho de brumario de Luis Napoleón Bonaparte* o el escrito sobre *La lucha de clases en Francia*, que dio origen a una nueva categoría en la ciencia política, la de “dictadura bonapartista” puesta en apariencias sobre el conflicto de clases, y contra el socialismo alemán, a través de F. Lassalle que lo introduce en el Estado popular o de K. Kautsky que lo valoró como un buen instrumento de participación obrera.¹⁰

Sin embargo, en la primera posguerra mundial y entreguerras el plebiscito y el referéndum son técnicas que emergen con fuerza en el constitucionalismo democrático y social, integrando lo que Mirkiné Guetzevitch denominó nuevas o “modernas” tendencias constitucionales;¹¹ pasando a plasmarse el referéndum y la iniciativa popular de ley en la Constitución de Weimar, de Austria (artículos 41, 43, y 44), Irlanda (artículo 47,48 y 50), Lituania (artículos 103, 104 y 105), Checoslovaquia (artículo 46) , Letonia (artículos 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79 y 80), Estonia (artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 87, 88 y 89), Grecia (artículo 125) y en la Constitución de la Segunda República Española de 1931

mania, España) ver la obra de Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derechos político*, Madrid, Civitas, 2a. ed., 1984, pp. 541 y ss. De Schmitt es muy ilustrativo el “Führer prinzip” como poseedor del poder y señor de la justicia en su trabajo “Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939” publicado en español en Aguilar, Héctor Orestes (comp.), *Carl Schmitt. Teólogo de la política*, México, FCE, 2001, pp. 63-118. Del discípulo español de Schmitt el principio de caudillaje de Francisco Javier Conde, *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid, IEP, 1974, vol. I, pp. 360-394.

¹⁰ Sobre las obras políticas de Karl Marx consultar, *Obras escogidas*, Madrid, Akal, 1975, t. I, pp 250-351, pp. 491-571.

¹¹ Mirkiné-Guetzevitch, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, trad. de S. Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934; *id.*, *Le referéndum et le parlementarisme dans le nouvelles constitutions européennes*, París, PUF, 1930.

(artículo 12) para la aprobación de estatutos de regiones autónomas (dos tercios de lectores inscritos).¹² En entreguerras el referéndum y la iniciativa popular de ley son introducidas para morigerar la democracia de partidos, perfeccionar la democracia y racionalizar el poder al introducirlo en el procedimiento de reforma constitucional.

Las teorizaciones de la época a favor del plebiscito y del referéndum (Hugo Preuss, Léon Duguit y R. Carré de Malberg) provienen de iuspublicistas demócratas, pero en acendrada crítica al Estado de partidos, por lo que estas técnicas estaban orientadas a limitar el poder del Parlamento.¹³

- 4) En Chile la Constitución de 1925, en sintonía con las “modernas tendencias constitucionales” de la época de entreguerras, contempló el impropio denominado “plebiscito” como un medio extraordinario, de resorte del presidente de la República, para resolver un conflicto, cuando dos tercios de los miembros de ambas Cámaras rechazasen el veto a un proyecto de reforma e insistiesen en su predicamento. Análoga fórmula es la consagrada en el artículo 128, incisos cuarto y siguientes de la Constitución de 1980/2005.¹⁴

La gran reforma constitucional de 1970, amplió el radio del plebiscito, facultando al presidente de la República a convocarlo cuando las cámaras rechazasen totalmente, en cualquier trámite, un proyecto que él hubiere presentado o cuando rechazasen todas o algunas de sus observaciones (veto). Es menester recordar que esta modalidad de plebiscito, sufrió un traspie institucional con motivo del proyecto de reforma de las tres áreas de la economía, con una pequeña historia conocida ampliamente.¹⁵

- 5) Por la vía ejemplar, en diversos proyectos de reforma constitucional de la transición política democrática (1990-2005), contenido en mensaje y con origen en moción, y periclitados finalmente, restableció el plebiscito como una técnica de participación que permite resolver un conflicto de poder entre órganos supremos del Estado como son el presidente de la República y las cámaras, siguiendo muy de cerca la

¹² Mirkin-Guetzevitch, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, 1931.

¹³ Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 1948, pp. 1042 y 1043; Duguit, Léon, *Traite de Droit Constitutionnel*, París, Cujas, 1984, t. I, pp. 341.

¹⁴ Andrade G., Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp. 650-652.

¹⁵ Evans de la Cuadra, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, pp. 76-81.

normativa iusfundamental de la Gran Reforma de 1970. Estamos en presencia de una suerte de “referéndum arbitraje” en que se somete al pueblo, depositario último de la soberanía, las diferencias entre los poderes que intervienen en el procedimiento del constituyente derivado (Carré de Malberg, Burdeau).

Luego, plantear el plebiscito o bien el referéndum como una técnica de participación, llamada a resolver un conflicto o disenso acerca de los contenidos del “pacto constitucional”, solo puede hacerse intrasistema por la vía de modificar las reglas del capítulo XV de la Constitución (poder constituyente derivado).

Una fórmula extrasistema, que corte el “nudo gordiano” de los quórum extraordinarios de una Constitución hiper-rígida como la vigente, supone el recurso al poder constituyente originario vía “operación constituyente”, combinando la técnica del referéndum y la elección de una asamblea constituyente, ambas máxima expresión de la voluntad de la soberanía popular.

Es menester recordar aquí que las Constituciones de nuestra historia han tenido, sea en la forma o en el fondo, su origen en el poder constituyente originario, aunque la Constitución conservadora de 1833 y la Constitución republicana de 1925 se presentan a sí mismas como reformas de las cartas anteriores.

Pero la fórmula extrasistema choca con el reconocimiento explícito e implícito de la “legalidad” del régimen autoritario, es decir, de la validez y eficacia de su ordenamiento jurídico y su Constitución. Este dato integra el concepto mismo de “transición pactada”, que además, introdujo a la Constitución otorgada y autoritaria un principio de legitimación con la reformas constitucionales de 1989, 1991, 1997 y 2005 principalmente. También es un dato político lo relativo a condiciones políticas para una propuesta extrasistema, que no le confieren viabilidad en el tiempo reciente.

En el fondo me parece que estamos frente a un “nudo gordiano” institucional, ya que sin consenso reflejado en el quórum reforzado especial y agravado de dos tercios de parlamentarios en ejercicio, no resulta posible incorporar el referéndum al procedimiento del poder constituyente derivado como un “referéndum arbitraje”. Este nudo o entramamiento para remover los “enclaves autoritarios” o para reformar los componentes contramayoritarios del sistema político, encierra el peligro de una profecía autocumplida, que en la práctica política produce verdaderos extravíos.

III. CONCLUSIONES

En suma, es menester proponer en el plano conceptual crítico, en el plano de la *Constitutione lata* y de la *Constitutione ferenda*, sobre el plebiscito y el referéndum como técnicas de participación política, lo siguiente:

- 1) Primero, sustituir el término plebiscito por referéndum, lo que no es fruto de una reflexión desde el “cielo de los conceptos”, puramente *nomen iuris*, sino en razón de la mala prensa bien ganada del primer término y así evitar la reiterada homologación conceptual de ambos en nuestro país, debido a su uso impropio en los artículos 5o., 15, 18, 118 y en el capítulo XV sobre reforma constitucional en una hipótesis de laboratorio (veto total o parcial, insistencia de las cámaras con quórum preceptivo), o en el capítulo XIV (artículo 118 inciso quinto CPR), después de la reforma de 1989 que introdujo los “plebiscitos comunales”.
- 2) Segundo, en una perspectiva intrasistema se propone reponer una vieja idea contenida en proyectos de reforma constitucional que no han prosperado en el ciclo reformista 1989-2005, integrando el referéndum y otras técnicas de participación directa del cuerpo electoral como la revocatoria de mandato y la iniciativa popular de ley, modificando el referéndum en los sentidos siguientes:
 - Incorporación solo del referéndum normativo obligatorio, ya que el no normativo, es solo consultivo y puede ser utilizado como instrumento de legitimación plebiscitario-carismática.
 - El referéndum normativo debe operar en el plano constituyente, legislativo y administrativo con carácter aprobatorio y derogatorio.
 - El referéndum en materia legislativa debe estar unido a la consagración de la iniciativa popular de ley (aprobatoria o derogatoria).
 - El referéndum debe estar diseñado para resolver conflictos de poder, con plazos y mecanismos de enfriamiento para que el cuerpo electoral, como depositario de la soberanía, adopte una decisión informada y libre.
- 3) Tercero, en relación con el proyecto de reforma constitucional, proyecto convertido en un verdadero pretexto para estas notas, que ins-

taura los “plebiscitos ambientales” en el artículo 19 núm. 8 de la Constitución, es menester consignar los siguientes comentarios:

- Los “plebiscitos ambientales” propuestos tienen un ámbito geográfico-electoral comunal o intercomunal, por lo que se asemejan a los “plebiscitos comunales” incorporados a la Carta en 1989, técnicas de participación política popular directa de muy limitada o casi nula relevancia.
- La moción parlamentaria de reforma constitucional plantea preliminarmente algunos problemas: los proyectos singularizados por factores determinantes para someter a consulta son los factores del sistema de evaluación ambiental y que permiten distinguir entre declaración y estudio evaluación de impacto ambiental (artículo 11 de la Ley núm. 19.300 de Bases del Medio Ambiente), tales proyectos no tienen en la moción una medida de relevancia, lo que abre ilimitadamente el régimen de consulta, conspirando así a su eficacia y costes asociados a proyectos o actividades empresariales, ya que estos proyectos o actividades sin factor o medida de relevancia, significan en la práctica someterlos (a todos los que deban someterse a estudio de impacto ambiental) invariablemente a plebiscito ambiental, y además algunos de los factores (tierras indígenas, comunidades indígenas) se superponen a mecanismos de consulta previstos en nuestro ordenamiento para pueblos indígenas en virtud del Convenio núm. 169 de la OIT del rubro.

Con todo, estos mecanismos de consulta de pueblos indígenas son débiles, y la jurisprudencia de la Corte Suprema contribuye a su irrelevancia al confundirlo o subsumirlo en la participación ciudadana prevista en la Ley núm. 19.300.

Todo ello hace necesario identificar factores determinantes de la consulta y un factor de relevancia o magnitud, dejando en claro que producida la decisión técnica-política de “calificación ambiental”, interviene como última etapa del procedimiento administrativo especial el referéndum para aprobar o rechazar preceptivamente la resolución de la autoridad administrativa ambiental, esto es, la RCA.

A partir de una densidad normativa mínima satisfactoria de la reforma constitucional, es posible una remisión amplia al legislador para instrumentar el referéndum ambiental, denominado impropiamente “plebiscito ambiental”.

- Los “plebiscitos comunales” y las consultas no vinculantes previstas en el inciso quinto del artículo 118 de la Constitución, están por

remisión reguladas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Título IV De la Participación Local, párrafo 3, artículos 99-104), y también la legislación medioambiental prevé la participación ciudadana para el sistema de evaluación ambiental. Sin embargo, tales “plebiscitos comunales” sobre materias de administración local, junto con ser infrecuentes en un lapso de más de 20 años contados desde su establecimiento en 1989 y carentes de financiación, han tenido, como lo afirmamos antes, una relevancia casi nula, como técnicas de participación en decisiones de la municipalidad como corporación autónoma de derecho público, cuyas finalidades son satisfacer necesidades de la comunidad local y “asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (artículo 118).

- Sin embargo, no es posible subsumir los “plebiscitos ambientales” en los “plebiscitos comunales”, primero por su intercomunalidad medida ésta en razón de la incidencia del proyecto o actividad y segundo, porque las competencias ambientales relevantes de las municipalidades son indirectas, por reenvío a su competencia legal (funciones privativas y relacionadas).
- Los “plebiscitos ambientales” incorporados en la moción comentada al artículo 19 núm. 8 del capítulo III, tienen el quórum reforzado extraordinario de reforma constitucional, cuando su lugar natural se ubica por sistema en el capítulo II, a propósito de los derechos políticos y votaciones populares, junto a las elecciones periódicas, como técnicas de participación del cuerpo electoral.
- Los “plebiscitos ambientales” en la perspectiva de *Constitutione ferenda* deberían ser integrados sistémicamente en un género de referéndum, como técnica ordinaria de participación política del cuerpo electoral en los asuntos públicos (referéndum constitucional, legal y administrativo) en la perspectiva de una mejora de la democracia representativa, y un reequilibrio de la democracia de partidos.
- La “suerte” corrida por plebiscitos comunales y consultas ciudadanas, de reciente ensalzamiento, y de eterna desfinanciación pública, debe alertarnos para no condenar a los “plebiscitos comunales”, a ser una iniciativa episódica, ubicua y no nata en el *iter* de reforma constitucional.
- Los “plebiscitos comunales” en particular y las técnicas de participación directa tales como el referéndum, la iniciativa popular de ley y la revocatoria de mandato, deben ser miradas en la perspectiva de la forma política del Estado: la República democrática, es decir,

como un perfeccionamiento de ésta y, por ende, tales técnicas deben ser acopladas a las instituciones propias de la representación política y la democracia indirecta, en un difícil equilibrio en el arreglo institucional.

- 4) Una última reflexión de *Constitutione ferenda* es la relativa al referéndum ambiental y su factor de relevancia o magnitud, asociado a la base territorial de participación del cuerpo electoral. Los proyectos o actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental tienen un impacto regional, inter-regional y nacional, por lo que el referéndum no tiene por que quedar circunscrito al ámbito comunal o intercomunal, sino que la mano de la institucionalidad medio ambiental (de estructura administrativo-territorial regional y nacional), deberían quedar abiertos a la consulta de la ciudadanía regional y nacional, y no solo a la ciudadanía local o vecinal; separando así la decisión de “competencia técnica” de la decisión de “competencia moral” o política. Por lo demás, la participación ciudadana en procedimientos administrativos es hoy un camino con andadura, como ocurre con la participación en el procedimiento de formación de decisiones ambientales previsto en la Ley núm. 19.300, o en la novísima participación del administrado en el procedimiento de formulación de “planes, programas y acciones”, sin discriminación y con transparencia e incluso mecanismos de consulta o consejos consultivos previstos para toda la Administración del Estado (artículo 69 a 75, Título IV nuevo de la Ley núm. 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, adicionado por el núm. 2 del art. 32 de la Ley núm. 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública de 2011). Se asienta así un nuevo diseño de Estado “democrático y social participativo”, configurándose derechos “sociales”, de titularidad individual o colectiva, congruentes con los principios de solidaridad e igualdad.¹⁶

Un buen ejemplo, que deja evidencia de la conveniencia de referéndum como institutos y derechos de participación ciudadana, es el denominado proyecto “HidroAysén”, destinado a la generación eléctrica de fuente hidráulica obtenida de recursos hídricos situados en la Región de Aysén, para cubrir necesidades de energía derivada de actividades o necesidades públicas regionales de potencia o consumo, pero merced a una línea de transmisión inter-regional (2.247 km) in-

¹⁶ Pantoja Bauzá, Rolando, “2011, el año del nuevo Estado chileno del siglo XXI”, *Gaceta Jurídica*, núm. 369, 2011, pp. 7-15.

yectar buena parte de la energía generada al SIC, y de este modo naturalmente es un proyecto o conjunto de proyectos (si se suma a la central generadora la línea de transmisión) de impacto regional, inter-regional y nacional, que amerita concebir este mecanismo de consulta ciudadana en confines territoriales y electorales de cobertura regionales y nacionales.

- 5) Para concluir, se hace necesario agregar que la acción popular directa, es decir, la adición de instituciones y derechos políticos de una democracia participativa a nuestra democracia constitucional, tales como el referéndum, la iniciativa popular de ley y la revocatoria de mandato, es una buena “mezcla”, ya que no solo corrige una excesiva representación y democracia de partidos, sino porque reequilibra el excesivo peso que en nuestro país tienen instituciones contramayoritarias como el Tribunal Constitucional, convocando al pueblo o soberanía popular a las decisiones políticas y a la permanente legitimación democrática del arreglo institucional. Un jurista germano demócrata liberal como Loewenstein escéptico con la democracia directa afirma:

El referéndum sirve como instrumento de control político cuando, por medio de él se ha confirmado o rechazado una anterior decisión política del gobierno o del parlamento. Si el referéndum se combina por iniciativa popular, este proceso puede significar hasta la determinación de la decisión política que entonces por su parte, estará sometida a la confirmación posterior del gobierno y del parlamento. Los partidos políticos intervienen también en el referéndum como orientadores. Sin embargo, las experiencias han mostrado que los electores siguen menos dócilmente las directrices de los partidos en los referéndums que las elecciones normales. Con el progreso de la educación política, el elector ha empezado a aprender a juzgar por sí mismo, las ventajas y los inconvenientes de una cuestión sometida a votación popular. A esto hay que añadir que los partidos, si bien son indispensables para escoger a la persona que ocupará el cargo electivo, no lo son cuando se trata de una decisión individual del elector, tal como se realiza en un referéndum (p. 328).

Al final de cuentas la incorporación de instituciones y derechos políticos del “gobierno semidirecto” o democracia participativa, acopladas a la democracia representativa y sus instituciones contramayoritarias, son una mejora de la democracia, de la política y la restitución republicana al demos o pueblo de la dirección de los asuntos públicos.

CAPÍTULO QUINTO

NUEVOS DERECHOS Y ESTADO EN CHILE*

I. PRESENTACIÓN

Es ocasión propicia para propedéuticamente esbozar una respuesta a tres preguntas muy relevantes: ¿qué hacer con la Constitución?, ¿qué derechos tenemos? y ¿qué derechos queremos?; todo ello engarzado con el modelo de Estado imperante, reconociendo el tributo debido en este abordaje a las coordenadas teóricas del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social.

En cuanto a la pregunta ¿qué hacer con la Constitución? se plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, el cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados: el primero da repuesta a qué es la Constitución normativamente en cuanto parte integrante de un sistema u ordenamiento jurídico y su posición en las fuentes formales del derecho, y en este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart)¹ al ofrecernos una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa, y el segundo da respuesta acerca del problema para qué sirve la Constitución, campo en que Bobbio y su “escuela” (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no solo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar, al introducir funciones-fines, prisioneros de enfoques metafísicos o (neo) iusnaturalistas.² Ello nos permite acep-

* Conferencia “Nuevos derechos y Estado en Chile” presentada en las Jornadas Interdisciplinarias de la Universidad de Talca, con motivo de su aniversario institucional, octubre de 2012.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993; Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

² Bobbio, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en varios autores, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp.

tar que la Constitución es un producto histórico, pero no es un sistema de normas inerte, ya que también puede ser parte del cambio social o de la conservación del *status quo*.

La pregunta ¿qué derechos tenemos? nos obliga a caracterizar el catálogo o “carta de derechos” de la Constitución vigente, a partir de la génesis de ésta y la ideología del constituyente autoritario-neoliberal legitimista de una refundación del capitalismo, lo que nos permite dar cuenta de un notorio déficit de derechos políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, y de garantías.

Por último, la pregunta ¿qué derechos queremos? nos obliga a una visión prospectiva y de *Constitutione ferenda*, que pugne por abrir ideológica y normativamente la Constitución vigente a los aportes dogmáticos del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social, reforzando o instituyendo derechos fundamentales, recepcionando el modelo de Estado social, entre otros aportes, a través de reformas constitucionales de “segunda generación” y mediante una “operación constituyente”.

A la hora de responder a la pregunta ¿qué derechos tenemos? hace siete años planteamos una precisión de contexto en un auditorio universitario en la Pontificia Universidad Católica de Santiago: la Constitución de “1980/2005”, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante D.S. núm. 100, de SEGPRES, de 2005, es “nueva-vieja” Constitución, es decir, después de 17 reformas desde 1989 y en especial de la última promulgada por Ley núm. 20.050, la Carta en lo político institucional (estatuto del poder o parte orgánica) es en parte una “nueva” Constitución que ha logrado purgar en gran medida sus “enclaves autoritarios” de tipo institucional, conservando enclaves contramayoritarios, y parcialmente blanquear su ilegitimidad de origen, a través de una particular legitimidad de ejercicio, y al mismo tiempo, en su parte dogmática y en especial en lo económico-social es la “vieja” Constitución (otorgada, autoritaria y neoliberal), ya que es en su Constitución económica y social la que se mantiene en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo), amplía recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria, “autonomías constitucionales” enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), legislación de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, propiedad mine-

9-30; *id.*, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980.

ra, etcétera), limitaciones al Estado empresario, legislación que es en buena parte expedida durante el régimen autoritario, entre otras instituciones.

Ahora bien, la Constitución de 1980/2005 desde una perspectiva sincrónica o comparatista y continental es una Carta “insular”, al margen de las nuevas tendencias constitucionales latinoamericanas del ciclo de transición desde regímenes autoritarios y de postransición a la democracia. Además, desde una perspectiva diacrónica la Constitución es originaria (contenidos autoritarios en lo político y neoliberales en lo económico), al menos está en contradicción con nuestra tradición e historia constitucional republicana.

Consecuencia de lo anterior, en el análisis de la Constitución de 1980/2005, metodológicamente denominamos reformas constitucionales de “primera generación” aquellas definidas por el clivaje democracia-dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los “enclaves autoritarios” institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de “segunda generación” a aquellas que suponen ir más allá de la transición y enfrentar los “enclaves autoritarios-neoliberales” socio-económicos, propios de una “refundación autoritaria” del capitalismo que encuentra cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980; la que huelga decirlo es una carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, las pendientes reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de “enclaves autoritarios” institucionales, son reformas de primera generación, tales como las leyes de super-mayoría, sistema electoral y autonomías constitucionales, tales como el Tribunal Constitucional y el Banco Central, son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, y que conciernen al cierre efectivo de la transición política, y adopción de una completa legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo “patriotismo constitucional”. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la económica y el modelo de Estado (en sus relaciones con la economía y la sociedad civil), la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista, son reformas de segunda generación.

Hoy, por tanto, plantear una nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”, como se la denomina en el lenguaje político, exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, en lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado, es adjetivo y por ende es una discusión distinta en la que se plantean como opciones: reforma o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar

los bloqueos o chantaje de la opción de reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución.

Congruente con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la nueva Constitución, en algunas áreas a saber, especialmente:

- a) Legitimidad de origen.
- b) Apertura del “techo ideológico” de la Constitución que para el constituyente originario es un verdadero “refrito” ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.
- c) Una “nueva” Constitución económica y social que descansa en la compatibilidad pública-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.
- d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular, *recall*, *referéndum*, entre otras) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.
- e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

En suma, respondiendo ahora a la pregunta ¿qué derechos queremos? se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de “1980/2005” debe ser objeto de un plexo de reformas constitucionales de primera y de segunda generación, expresada en una “operación constituyente”, que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución, y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta “operación constituyente”, no circunscrita a la democracia de partidos sino también a la democracia de los ciudadanos, la denominamos nueva Constitución (Constitución del bicentenario). La “operación constituyente” requiere de la forja de un amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático

y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de un sector político neoliberal-neoconservador, a veces más cautivo del régimen autoritario de lo que uno podría desear o pensar después de más de dos décadas, bloqueo amparado en los quórums reforzados ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo XV. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una notoria expresión contramayoritaria o de “cerrojo” de nuestro sistema institucional básico, como destaca Couso en nuestro medio, tomando a Ginsburg se emplea el “constitucionalismo como seguro”.³

Con el término “operación constituyente” englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente, y congreso o parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento (mecanismo o técnica) o la forma del cambio constitucional a una definición de contenidos propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con cierto escepticismo la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones de una asamblea constituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007-2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia, por el contrario; pero lo central son los contenidos y la pertenencia de éstos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en un discurso político constitucional propio del “progresismo” en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

Tales contenidos de la Constitución abierta, mixtura de tradiciones constitucionales (liberal, democrática y social), deben ser fruto de la lucha política y social, sus partidos, movimientos e ideologías, de los procesos que acaecen en cada tiempo histórico que contribuyen con una ciudadanía vital a una más consolidada democracia pluralista.

³ Documento de trabajo de Couso, Javier, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, citado con autorización del autor.

Por ello postulamos una cierta congruencia con una teoría constitucional adecuada a dicha visión, y que admita desde coordinadas republicanas que es el pueblo autogobernado, emancipado de formas brutales de dominación y alienación, el sujeto constituyente. Y nada más lejos de esta aproximación que el neoconstitucionalismo, una variante de neoiusnaturalismo elitista, una suerte de “paradigma” (o más exactamente una moda) que integra principios al sistema, que parafraseando a Marx es un fantasma que recorre Europa y en los tiempos presentes América Latina, de la mano de la “constitucionalización del derecho” y de un desatado activismo judicial, panjudicialismo y decisionismo encubierto o edulcorado. En una observación crítica Fernando Atria nos recuerda:

Un nuevo fantasma recorre Europa, el fantasma del neoconstitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo, sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes... promete libertad e igualdad, pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres.⁴

También abordan la tripartición neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico y el interesante debate teórico-práctico que produce en la obra colectiva de Comanducci, Ahumada y González.⁵

II. REFORMAS DE SEGUNDA GENERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Concluida la transición, se requiere en la etapa inicial del decenio 2010 avanzar en la *elaboración de un proyecto de reforma constitucional o de nueva Constitución*, que exige en primer lugar un esfuerzo en el plano institucional, específicamente en el discurso político-constitucional e institucional, abierto y persuasivo, para generar las condiciones de diálogo y de consenso-disenso en la sociedad política y sociedad civil. Este emprendimiento tropieza con la “tosca materia”, una realidad política en la que el discurso gubernamental acerca del

⁴ Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 118. También Aldunate, Eduardo, “Neoconstitucionalismos”, *Anuario de Derecho Público*, 2010, pp. 361-369.

⁵ Comanducci, P. *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

“cambio” es paradójicamente la conservación del orden constitucional. En el actual cuatrienio (2010-2014), no está en la agenda una reforma constitucional profunda o una nueva Constitución, por el contrario cala hondo un diagnóstico de agotamiento del ciclo reformador. Con todo, para asumir esta tarea de una reforma constitucional profunda (de primera y de segunda generación) o de una nueva Constitución, se hace indispensable un discurso político-constitucional coherente.

Ello significa formular las ideas básicas de un proyecto de reformas constitucionales de segunda generación (y obviamente también de primera generación), que involucre una operación constituyente con la mirada puesta en una nueva Constitución (Constitución del bicentenario). En efecto, el tema de las reformas constitucionales de primera y de segunda generación admiten dos órdenes de reflexiones: la primera concierne a los temas pendientes, a causa del disenso o de la falta de maduración, en la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante la Ley núm. 20.050 y que tuvo por finalidad esencial remover los más importantes “enclaves autoritarios” institucionales, y que de algún modo, llega 15 años tarde, y la segunda, concierne al discurso político-constitucional necesario para enfrentar la construcción de la República democrática y el Estado de derecho modernos y una sociedad más plural.

1. *Reforma constitucional de 2005*

La reforma constitucional de 2005 se caracteriza por aquilatar un consenso necesario a la luz de los altos quórum para aprobar este tipo de proyectos, y que por lo tanto, parece bastante mezquina comparada con el tradicional discurso constitucional de la Concertación de Partidos por la Democracia, gestado a partir del histórico aporte del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24).⁶ En efecto, es mezquina la reforma constitucional de 2005, ya que se limita a restablecer en parte la democracia política y el Estado de derecho, caras para nuestra tradición republicana.

En razón de ello, se plantearon sin éxito en el Senado y a partir de marzo de 2005 en el segundo trámite de discusión de la reforma, formalmente en la Cámara de Diputados, un conjunto de indicaciones que reflejan ideas fuerza de un discurso político-constitucional progresista que aborda los temas siguientes:

⁶ Chaparro, P. (ed.), *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Santiago de Chile, 1992.

- 1) Reconocimiento de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones y costumbres, e incluso su derecho consuetudinario.
- 2) Establecer la fórmula del Estado social y democrático de derecho. Esta fórmula propia de la socialdemocracia europea de la segunda posguerra define un rol activo del Estado en la economía y sociedad civil en procura de las necesidades colectivas básicas como trabajo, seguridad social, educación, salud, vivienda, y amplia cobertura a servicios esenciales para asegurar un pleno disfrute de los derechos fundamentales; de suerte que los derechos civiles se vean completados por derechos económicos, sociales y culturales.
- 3) Introducción de una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que junto con asegurar la diversidad encomiende al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares, como el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, el estilo de vida de las personas, entre otros.
- 4) También, se propone instituir mecanismos de participación directa de la ciudadanía en la democracia como el referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria.
- 5) Reconocimiento de una cláusula de deberes de las personas en sociedad que genera un reequilibrio entre derechos y deberes.
- 6) Mejoramiento de las garantías de protección de derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a la salud y a la educación.
- 7) Creación de un mecanismo de participación y diálogo social a través de un Consejo Económico y Social, órgano consultivo integrado por los cuerpos intermedios de capital, trabajo y profesiones agremiadas.
- 8) Institución del Defensor del Pueblo (o Defensor del Ciudadano) para la defensa y promoción de los derechos humanos en general y derechos fundamentales en particular, frente a la mala administración, deficiente funcionamiento de los servicios públicos de gestión pública y privada y en general tutela de derechos colectivos y difusos.
- 9) Instauración de un completo sistema de jurisdicción constitucional que aborde dos temas: mayor legitimidad del Tribunal Constitucional y mejor protección de derechos fundamentales. La mayor legitimidad del Tribunal Constitucional se logra con una generación de éste en que participen los tres poderes del Estado, con transparencia e información a la opinión pública. Mejor protección de derechos fundamentales a través de una ley de enjuiciamiento general de las acciones de amparo de derechos fundamentales por los tribunales del Poder Judicial.
- 10) Reequilibrio gobierno y Congreso Nacional. Nuestro exacerbado presidencialismo exige un mayor reequilibrio entre los tradicionales po-

deres Ejecutivo y Legislativo, sin que ello signifique parlamentarizar el régimen político. Por ello se plantea fortalecer las instituciones de control político como: interpelaciones parlamentarias y comisiones investigadoras, y además ampliar la órbita de la acusación constitucional en juicio político.

- 11) Ciertamente un buen número de estas ideas fuerza materia de indicaciones en su trámite al proyecto de reforma constitucional de 2005 se vieron fallidas o malogradas por temas de consenso y quórum. Sin embargo, estos temas constituyen en gran parte un acervo valioso de reformas de “primera generación” para un discurso político-constitucional progresista y para la cultura jurídica y política.

2. *Reformas constitucionales de segunda generación y prospectiva*

A los temas antes enunciados se suman otros que son asumidos o son propios del discurso político-constitucional de raíz democrático-social, a saber:

- 1) Reforma del régimen político presidencialista. En este campo caben tres opciones: democratizar el presidencialismo, instaurar un régimen semi presidencial o bien un régimen parlamentario racionalizado. Es un tema abierto al debate en 1990 y en 2006, y clausurado con prisa por las élites, invocando la siempre ubicua lección histórica o peso de la noche de la historia.
- 2) Reforma político-territorial que está llamada a profundizar la descentralización administrativa y política, instaurándose un auténtico Estado regional. Esta reforma debe separar las funciones de gobierno-administración en la región, quedando el intendente (y gobernador) circunscritos al campo gubernativo y el gobierno regional al campo administrativo (similar a la reforma administrativa francesa de Mitterrand en 1982-86); con expresa elección directa del presidente del Consejo Regional y ya no solo de los consejeros regionales por la ciudadanía regional según fue establecida por la reforma constitucional de 2009 (Ley núm. 20.390), elecciones simultáneas con las demás elecciones administrativas. De esta manera el presidente del órgano Consejo Regional es quien se desempeñaría como órgano ejecutivo del Gobierno Regional.
- 3) Reforma del sistema electoral público, que aborde no solo las distorsiones de representación demográfico-territoriales del binominalismo, sino que también haga posible la participación directa de la ciuda-

danía a través de referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. La reforma al binominalismo por la reforma de 2005 ha quedado entregada a una ley orgánica de quórum especial (mismo quórum ordinario de reforma constitucional), introduciéndole un “amarre” al tema. La reforma constitucional del “binominalismo” debe dar cuenta, en elecciones parlamentarias, de una nueva fórmula electoral proporcional, con el método de escrutinio proporcional corregido (D’Hondt), lo que exige aumentar el número de miembros de la Cámara de Diputados y del Senado para asegurar que la configuración de distritos y circunscripciones sean por lo menos medianos para evitar distorsiones en la representación o bien exige un *mixtum* de binominalismo con circunscripciones nacionales con fórmula proporcional corregida. De este modo se corrige el sistema de exclusión de las minorías que el binominalismo consagra, sin generar barreras excesivas en la representación por la vía de establecer distritos y circunscripciones pequeños en escaños a proveer.

- 4) Refuerzo de los derechos de ciudadanía, haciendo efectivo el derecho de sufragio mediante la inscripción automática y el sufragio obligatorio, e instituyéndose los derechos siguientes: un explícito derecho de asociación política, derecho a la nacionalidad, derecho de protección del Estado a sus nacionales, derecho a una buena administración y derecho de acceso a documentos, entre otros.
- 5) Refuerzo de derechos civiles, introduciéndose al catálogo del artículo 19 nuevos derechos y garantías, a saber: prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y trata de seres humanos; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, con independencia de la identidad sexual de las personas; derechos de la personalidad, derecho a la información, derecho a la autodeterminación informativa, libertad de las artes y la ciencia y derecho de asilo, y la recepción de un cuadro de garantías para el nuevo proceso penal acusatorio.
- 6) Refuerzo de derechos sociales, económicos y culturales: reconocimiento al derecho de trabajo, derecho de huelga, derecho a la información y consulta a los trabajadores en la empresa, protección ante el desempleo, garantía de las condiciones de trabajo seguras y equitativas, prohibición del trabajo infantil, derecho de acceso a los servicios de interés económico general, derecho a una remuneración justa o “renta básica”, derecho a la vivienda, derecho a la cultura que comprenda bienes del patrimonio cultural y bienes culturales en general, entre otros.
- 7) Nuevos derechos colectivos: derechos de los consumidores; derecho a la no discriminación fundada en raza, sexo, color, orígenes étnicos o

- sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; derechos del niño (derecho a la protección y cuidado para su bienestar, derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, preocupación estatal por el cuidado de los niños abandonados o vulnerables, y relación periódica de padres con hijos), derecho de las personas mayores (vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural); derecho a la integración de las personas discapacitadas (asegurar su autonomía, su integración social y cultural y su participación en la vida de la comunidad).
- 8) Mejorar la tutela judicial reforzada de derechos fundamentales y derechos humanos a través del amparo ordinario tanto de tribunales ordinarios como de tribunales especiales.
 - 9) Reforma de la Judicatura: instituyendo un Consejo General del Poder Judicial a cargo del “gobierno” y administración judicial integrado colegialmente por los poderes públicos y representantes de asociaciones de magistrados, funcionarios, abogados.
 - 10) Establecer una justicia administrativa en el Poder Judicial, con tribunales letrados y mixtos especializados de primera y segunda instancia, dictándose una ley de enjuiciamiento general para este orden.
 - 11) Reformar mecanismo de integración del Tribunal Constitucional, que reserven al Congreso Nacional su generación, introduciendo mecanismos abiertos y transparentes de selección y nombramiento de sus ministros, y quórum calificados para asegurar la presencia o sensibilidad de las minorías. Al mismo tiempo se debe prever un mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad constitucional y social de los ministros de esta magistratura.
 - 12) Perfeccionamiento de las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales (Ministerio Público, Banco Central, Consejo Nacional de Televisión, y Tribunal Constitucional) y territoriales (gobierno regional y municipio), por la vía de reforzar los controles sociales, políticos y jurídicos de estas “autonomías” y las responsabilidades jurídicas de sus jerarcas u órganos superiores unipersonales o colegiados.
 - 13) Incorporar a la Defensoría Penal Pública a los cuadros orgánicos del Estado que gozan de autonomía constitucional.
 - 14) Introducir en la Constitución el capítulo XV de reforma de la Constitución, el mecanismo del referéndum para resolver efectivamente las diferencias entre el presidente de la República y las cámaras como órganos del Poder Constituyente derivado.

III. CONCLUSIONES: NUEVA CONSTITUCIÓN O “CONSTITUCIÓN DEL BICENTENARIO”

En suma, el esbozo de temas o contenidos desde una mirada o aproximación de porvenir o futuro, exige plantear un discurso político constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, y con miras a una nueva Constitución, en que el consenso en torno a las reformas pendientes de primera y de segunda generación se verifiquen en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del Poder Constituyente, de suerte que los quórums del *iter Constitutione* no operen como mecanismo contramayoritario de bloqueo o “cerrojo”, sino solo como mecanismo contramayoritario asegurador de la estabilidad (rigidez) en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Definidos los contenidos del discurso político constitucional, debemos estar abiertos a una “operación constituyente” que emplee un procedimiento democrático de elaboración y aprobación de la nueva Constitución (Constitución del bicentenario), y en que el nuevo consenso constitucional, que deje atrás los resabios autoritarios y neoliberales, aquilate en las élites y en especial en la ciudadanía, para contar con una sólida y perdurable legitimidad institucional y un efectivo “patriotismo de la Constitución”, un auténtico republicanismo o “religión civil”.⁷

En este cuadro la nueva Constitución como orden jurídico fundamental se debate entre el *Scila* de la estabilidad (rigidez) y el *Caribdis* de la dinamicidad (Gomes Canotilho, 2003); polaridad de elementos (estabilidad y flexibilidad), que generan una lógica institucional de continuidad y cambio (Hesse, 1983).⁸ Tal polaridad se traduce por una parte en la supremacía de la Constitución y su “fuerza normativa”, y por otra parte abre un horizonte político temporal diferenciado (bajo el signo de la reforma de la Constitución, su desarrollo infraconstitucional e interpretación sistémica y evolutiva) que asegura un consenso intergeneracional, el cual evita los peligros de una acusada distancia entre la Constitución formal y la material. Así la nueva

⁷ Habermas, J., *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, FCE, 2000, p. 117; *id.*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 619-643.

⁸ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2003; también Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1983, pp.17-31, 75-89.

Constitución o Constitución del bicentenario, fruto de un “auténtico consenso constitucional”,⁹ cumplirá sus funciones en el sistema político, a saber: consenso fundamental de la comunidad política, legitimidad y legitimación del orden jurídico constitucional, garantía de derechos fundamentales, y fuente de ordenación-organización del poder político estatal.

De este modo, la nueva Constitución adquiere como subsistema normativo iusfundamental, el carácter de un marco a distintas opciones de desarrollo-concretización, con un techo ideológico abierto, no será una Constitución “neutral” ni una Constitución “dirigente”, sino un marco cuya estabilidad-dinamicidad se juegan en el proceso político abierto (con momentos de conflicto e integración), con actores de la sociedad política y de la sociedad civil.

Para concluir, en el campo de los derechos fundamentales que tenemos frente a los derechos que queremos, por una parte, y el modelo de Estado (Estado subsidiario o mínimo en contraposición al Estado social), por otra, son los temas sobre los cuales se invita debatir, y respecto de ellos es menester subrayar algunos elementos de análisis:

- 1) La Constitución estatal no es solo “instrumento de gobierno”, parte orgánica y reglas de competencia del Estado y su actividad.
- 2) La Constitución carece de “neutralidad” ideológica, es fruto de fuerzas sociales, políticas en el tiempo histórico y cristaliza ideologías de clase.
- 3) Luego la repulsa, de talante liberal a la “grafomanía constitucional” (Sartori) o a la “inflación de derechos” y la “ordinarización” de derechos fundamentales merced el proceso de amparo ordinario, son simplemente miradas ideológicas (neo) liberales o (neo) conservadoras.
- 4) Consecuencia de lo anterior, la repulsa del debate en torno a más derechos fundamentales y garantías, está ideológicamente comprometida, y emplea armas o trampas como el “lecho de Procasto” de los derechos subjetivos, para negarle justiciabilidad y entidad de derechos a los derechos económicos, sociales y culturales, y por cierto operatividad a estos en relación con las fuentes del derecho o a las decisiones estatales.
- 5) Al mismo tiempo la repulsa a la fórmula del Estado social, y nuevos derechos, descansa en una lectura que tiene como modelo de Estado, y de relaciones de éste con la sociedad y la economía al Estado mínimo o subsidiario, o bien desde un paradójico republicanismo pretende

⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 295 y ss.

trasladar al campo de la deliberación y procedimiento democrático el desarrollo de políticas públicas, para lo cual debe sostener que los derechos económicos, sociales y culturales y las “cláusulas económicas y sociales” de la Constitución son normas programáticas o aspiraciones, a lo sumo normas de principio.

- 6) En este cuadro, nuevos derechos como los colectivos, de las minorías, están de más en un catálogo iusfundamental, que solo admite derechos “reales”, justiciables, derechos subjetivos.
- 7) Sin inclinarnos por el paradigma de la “Constitución dirigente”, sino por el paradigma de una Constitución abierta, el reconocimiento constitucional de nuevos derechos (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos en especial) permite abrir el techo ideológico de la Constitución, y ser partera de una nueva Constitución social y económica.

Lo dicho nos sitúa ante la necesidad de hacer teoría constitucional desde una dogmática que compatibilice las concepciones estructuralistas con las funcionalistas, dando respuesta a qué es la Constitución en cuanto derecho (sistema de normas) y para qué sirve la Constitución-derecho, por una parte, y que al mismo tiempo reivindique el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo social, como culturas y tradiciones compatibles con el constitucionalismo liberal.

Congruente con esta precisión teórica, debemos consignar nuestra discrepancia con aquellas posturas garantistas que defienden un “bloque constitucional” de derechos fundamentales como lo hace Nogueira Alcalá, al sumar a la Constitución formal los tratados internacionales o los derechos humanos de fuente convencional, quebrando el principio democrático y el sistema de fuentes; lo que no deja de ser un sucedáneo teórico-práctico incapaz de dar cuenta de una Constitución deficitaria en materia de derechos y que debe ser objeto de una profunda reforma constitucional o decisión del constituyente.

También, como antes anotamos, de la mano de esta versión del garantismo, se difunde en nuestro medio (y en América Latina toda) un exceso teórico consistente en sustantivizar-materializar la Constitución: el paradigma del neoconstitucionalismo, atribuyendo a la manida distinción entre reglas y principios, un conjunto de efectos sobre el ordenamiento jurídico, constitucionalización que está fuertemente unida a concepciones neoiusnaturalistas (*v. gr.* principalismo) y panjudicialistas, que terminan desconfiando de la democracia, del pueblo, de los partidos políticos y de la política democrática.¹⁰

¹⁰ Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires,

Antes de concluir, nobleza obliga, debemos admitir alguna razonabilidad a la crítica (neo) liberal-(neo) conservadora, a los nuevos derechos y la judicialización de éstos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales de configuración prestacional, los peligros que conlleva tal justiciabilidad como puerta abierta al activismo judicial, quebranto del principio democrático y del “sistema de derechos”. Este reconocimiento parcial a la razonabilidad argumentativa de los críticos, obliga a precisar o desnudar un sofisma: que la operatividad de las “cláusulas económicas y sociales” de la Constitución no se reduce a su justiciabilidad, dice relación directa con la estructura, densidad normativa iusfundamental y el tipo de eficacia de estas normas como reglas de competencia. Esto significa que la operatividad de las normas constitucionales importan incluso su justiciabilidad, cuando éstas normas sirven de derecho material del juicio de legitimidad constitucional de normas infraconstitucionales que efectúa el Tribunal Constitucional, y también en el proceso de amparo de derechos fundamentales, en que los derechos económicos, sociales y culturales que no poseen configuración prestacional, pueden ser objeto de amplia tutela judicial. Luego, es posible admitir la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales como problema, pero circunscrita al proceso de amparo de derechos fundamentales y a derechos claramente prestacionales.

Con todo, este tipo de eventos académicos sobre qué derechos tenemos y qué derechos queremos, y qué modelo de Estado asumir para consistentemente asegurar tales derechos, permite un necesario, aunque a ratos duro debate, acerca de los derechos fundamentales en la perspectiva de *Constitutione ferenda*, debate que pone en evidencia nuestras posiciones ideológicas en sentido fuerte o en sentido débil, alejándonos irreductiblemente de la asepsia o neutralidad en el conocimiento teórico, y que obliga también a definir posición relativa a la democracia que queremos.

Ediar, 2008, pp. 122-140; Gomes Canotilho, José Joaquim, “Principios y «nuevos constitucionalismos»: el problema de los nuevos principios”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010.

SEGUNDA PARTE

PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

CAPÍTULO SEXTO

REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN*

I. PRESENTACIÓN

Desde 1990 innumerables proyectos de reforma constitucional habían intentado sin éxito, suprimir los denominados “enclaves autoritarios” de la Constitución vigente a dicha fecha, hasta la reforma de 2005 promulgada mediante Ley núm. 20.050. Los enclaves autoritarios son arreglos o amarres institucionales para afianzar la injerencia de las fuerzas armadas y de orden en el proceso político (pretorianización en la práctica frustrada durante la década), y para forzar, paradójicamente en un régimen presidencialista, una suerte de empate político gobierno-oposición, *verbi gratia* a través de leyes de quórum especial que sustraen una parcela del dominio legal al principio de mayoría como regla de decisión parlamentaria o de un sistema electoral binominal con notorias distorsiones y quebrantos del principio de igualdad (y a los principios de representación y proporcionalidad), encomendado hoy a una ley orgánica constitucional de quórum especialísimo, entre otros.

También la Constitución vigente de la época posee instituciones “contramayoritarias” funcionando, como el Poder Judicial, el Banco Central, el Tribunal Constitucional, entre otros, cuya específica integración se define en las postrimerías del régimen autoritario, para intentar proyectar la herencia autoritaria y neoliberal. Es una inflación de instituciones “contramayoritarias” permanentes, más allá de los derechos fundamentales, en los límites de la “democracia constitucional”.¹ Tales instituciones “contramayoritarias” se constituyen al alero de las “autonomías constitucionales”, y persiguen

* Documento preparado para Seminario sobre la Reforma Constitucional, Taller Político-Institucional de la Fundación Chile 21. Santiago, octubre de 2006.

¹ Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, trad. de A. Gil L., Madrid, IEP, 1975, vol. I, pp. 217 y ss., 317-331, 347-371, 499-529; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 300 y ss.

cautelar ciertos “órdenes” de contenidos de la Constitución, como el orden constitucional (Tribunal Constitucional) o el orden económico-social (Banco Central).

En efecto, el constituyente autoritario proyecta una herencia perdurable, bajo un signo ideológico neoliberal, que es una Constitución económica y social centrada en los derechos fundamentales de libertad civil en especial de alcance patrimonial o económico. Un botón de muestra es el concepto restringido de Estado empresario del artículo 19, núm. 21, de la Constitución.

Finalmente, después de un prolongado trámite parlamentario que principia en junio de 2000 mediante dos mociones iniciadas en el Senado por parlamentarios de oposición y de gobierno (Boletines núm. 2526-07 y núm. 2534-07), aquilató en la cámara alta un trabajoso consenso político en lo medular acerca de una reforma constitucional profunda recogida un lustro después en la Ley núm. 20.050 promulgatoria de tal reforma, que busca fortalecer las definiciones del Estado como un Estado de derecho y una República democrática, y ciertamente morigerar nuestro exacerbado presidencialismo. El texto refundido, coordinado y sistematizado de la “vieja-nueva” Constitución política de la República se fijó mediante Decreto Supremo núm. 100, firmado por el presidente de la República y todos sus ministros en una solemne ceremonia el 17 de septiembre de 2005 en el Palacio de la Moneda, todo en virtud del artículo 2o. de la citada Ley núm. 20.050.

Precisamente hablamos de “vieja-nueva” Constitución o de Constitución de “1980/2005”, no en un juego de palabras o combinaciones, sino para designar que con la reforma constitucional de 2005 nuestro país posee en parte relevante una “nueva” Constitución en el plano político-institucional, subsistiendo algunos enclaves autoritarios significativos (binominalismo, leyes de “súper-mayorías”, autonomías constitucionales contramayoritarias), y posee una “vieja” Constitución en el plano económico-social, ya que en especial la Constitución económica y la social de cuño neoliberal persiste como herencia perdurable de la Constitución de 1980, otorgada autoritaria y neoliberal.

Por otra parte, no es este el lugar para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional, sino más bien de una reflexión acerca de la necesidad de una reforma de segunda generación u operación constituyente con miras al bicentenario para dotar a la Constitución de una legitimidad democrática mínima, concerniente a su origen e instituciones, y que abra su techo ideológico a todas las tradiciones del constitucionalismo, en especial al constitucionalismo social.

La Constitución debe dejar de ser un dique o muro de defensa de intereses inconfesables, para pasar a ser plenamente un pacto político institucional

merced una legitimación democrática efectiva. Tal legitimidad democrática mínima es esencial para su estabilidad normativa y para el funcionamiento de las instituciones políticas, y tal apertura de techo ideológico es esencial para que la Constitución pueda admitir distintas lecturas y desarrollos infra-constitucionales legítimos.²

II. LA CONSTITUCIÓN Y SU TIEMPO

La Constitución, vaya perogrulladas en ocasiones olvidadas, “es una resultante de un paralelogramo de fuerzas —políticas, económicas y sociales— que actúan en su momento de adopción” y “... tienden a encarnar, a reflejar o a defender las opiniones sociales de sus autores” (Wheare); por lo que nuestra Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen, no escapa a estos dos postulados elementales.

En este orden de ideas, el “debate” instalado en nuestro medio acerca de si la Constitución reformada es una “nueva” Constitución dada la envergadura de las “reformas políticas” (en la que incluso se derogan las disposiciones transitorias que configuraban un verdadero “derecho constitucional transitorio”, pero autoritario y se eliminan la firma del jefe de Estado de época, miembros de la Junta de Gobierno y ministros de Estado consignados en el Decreto núm. 1150, de Interior, 1980) o si es la “vieja” Constitución de 1980 reformada, dado que lo básico de la Carta se mantiene inalterado. Este es un “debate” artificioso y fútil. Más allá del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución política fijado por la autoridad presidencial republicana, la “vieja-nueva” Constitución es el reflejo de nuestro (pasado-presente) tiempo histórico.

La Constitución Política de la República de 1980 es otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen.³ Esta caracterización hoy no resulta del todo aplicable a la Constitución vigente, aunque ésta conserve un déficit de legitimidad muy a pesar de sus reformas, y por ello el debate acerca de su legitimidad sigue siendo relevante, así como la visión prospectiva o de futuro acerca de una nueva Constitución. En el intertanto (hoy) podemos hablar de una “vieja-nueva” Constitución.

² Sobre la reforma consultar Zúñiga U., Francisco (coord.), *Reforma constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005; Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La Constitución reformada*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Librotecnia, 2005.

³ Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. I, pp. 428-479.

La Constitución vigente, además, es una Constitución originaria dado que su “legitimidad” es la revolución de septiembre de 1973 (utilizando el concepto de “revolución” de Kelsen) y claramente, una Carta desarrollada y rígida.⁴ En razón de ello la reforma de 1989 y posteriores (en especial la reforma de 2005) han incorporado una legitimidad democrática parcial a la Constitución, la que durante toda la década de 1990 con sus “enclaves autoritarios” emerge como una barrera puesta por sectores ligados al autoritarismo militar, hoy reconvertidos, con mayor o menor sinceridad y calado ideológico, en populares y liberales, para conservar el diseño de organización estatal que asegurase una transición lenta o “segura” a la democracia política.

La Constitución y sus “enclaves autoritarios” son un plexo de instituciones autoritarias (a las que caben agregar las instituciones “contra-mayoritarias” tan propias de la mentada “democracia constitucional”), por lo que aferrarse a la inmutabilidad de la carta, era perpetuar dichas instituciones; que hoy en la realidad política de la postransición parecen notoriamente innecesarias. Más aún, la reforma constitucional emerge hoy como un modo para conferir legitimidad parcial a la carta y proyectar en el tiempo su normatividad e ideología.

Estamos contestes en que la Constitución estatal requiere de “permanencia”, de estabilidad, por lo que su rigidez se erige en garantía normativa, pero también política del pacto plural que le confiere legitimidad democrática. El problema que arrastra la Constitución de 1980, es su origen otorgado y autoritario, por lo que no existe tal pacto, aunque las reformas de 1989 y de 2005 tienen elementos de pacto político, y la legitimidad democrática mínima ganada en los últimos años, merced a sus numerosas reformas, no han saldado la deuda de origen de la carta. Y saldar tal deuda de legitimidad no es posible en el marco de la Constitución, en la medida que el ciclo reformista se proyecta sobre la base de un falso consenso constitucional impuesto por los bloqueos que el capítulo XV de la Constitución hace posibles. Luego, la rigidez tiene un sentido garantista en una Constitución democrática, en una carta otorgada y autoritaria, es un freno o resguardo de un antiguo régimen y su herencia.

Además, se constata hoy lo contraproducente de los “enclaves autoritarios” y de algunas instituciones “contramayoritarias”, y la necesidad de ganar en legitimidad democrática, clausurando el debate sobre “reformas políticas”. En el fondo late un razonamiento de Wheare en este punto:

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, 15a. ed., México, Nacional, 1979, pp. 167 y 168.

Una Constitución absolutamente inalterable tiende a incitar y a justificar la desobediencia. Por otra parte, una Constitución fácilmente alterable por una mayoría numérica popular puede también amenazar y vulnerar los derechos de una minoría incitándola a la desobediencia justificable, mientras que una Constitución que permite a una minoría obstruir indefinidamente los derechos de una mayoría puede conducir a ésta a desatarse contra aquélla en justa afirmación de su derechos. Una Constitución perfectamente adaptada a las necesidades de su pueblo en una época determinada puede malograrse por el paso del tiempo y con los cambios en la estructura social de la comunidad... La autoridad que una Constitución reclama y que puede reclamar se halla relacionada muy estrictamente, por tanto, con la estructura de la comunidad a la que el contenido de aquella proporciona fundamento de ley y de orden. Debe encarnarse en formas de gobierno, en las que la comunidad ponga fe; debe adaptarse a su aptitud para el gobierno. El mero hecho de haber escrito unas palabras sobre un papel no concede ningún derecho especial a la obediencia de los ciudadanos o del Gobierno.⁵

Para concluir en este apartado, solo resta enunciar algunos nuevos temas recurrentes en la aproximación prospectiva o de futuro acerca de la reforma constitucional que conciernen al régimen político, tipo de gobierno, forma de Estado y en especial a la Constitución económica y social, pero que suponen un amplio consenso político, a saber:

- a) La instauración de un régimen presidencial democrático y modificación del régimen político y tipo de gobierno, en que las opciones sean régimen parlamentario o semipresidencial, o derechamente temperar el presidencialismo.
- b) La introducción del Estado regional y por tanto, de un grado relevante de descentralización política en la distribución territorial del poder del Estado.
- c) La incorporación de una cláusula de primacía del derecho internacional común y convencional, en particular en el campo de los derechos humanos.
- d) La optimización del catálogo de derechos fundamentales por la vía del reconocimiento de nuevos derechos económicos, sociales y culturales,

⁵ Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1971. En el mismo sentido en nuestro medio es premonitorio el trabajo de Cea Egaña, José Luis, "Rigidez constitucional y estabilidad institucional", *XX Jornadas de Derecho Público*, Valparaiso, Edeval, 1990, pp. 267-284.

y de la tercera generación de derechos, la recepción de la cláusula de Estado social y democrático de derecho, cláusula antidiscriminación, reconocimiento de pueblos indígenas, así como la introducción de un defensor del ciudadano (ombudsman) en el cuadro de garantías institucionales de protección y promoción de derechos, entre otras materias. Aquí también tiene cabida una reforma orgánica y procedimental que mejore un amplio amparo ordinario encomendado a los tribunales del Poder Judicial.

Los temas enunciados y que pertenecen a una aproximación prospectiva o de futuro de la Constitución, carecen hoy de maduración y consenso, pero de modo recurrente se han planteado en nuestro país desde 1990 a la fecha, sin olvidar el aporte que el Grupo de Estudios Constitucionales realizó en la década de 1980.⁶

III. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con motivo de cumplirse 20 años de la vigencia formal y parcial que data del 11 de marzo de 1981 (su vigencia total se remonta al 11 de marzo de 1990) de la Constitución de 1980, hemos escuchado hace un lustro comentarios acrílicos acerca del cuerpo constitucional, sus aportes e innovaciones, en especial su riqueza dogmática y garantista, que por lo demás está fuera de discusión en el campo de los derechos civiles, en especial de contenido patrimonial. Un lustro después, hoy se corre el riesgo de una defensa acrílica de la Constitución.

No hay duda que la Constitución es un subsistema normativo iusfundamental válido y eficaz, pero en gran medida se confunde el plano de la eficacia o facticidad con el plano de la legitimidad. Contribuye a esta cuasi identidad legitimidad-facticidad el que nuestra transición está marcada por un pacto político tácito posterior al pacto expreso en torno a las reformas de 1989, enderezado a aceptar o a lo menos transitar con sujeción al arreglo institucional heredado de la dictadura; de lo cual el signo más distintivo fue la permanencia hasta 1998 del exdictador capitán general Augusto J. R. Pinochet U. en la comandancia en jefe del Ejército y supervivencia como senador por derecho propio y más tarde al amparo de un ubicuo estatuto para

⁶ Consultar *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Edita Patricio Chaparro por el Grupo de Estudios Constitucionales, Santiago, 1992.

“expresidentes”. Tal estatuto de expresidentes, espurio y antirrepublicano, fue incorporado por la reforma constitucional promulgada mediante Ley núm. 19.672 de 2000, y que se conserva hasta hoy. En suma una “transición a la democracia” dentro de lo “posible”.

La Constitución de 1980 nace como una Carta otorgada y autoritaria, y de allí su déficit de legitimidad, que a pesar de algunos aportes meritorios en particular en el campo de derechos civiles (en especial de contenido patrimonial) y sus garantías, se impone una reforma profunda a sus “enclaves autoritarios”, sin olvidar sus instituciones “contramayoritarias”, y también una apertura de su techo ideológico neoliberal y autoritario a fórmulas democrático-sociales.

Finalmente, cabe observar que no es frecuente que desde la academia o profesorado se aborde la reforma constitucional y su prospectiva, a partir de una toma de posición y con un lenguaje lejano al “hermetismo” y “culturanismo”, pero ello resulta necesario por una decisión básica y compromiso acerca de la forma de Estado que tenemos y un juicio crítico acerca de nuestro pasado histórico reciente.

Con cierta ironía R. V. Ihering, en *Jurisprudencia en broma y en serio*, destaca que los juristas tienen, o tenemos convendría decir, una inclinación al “cielo de los conceptos jurídicos”, en el que se encuentran todos aquellos conceptos que preocupan en la existencia terrenal. Parece ser que los teóricos participan de tal cielo y resulta una infidelidad pecaminosa bajar de él. Hemos incurrido en este “pecado” o desliz en la convicción de que la labor del teórico constitucional exige una toma de posición ideológica en sentido débil o fuerte (explícita y sin mengua del rigor metódico crítico) sobre la persona humana, el Estado-nación y el orden político.⁷ El jurista de laboratorio o “puro” es una construcción implícitamente ideológica

En lo anteriormente expuesto no deja de haber una paradoja: la Constitución es un “texto con vocación de perdurabilidad temporal precisamente porque es capaz de adaptarse estructuralmente a los procesos históricos”, pero, como el mitológico dios Jano, tiene dos caras, la anotada perdurabilidad (rigidez y estabilidad) y la que pone de relieve la reforma de la Constitución: el “medio para su conservación y defensa”.⁸ La reforma constitucional de 2005 llega 15 años tarde, ya que los sectores políticos ligados en el pasa-

⁷ Ihering, Rudolf von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.

⁸ Contreras, Manuel, “La reforma de la Constitución”, en Ramírez Zaragoza, M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, 1979, pp. 406 y ss.; *id.*, “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, *REP*, núm. 16, 1980, pp. 165-184.

do al autoritarismo, utilizaron la Constitución, sus “enclaves autoritarios” e instituciones “contramayoritarias” como un dique o muro de defensa de sus intereses.

No hemos llegado a sostener una perspectiva “transformativista” que concibe a la Constitución como un “centro motor” de un sistema que permite la transformación social y económica (Tierno Galván, García Cotarelo),⁹ sino simplemente que la Constitución como pacto, tiene como punto de partida la “desconfianza” entre fuerzas sociales heterogéneas y antagónicas (Pérez Royo); por lo que, en democracias pluralistas al menos, establece las reglas fundamentales del estatuto del poder y catálogo de derechos fundamentales, con un techo ideológico abierto a las grandes doctrinas constitucionales de Occidente: constitucionalismo liberal, democrático y social.

De esta suerte la Constitución reconociendo la titularidad de la soberanía en el pueblo, admite direcciones de políticas públicas y espacios a la deliberación pública, como ocurre con la Constitución económica y social, con un sentido liberal o social, en función de las mayorías de cada tiempo histórico.

Del modo expuesto, si aceptamos que la Constitución, en la medida que es pacto político, debe ser un “plan jurídico” con techo ideológico abierto; la polisemia del concepto (Constitución-acto de acción, Constitución-*continuum* o *processus*, Constitución-forma, Constitución-contenido, Constitución: norma-programa, y Constitución: habilitación y limitación) adquiere una plena funcionalidad para el Estado, la sociedad civil y la economía.¹⁰ Así, la Constitución escrita y rígida, es una Constitución democrática por su legitimidad, que mira al techo ideológico abierto o plural y a los mecanismos que se emplean en su origen y reforma, estando llamada a gozar de supremacía y estabilidad por su contenido, y a permitir, más de una lectura por los poderes públicos y por los intérpretes de la carta, en último término por partidos y fuerzas políticas.

⁹ Sobre la perspectiva “transformativista” es clásico el texto de E. Tierno Galván, “Especificación de un derecho constitucional para una fase de transición”, *Liberalismo y socialismo: problemas de la transición: el caso chileno*, Madrid, 1975. También de García Cotarelo, Ramón, “El régimen económico social de la Constitución española”, *Lectura sobre la Constitución Española*, vol. I., ed. a cargo de T. R. Fernández, Madrid, 1978; Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 6a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1999. En Italia y Alemania son obligadas las citas a juristas como G. U. Rescigno, C. Lavagna y W. Abendroth.

¹⁰ Grewe, C. y Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.

IV. CONCLUSIONES

Finalmente, en lo que atañe a nuestra reforma constitucional, el restablecimiento pleno del Estado de derecho, democracia política y República, es la base, a partir de la cual se puede plantear una apertura total del techo ideológico de la Constitución y una plena legitimidad, incorporando contenidos propios del Estado social y democrático de derecho. En el fondo cabe plantearse, a partir de esta reforma, una “operación constituyente” orientada a una “organización racional” del Estado, es decir, “una renovación de la fundación del Estado, efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la Nación”¹¹ sea mediante el recurso al poder de reforma de la Constitución (“Constitución de la Constitución”) o a la potestad constituyente originaria.

Tal “operación constituyente” no posee límites, ya que el poder de reforma constitucional, en el contexto de una Constitución rígida, no erige cláusulas limitativas materiales o temporales (*v. gr.* cláusulas de intangibilidad, pétreas u otras) a la reforma. En razón de ello, la supresión de los “enclaves autoritarios”, no solo confiere plenitud al Estado de derecho y la República democrática, sino que agrega un plus de legitimidad democrática a la Constitución, reforzando el pacto político que subyace a ésta y que permite “vivir” una democracia pluralista.

Enderezados al bicentenario de la República en 2010 podemos aspirar a una “operación constituyente” que reintegre al país plenamente a sus tradiciones democrática, liberal y social. Tal “operación constituyente” tiene un elemento de continuidad con el pasado que es el reencuentro con caras tradiciones republicanas que están en el origen del Estado nación, pero tiene un elemento de ruptura consistente en abrir la Constitución como sistema de normas a un arreglo institucional a las tradiciones del constitucionalismo democrático y social, dando respuesta a la necesidad de reformar el Estado en su forma jurídico política instaurando un Estado social y democrático de derecho, en su forma jurídica introduciendo grados mayores de descentralización en la organización territorial del poder que denominamos Estado regional y reformar el régimen político presidencialista con un sistema electoral que concilie mejor las exigencias de gobernabilidad y participación.

¹¹ Consultar a Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, Reus, 1927, pp. 310-325; Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de J. A. González Casanova, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 309 y 310.

CAPÍTULO SÉPTIMO

NUEVA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO EN EL BICENTENARIO*

I. PRESENTACIÓN

Con motivo de esta invitación a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público a realizar en nuestra casa, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, creo que es ocasión para esbozar una respuesta a una de una serie de preguntas muy relevantes en torno a una por-venir nueva Constitución en Chile: “¿Hay que reformar?, ¿qué reformar y por qué hacerlo?, ¿cómo hacerlo?, ¿cuántos derechos resiste una Constitución? y ¿es factible una reforma política o una nueva Constitución?”; siendo la pregunta a la que nos vamos a referir ¿cómo hacerlo?; reconociendo en este abordaje una aproximación teórico-metodológica de “nuevo constitucionalismo” cuyas coordenadas arrancan del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social y, por ende, al igual que todo constitucionalismo posee un cierto escoramiento ideológico (al menos en la acepción débil de ideología) y ligazón también a esas fracturas históricas de la modernidad que se produce una a mediados del siglo XIX con la revolución de 1848 (constitucionalismo democrático) y en las primeras décadas del siglo XX con las revoluciones sociales y la “cuestión social” (constitucionalismo social).

De esta manera, primero hablamos de un nuevo constitucionalismo, en la medida que el viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui), y en la medida que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil (Hostos, en el último tercio del siglo XIX y Bernaschina a mediados del siglo XX), al igual que el constitucionalismo social (Letelier entre los siglos XIX y XX), que lejanamente tuvo recepción en la Constitución de 1925. En la década de 1960 y en los albores de la década de 1970, de la mano de importantes cambios en el mundo de la posguerra, se observa un

* Ponencia a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Chile, 24 y 25 de noviembre de 2011

epocal y poderoso constitucionalismo democrático y social, que también se observa en el resto de América Latina, que desaparece con el golpe de Estado-revolución de 1973, reapareciendo el constitucionalismo democrático, teórica y metodológicamente influidos por el institucionismo francés de la “revolución Duverger”, a fines de la década con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) en 1978. En las universidades, intervenidas o “cautivas”, durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1976 se reanudan en la Universidad Católica de Valparaíso las VII Jornadas Chilenas de Derecho Público, y un buen botón de muestra de los “tiempos de silencio” es la unilateral orientación temática y la restringida gama de autores recogidos en la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile.¹

El constitucionalismo democrático sobrellevó durante largo tiempo las frustraciones de un orden constitucional autoritario-neoliberal, cuya reforma se veía lejana y prisionera de una transición difícil iniciada en 1990; por lo que la reforma constitucional de 2005 llega 15 años tarde, con un contenido reseñado en los acuerdos de las comisiones técnicas de Concertación-Renovación Nacional de 1989. Iniciada la transición el debate acerca del régimen político (semi-presidencial o parlamentario) es tempranamente sepultado por la “real politik”, que afianza el presidencialismo, ante unas fuerzas armadas y de orden aún presentes en las grandes decisiones políticas y custodias del “orden institucional” heredado, ocupando el senecto exdictador la comandancia en jefe del Ejército hasta 1998.

En ese periodo (1990-2005) los “enclaves autoritarios” institucionales habían cumplido sus funciones de barrera de contención o defensa del orden heredado, con el auxilio de unas fuerzas armadas y de orden “pretorianas”, imprimiéndole su sello a la transición, al cual la élite gobernante del periodo (1990-2010) se acomodó.² Tal orden político-institucional, social y económico del que es reflejo la Constitución de 1980 es fruto del régimen autoritario-neoliberal, y como tal resultado de una revolución-refundación autoritaria del capitalismo, en suma de una dictadura de clase.

¹ Martín-Santos, Luis, *Tiempo de silencio*, 4a. ed., Barcelona, Seix Barral, 1968, nos dice en el laberíntico relato final propio del contexto español franquista: “Todo consiste en estar callado... Estoy desesperado de no estar desesperado”.

² Huntington, S., *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. de Felipe Mazia, Buenos Aires, Paidós, 1972, pp. 175-253.

En esta conocida obra politológica Huntington señala: “A medida que la sociedad cambia, también cambian los militares”, p. 200. Y más adelante: “El dilema del guardián contiene dos supuestos: el que el ejército se encuentra por encima de la política y el que debe intervenir en ésta para impedir cambios en el sistema”, p. 210.

Por otra parte, en cuanto a la serie de preguntas antes enunciadas todas de *Constitutione ferenda*, probablemente subyace una pregunta de fondo: ¿qué hacer con la Constitución?; lo que plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, el cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados: el primero, da respuesta a qué es la Constitución normativamente en cuanto parte integrante de un sistema u ordenamiento jurídico y su posición en las fuentes formales del derecho, y en este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart) al ofrecernos una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa, y, el segundo, da respuesta acerca del problema para qué sirve la Constitución, campo en el que Bobbio y su “escuela” (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no solo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar al introducir funciones-fines prisioneros de enfoques metafísicos o (neo) iusnaturalistas.³

Ello nos permite aceptar que la Constitución es un producto histórico, carente de sacralidad, y un subsistema de normas cuya iusfundamentalidad arranca de su posición en el sistema de normas y edificio estatal, pero no es un sistema de normas inerte e ideológicamente neutro, es un instrumento de gobierno, y en dicha definición, es parte del derecho o sistema jurídico, cumpliendo funciones de orden o conservación y de cambio social. De esta manera las aproximaciones estructurales al derecho, deben admitir una aproximación funcional complementaria, abriendo así la ciencia jurídica en general y el derecho constitucional en particular a la colaboración interdisciplinaria de otras ciencias sociales. Esta complementariedad de enfoques y la anotada interdisciplinarietà, no puede importar sacrificar la autonomía científica de las ciencias jurídicas y el rol del jurista en la producción de conocimiento, pretextando el servicio ideológico del conocimiento o la conversión del letrado, juez y jurista en una suerte de artífice de una reingeniería social o de sucedáneo del político.

Lo anterior nos sitúa en las antípodas de un constitucionalismo (neo) liberal, (neo) conservador, el primero que reinventa una tradición liberal cuyas raíces nunca fueron profundas en Chile, y el segundo, iusnaturalista e histo-

³ Bobbio, N., “Hacia una teoría funcional del derecho”, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 9-30. Véase también de Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, estudio, recopilación y traducción A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980, pp. 241-287, 367-390.

ricista, anclado profundamente en el originalismo (textualista o intencionalista) de un constituyente autoritario-neoliberal inexistente, cuya fuente cuasi sagrada serían las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución o la opinión “docta” de algunos de sus miembros; desconociendo una verdad evidente: la Constitución de 1980 no tiene historia fidedigna de su establecimiento, y su usina real es la Junta de Gobierno y su grupo de trabajo.

Pero también nos sitúa en las antípodas del (neo) iusnaturalismo en boga, de derechas o de izquierdas, que se denomina “neoconstitucionalismo” y que aspira a un “maximalismo constitucional”, una suerte de “moralización” objetivista del derecho constitucional, convirtiendo la Constitución material (bloque constitucional de derechos incorporado) en un demiurgo normativo, bajo el pretexto de una “constitucionalización del derecho” de la mano de la “fuerza normativa de la Constitución”, sin reparar en el enjundioso problema de la formulación lingüística, estructura y densidad de las normas iusfundamentales, todo de la mano de una distinción dudosa o ideológicamente concebida entre “principios y reglas”.

Se produce un embelesamiento con la Constitución y su “sistema material de valores” (“filosofía perenne”), y una disposición epistémica que denominamos “fetichismo constitucional”, que transforma a la Constitución (texto sagrado, interpretado, reinterpretado hasta el infinito) en la fuente de todas las respuestas, que avala un desenfrenado activismo judicial (y con ello un acusado elitismo epistemológico), una suerte de derecho material inagotable y que además constitucionaliza todo el derecho, sin precisarse en qué consiste la mentada constitucionalización, o los alcances reales del efecto de irradiación.⁴

Este neoconstitucionalismo tiene correlato en el sistema interamericano y en la cultura jurídica continental en ese verdadero paroxismo del arbitrio judicialista que es el “control de convencionalidad” ejercido por una Corte Interamericana de Derechos Humanos en un ámbito interestatal. Ello vendría en la práctica a admitir una suerte de supraconstitucionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del *corpus iuris* interamericano, en un ámbito interestatal que de ningún modo es un espacio político supranacional, sistema interamericano aquejado de un notorio déficit democrático y de un incompleto catálogo de derechos humanos en su “sistema de derechos”, y que desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional no

⁴ Aldunate, E., “Neoconstitucionalismo”, *Anuario de Derecho Público*, 2010, pp. 361-369; *id.*, “El efectos de irradiación de los Derecho Fundamentales”, *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral de Chile, 2003, pp. 13-38.

es de recibo además por no poseer la Constitución estatal una regla de habilitación paralela a la regla de recepción del derecho de los tratados que abra el derecho nacional a la transferencia de competencias soberanas.

Probablemente este no es el lugar para abordar la cuestión teórico-metodológica y metateórica que subyace a estas variantes del constitucionalismo, ni todas las polémicas que podrían suscitarse del breve enunciado de problemas que plantea el “neoconstitucionalismo”, pero ciertamente un lugar importante en la diferenciación de variantes del constitucionalismo lo tiene el espacio que la “democracia constitucional” o mejor la democracia a secas brinda a la política, a la deliberación pública y al proceso político democrático. Este esquema no busca incurrir en maniqueísmos descaminados como aquel que distingue entre un constitucionalismo “humanista” y un constitucionalismo “estatalista” (M. A. Fernández), sino dar cuenta que en nuestra cultura jurídica subsisten diversas expresiones del constitucionalismo, histórica e ideológicamente condicionadas, de lo cual surge la necesidad de abrir el horizonte ideológico de nuestro orden constitucional y favorecer un pluralismo constitucional.

Hoy asistimos paradójicamente a la creciente aceptación de un tópico o lugar común en orden a que la Constitución “1980/2005”, vieja-nueva, después de 30 años de vigencia, habiendo incorporado ya más de 30 reformas constitucionales en dicho periodo (1980-1989 a 2011), está cumpliendo su ciclo o generación en términos de Jefferson, y se requiere en consecuencia de un nuevo arreglo político-institucional. Esta creciente aceptación es probablemente la resignación ubicua de la clase política ante los movimientos sociales y el “estado de malestar” que se observa en la sociedad civil, y lleva a muchos a afirmar con liviandad o cinismo: “la economía va bien, la política va mal”.

Es ajeno a la disciplina que cultivamos indagar en las causas de este supuesto término de un ciclo, con la modestia que el método jurídico tiene solo nos referiremos a los contenidos y formas de una nueva Constitución y al estado de la cuestión. En nuestro país a pesar del ciclo de reformas de la transición política cerrada en 2005, la Constitución vigente es nueva o mejor dicho remozada en parte de su estatuto del poder, pero es vieja en aspectos muy sustanciales, a saber: la Constitución económica y la social que se mantienen en los contenidos ideológicos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo. La Constitución de “1980/2005” posee aún un nítido sello neoliberal expresado en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria-urgente en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de

justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, Estado empresario y amparo económico, entre otras) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Fuerzas Armadas y de Orden, Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República y Gobierno y Administración Interior).

La legislación de “supermayorías” fue objeto de “legislación *express*” durante el régimen autoritario (1986-1990); dictándose bajo dicho régimen buena parte de esta legislación prevista en la Constitución vigente, subsistiendo solo como leyes orgánicas constitucionales fictas en virtud de la disposición transitoria cuarta sobre ficción de quórum-rango los mañosos estatutos legales orgánicos de la Contraloría General de la República (Ley núm. 10.336) y del Poder Judicial (Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 contenida en el Código Orgánico de Tribunales), que en su forma histórica son leyes ordinarias. Esta legislación *express* de la Junta de Gobierno anterior al 11 de marzo de 1990, solidificó (congelación de rango) un plexo de materias de competencia legislativa, bajo la forma de leyes de “supermayorías” que operan como enclave autoritario-contramayoritario hasta el día de hoy. Por ello la legislación de “supermayorías” no es solo contramayoritaria, sino un enclave autoritario en sí misma.

Es tal la potencia autoritaria-contramayoritaria de la legislación de “supermayorías”, que tratándose del sistema electoral público la legislación orgánica constitucional dictada durante el régimen autoritario, fue puesta a cubierta con la reforma constitucional de 2005 con el quórum propio de reforma constitucional (Disposición Transitoria Decimotercera), quórum extraordinario que protege la fórmula binominal empírica en elecciones parlamentarias. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación extensiva de la competencia del legislador orgánico constitucional (al igual paradójicamente que el Congreso Nacional), no reparando siempre en la excepcionalidad y carácter contramayoritario de la legislación de “supermayorías”, ni en su “espuria naturaleza”. El Congreso Nacional (cámaras, comisiones permanentes y personal letrado de secretarías) igualmente realiza una interpretación extensiva de la legislación de “supermayorías” e incluso en la reforma constitucional de 1997 se extiende la competencia del legislador orgánico al Ministerio Público y en la de 2005 se

extendió la competencia del legislador orgánico a los “procedimientos” ante el Tribunal Constitucional (artículos 84 y 92 inciso final de la Constitución respectivamente).

Es en este contexto, que metodológicamente denominamos reformas constitucionales de “primera generación” a aquellas definidas por el clivaje democracia–dictadura, reformas que conciernen a la transición política, a la democracia y a la remoción de los “enclaves autoritarios” institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de “segunda generación” a aquellas que suponen ir más allá de la transición, plantearse un cambio de régimen político-tipo de gobierno y organización territorial del poder, y además, enfrentar los “enclaves autoritarios” socio-económicos, propios de una “refundación autoritaria” del capitalismo que encuentra cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980, la que huelga decirlo es una carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de “enclaves autoritarios” institucionales tales como las leyes de “supermayoría”, sistema electoral y autonomías constitucionales (el Tribunal Constitucional y el Banco Central) son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, y que conciernen al cierre efectivo de la transición política, y adopción de una legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo “patriotismo constitucional”. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la Constitución económica, la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista, son reformas de segunda generación.

Hoy por tanto plantear una nueva Constitución exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado, es adjetivo y, por ende, es una discusión distinta en la que se plantean como opciones: reforma constitucional total o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar los bloqueos o chantaje que permiten los quórums ordinario-extraordinario de la reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución, sin válvula de salida a la soberanía popular como podría ser el referéndum constituyente.

Congruente con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la Nueva Constitución, en algunas áreas prioritarias, a saber especialmente:

- a) Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto por la lógica de una transición pactada.

- b) Apertura del “techo ideológico” de la Constitución que para el constituyente originario es un verdadero “refrito” ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.
- c) Una “nueva” Constitución económica y social que descansa en la compatibilidad pública-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.
- d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular de ley, *recall*, referéndum, entre otras) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.
- e) Perfeccionamiento del modelo de organización territorial del poder político, reemplazando el Estado unitario por un Estado regional.
- f) Establecimiento de un sistema de gobierno del Poder Judicial especial, democrático y autónomo, que fortalezca la separación de poderes e independencia del Poder Judicial por una parte y fortalezca a la Corte Suprema como tribunal de casación, y como tribunal de amparo ordinario de derechos fundamentales. Asimismo, se hace imperioso, en una perspectiva de *lege ferenda* la consolidación de un orden judicial y de un procedimiento general de lo contencioso administrativo que asegure un efectivo control judicial de la Administración, reequilibrado con los controles ejercidos por la Contraloría General de la República.
- g) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, derechos de las minorías, nuevos derechos civiles y políticos y la mejora de sus garantías constitucionales procesales.

II. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

El constitucionalismo liberal y su concepto de Constitución se plantea como principal objetivo la protección de los individuos (burgués y ciudadano) en su subjetividad-autonomía proyectada en la libertad y la propiedad (libertad negativa), para hacer posible la libertad en la ley y la protección de la propiedad privada; para lo cual es imperioso cautelar la separación Estado-sociedad

civil y la separación de poderes (funcional y territorial) como pilar basal de la organización estatal. En cambio, el constitucionalismo democrático y social se plantea como principal objetivo la protección de los ciudadanos y de la participación política, fundados en el sufragio universal y en las necesidades vitales de un “hombre concreto” convertido en ciudadano. Ello contrapone al Estado liberal y sus derechos civiles, al Estado social y democrático de derecho y sus derechos políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

De esta suerte, adquieren especial centralidad en las Constituciones de la segunda posguerra mundial, arreglos institucionales que conjugan las tradiciones liberal, democrática y social del constitucionalismo, en un difícil equilibrio: la democracia constitucional, la cual es así un *mixtum compositum* de democracia y Constitución, o mejor dicho de constitucionalismo liberal y social, enderezado a imponer límites al poder político estatal conjurando el peligro de la mentada “tiranía de las mayorías” o enderezado a fijar directrices al poder político estatal. En cuanto a la democracia, el gobierno de pueblo, es encorsetado en un arreglo institucional, el régimen político, que fija los términos del demos y del kratos, a través de reglas que se contienen formalmente en la Constitución. Ello lleva a pensar críticamente que la democracia constitucional es una paradoja, contradicción en sus términos o simplemente un oxímoron o matrimonio de palabras con significados opuestos.⁵

El que la democracia constitucional sea una paradoja u oxímoron es más aparente que real, ya que sin recurrir al “coto vedado” o esfera de lo indecible que pone a salvo de la soberanía o del poder constituyente a ciertos derechos o valores, toda democracia para ser tal (gobierno del pueblo), requiere al menos de reglas preliminares o precompromisos incorporados a la Constitución; con toda una dificultad no inane acerca de la temporalidad del precompromiso o pacto que subyace a la Constitución, y que llevó al constitucionalismo clásico a plantear la idea de “generaciones” a las que obliga temporalmente el instrumento de gobierno (Jefferson).

Siendo correcto diferenciar el poder constituyente en su plano espacial y temporal, e identificar los peligros de su neutralización en los vericuetos de la representación, el refugio en el “sujeto” (Negri), en la subjetividad colectiva, desvinculada, radical en sí, capaz de romper con la modernidad, parece ser una mistificación. Entonces cabe reconocer en la soberanía y en el poder constituyente una “magnitud política real” (Böckenförde), que sirva de fun-

⁵ Consultar Elster, J., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, J. y Slagstad, R. (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999, pp. 217-262.

damento a la validez normativa de la Constitución; pero no una potencia absoluta como si fuese una categoría teológica.⁶

La soberanía y el poder constituyente residenciados en el pueblo son una potencia ordenadora, con límites no positivos sino lógicos si se quiere inevitables, a pesar de responder usualmente su ejercicio originario a un momento prejurídico, de cambio político o a un hecho revolucionario, límites que sustentan al pueblo mismo como su titular, y que conectan con derechos de autonomía de las personas. El problema no está entonces en el matrimonio de opuestos (democracia y Constitución) sino en el arreglo institucional, enderezado a asegurar merced la representación y de la democracia de partidos el poder de las élites y a conferirle un rol central a los “guardianes” de la Constitución.

En el entramado institucional de la democracia constitucional surgen “guardianes” togados y “técnicos” e instituciones contramayoritarias, enderezadas a proteger el consenso en torno a ese precipitado ideológico normativo heteróclito, que fundido al Estado de partidos y a una suerte de neocorporativismo termina sacrificando a la soberanía popular en el arreglo institucional y en la adopción de decisiones públicas. El paso siguiente es el tránsito de la soberanía popular a la “soberanía de la Constitución”, vaciando de sujeto político concreto a la soberanía y consiguientemente al principio democrático, como lo recepciona el inciso primero del artículo 5o. de la Constitución vigente.

Una democracia constitucional pletórica de guardianes togados o técnicos asilados en sus “autonomías”, una suerte de plazas fuertes incrustadas en el Estado, bajo el pretexto de conservar los “vínculos” o límites al poder político estatal e incluso de poderes fácticos nacionales o multinacionales como pretende Ferrajoli, y asimismo asegurar los valores, principios y las reglas fijadas en un lejano momento constituyente; frente al embate de los “poderes salvajes” o del socavamiento del régimen desde dentro por liderazgos autoritario-populistas (Berlusconi en la Italia de Ferrajoli); está fuertemente aquejada de elitismo epistemológico, desconfianza en el pueblo y en las instituciones de democracia directa (motejada de “democracia plebiscitaria”), y abre la puerta a un acusado panjudicialismo. Asociado a ello se produce un activismo judicial, el que a su vez se alimenta de modelos hermenéuticos

⁶ Negri, A., *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. de C. de Marco, Madrid, Libertarias-Prodhufo, 1994, en especial pp. 382 y ss.; Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 162 y 163.

valorativos, en que la interpretación “moral” de la Constitución abre las puertas a la discrecionalidad judicial (Comanducci).⁷

Por ello, en la aproximación ensayada en este trabajo asumimos una propuesta de “constitucionalismo mínimo” o “débil” definido por Hutchinson y Colón-Ríos en los términos siguientes:

Entendido así, el constitucionalismo débil viene acompañado por la idea de que las transformaciones constitucionales importantes no deben ser el trabajo de instituciones ordinarias. Tales instituciones están diseñadas para operar al nivel de la gobernanza diaria, cuando episodios de participación popular no siempre son posibles por razones prácticas. El constitucionalismo débil no implica Constitución que, al igual a las leyes ordinarias, se puede cambiar fácilmente por mayorías democráticas, si el término *mayorías democráticas* se refiere simplemente a la mayoría de los funcionarios electos que actúan como legisladores. De hecho, el constitucionalismo débil requiere un grado de apertura que no es ni posible ni deseable en el contexto de una legislatura ordinaria. Si una legislatura, aunque sea entorpecida por especiales salvaguardias de procedimiento, posee el poder de enmendar o revisar la Constitución sin la participación de los ciudadanos, el resultado es una pérdida de legitimidad democrática. Aun en el contexto de una legislatura no sujeta a los límites impuestos por una corte constitucional, la democracia requiere que la autoridad para determinar el contenido del texto constitucional recaiga en los ciudadanos comunes.

Asimismo, el constitucionalismo débil depende de un compromiso inquebrantable con una ciudadanía participativa y activa. El ciudadano es visto no simplemente como una persona con derechos que participa de vez en cuando en la política por medio de las elecciones de funcionarios, sino como alguien que juega un papel importante en la re-formulación de las normas que gobiernan al estado. En otras palabras, un ciudadano contribuye directamente a la legitimación democrática del régimen constitucional y sabe que, a pesar de todas las imperfecciones de tal orden, éste puede ser modificado. Los ciudadanos pueden sentirse así identificados con el régimen constitucional y pensar en él como suyo, no simplemente como la encarnación de la voluntad colectiva de un misterioso Pueblo.

⁷ Consultar una monografía reciente de Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, y su obra magna *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, en especial t. II, “Teoría de la democracia”. Consultar a propósito de los modelos de interpretación de la Constitución el libro de Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, en especial pp. 115-144.

El “constitucionalismo mínimo” o “débil”, claramente influido por el republicanismo democrático, busca reconciliar democracia y Constitución, la que cuaja en una “democracia constitucional”, que termina imponiendo la vieja “soberanía de la Constitución” defendida hace casi dos siglos por el liberalismo doctrinario francés de la Europa post Santa Alianza, y un entramado institucional dirigido a conjurar el peligro de la “dictadura de las mayorías” a través de un sistema de frenos y contrapesos, propia de una concepción mecánica del Estado. En ese entramado caben las instituciones contramayoritarias y la rigidez constitucional como técnica de garantía de la estabilidad de las normas de la Constitución.

En este orden de ideas Hutchinson y Colón-Ríos precisan:

La combinación entre constitucionalismo débil y democracia robusta no ve el poder constituyente —entendido como el poder popular originario para crear y recrear Constituciones— como algo que tiene que ser amordazado y reprimido. En contraste con el constitucionalismo tradicional, el constitucionalismo débil acepta la idea de que hay una tensión permanente e insoluble entre la Constitución y el poder político que busca regular y al que a la vez debe su existencia. En consecuencia, en vez de privilegiar la supremacía de una Constitución que es difícil o poco menos que imposible de modificar, asume la Constitución como una ley superior permanente susceptible de la reaparición del poder constituyente. Tomando tal postura, el constitucionalismo débil no busca resolver la antes mencionada tensión. Al contrario, reconoce que es una consecuencia inevitable de tener una Constitución y, en efecto, la acentúa, dando a los ciudadanos los medios institucionales para actuar conjuntamente y reclamar la prioridad del poder popular sobre el texto constitucional, aunque solo ocurre ocasionalmente. Dicho de otro modo, el constitucionalismo débil permite una distinción viable y vibrante entre el gobierno democrático y la democracia a nivel de las leyes fundamentales.⁸

El “constitucionalismo máximo” de los guardianes de la Constitución, de lo cual una contemporánea expresión es el neoconstitucionalismo, importa en cambio, sustituir o desplazar permanentemente al sujeto real (pueblo) del poder político (soberanía) en el sistema político institucional y depositario de la legitimidad democrática de las instituciones en el proceso político, consolidando así el tránsito de la soberanía popular a la soberanía de la Constitución. Paradójicamente la reforma constitucional de 2009 relativa a sufragio

⁸ Hutchinson, A. C. y Colón-Ríos, J. “Constituciones duraderas. Una crítica democrática”, *Anuario de Derecho Público* 2011, Santiago, UDP, pp. 450-451 y 437.

voluntario e inscripción automática en los registros electorales, contribuye al “constitucionalismo máximo” y al desplazamiento del pueblo como sujeto soberano, entendiendo el proceso político y el sufragio ciudadano como un mercado, de ideas, programas y bienes disponibles y de elecciones “racionales”, en que el rol de los partidos es formular una atractiva oferta de bienes y “políticos” o “técnicos” al mercado, todo lo que contribuye, a hacer más elitista la participación política y la adopción de decisiones políticas. Esta reforma es un grave retroceso histórico político, favorece la alienación política de amplios sectores socioeconómicos postergados y de ciertos rangos etéreos en la población, niega los derechos políticos como derechos-deberes, merma la igualdad política, cara igualdad en un orden de desigualdades en aras de la “libertad” como es el capitalismo.

Al contrario, el nuevo constitucionalismo, con raíces en el constitucionalismo democrático y social, es un “constitucionalismo mínimo”, ya que en el aparente matrimonio de opuestos (democracia y Constitución), carga el balance en el gobierno del pueblo, y no en la lógica mecánica del sistema de frenos y contrapesos (arreglo institucional fundado en la separación de poderes), y de sus “guardianes”, sea una aristocracia togada o la tecnocracia. Por ello, en el sensible campo de la “revisión judicial” o jurisdicción constitucional, la aristocracia togada debe cumplir un rol cautelar de las reglas iusfundamentales, en especial las reglas del proceso político democrático, los derechos de todas las minorías (y no solo las minorías privilegiadas), y asegurar que la adopción de decisiones políticas se hagan en el campo de la política, en especial en cuestiones valóricas o en cuestiones políticas duras.⁹

III. OPERACIÓN CONSTITUYENTE

En suma, respondiendo ahora a la pregunta ¿qué hacer con la Constitución? Se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de “1980/2005” debe ser, desde la perspectiva del contenido nor-

⁹ Consultar el clásico texto de Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de M. Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997, en especial pp. 128-131, 207 y ss. En el mismo orden de ideas, pero en 1928, se planteó el jurista vienés el rol de las minorías en la justicia constitucional en su escrito acerca del fundamento teórico del Tribunal Constitucional, de: Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155, en especial pp. 146-148.

mativo iusfundamental, objeto de un plexo de reformas constitucionales de primera y de segunda generación, expresada en una operación constituyente que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta operación constituyente, no circunscrita a la democracia de partidos sino a la democracia de los ciudadanos, la denominamos nueva Constitución. La operación constituyente requiere de la forja de un amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social, para no estar condenados de antemano a un bloqueo de fuerzas (neo) liberales y (neo) conservadoras, a veces más cautivas del régimen autoritario (“herencia”) de lo que uno podría desear o pensar después de dos décadas, bloqueo amparado en los quórum reforzados ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo XV. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria o de “cerrojo” de nuestro sistema institucional básico, como destacan Couso y Coddou en nuestro medio, tomando a Ginsburg, se emplea el “constitucionalismo como seguro”.¹⁰

Con el término “operación constituyente” englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente y Congreso Nacional o parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento o forma del cambio constitucional a una definición necesaria de contenidos iusfundamentales propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con distancia y envejecido escepticismo, la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones surgidas de una asamblea cons-

¹⁰ Documento de trabajo de Couso, J. y Coddou, A., “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, Fuentes, C. (ed.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung-ICSO UDP, 2010, pp. 191-213. En relación con los límites de una transición pactada o de “reformas” como la nuestra y la herencia institucional autoritaria que impuso un gradualismo evidente en el periodo 1990-2010, consultar a Hidalgo, A. Paulo, *El ciclo político de la concertación*, Santiago, Uqbar Editores, 2011.

tituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991), y más recientemente de Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007, 2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una nueva Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia, por el contrario, pero lo central son los contenidos y la pertenencia de estos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que abra la Constitución al pluralismo, equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en un discurso político constitucional propio del “progresismo” o mejor dicho de las izquierdas en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

En suma, a fin de superar un debate fútil y artificioso, acerca de la “vieja-nueva” Constitución o Constitución de “1980/2005”, el debate útil o mejor dicho fértil se sitúa en el campo prospectivo o de futuro, enderezado a un cambio o una reforma de primera y de segunda generación a través de una “operación constituyente”, que confiera a la Constitución legitimidad democrática plena, modifique profundamente su estatuto del poder y enmiende la Constitución económica y la social, abriendo el techo ideológico de la carta a las tres tradiciones y culturas (ideologías en sentido débil y fuerte) del constitucionalismo moderno: liberal, democrático y social, y recepcionando la fórmula del Estado social y democrático de derecho.

Este planteamiento, que apela al poder constituyente democrático y a la soberanía popular, no es novedoso, posee un soporte innegable en las raíces del constitucionalismo moderno. Así, en la usina de la Revolución francesa Condorcet, uno de sus ilustrados protagonistas y víctima, llegó a afirmar un postulado básico y vigente del poder constituyente democrático: “Un pueblo tiene siempre el derecho de rever, reformar o cambiar la Constitución; una generación no tiene derecho a someter a sus leyes las generaciones futuras”, principio recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793 y que pasa al constitucionalismo de los siglos XIX y XX, postulado incluso por Jefferson y Paine durante la Revolución americana.¹¹

¹¹ Sánchez Viamonte, C., *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, en especial pp. 435-476; véase también Vanossi, J. R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, vol. 2, en especial pp.123-172.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma o cambio constitucional, con contenidos de reformas de primera y de segunda generación a través de una “operación constituyente”, fundada en la “soberanía popular” y sus procedimientos democráticos, y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”, es decir, el pleno reencuentro de Chile con sus tradiciones institucionales y con la necesidad de innovar; renovando el “pacto” político mayoría-minoría que subyace a la Constitución y a las decisiones fundamentales que contiene acerca de la relación Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado: República democrática, forma jurídica de Estado: unitario, y forma jurídico-política de Estado: de derecho, régimen político y tipo de gobierno, y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra. Esta perspectiva de nueva Constitución asegura un auténtico “patriotismo constitucional”; sin necesidad de una sucedánea legitimidad de ejercicio, en la que pesa más la facticidad y eficacia del orden constitucional en el tiempo. El “patriotismo constitucional” se edifica sobre el pluralismo social, político, cultural, plasmado en la Constitución y en un arraigo republicano propio de una “nación de ciudadanos”; patriotismo que conecta con una idea de legitimidad del poder, del derecho y del Estado, no extraída de un orden moral o derecho natural, sino de un procedimiento racional de la opinión y la voluntad, deliberativo-argumentativo, que cuaje en negociación, y en la identificación de consensos y disensos; que se expresa en un procedimiento democrático de producción del derecho.¹²

En el contexto de la nueva Constitución debemos plantear y lograr un consenso para reformar, modificar o cambiar profundamente el estatuto del poder y la carta de derechos, las partes orgánica y dogmática de la Constitución, a partir de la apertura del techo ideológico y la recepción de reformas de segunda generación relativas a temperar o modificar el régimen presidencialista, recepcionar la cláusula de Estado social y democrático de derecho, introducir un Estado regional, establecer institutos o técnicas de participación directa de la ciudadanía (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria), incorporar una cláusula de posición preferente y valor

¹² Habermas, J., *Necesidad de renovar a la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1994; *id.*, *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, FCE, 2000, pp. 77; *id.*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, en especial epílogo pp. 645-662; Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo T. y L. Legaz L., Barcelona, Labor, 1977, p. 122.

interpretativo del derecho internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo, modificar el sistema judicial (gobierno del Poder Judicial y tribunales de lo contencioso administrativo) y abrir el catálogo de derechos, deberes y garantías constitucionales a nuevos contenidos tutelares (derechos de pueblos indígenas y minorías, cláusula antidiscriminación, nuevos derechos individuales y colectivos, entre otros) y a nuevos mecanismos de protección judicial ordinaria como el amparo constitucional y legal.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejana a la fe acrítica del canonista o a la recalcitrancia crítica con la Constitución documental y/o sus ideólogos reales o supuestos, que encubre una cierta “filia” o “fobia” ideológica con la Carta y sus primitivos autores históricos remotos.¹³

En este contexto la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida que este régimen es un “sistema contramayoritario” (Gargarella, Nino),¹⁴ es decir, un ordenamiento institucional que tiene entre sus “principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías”. Nuestro presidencialismo es un “sistema contramayoritario” reforzado por la incrustación de instituciones “contramayoritarias”; más allá de la tradición presidencial norteamericana que desde sus orígenes es un arreglo institucional que descansa en un principio de separación rígida de poderes y en la desconfianza en la “tiranía de las mayorías” y el accionar faccioso, visión de los “padres fundadores” y de los *framers* de lo cual *El Federalista* es un elocuente botón de muestra; aunque tales definiciones en el proceso constituyente de 1787 no fueron pacíficas a la luz del “antifederalista” y de la visión de un padre fundador como Jefferson, lo que queda demostrado con la temprana fractura entre federalistas y republicanos democráticos.

Este régimen presidencialista como “sistema contramayoritario” coadyuva a un sistema político en que la lógica gobierno-oposición está dominada por una competencia orientada al empate y falta de cooperación, lo que termina generando un “hiperpresidencialismo” (mayor concentración de poder en el presidente de la República y gobierno) como respuesta al tipo de oposición, con la inevitable tentación del “gobierno por decreto” o la

¹³ Dahl, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, FCE, 2003, p. 9.

¹⁴ Gargarella, R., “El presidencialismo como sistema contramayoritario”, en Nino, C. S. et al., *El presidencialismo puesto a prueba. Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*, Madrid, CEC, 1992, pp. 83-105.

búsqueda de auxilios “ortopédicos” (Ruiz Tagle) como el Tribunal Constitucional para conferirle centralidad a la decisión ejecutiva. El Tribunal Constitucional concebido como auxilio “ortopédico” de un “hiperpresidencialismo”, que es al mismo tiempo un “presidencialismo minoritario” al no contar con mayorías en las cámaras, corre el serio peligro de politizarse en extremo.

Al mismo tiempo se produce un deterioro de la “calidad de la política” y una “corporativización de la política” (localmente percibida como patrimonialización de la política y de los cargos, y reproducción endogámica o por cooptación de la élite o “clase política”), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que conlleva un distanciamiento creciente de las élites políticas de la ciudadanía, con nocivos efectos en el ámbito de la participación política y vitalidad de la sociedad civil. Asimismo, como lo hemos expuesto en otro lugar, la fórmula electoral del sistema para elecciones parlamentarias conocida como “binominalismo” tiende a trasladar la competencia político-partidista al interior de los pactos o alianzas con consecuencias muy perniciosas, todo con efectos de exclusión como la desigualdad en el valor del voto según unidades geográficas (distritos y circunscripciones) y la sobrerrepresentación.

A nuestro juicio la moderación o atemperación del régimen político presidencialista o su reforma de signo semi-presidencial y modificación del “binominalismo”, generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación, y conjuran el peligro que la “democracia de partidos” se convierta en un “gobierno de partidos”.

Finalmente, también debemos plantear y lograr construir consenso acerca de la necesidad de reforzar la vinculación a la Constitución y la ley, y de establecer un régimen de control político y social en la medida que sea compatible con la función, y un régimen de responsabilidad constitucional y legal congruente para las instituciones “contramayoritarias” del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Banco Central); de suerte que su necesidad en la “democracia constitucional” no se traduzca en inmunidad de poder e irresponsabilidad, lo que de suyo es incompatible con una República democrática y Estado de derecho. Se trata de encontrar mecanismos que aminoren una eventual “tiranía de los valores” y la patología del activismo judicial como ocurre con las judicaturas y en especial con el Tribunal Constitucional. Un reconocimiento de estos peligros observa un antiguo juez constitucional y sólido jurista como D. Grimm al anotar “... el riesgo para una Jurisdicción Constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las

normas materiales de la Constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones”.¹⁵

El reforzamiento de la legitimidad instrumental y de la responsabilidad de las instituciones “contramayoritarias” aleja el peligro de un “gobierno de los jueces” o de una tecnocracia ideológicamente legitimista, incrustada en un Banco Central o en la Administración Económica, de un cierto modelo de desarrollo capitalista financiero global, heredero en su ortodoxia del denominado Consenso de Washington; tecnocracia que por su sello ideológico, reduce los espacios para la política.

Ciertamente, no se trata de defender una reforma de primera o de segunda generación u operación constituyente inspirada en un nuevo “jacobinismo” democrático radical, sino simplemente equilibrar al interior del Estado y del régimen político, organizado como una “democracia constitucional”, sus raíces democrático-representativas y democrático-participativas y con ello, además, morigerar la “democracia de partidos”, y recuperar para la política democrática los espacios de decisión que la aristocracia togada, animada por un activismo judicial acusado, sustrae al proceso político y sus actores. Es la manera de sobreponerse a la paradoja o contradicción de democracia y Constitución, y vivir una “democracia constitucional”.

IV. CONCLUSIONES: ¿CÓMO HACERLO? O ESTAR DISPUESTOS A CORTAR EL “NUDO GORDIANO”

Hemos dicho que la serie de preguntas que invitan a ser respondidas tienen una pregunta central ¿qué hacer con la Constitución? Y, subsiguientemente, ¿cómo reformar o cambiar la Constitución? Nuestra propuesta es utilizar una vieja categoría del arsenal del constitucionalismo: operación constituyente, acuñada por Hauriou,¹⁶ pero asignándole un significado distinto, el de proceso político de cambio constitucional desde la sociedad política (y los partidos) y de la sociedad civil, en que la determinación del procedimiento a emplear (reforma, referéndum, asamblea constituyente o un *mixtum compositum* de es-

¹⁵ Grimm, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

¹⁶ Hauriou, M., *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1928, pp. 310-322. También sobre el poder constituyente y sus mecanismos procedimentales es clásica la distinción que hace Carl Schmitt en *Teoría de la Constitución*, trad. y presentación de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 99-103.

tas técnicas propias de una Constitución democráticamente gestada) no es que carezca de importancia, sino que lo central sea la forja de un consenso constitucional y la identificación de los disensos, que reponga en el seno de la Constitución la idea de pacto y autodeterminación política del pueblo.

La operación constituyente con miras a la nueva Constitución no debe excluir del caleidoscopio de mecanismos, esbozados en el debate constitucional acerca del procedimiento constituyente, incluso debe admitir el procedimiento de reforma total contemplado en el capítulo XV de la Constitución vigente, pero sin quedar prisionero de éste, que impone un bloqueo al entregar la llave de la reforma a la minoría por la vía de un quórum ordinario, extraordinario y reforzado, sin recurso efectivo a la soberanía popular. Sin embargo, como la nueva Constitución no es una reforma constitucional más, de las treinta enmiendas promulgadas a la fecha, por precipitar en ella “reformas de primera generación y reformas de segunda generación”, requiere de hacer una *tabula rasa*, que no desahucie ningún mecanismo, y que comprometa una amplia participación ciudadana.

Esa *tabula rasa*, impone la lógica de estar en condiciones de desatar o cortar el “nudo gordiano”, que es precisamente el procedimiento de reforma constitucional establecido en el capítulo XV. El nudo de Gordias concierne a un “yugo” con cuerdas cuyas ataduras son los “enclaves autoritarios” en el plano institucional que impiden recurrir a la soberanía popular como fuente y medida de legitimidad del poder constituyente. Parafraseando al macedonio inmortal respecto del “nudo gordiano”: “es lo mismo cortarlo que desatarlo”, lo importante es abrir la puerta hacia ese oriente que es la nueva Constitución.

De este modo, si efectivamente es lo mismo cortar o desatar el nudo gordiano, ya que ello importa un catalizador de la forja de un consenso constitucional abierto, dinámico, creativo; sin ataduras, sin enclaves autoritarios o mecanismos contramayoritarios, protectores de un orden constitucional heredado autoritario-neoliberal y que entregan hasta hoy la decisión política constituyente, no a la soberanía del pueblo, sino a una minoría.

Además, en la operación constituyente se requiere de un impulso fundamental o *indirizzo politico* que recaer por las características del régimen político en el presidente de la República y, por consiguiente, en esta magistratura recae, en primer lugar, la decisión de abrir el procedimiento constituyente. De no verificarse tal impulso fundamental desde el gobierno, el Congreso Nacional debería hacerse cargo, coadyuvando así a su propia funcionalidad y centralidad.

De este modo, una nueva Constitución será la base de un orden político institucional dotado de amplia legitimidad, fruto de la participación polí-

tica plural, de arraigo republicano del pueblo y fuente de un “patriotismo constitucional” (Habermas), una suerte de “religión civil” (Rousseau) que nos permita pensar colectivamente el futuro de un orden republicano democrático.

Para concluir, para abrir fuego en un debate de pasado-presente y sobre todo de futuro, que nos obliga a bajar del “cielo de los conceptos” o del “cielo de los principios o valores” (caracterizado por la sustitución del axioma cartesiano *cogito, ergo sum* por *cogito, ergo est*) de que nos hablaba tan seriamente Ihering¹⁷ y acercarnos a la realidad jurídico-política desde un compromiso vital con la ciencia del derecho constitucional, y sin mengua del rigor teórico-metodológico, compromiso vital con el orden republicano y democrático político-social, y con el por-venir de nuestro país. En el fondo, no nos resignamos con la sentencia de Hegel en el conocido prefacio de su *Filosofía del derecho* en orden a que el conocimiento llega siempre tarde: “Cuando la filosofía pinta con sus tonos grises, ya ha envejecido una figura de la vida que sus penumbras no pueden rejuvenecer, sino sólo conocer, el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso”.¹⁸

Un nuevo derecho constitucional no puede renunciar en su emprendimiento teórico-práctico al conocimiento, a la crítica interna y/o externa y a la prospectiva.

¹⁷ Ihering, Rodolfo V., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.

¹⁸ Hegel, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y prólogo de J. L. Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988, p. 54.

CAPÍTULO OCTAVO

PODER CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN EN CHILE. DE VUELTAS ACERCA DE LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE*

I. EL PROBLEMA CONSTITUYENTE.

ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

Los ejes de esta exposición, a saber: poder constituyente, problema constituyente y operación constituyente deben ser situados en conexión al principio democrático; entiendo a éste como arquitectural del Estado democrático, pero es un principio político y no solo un principio jurídico como pretende Aragón y en cuanto tal posee matrices ideológicas que lo hacen ambivalente. En cuanto al cambio constitucional, éste es un concepto plurisignificativo, ya que concierne a una variable temporal: situación constitucional de una comunidad política o realidad de un orden constitucional, no de su contenido normativo, sino de su lectura, hermenéutica y eventual mutación (Böckenförde). Por ello, entre otras razones, prefiero hablar de operación constituyente y conectar a este concepto los demás afines.

Por consiguiente, no tenemos dudas que hoy en Chile se ha instalado el problema constituyente de la mano de un “momento” que le confiere realidad, más allá del tradicional clivaje democracia/dictadura, que marcó toda nuestra transición y en especial las más importantes reformas constitucionales del periodo (1989, 1991 y 2005). Las fronteras del debate público engloban hoy en serio el problema constituyente, y ello es obra en gran medida de los movimientos sociales, que han actuado como catalizadores y demandantes de una nueva Constitución y de una asamblea constituyente. Tal rol del movimiento social no es inusual, ya que históricamente en las democracias modernas el problema constituyente está asociado a cambios

* Ponencia al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tucumán, Argentina, 17, 18 y 19 de septiembre de 2013. El autor agradece la invitación a este Congreso y extiende los saludos al presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, profesor y amigo Diego Valadés, y a nuestro anfitrión profesor Sergio Díaz Ricci.

políticos, revoluciones o periodos fundacionales del Estado o del régimen político imperante.¹

En Chile observamos una profunda crisis de legitimidad y representación de las instituciones, subyacente a estos movimientos y que es telón de fondo del discurso político constitucional en relación con una nueva Constitución, también defendido por parte de las élites hoy.

Como observamos, el problema constituyente también da origen a discursos o relatos acerca del cambio constitucional o su negación. El problema constituyente y una operación constituyente abierta a la reforma total de la Constitución o bien a una asamblea constituyente y o referéndum constituyente, nos reconduce a gruesos temas de la teoría constitucional moderna que condensan problemáticamente, a saber: en la cuestión toral del poder constituyente, y en rigor, del usado concepto de poder constituyente se derivan dos consecuencias: el poder constituyente existe todo tiempo en el Estado moderno para organizarlo, constituirlo y estructurarlo, y como poder está sometido a su misión de constituir sin estar jurídicamente prefigurado.

Además, esta conexión poder constituyente y principio democrático está en la base de la teoría moderna del Estado desde la hoy clásica aportación procedimental de Kelsen, y expresa un muy actual desafío teórico-práctico en la concepción misma del Estado, del régimen político, tipo de gobierno y sistema de fuentes del derecho. Guardando las distancias entre democracia ideal y real, la esencia de la democracia es el autogobierno del pueblo y en su sentido de democracia directa, la unidad (identidad) de gobernantes y gobernados (Böckenförde), y en tal medida un poder constituyente democrático es o mejor dicho puede ser prístina expresión de la soberanía del pueblo. Ello incluso es posible en las coordenadas de una democracia política fundada en la representación.

También subyace al tema abordado aquí una definición teórica básica acerca de qué es Constitución y para qué sirve, tema ensayado en otro lugar, y que está abierto a enfoques estructuralistas como el positivismo normativista en su diversidad de escuelas que conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de normas y enfoques funcionalistas, que abordan el orden jurídico desde sus funciones y por ende, trazan sus posibilidades de instru-

¹ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 117-132; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 133, 181-185; Vanossi, Jorge, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, De Palma, 1976, t. I, pp. 180 y ss.; Pérez Serrano, Nicolás, “El poder constituyente”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, y Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 461-475.

mento de cambio social, como lo serían las epocales doctrinas acerca de las normas o disposiciones de “principio” elaborada por Crisafulli al alero de la Constitución de la república de Italia en la inmediata posguerra y de la “Constitución dirigente” elaborada por Gomes Canothilo con base en las normas-programa de la Constitución de Portugal posrevolución de los claveles, esta última de honda influencia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.²

Ello es relevante en la medida que parece rondar en el discurso político constitucional acerca de la asamblea constituyente una concepción puramente funcionalista de la Constitución, que carga las tintas en las posibilidades fundacionales a través del poder constituyente de un nuevo orden económico, social y político. Sin embargo, en el constitucionalismo de posguerra tempranamente observamos los peligros de una “Constitución inactuada” (Calamandrei); peligros que están a la vista con el ejemplo de la Carta de 1947 de la República italiana de posguerra inspirada en la cultura de la “resistencia” antifascista, que la realidad política y la hegemonía de un partido, termina con sus acciones y omisiones saboteando su efectividad normativa por la vía ejemplar en materia de “derechos de libertad”, de derechos sociales y la conexión a la cláusula Lelio Basso del artículo 9o. párrafo segundo. La “Constitución inactuada”, a pesar de las dudas de Calamandrei acerca de los derechos sociales, termina negando las metas que la “revolución prometida” había asignado al legislador democrático.

Con todo, la reacción adversa que provoca la idea de “asamblea constituyente” en el *establishment* político o élites, y en medios de comunicación escritos, en Chile, no deja de causar cierta estupefacción, es una reacción desmedida que adolece de un filisteísmo (moral e intelectual) y de un fariseísmo, refleja un cierto empobrecimiento del debate político constitucional y responde naturalmente al desempoderamiento de la “clase política” que genera en un sistema democrático la restitución temporal, extraordinaria de

² Crisafulli, Vezio, “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, núm. 7, 1969, del mismo autor “Disposizione e norma”, *Enc. Di Diritto*, t. XIII-XIV. Lo innovador de aporte de Crisafulli se observa en la época en el tratamiento brindado en la doctrina italiana de postguerra al principio de igualdad, a los derechos sociales y al concepto de Constitución en un autor como Cereti, Carlo, *Corso de Diritto Costituzionale Italiano*, 5a. ed., Torino, G. Giappicheli Editore, 1958, pp. 30-35, 127-132, 172 y ss. Del notable jurista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, un trabajo breve y contemporáneo en “¿Revisar la o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, año 1995, pp. 9-23; Calamandrei, Piero, *La Constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013.

la soberanía al pueblo o cuerpo electoral. Tal reacción defensiva toma como anclaje teórico e ideológico un tipo de democracia constitucional concebida como un orden constitucional cerrado, que solo admite la reforma, probablemente sometida a todo tipo de límites materiales internos y externos implícitos, límites más eficientes que la debatida “autorreferencia” del sistema. Y además es una reacción plagada de lugares comunes que no resisten mayor análisis (desmantelamiento de la democracia representativa, sustitución de ese modelo por una democracia plebiscitaria, implantación de un populismo autoritario, o de un neochavismo, pronósticos de escenarios de crisis o debacle económica, entre otros espantapájaros).

En contraste con esta reacción defensiva, cabría afirmar que lo cierto es que un debate que gira sobre las asambleas constituyentes concierne a una técnica imbricada en un procedimiento propio de la democracia moderna para el ejercicio del poder constituyente originario. Más aún, en muchas democracias pluralistas occidentales, la asamblea constituyente es un mecanismo o técnica del procedimiento estatuido para el ejercicio del poder constituyente derivado o constituido (reforma constitucional). También en nuestra América la asamblea constituyente es una técnica parte del procedimiento ordinario para el ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma (Uruguay, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela).³

Un debate distinto al conceptual (teórico) relativo al lugar de la asamblea constituyente en el ejercicio del poder constituyente, es el contextual o si quiere de “realidad” o de “política real”. En un plano teórico el debate contextual es propio del dominio disciplinario de la ciencia política y de la sociología en la medida que concierne al ejercicio efectivo del poder constituyente originario (condiciones políticas, sociales y económicas del proceso político real), y a sus posibilidades reales o prácticas. En este sentido, una élite empoderada, con un programa político-constitucional coherente, auxiliada por resultados electorales exitosos y por movimientos sociales, es un dato de contexto muy relevante del análisis politológico. Complementario al debate conceptual y contextual, es la implantación efectiva de un poder constituyente democrático, que exige determinar jurídica e institucionalmente todo lo referente acerca de cómo se ejerce (intervención por el cuerpo electoral, organización, funcionamiento del proceso constituyente y su “juridicidad”) dicho poder constituyente por el soberano. Ello nos sitúa ante los procedimientos democráticos o populares de generación de una Constitu-

³ Lutz, Donald, “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection*, Princeton University Press, 1995.

ción y las técnicas o mecanismos estándares, a saber: asamblea constituyente, referéndum constituyente y congreso constituyente, y la injerencia de los juristas o “expertos” en dicha fase genética. También la implantación de un poder constituyente democrático engloba determinar el grado y profundidad de la continuidad-discontinuidad de órdenes constitucionales.

Por otra parte, tanto la reforma total de la Constitución como la asamblea constituyente, suponen que el Congreso Nacional o la Asamblea (ambas constituyentes) funcionan como órganos asamblearios de representación del cuerpo electoral depositario de la soberanía popular, por lo que las decisiones a que arribe son un trabajoso resultado de la deliberación y de las condiciones comunicativas, de la racionalidad procedimental del doble examen de las propuestas, de la construcción de consensos e identificación de disensos y suscripción de acuerdos, los que no están exentos de compromisos “apócrifos” (Schmitt) y fórmulas normativas de “textura abierta” que hacen posible el acuerdo o escapar hacia adelante.⁴ Lo anterior arranca de los dos componentes basales de una Constitución democrática: la conexión a la soberanía del pueblo directa o indirecta y el pluralismo social, político e ideológico subyacente que impone consagrar un plexo de derechos a las minorías. En la representación política asociada a la integración del Congreso Nacional o de la Asamblea subyace el pluralismo político e ideológico; pluralismo que es mayor y más fiel al fraccionamiento del cuerpo político si el método de escrutinio empleado en la fórmula electoral imperante para generar una Asamblea es el proporcional en una base territorial nacional, sin perjuicio de ser corregido. Las diferencias se refieren más bien a cuestiones accesorias, aunque importantes, acerca de la generación electiva, la organización (*v. gr.* presidencia, mesas, comités, plenaria y comisiones) y funcionamiento (*v. gr.* sesiones ordinarias y extraordinarias, quórum de constitución válida de sesiones y de adopción de acuerdos) de éstos órganos, su temporalidad (en la medida que la asamblea es generada con el fin específico de elaborar una Constitución) y el eventual recurso al referéndum en la hipótesis de una asamblea constituyente. Otra cuestión accesorias, aunque capital, para el derecho constitucional transitorio, son los eventuales poderes de intervención de una Asamblea, en los poderes públicos constituidos del orden constitucional que fenece, para hacer posible la etapa transicional.

Al mismo tiempo se observa en la reacción defensiva de las élites o al menos en parte de ella a la demonizada asamblea constituyente o referéndum constituyente (por extensión también a la variante de operación constituyente), un embelesamiento con una Constitución vigente que no es sino

⁴ Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

un decreto ley-fundamental de un régimen autoritario (DL núm. 3.464 de 8 de agosto de 1980), sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980. Tal embelesamiento en parte importante del estamento de los juristas expertos (profesores, jueces y comunidad forense) es una patología que denominamos “fetichismo constitucional”.

La Constitución de 1980 es la culminación de una revolución autoritario-capitalista que se inicia el 11 de septiembre de 1973, y por ende, es concebida como un sistema de instituciones que operan como enclaves autoritarios y/o dispositivos contramayoritarios. Es una Constitución de defensa, obra de una dictadura de clase, reactiva a la “vía chilena al socialismo” que encarnó el gobierno popular (1970-1973). De Constitución formal adscripta al constitucionalismo moderno el decreto ley-fundamental solo posee el *nomen iuris*: así como las “leyes” dictadas por la Junta de Gobierno desde el 11 de marzo de 1981 al 11 de marzo de 1990. Al menos antes de 1980 los decretos leyes fundamentales de la Junta de Gobierno acuñaron la más recatada denominación de “Actas Constitucionales” (AC núm. 1, Consejo de Estado, DL núm. 1.319, de 1976; AC núm. 2, Bases esenciales de la institucionalidad chilena, DL núm. 1.551, de 1976; AC núm. 3, De los derechos y deberes constitucionales, DL núm. 1552, de 1976, y AC núm. 4, Regímenes de Emergencia, DL núm. 1.553, de 1976). Este decreto ley-fundamental (DL núm. 3.464), fruto de la potestad constituyente de los órganos del régimen autoritario de época, es en el mejor de los casos una Constitución otorgada, originaria y necesaria en cuanto sustituto documental de la Constitución material.

El ciclo de reformas constitucionales abierto en julio de 1989 y que suma más de treinta enmiendas a la fecha y más de 242 artículos de la Constitución modificados, adicionados, sustituidos o derogados, nobleza obliga reconocerlo, es demostración de una legitimidad democrática de ejercicio muy parcial, forzada por la política real y la realidad de una transición pactada; pero es también demostración palmaria que el ciclo reformista agotó sus posibilidades y el arreglo institucional requiere de una nueva Constitución. Este ciclo reformista (1989-2005) se monta en el clivaje democracia/dictadura propio de la transición a la democracia, y por ende, el contenido de las reformas constitucionales del periodo están principalmente enderezadas a remover los “enclaves autoritarios”, lo que parcialmente se logró gracias a la reforma constitucional de 2005, que llegó quince años tarde; en la medida que su contenido preceptivo estaba en el discurso constitucional de la década de 1980 contenidos en los documentos del Grupo de Estudios Constitucionales e incluso en el Acuerdo Nacional y en los numerosos proyectos de reforma constitucional no natos de la transición. Así el

decreto ley-fundamental deviene en la Constitución de “1980/2005”, una mixtura de normas, que suprime enclaves autoritarios, mantiene institutos contramayoritarios, y deja a salvo en buena medida la parte dogmática de la “Constitución” originaria (Constitución económica y social) y su techo ideológico neoliberal (y su no menos evidente horizonte iusnaturalista).

Paradójicamente, también en parte de la oposición política y en los movimientos sociales partidarios de la asamblea constituyente, se abre camino un discurso político-constitucional fetichista en relación con la asamblea y el poder constituyente, que se escribe en prosa casi religiosa o mesiánica, y que deposita en el poder popular constituyente una potencia regeneradora y catártica, de un hombre nuevo y de un orden social, político, económico y jurídico nuevo por obra del nuevo sujeto popular que ya no es el proletariado o clase trabajadora (Salazar)⁵ o el hombre concreto que integra el pueblo en el joven Marx. El nuevo sujeto popular es una actualización radical y autoconsciente de los de abajo, del peonaje, del mestizaje, de los hombres y mujeres del mundo popular, los “perdedores” habituales o de siempre, y que se encuentran excluidos u olvidados. Es un lejano eco de la “verdadera democracia” de Marx, tributaria de Rousseau, en manos de una nueva clase en sí y para sí: los nuevos movimientos sociales, capaz de recrear una “comuna”, una democracia de consejos, o una más autóctona y modernizada “democracia de los pueblos”. En sintonía con este planteamiento, de Cabo Martín analizando el sujeto constituyente en la experiencia y doctrina constitucional clásica angloamericana y europea, observa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano un nuevo sujeto constituyente y un poder constituyente de la transitoriedad, dinamizado por movimientos sociales, y orientado, en procesos de cambio, a la emancipación.

Nuestro planteamiento teórico-práctico crítico no es nuevo, tiene más de un lustro: es la apertura de una operación constituyente, orientada a superar la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas encuadradas en la Constitución de 1980/2005, a través de una nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”. 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,

⁵ Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)*, Santiago, LOM, 2011; Marx, Carlos, *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, prólogo de A. Sánchez Vásquez y trad. de A. Encinares, Barcelona, Grijalbo, 1974, pp. 39-44; Cabo Martín, Carlos de, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 147-149.

abriéndose así eventualmente la necesidad de apelar al poder constituyente originario democrático y con ello a la soberanía popular.

Nuestro planteamiento también es más modesto, si se quiere, entiende que la Constitución es un “instrumento de gobierno”, un subsistema de normas iusfundamentales relativo a las normas básicas del “estatuto del poder” y a las normas que determinan la relación del Estado, las personas y sus grupos (sociedad civil) a través de la técnica de los derechos (civiles, políticos y sociales); “instrumento de gobierno” que debe ser fruto del autogobierno del demos, más que resultado de una imposición oligárquica o elitista. En este sentido, el republicanismo y un constitucionalismo popular se ajustan mejor a la comprensión del “instrumento de gobierno” como fruto del poder constituyente del pueblo que el constitucionalismo de los “derechos” y sus variantes neoconstitucionalistas-neoiusnaturalistas.⁶

En efecto el poder constituyente derivado u originario a que recurre una operación constituyente, tiene un objetivo más bien modesto en algún sentido, una nueva Constitución, es decir, un instrumento de gobierno con un arreglo institucional superador de la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas. Una nueva Constitución que aquilata un plexo equilibrado de derechos civiles, políticos y económicos, sociales, culturales y ambientales, no es el maná caído del cielo del constituyente para resolver todos los males y carencias de los individuos y sus grupos en sociedad, es simplemente un subsistema de reglas de competencia para la organización estatal, que fija límites al poder estatal en razón de la libertad y que en el ámbito de los bienes públicos y la igualdad impone directrices o programas al Estado a realizar en el tiempo.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO: CONTINUIDAD O DISCONTINUIDAD DE ÓRDENES CONSTITUCIONALES. EL *MISSING LINK* ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

La operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución, está abierta, agotada o fracasada, ya fuera la fórmula de reforma constitucional, a recu-

⁶ Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y constitucionalismo en el Bicentenario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 76, primer semestre de 2012, pp. 125-145; Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard D., *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.

rrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios, el fin: una nueva Constitución, y los medios: una reforma constitucional total, que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total, sin límites materiales, temporales o competenciales, o bien una nueva carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o hiper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente tal bloqueo, efectivizado a través de quóruns reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo, es la suerte corrida por la inédita iniciativa reformista surgida en el Senado durante 2011 de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador. Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “super-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas, leyes de quórum calificado), que introducen una anómala superlegalidad de espuria naturaleza y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías. Otro elocuente ejemplo es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral soportante de la fórmula “binominal” empírica como “precio” a la reforma constitucional de 2005 (Disposición Transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quóruns reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper rígida, bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios y neoliberales.⁷ El proceso consti-

⁷ Bryce, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradicional de Bryce en

tuyente se abre, hemos dicho en otro lugar, desatando o cortando el nudo gordiano de la Constitución, contenido en el capítulo XV de reforma de la Constitución; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia” o en su defecto las reemplaza; porque ciertamente “... fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg), pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso. El dualismo norma-hecho es basal en el entendimiento de la Constitución y el orden político, ya que como bien observa de Otto: “Lo único que la Constitución establece es un orden jurídico, un conjunto de normas que regulan el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la Constitución”.⁸

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehicula en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que plasman en una Constitución formal, y tal instrumento de gobierno encuentra en la asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente, una panoplia de técnicas o mecanismos insertos en procedimientos democráticos o “populares” que incluso admiten ser usados en cuanto técnicas conjuntamente.

La superioridad de la Constitución formal, no solo es fruto de una concepción sistémica del derecho y sus fuentes (Kelsen, Merkl) incardinada en el principio de jerarquía normativa, sino que también de la “magnitud política” de un poder constituyente (*pouvoir constituant*) que empalma con la fuerza y la legitimación (Böckenförde). Las técnicas o mecanismos reseñados están insertas en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente coadyuvantes de su fuerza y legitimación, configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario, es pura facticidad o es

los trabajos de Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución: Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, FCE, 1986, pp. 117-130.

⁸ Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 397-474; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 402; Carre de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, FCE, 1948, pp. 1175.

“juridicidad”, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Nos enfrentamos a un complejo y paradójico *missing link* entre normatividad y facticidad, y también al más contradictorio intento de encontrar límites supra y prepositivos al poder constituyente, obra no solo de delirantes partidarios de las doctrinas del derecho natural. Tal continuidad-discontinuidad tiene una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti Di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las Constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”. Tal distinción es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeneidad” o facticidad y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de la imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergottini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón o vínculo entre el orden constitucional que fenece y el que nace, como en la Italia de posguerra se sostiene en tono burlón es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una república imbuida de los ideales del antifascismo, en Francia de la posguerra es la Ley del 2 de noviembre de 1945 que abre paso a la IV República, en España la última Ley Fundamental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú), en Portugal de la Revolución de los claveles (1974-1976) los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini), un “periodo provisional” (Otto) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrústegui).⁹

⁹ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988; Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160-161. Del jurista italiano Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1979, 1996 con un estudio del periodo 1988-1990, en especial pp. 310-318; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, prólogo, notas y trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 261-266; Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, trad. de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

Otra fuente de ejemplos del más reciente derecho constitucional comparado, algo desconocida en nuestro medio, fueron los cambios constitucionales acaecidos en Europa Oriental y en la ex Unión Soviética (Biscaretti di Ruffia, Vergottini, Oehling, entre otros), después de la caída del Muro de Berlín en 1989, y las peculiares características transicionales de esos países, así como el influjo del parlamentarismo racionalizado germano en dichos procesos constituyentes a la hora de implantar nuevos regímenes políticos.

Pero tal conexión de órdenes constitucionales que se suceden en el tiempo, vía un “derecho constitucional transitorio” no es necesaria, y pende del proceso político real, y subyace a ella la exigencia política, ideológica y cultural de dar apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” al cambio constitucional, exigencia de la que hace eco la dogmática constitucional y los juristas “expertos”.

El “derecho constitucional transitorio” sirve de nexo entre dos órdenes constitucionales que se suceden temporalmente, uno fenece y otro nace, permitiendo así cubrir con un manto de “legitimidad” o “juridicidad” al nexo con el pasado, a la evidente, notoria y necesaria facticidad del recurso al poder constituyente originario. El derecho constitucional transitorio opera como un verdadero asilo o refugio de los defensores de la “juridicidad” en la medida que descansa en un nexo de órdenes constitucionales, en un proceso constituyente de cambio.

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados) y a los “políticos”. Mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia” y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de la OEA que ponen en el centro de la democracia y el Estado de derecho la

2002, pp. 144-157; Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. e introducción de P. Lucas Verdú, Madrid, Espasa Calpe, 1985, pp. 155-157; Lucas Verdú, Pablo, *La Octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 424-428; Satrústegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, Flacso, 1984, pp. 33.

participación del pueblo soberano. Por ello sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución solo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca para así no subvertir el “orden institucional”.¹⁰

La seductora apariencia del derecho constitucional transitorio, no podrá ocultar en muchos casos la ocurrencia de una revolución, concepto amplio e incoloro añadimos, que “... abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra” (Kelsen). En la situación revolucionaria, es el principio de efectividad (hechos) el determinante, así si se impone una nueva Constitución se inaugura un nuevo sistema de reglas acerca de la producción del derecho, y si en cambio, se fracasa en la imposición de una nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición. Así, el mal denominado golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 (revolución), de haber fracasado habría hecho reos de “sedición”, al tenor del artículo 4o. de la Constitución de 1925, a los “conjurados”, en cambio el éxito de la revolución los hace “salvadores de la patria” y a la “sedición” una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”.

Luego, de la paradoja de enfrentarnos a la facticidad, la doctrina constitucional contemporánea nos propone la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”; procedimientos que conectan o desconectan un orden constitucional con otro orden en el ámbito de un mismo Estado. Solo nos resta afirmar, para no pecar de excesivo escepticismo o criticismo con la doctrina, que tal paradoja que tensiona facticidad-juridicidad va a depender del proceso político real inserto en la historia de cada país.

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad, es un verdadero sofisma en la medida que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una “Grundnorm” o basamento de validez hipotética que arranca de la “primigeneidad” o facticidad. La “Grundnorm” confiere fundamento de validez al ordenamiento jurídico, en la medida que esta “norma” presupuesta estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales. La conexión entre órdenes constitucionales, para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un

¹⁰ Consultar el breve trabajo de Quintana B., Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

recurso a las ficciones o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos”.¹¹ A la propensión a las ficciones, podríamos advertir con Bentham: “De ninguna manera la sombra de la muralla es una muralla, una ficción no prueba nada, de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”.

En este cuadro la conexión de la Constitución jurídico-positiva con el principio democrático es el desafío del Estado democrático y su régimen político.

III. PODER-ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La Constitución es fruto de un “paralelogramo de fuerzas” (políticas, económicas y sociales) históricamente determinadas, fuerzas que tienen muy poco de sacralidad, santidad o eternidad (Wheare). La Constitución no es una “potencia mística” (Laband), es una pieza basal del edificio estatal, un subsistema de normas iusfundamentales. El constitucionalismo clásico llegó a plantearse no solo la necesidad de reformar la Constitución, sino su revisión necesaria en “generaciones”, como lo hiciera Jefferson o lo ordena el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que identifica un derecho a reformar la Constitución por cada generación; todo inspirado en un pactismo que sostendrá que las generaciones de hombres vivos no están obligados por generaciones de hombres muertos. En ese contexto el poder constituyente lo ejerce no necesariamente o en propiedad un sujeto predeterminado (pueblo, nación, junta, caudillo, partido, movimiento, clase, casta o élite), sino el sujeto que histórica y efectivamente puede ejercerlo. Este poder constituyente, en una acepción amplia o lata, es la fuerza social o política que adopta la decisión normativamente expresada sobre la forma de organizar la convivencia política, concretándose en un poder encargado de formular una Constitución.¹²

¹¹ Ihering, Rodolfo, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herrero, México, FCE, 1946, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 168.

¹² Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, trad. de Fernando Morera y Angel Alandí, Barcelona, Labor, 1971, p. 73; también Otto Pardo, Ignacio de, *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo, 1980; Laband, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, París, Giard & E. Breire, 1901, t. II, pp. 314; Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio

Solo de la mano de la doctrina clásica del poder constituyente, su titular es la nación (burguesía o “tercer estado” en Siéyés) o el pueblo (Rousseau) y sus características pasan a ser las propias de la soberanía.

En la teoría política el origen de la doctrina clásica del poder constituyente se encuentra en el *Agreement of the People* de Cromwell y que pasa, de una parte, a Nueva Inglaterra (cartas constitucionales de Rhode Island y Connecticut) y, de otra, al continente (Revolución francesa), siendo sus teóricos del periodo Condorcet y en especial el abate E. J. Siéyés. Se distingue un poder constituyente originario y uno derivado o poder constituido, quedando este último residenciado en el órgano al que la propia Constitución atribuye la posibilidad de reformar aquella (asamblea especial, mayorías reforzadas del Parlamento, el pueblo mediante referéndum, entre otros). Y es en el laboratorio magnífico de la realidad histórica de las revoluciones políticas y /o burguesas de los siglos XVIII y XIX, donde se pergeña y se aplica la doctrina clásica del poder constituyente originario y derivado, para sustituir el principio legitimista monárquico por el principio liberal, primero, y por el principio democrático, más tarde.¹³

La conexión de esta doctrina del poder constituyente de Siéyés con el contractualismo de época es muy evidente, y además ideológicamente necesario, en la sustitución del principio de legitimidad. Pero no hay duda que esta doctrina clásica del poder constituyente es restringida, ya que reconoce como único titular a la nación o al pueblo. En ello radica el valor político de la doctrina clásica, para diferenciarla de concepciones más modernas que postulan un Estado (en rigor una democracia) sin soberano (Kriele) por haber competencias limitadas por el derecho constitucional, arrinconando a la soberanía al comienzo y final del Estado, o bien una concepción de la “soberanía de la Constitución”, propio de la ideología del liberalismo doctrinario, tributaria de la soberanía del derecho de la Escuela germana del derecho público de la era guillermina y que arropa hoy a la democracia constitucional, desposeyendo al pueblo de la soberanía, “despersonalización” del sujeto observada críticamente por Heller en el periodo de entre-

Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 150 y ss., 318 y ss.; Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, 2a. ed., México, FCE-UNAM, 1995.

¹³ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, pp. 173-207; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herretero, México, FCE, 1946, pp. 123-133, y la reelaboración de la misma obra por el autor Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia (Teoría y práctica en Europa y América)*, trad. de A. Gil Lasiererra, Madrid, IEP, t. I, 1975, t. I, pp. 275-312.

guerras; levantándose usualmente como espantapájaros la “dictadura de las mayorías” o los excesos del jacobinismo.

Estas dos acepciones del poder constituyente, nos permiten primero clasificar las Constituciones en cuanto a su procedimiento de origen y sujeto “soberano” en Constituciones otorgadas, pactadas y democráticas, y así ligar el poder constituyente democrático a Constituciones democráticas, y segundo nos permite seguir trabajando con la diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, diferenciando este último que aquilata en la reforma constitucional de otros conceptos relacionados tales como supresión, suspensión, quebrantamiento, destrucción y mutación de la Constitución (C. Schmitt, G. Jellinek, Hsü Dau Lin).¹⁴ Esta delimitación de conceptos nos permite abordar la compleja cuestión de los supuestos “límites del poder constituyente” heterónomos (nacionales e internacionales), autónomos y absolutos (W. Jellinek) y su real eficacia práctica.

En Chile, de las Constituciones históricas más relevantes (1828, 1833, 1925), solo la Constitución liberal de 1828, influida por un temprano, raquíutico y efímero liberalismo democrático bajo el influjo francés, americano y gaditano, es fruto de un poder constituyente originario democrático; “democrático” en sus coordenadas de época. La Constitución conservadora de 1833 es fruto del poder constituyente de la fuerza de las armas en 1830 (Lircay) y de un sector de la oligarquía o peluconismo-estancero, y montada sobre ficciones se presenta a sí misma como una reforma a la Constitución de 1828, la que contenía una cláusula de irreformabilidad de ocho años (1836). La Constitución de 1925, también se presenta a sí misma como una reforma de la Constitución anterior; saltándose eso sí sus procedimientos, es resultado de un poder constituyente relativamente democrático, fruto formal de una subcomisión de reforma designada e intervenida por el presidente Alessandri Palma y ratificada vía referéndum, alumbró vida por la presión del ejército de la época abocado al restablecimiento de la autoridad presidencial y del orden.

La Constitución de 1980 es fruto de un poder constituyente autocrático residenciado en una Junta integrada por los comandantes en jefe de las ramas de la defensa, expresión orgánica de un régimen autoritario que se había dado su propia legalidad (DL núm. 1 Acta de la Junta de Gobierno de 11 de septiembre de 1973, DL núm. 128, de 1973, DL núm. 527 de

¹⁴ Jellinek, George, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de C. Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Hsü Dau-LIN, *Mutación de la Constitución*, trad. de P. Lucas Verdú y C. Föster, Oñati, FIVAP, 1998.

1974, DL núm. 788 de 1974 y DL núm. 806, de 1974), colofón de una revolución restauradora de un capitalismo de nuevo cuño, cuya expresión ideológica en el campo económico y político más perdurable es el “ladrillo”, de los economistas neoliberales, que cuajó en una reforma fiscal y en un programa de “modernizaciones”, y son claves para entender nuestro actual capitalismo. Tal restauración del capitalismo define también la resistencia de la parte dogmática de la Constitución a su reforma en el ciclo reformista (1989-2005).

Este breve recuento acerca de la conexión genética de Constitución-poder constituyente en nuestras Constituciones históricas no pretende ser nihilista, y “empatar” las ilegitimidades de origen de estas Constituciones, en especial la de 1925 y la de 1980, para así blanquear a esta última. Ello porque no es posible hacer equivalentes o “empatar” las Constituciones de 1925 y de 1980.

En consecuencia, un repaso sumario a la historia constitucional acerca de la génesis de nuestras Constituciones históricas, nos obliga no al nihilismo, pero sí a cierto escepticismo, y por ende, a matizar las afirmaciones acerca de que la asamblea constituyente, en cuanto a mecanismo o procedimiento sería necesariamente reflejo de un quiebre institucional, de una revolución o simplemente “big-bang” del sistema político. Este lugar común incluso es admitido, cargando las tintas, en doctrinas del Estado y del poder constituyente, que entienden que este poder “indiviso, incondicionado, ilimitado, de crear y violar el derecho”, emanación de la soberanía del pueblo (Kriele), solo se verifica al crear y abolir el orden estatal.

En este plano histórico constitucional lo único parangonable o comparable diacrónicamente en Chile a una “asamblea constituyente” es el Congreso Constituyente elegido para la discusión y aprobación de la Constitución liberal de 1828; proceso constituyente no precedido por un quiebre, revolución o “big-bang” del sistema político, sino por el contrario fue un magnífico esfuerzo del liberalismo democrático de época por dotar al Estado nacional de una Constitución “racional normativa”.

Por otra parte, el término de comparación sincrónico de las asambleas constituyentes (los procesos constituyentes más recientes en América Latina: Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) o el signo ideológico “populista” de izquierda de algunos de sus gobiernos, es errado, por estar divorciado de cada proceso histórico en dichos países, y no haber en rigor *tertium comparationis* que haga posible extraer conclusiones teóricas y positivas comparativas.

La asamblea constituyente nos plantea un debate infinitamente más modesto, en el cual emerge simplemente como una técnica o mecanismo de un procedimiento democrático para el ejercicio del poder constituyente ori-

ginario y/o derivado. La asamblea constituyente no es un mecanismo necesariamente asociado a una crisis institucional, revolución o “big-bang” constitucional del sistema político. Tampoco la asamblea constituyente es fruto necesario de las ideas sostenidas por políticos o juristas “expertos” especialmente radicales; divorciados de la siempre complaciente realidad o ajenos a la realidad captada en todos sus extremos por quienes se someten a la “erótica del poder”.

La doctrina clásica del poder constituyente, ligada al contractualismo, pensada y escrita al calor de las revoluciones políticas y burguesas de la modernidad, nos permite situar históricamente el problema constituyente en la base del Estado liberal-burgués primero y del Estado democrático después, como fuente y medida de legitimidad del poder, residenciado en la nación o pueblo.¹⁵ En este preciso contexto histórico la asamblea constituyente es un procedimiento propio de una revolución. Probablemente este es uno de los aportes más duraderos de la doctrina clásica del poder constituyente, a la hora de situar el principio democrático como fundamento de la edificación del orden estatal. Con todo, deslindada la asamblea constituyente de ese contexto histórico revolucionario o fundacional, emerge como un simple mecanismo o técnica del procedimiento a través del cual se ejerce el poder constituyente originario y/o derivado.

Así expuesta la cuestión (la asamblea constituyente como un mecanismo ligado al procedimiento en que se ejerce el poder constituyente), el contraste con nuestra realidad histórico-constitucional reciente es notoria, y resulta palmaria, y prácticamente no negada hoy, la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 o decreto ley-fundamental. Tal ilegitimidad de origen no es un bizantinismo o debate de pasado, sí importa para la legitimación actual del sistema institucional, como también es innegable la legitimidad de ejercicio parcial de la Constitución 1980/2005, merced el ciclo de reformas constitucionales de la transición. Esta legitimidad de ejercicio parcial, innegable después de una treintena de reformas a la Constitución desde 1989, es fruto de una realidad política y de un falso consenso constitucional, pues son las reformas en último término aceptadas por quienes tienen en el Congreso Nacional, con el parapeto de los quórumos reforzados y el seguro

¹⁵ Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1984; Siéyès, Emmanuel, *¿Qué es el Estado Llano?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, México, FCE-UNAM, 1995, pp. 239; Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*, trad. de C. Álvarez A. y M. Salvador M., Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 41-55.

de la fórmula electoral binominal, la llave de la reforma y el poder de bloqueo de ésta.

En consecuencia el problema constituyente permite hoy, plantearse como fin: una nueva Constitución democrática en su origen, con techo ideológico abierto a las doctrinas constitucionales modernas (liberal, democrática y social) y con un estatuto del poder fuertemente ligado al principio democrático, que sustituya el régimen político, actualice la tabla de derechos y garantías, racionalice las “autonomías constitucionales” y modifique el esquema de distribución territorial del poder.

El problema constituyente también nos permite hoy debatir con un mínimo de racionalidad y rigor teórico-práctico acerca de los medios o procedimientos idóneos para la consecución de una nueva Constitución.

IV. PODER CONSTITUYENTE-NUEVA CONSTITUCIÓN

El abordaje del problema constituyente está incompleto sin un sumario repaso a las doctrinas acerca del poder constituyente que nos permita situar dogmáticamente el debate constituyente. En este abordaje por razones de espacio pasamos por alto dos cuestiones capitales: primero, las raíces scotistas de la soberanía (*potentia absoluta-potentia ordinata*), su inspiración teológica, modernidad y su secularización en la obra práctica y teórica de los “políticos”, en especial L’Hopital y Bodin, y su engarce epocal con la matanza de San Bartolomé, y segundo, la conexión soberanía y contractualismo.

En la doctrina constitucional, herencia de la doctrina clásica, la potestad constituyente es entendida como una voluntad radical, extraordinaria, permanente, originaria y soberana de una comunidad política que se da una Constitución. En la raíz del concepto poder constituyente, nos recuerda el jurista español Torres del Moral, hay dos acepciones: una acepción amplia que lo define como el poder (función-potestad) de otorgar una Constitución; como lo entiende Schmitt: “La voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política”, y una acepción restringida que lo asocia al principio-dogma de la soberanía en sus versiones galas de soberanía nacional o popular, acepción que liga históricamente este poder a la legitimidad basal del Estado liberal o del Estado democrático. El jurista argentino Bidart Campos, partiendo de que, si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin”, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución a un Estado, concluye a partir de

estos extremos a trazar una definición, con bastante precisión, del concepto global: “poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo”.¹⁶

El poder constituyente —escribe Linares Quintana— “es la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución”, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario. Para el jurista germano Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad política con fuerza, o autoridad para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política. De las decisiones de esta voluntad deriva la validez de toda ulterior “regulación legal” constitucional, la cual será cualitativamente distinta de aquéllas.¹⁷ Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino en una decisión política surgida de un ser político acerca del modo y la forma del propio ser. La palabra voluntad enuncia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez, en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta.

Por su parte, el gran jurista argentino Carlos Sánchez Viamonte define el poder constituyente como la “soberanía originaria extraordinaria, suprema en cuyo ejercicio de la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua; soberanía originaria —dice— porque es su primera manifestación de soberanía”, y en ella, se origina el orden jurídico; extraordinaria, porque solo actúa cuando es necesario dictar una Constitución o modificarla, cesando inmediatamente después de llenado su cometido; suprema, porque está por encima de cualquier otra manifestación de autoridad, desde que crea o constituye los poderes constituidos, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites; directa, porque requiere la intervención inmediata del pueblo por medio del referéndum o el plebiscito. Comenta el jurista argentino que:

¹⁶ Torres del Moral, Antonio, *Estado de derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991, pp. 181 y 182; Hinsley, F. H., *El concepto de soberanía*, trad. de F. Morera y A. Alandí, Barcelona, Labor, 1972, pp. 111-181; Bidart Campos, Germán, *Derecho político*, 3a. ed., Buenos Aires, Aguilar, 1969, en especial pp. 521-524, y *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, EJEA, 1961, pp. 114-121.

¹⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 93 y 94.

Parece mentira que: este asunto doctrinario presente dificultades después de haberlo resuelto con tanta sencillez y claridad el sistema constitucional americano creado por los Estados Unidos, Nada más fácil que comprender lo que en él se consagra. Todo lo que contiene la Constitución tiene jerarquía constituyente; todo lo que se suprima, o enmiende corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra.¹⁸

Desde sus comienzos distinguió el constitucionalismo moderno, tributario del pensamiento teológico político reformador de los monarcómacos y esclareciéndolo debidamente, que el fundamento de la supremacía de la Constitución radica en que ella emana de una “instancia no común” a las demás leyes, sino exclusiva, a la que subyace la lógica del pacto o contrato. Ya en los días de la Revolución francesa, en la Asamblea Nacional, el abate Siéyès fundamentó la doctrina clásica del poder constituyente, la que hizo fortuna y llegó a nuestros días, habiendo sido uno de los baluartes del liberalismo y de la teoría de la representación política, calificándola como una de las técnicas más adecuadas para resguardar la supremacía constitucional.

Una de las premisas del liberalismo burgués del siglo XIX fue la de que el orden jurídico comunitario debía asentarse sobre una ley, a la que era necesario rodear de las garantías de permanencia y de estabilidad para sustraerla a los vaivenes de la vida política histórica y fue precisamente en estos términos que Siéyès fundamentó la teoría del poder constituyente. Claro está que ello es válido dentro del orden democrático, pero no para el orden monárquico, que reposa sobre la base de que dicho poder lo tiene la monarquía, ni tampoco en las dictaduras —antiguas y modernas— en que reposa en la persona del dictador. La soberanía de la comunidad política —decía Siéyès— estaba en la nación (burguesía o tercer estado) y éste la expresaba en actos o en instancias de diferente jerarquía: una, la principal, la fundacional del orden jurídico, cuando la comunidad política sentaba o dictaba las bases de una Constitución. Sobre esa potestad política, idónea para fundar el orden jurídico de la comunidad, es decir, para dictar una Constitución, ley fundamental, súper ley, permanente, escrita y rígida, Siéyès decía: “La potestad se llama poder constituyente”. Como el nombre lo está indicando es el poder que constituye, que proporciona las bases estructurales

¹⁸ Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, y *El Constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957

del edificio político, y eso es la expresión más alta de la soberanía política de una comunidad.

La fortaleza histórico política y doctrinal de esta acepción restringida de poder constituyente, cuya formulación revolucionaria burguesa pergeñada al calor de la Revolución francesa, la resume magistralmente Siéyés, derivó en doctrina clásica, alcanzado a coincidir el poder constituyente originario, en sus atributos con los predicados de la soberanía misma: poder originario o radical al estar residenciado en la nación o pueblo sin intermediarios, poder extraordinario al actuar en momentos fundacionales o de cambio político; poder permanente, del sujeto titular, aunque de ejercicio discontinuo; poder unitario e indivisible en razón de su sujeto titular (nación o pueblo); poder inalienable por ser expresión de la soberanía que es entendida como elemento del Estado mismo, y que en cuanto a sus límites no reconoce más que la irreversibilidad de su titular. La distinción poder constituyente originario y poder constituyente derivado marca toda una época y la doctrina constitucional es prisionera de ella en gran medida.

Ese poder constituyente, dicta la doctrina clásica, es permanente de toda comunidad, imprescriptible, inalienable, no se enajena nunca; siempre el pueblo, la comunidad, reserva la potestad constituyente. No hay aquí diríamos, transferencia; por eso es que el representante de una instancia constituyente, va a cumplir una misión expresa y transitoria, la que una vez cumplida da término a la representación política para la constituyente. De ello se deduce la distinción formulada por Siéyés, que llega hasta nuestros días, que afirma la supremacía de la Constitución, porque como ley, como norma jurídica, tiene una prioridad que le es característica, prioridad que proviene de una instancia política superior singular a la de los poderes constituidos (la voluntad nacional es el origen de toda legalidad). Por eso cuando se hace el control de constitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno o de una sentencia judicial, y éstos ceden frente a la aplicación constitucional, es porque desde el origen los mismos tienen inferior jerarquía que la de la Constitución.¹⁹

En la mentada doctrina clásica del poder constituyente, éste puede ser originario o derivado. Es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del Estado a fin de darle nacimiento y estructura o en momentos de cambio, y es derivado cuando se ejerce para reformar total o parcialmente la Constitución. Ciertamente, la Constitución formal tiende a la permanencia y cuenta con garantías de su supremacía, valor normativo y eficacia

¹⁹ Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. y estudio de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 386.

normativa, como lo es la garantía normativa de la rigidez o las garantías procesales de la jurisdicción constitucional, y se abre al poder constituyente derivado o reforma en pos de su permanencia o estabilidad. Pero no basta, siempre está latente el recurso al poder constituyente originario y a la “Grundnorm”.²⁰ El poder constituyente originario tiene como titular al pueblo o a la comunidad porque es toda ella quien debe proveer a la organización política y jurídica en el momento en que se crea el Estado o se cambia el régimen político. La residencia o titularidad del poder constituyente en el pueblo solo cabe reconocerla en potencia, es decir, en el sentido de que no hay nadie predeterminado para ejercerlo. El ejercicio “en acto” de ese poder constituyente se radica, en “razón de eficacia”, en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar la estructura fundacional del Estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto.

El poder constituyente originario es, en principio, dado que es expresión prístina de la soberanía, ilimitado, lo que significa que no tiene límites de derecho positivo (no hay ninguna instancia superior que lo condicione). Empero, esta ilimitación propia de la noción más tradicional de soberanía estatal, no descarta reconocer algunos límites como lo propone parte importante de la doctrina.

Sin embargo, es en la Revolución americana y en la constituyente de 1787, donde se planteará una suerte de domesticación del principio democrático, para poner a resguardo la democracia constitucional de la “tiranía de las mayorías”, instaurando un régimen de equilibrio de poder; de lo cual es un elocuente ejemplo *El Federalista*. Se abre así en tradición americana una concepción de la democracia política limitada y un muy relevante “gobierno de los jueces”.

Es en las coordenadas de la doctrina europea de albores del siglo XX, en que surge la determinación de los límites al ejercicio de la soberanía. Así tempranamente W. Jellinek²¹ planteó en la dogmática constitucional germana una doctrina acerca de los límites del poder constituyente, doctrina que obliga a realizar un conjunto de matizaciones, a saber: acoplamiento de tales límites en la doctrina clásica que se asienta en la distinción del poder constituyente originario y poder constituyente derivado, engarzamiento de la doctrina con el derecho constitucional positivo, y relación de este poder constituyente en las coordenadas del Estado nacional con el derecho inter-

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 327-329.

²¹ Jellinek, Walter, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931.

nacional, replanteando de algún modo el viejo concepto de soberanía. Luego, a pesar de las contribuciones a la dogmática constitucional contemporánea, la doctrina acerca de los límites del poder constituyente es una cuestión problemática o debatida, y la dogmática no aporta mayor claridad a pesar de haberse decantado una verdadera tipología de límites: heterónomos (de derecho positivo y externos en un plano federal o internacional), autónomos (de derecho positivo e internos) y absolutos (que rebasan el derecho positivo); límites que se desglosan en: materiales internos e internacionales, explícitos o implícitos, todos límites muy discutidos en su positividad-efectividad.

Un botón de muestra de la labilidad de los límites a la soberanía y ejercicio del poder constituyente son ciertos enunciados ligados a ideologías naturalistas, a saber: *a*) los límites suprapositivos del valor “justicia” (o derecho natural); *b*) los límites que pueden derivar del derecho internacional público (por ejemplo tratados o *ius cogens*); *c*) el condicionamiento de la realidad social con todos sus ingredientes, que un método realista de elaboración debe tomar en cuenta para organizar el Estado (Bidart Campos), o *d*) las cláusulas de eternidad (Häberle).²² Otro botón de muestra de lo descaminado que puede resultar la doctrina de los límites al poder constituyente es la extensión del “control de convencionalidad” que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del sistema interamericano, que es un sistema internacional de protección, control que pretende extenderse a todas las potestades públicas del Estado parte.

En la actualidad la dogmática constitucional todavía es tributaria o lastra con la doctrina clásica del poder constituyente, y por cierto con la doctrina acerca de los límites al poder constituyente e incluso debate en torno a su justiciabilidad de lo cual la autorizada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal germano da muestras sobradas en su apelación naturalística a “principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito” (BverfGE I, 14, (61); BverfGE 3, 225 (232)) según nos recuerda Böckenförde.

Probablemente, Böckenförde a pesar de sus propias contradicciones, lleva razón cuando nos recuerda que el poder constituyente es un “concepto límite del derecho constitucional”, y en una consecuente teoría democrática de una Constitución democrática, debe reconocer la “primigeneidad”, la ausencia de límites efectivos, y la compleja búsqueda del *missing link* en ese tránsito normatividad-facticidad.

²² Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 129-149; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, prólogo, notas y trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 271-286.

V. CONCLUSIONES. DE VUELTAS A LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

El debate de hoy, a nuestro juicio, no debe girar ni principal ni menos exclusivamente, en torno a la asamblea constituyente, que es uno de los medios incrustados en un procedimiento para el ejercicio del poder constituyente democrático, sino que el debate hoy debe estar centrado en el fin perseguido a propósito del problema y debate constituyentes: una nueva Constitución, fruto del poder constituyente democrático y sus contenidos normativos iusfundamentales abiertos a las vertientes ideológico-culturales del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social).

Ese constitucionalismo pluralista subyacente en la nueva Constitución es perfectamente compatible con un constitucionalismo mínimo, republicano-democrático o popular, y con la idea de “patriotismo constitucional” o mínimo común ideológico y cultural presente en la Constitución y que sirve de paraguas de legitimidad de ésta en la comunidad política.²³ La operación constituyente en este sentido está abierta a desatar el nudo gordiano a través de la reforma total (poder constituyente derivado o constituido) o bien a cortar dicho nudo a través de una asamblea-referéndum constituyente (poder constituyente originario).

La operación constituyente propuesta hace más de un lustro en otros trabajos de nuestra autoría está abierta a dos caminos: al poder constituyente derivado o poder de reforma total permitida por el capítulo XV y en las coordenadas de la Constitución vigente, saltando por los aires el problema de la autorreferencia (Ross), o al poder constituyente originario, como único recurso para salvar el bloqueo constitucional impuesto en la Constitución desde una lógica autoritaria-contramayoritaria. La operación constituyente, a partir de la configuración dualista del sistema democrático que diferencia periodos de desmovilización y de movilización cívica, está abierta al “momento constitucional” débil en el marco de un poder constituido de reforma o a un “momento constitucional” fuerte en el recurso a un poder constituyente originario a través de técnicas tales como asambleas, congreso y/o referéndum constituyentes (Ackerman) en que las decisiones fundamentales son adoptadas por el pueblo. La operación constituyente afincada en un

²³ Negri, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias-Prodhuvi, 1994; Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989; Sternberger, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

principio democrático, admite que la Constitución democrática lo es si sus procedimientos genéticos lo son y si es pluralista (Fioravanti), es decir, si la decisión del pueblo es fruto de la regla de mayoría con respeto a las minorías y sus derechos (Kelsen).²⁴ La operación constituyente es un concepto que engloba tanto desatar el nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución de 1980/2005, como cortar tal nudo gordiano.

En este contexto, para el fin perseguido (nueva Constitución), tanto el poder constituyente derivado, como el poder constituyente originario, permiten conducir a un nuevo orden constitucional.

El poder constituyente derivado tiene reglas establecidas en el capítulo XV (artículos 127-129) de la Constitución vigente y admite la reforma total, y con ello una nueva Constitución. Pero, la hiper rigidez de la Constitución heredada del régimen autoritario y de la reforma de 1989, permite el bloqueo en la reforma constitucional de minorías cualificadas en función del quórum ordinario (3/5) y extraordinario (2/3) de reforma; minorías que utilizan la defensa de la Constitución para encubrir la defensa de un orden jurídico fundamental, político, social y económico heredado del autoritarismo. Una reforma total de la vieja Constitución por obra del poder constituyente derivado, tropieza con la dificultad práctica, de pura política, relativa a los motivos o incentivos que tendrían en orden a levantar el bloqueo de los quóruns reforzados del capítulo XV, quienes están en disposición de ejercer tal bloqueo, y lo propio ocurre con la supresión de las leyes de supermayorías; pues todo ello equivaldría en términos simples a abrir y emparejar la cancha y las opciones en competencia, transformando el sistema político en una democracia pluralista.

Con todo, debemos estar conscientes de las limitaciones de sistema que arroja el capítulo XV al ser parte de un conjunto de enclaves o cerrojos de la Constitución. La “reversibilidad esencial” de la Constitución por medio de la reforma, deviene en la práctica en una no “reversibilidad esencial”, idea que descansa en un conocido planteamiento del extinto Jaime Guzmán E., corifeo, jurista oficial e ideólogo civil del régimen autoritario, que en 1979 postulaba:

²⁴ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a. ed., México, Fontamara, 2001, pp. 43-71; Ackerman, Bruce, *La política en el diálogo liberal*, trad. e introducción de Gabriela L. Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 94-99, 158-159, 168-175, y Ackerman, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, trad. de J. Malem, Argentina, Espasa-Ariel, 1996, pp. 55-61; Fioravanti, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez N., Madrid, Trotta, 2001, pp. 154-157; Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Barcelona-Madrid, Labor Guadarrama, 1977, pp. 81-98.

... en vez de gobernar para hacer, en mayor o menor medida, lo que los adversarios quieren, resulta preferible contribuir a crear una realidad que reclame de todo quien gobierne una sujeción a las exigencias propias de ésta. Es decir, que 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 que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.²⁵

En este esquema los cerrojos o bloqueos del capítulo XV, profundizados por la reforma constitucional de 1989, responden a un esquema simple del régimen ideado en 1980, a saber en palabras del mismo Guzmán: “... lo esencial no reside en quién gobierne, sino más bien en cuánto poder tenga el que acceda a la conducción del Estado”; con lo cual la importancia de “... quién gobierne en el futuro no desaparece, pero se atenúa considerablemente, porque las posibilidades de triunfo se circunscribirían a tendencias moderadas y relativamente similares entre sí” (pp. 18 y 19). De esta manera, en efecto no es muy relevante quién gobierne o si obtiene resultados electorales mayoritarios, porque los cerrojos, bloqueos, y leyes de supermayorías, más sus guardianes, impedirán que detente poder político estatal efectivo, a tal grado de hacer difícil incluso realizar programas gubernamentales.

En cambio, el poder constituyente originario no tiene reglas preexistentes, es radical, permanente, extraordinario y soberano, su aparición en escena es fruto de un “paralelogramo de fuerzas”, de una específica dialéctica: estática-dinámica constitucionales, consecuencia de una “revolución” o de un cambio político institucional en que la Constitución vigente agota sus posibilidades. Como bien observa García Pelayo:

Toda Constitución, rígida o flexible, supone un intento de solución al aspecto jurídico-político de la existencia estatal, solución que se toma de acuerdo a unos datos del problema (situación de poderes sociales, estructura económica, estado cultural, etc.); más cuando estos datos cambian, es claro que si la Constitución quiere seguir resolviendo el problema de la convivencia ha de cambiar, con reforma o sin reforma formal, en el sentido de sus preceptos; pero, justamente, la esencia de una Constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuido a las palabras del texto con relación a las situaciones concretas. Por eso, una Constitución escrita o no escrita, no es nunca una obra acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia.

²⁵ “El camino político”, *Revista Realidad*, año 1, núm. 7, pp. 13-23.

Luego, en todo proceso constituyente están en juego las posibilidades de una reforma constitucional o de una nueva Constitución.²⁶

Frente al poder constituyente (función-potestad basal a la organización estatal) el Estado va a requerir siempre contar con una Constitución formal o material, una Constitución jurídico positiva y otra lógico positiva en que descansa el encadenamiento de validez del orden jurídico estatal, y en dicho encadenamiento ascendente siempre estará la facticidad inmediata y remota temporalmente hablando, sobre la que se superpone una hipótesis lógica necesaria para pensar el sistema y sus reglas con fundamento de validez en una *Grundnorm* o norma fundante básica (Kelsen). Unida a esa facticidad, el poder constituyente originario, usando un concepto ampliado y aceptado por la doctrina constitucional, es un poder que lo ejerce quien puede históricamente hacerlo, de suerte que solo en su concepto restringido y en las coordenadas del principio democrático es el pueblo el depositario final del poder y la medida de su legitimidad.²⁷

En las coordenadas del poder constituyente originario democrático, la asamblea constituyente, congreso constituyente junto al referéndum constituyente, tienen un lugar principal como técnicas o mecanismos de procedimientos democráticos a través de los cuales encausar la potestad constituyente y traducir éste en decisiones e instrumento de gobierno. Tales procedimientos y el sistema de normas electorales y de competencia (convocatoria a elecciones, sistema electoral para elección de asambleístas o congresistas constituyentes, organización y funcionamiento de la asamblea constituyente, ulterior ratificación vía referéndum, entre otras materias) que permitan el ejercicio de la potestad constituyente naturalmente no se somete al reparto de potestades normativas que hace la Constitución de 1980/2005.

En consecuencia, las potestades legislativa y reglamentaria imbricadas en la materialización de los procedimientos conducentes al ejercicio del poder constituyente originario no se someten a la Constitución, lo que resulta una obviedad, puesto que ésta no prevé el recurso al poder constituyente originario. Luego el esfuerzo argumental de buscar en la Constitución vigente piezas o fragmentos normativos iusfundamentales de un procedimiento que permita el ejercicio del poder constituyente originario, como un referéndum asilado en el artículo 5o. de la Carta, es una ilusión de los juristas, el espe-

²⁶ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 132.

²⁷ También Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, en especial pp. 201-232.

jismo de haber descubierto un eslabón entre el viejo orden constitucional que fenece y el nuevo orden constitucional que alumbraba en el ordenamiento jurídico. Tal ilusión de los juristas se asemeja a “resquicios constitucionales”, resquicios de compleja memoria en nuestro país, y que son del todo innecesarios; pues el poder constituyente originario no se somete a las reglas de competencia (órganos, competencias, procedimientos) de la Constitución vigente. El poder constituyente originario democrático se dará sus reglas, no para imponer una “dictadura de las mayorías” sino para lograr los consensos necesarios de un pacto político necesario para alumbrar una nueva Constitución.

En este mismo orden de ideas, todo el debate suscitado y animado por la prensa escrita, a propósito de la hipotética inconstitucionalidad de un decreto (lo propio para la ley) de convocatoria a referéndum o asamblea constituyente, y de los ineludibles controles de juridicidad de Contraloría General de la República y de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, que harían imposible la materialización del recurso al poder constituyente originario, es un debate carente de fundamento o mejor dicho construido sobre la base de un sofisma, y este es que la Constitución vigente fija el marco del ejercicio del poder constituyente originario. Consecuencialmente mal podrían activarse con éxito controles de constitucionalidad, que se fundan en un derecho material específico (la Constitución vigente); derecho material que no vincula ni prevé al poder constituyente originario democrático.

De algún modo, la ilusión de los juristas en orden a buscar un fundamento en la Constitución vigente para materializar un referéndum o asamblea constituyente, que se asemeja a un verdadero “resquicio constitucional”, alimenta o lleva agua al molino de los juristas conservadores del orden constitucional, que con análogos argumentos pretenden que la Constitución someta al poder constituyente originario o a los procedimientos conducentes a su ejercicio.

En suma, la nueva Constitución puede ser fruto del poder constituyente derivado y quedar sometido a la Constitución vigente, específicamente al capítulo XV y a las reglas de *iter legis* que le sean aplicables, y en este caso puede operar un control de constitucionalidad preventivo y facultativo de alcance formal por el Tribunal Constitucional; sin perjuicio de la toma de razón del decreto promulgatorio o del decreto de refundición de textos, más su anotación por el organismo contralor, según corresponda. La nueva Constitución puede también ser fruto del poder constituyente originario y tal caso no está sometida a la Constitución vigente, ni a sus controles de integridad, regularidad y supremacía (validez) del ordenamiento jurídico por ella establecidos, su juridicidad es *in fieri* y se hace en el camino de su ejercicio. Por ello, sos-

tenemos que en cuanto al fin perseguido, una nueva Constitución, la operación constituyente se abre al poder constituyente derivado como al poder constituyente originario. Los dos caminos, uno aferrado a la reforma total y el otro a procedimientos democráticos de generación de una Constitución, permiten abrir el proceso constituyente.

En dicho proceso constituyente el nexo del poder constituyente con el orden constitucional anterior difiere en grado y profundidad. El poder constituyente derivado tiene sus reglas, posee una legitimidad-legalidad constituida. El poder constituyente originario democrático obtiene una legitimidad-legalidad *in fieri*.

Como decíamos antes, la conexión real o ficticia entre el orden constitucional que fenece y el que nace varía en cada contexto histórico político; por lo que un derecho constitucional transitorio no es una realidad necesaria en los procesos constituyentes. Pero sigue siendo en gran medida un sofisma pretender que la conexión de estos órdenes le confiere al proceso constituyente “juridicidad”, al igual que al ejercicio del poder constituyente. Lo usual es que la facticidad se sobrepone, supera o simplemente arrasa con la normatividad.

Ocurre con el poder constituyente, un conjunto de paradojas, que no dejan de estar ligadas al origen revolucionario de la doctrina clásica de Siéyès. Sin abusar de esa “sutil flor del espíritu” que es la paradoja (Pérez Serrano), podríamos sintetizar éstas del modo siguiente: primero, la Constitución, basal al ordenamiento jurídico estatal o fundacional al Estado o su régimen político, es fruto de la misma unidad política pero en un momento prejurídico; segundo, el poder constituyente usualmente no es fundacional al Estado, sino a lo sumo en la perspectiva histórica de surgimiento del Estado nacional, se limita a organizarlo y darle forma positiva a su régimen político; tercero, la Constitución que es norma *normarum*, suprema y basal al Estado, a pesar de sus garantías de superlegalidad y estabilidad, puede durar menos tiempo que su Código Civil, y finalmente, el poder constituyente fruto de la soberanía del Estado viene de algún modo a limitar el poder.

A estas paradojas la dogmática constitucional contemporánea se enfrenta con un arsenal conceptual y taxonómico fuertemente enclavado en la doctrina clásica del poder constituyente, y en tal enfrentamiento destinado a encuadrar comprensiva y descriptivamente el proceso constituyente y el cambio constitucional, usualmente la dogmática y la doctrina contiene un arsenal impotente frente a la realidad del proceso político o facticidad. Un signo visible y repetido de esas paradojas e impotencia teórico-práctica son el recurso de los juristas “expertos” y del derecho constitucional mismo a las ficciones constitucionales.

El contemporáneo estudio de las transiciones y cambios constitucionales en la doctrina constitucional,²⁸ nos invita a realizar un ejercicio teórico-práctico descriptivo, crítico y también prospectivo, deferente con las demás ciencias sociales, que nos obliga a dar respuesta a los cometidos de desatar o cortar el nudo gordiano que bloquea la implantación de una nueva Constitución que recepcione un estatuto del poder y una tabla de derechos, deberes y garantías reflejo de las culturas constitucionales de la modernidad (constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social).

Es en congruencia con esta precisión metódica centrada en la necesidad de adoptar una nueva Constitución y definir sus contenidos normativos iusfundamentales orgánicos y dogmáticos, que proponemos una operación constituyente abierta a la reforma total (poder constituyente derivado) o a la asamblea constituyente (poder constituyente originario), con eventual referéndum constituyente.

²⁸ Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, trad. de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CAPÍTULO NOVENO

PODER CONSTITUYENTE, DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO Y CONTROLES*

I. PROEMIO

El tema que nos ocupa es establecer una relación entre el poder constituyente originario y derivado, con el derecho constitucional de transición, y los eventuales controles sociales, políticos y jurídicos imperantes. El tema surge con motivo de la afirmación o lugar común en boca de los críticos a una nueva Constitución (críticos que pertenecen al estamento letrado: jueces, juristas expertos y abogados, y a las élites), repetido hasta la saciedad por éstos y la prensa escrita (como si de repetir se tratara para que algo quede, o si fuere posible fundir la opinión pública con la opinión publicada), acerca de la “inconstitucionalidad” de la asamblea constituyente, del congreso constituyente y del referéndum constituyente o de ser estos mecanismos un “serio quebranto institucional”.

La demonización del procedimiento democrático de alumbramiento de una nueva Constitución, esconde el rechazo a la sola idea de una nueva que sustituya a la vieja Constitución, y de paso el *horror vacui* de las élites y en último término la repulsa casi “natural” al demos; subyaciendo a ello o la defensa del orden constitucional heredado del régimen autoritario o bien cierta complacencia con una vieja Constitución reformada que sentaría las bases de la “paz”, “estabilidad” y “prosperidad” de la transición. La defensa de la vieja Constitución o el conformismo frente a la vieja Constitución reformada tan propio del estamento letrado y de las élites, contrasta con una realidad de crisis de legitimidad y eficiencia del régimen político que permite visualizar un escenario de proceso constituyente o momento constitucional, que nuestro país comienza a experimentar en el tiempo presente.

Tal mentada “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” está centrada en el “decreto” o en otras fórmulas propuestas para gatillar la convocatoria y/o decisión acerca de la asamblea constituyente o del refe-

* Ponencia a XLIII Jornadas Chilenas de Derecho Público a realizarse en la Universidad de Concepción, 4 y 5 de octubre de 2013.

réndum constituyente, y que reconduce a una supuesta ineluctable decisión de inconstitucionalidad de los órganos de control de constitucionalidad y de jurisdicción como el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República. Tal supuesta decisión de inconstitucionalidad parece más una predicción o “profecía autocumplida”. Con cierto frenesí defensivo del viejo orden, la “inconstitucionalidad” se pretendió extender a iniciativas de movimientos sociales acerca de la marcación del voto en elecciones políticas con la inclusión de la “AC” (asamblea constituyente).

La “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” como conceptos que carecen de fundamento teórico-práctico en los sistemas jurídicos de derecho interno que se suceden temporalmente, sucesión temporal que importa modificaciones de base o fundamento en la producción de normas y que, por ende, poseen un encadenamiento de validez diverso. La imposibilidad teórico-práctica de la “inconstitucionalidad” es el tema que motiva esta breve ponencia. Luego, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” no son sino recursos retóricos, que esconden la defensa de la vieja Constitución o la conformidad con ella, y sus amarres o camisas de fuerza institucionales o simplemente la política constitucional del bloqueo y del falso consenso constitucional, amarres que engloban antiguos enclaves autoritarios supervivientes y a fuertes dispositivos contramayoritarios alojados en nuestro orden constitucional.

Con todo, en las democracias pluralistas de tipo occidental se produce de época en época una tensión entre la “soberanía de la Constitución” y la soberanía del pueblo; una de esas épocas corresponden a los momentos constitucionales. Tal tensión dialéctica se produce hoy en otros regímenes políticos en el mundo global. La “primavera árabe” o norafricana que da luz a efímeras o inestables “democracias” son un buen ejemplo de tal tensión, también la más añeja república turca fundada por Ataturk que se revoluciona en sus bases fundacionales o la reacción constitucional que se produce en el contexto europeo con la poscomunista Hungría.

II. CONTROLES DEL PODER CONSTITUYENTE

La reforma constitucional, parcial o total, y otras figuras relacionadas como la mutación constitucional, ponen a salvo la soberanía de la Constitución, aun cuando prevean mecanismos de participación popular como el referéndum o inclusive la asamblea constituyente. Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus “guardianes

togados” o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad), y en tal caso es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático o es la hora de las autocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes desde los autoritarios hasta los totalitarios pasando por todo tipo de cesarismos y populismos. En este orden de ideas, Pedro de Vega nos dice:

El conflicto, sin embargo, entre soberanía popular y la soberanía de la Constitución estallarà inevitablemente desde el momento en que respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental.¹

Como hemos sostenido en otro lugar, el proceso constituyente en nuestro país está ligado a una operación constituyente abierta a dos caminos de cambio constitucional genético de una nueva Constitución: la reforma total de la vieja Constitución o poder constituyente derivado en el marco del capítulo XV de la Constitución o bien el poder constituyente originario ejercido a través de la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o el referéndum constituyente, y vehiculizado por los poderes instituidos a través de actos estatales. O lo que es lo mismo, frente al nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución y la política constitucional del bloqueo de poder, lo que queda es desatar o cortar el nudo. De lo contrario estamos expuestos a un ejercicio inútil de reformar una Constitución sometida a bloqueo, en que lo enmendable lo define quien tiene en sus manos el dispositivo de bloqueo. Tal diseño asimétrico de poder, no permite construir una política democrática y constitucional basada en auténticos consensos y disensos, solo permite un falso consenso y reformas a cuenta gotas que en nuestro país superan las 30 leyes promulgatorias desde 1989.²

En cuanto al poder constituyente derivado la vieja Constitución de 1980/2005 fija las reglas de competencia a que debe someterse, descansaría esta potestad en el dogma de la soberanía de la Constitución. Y en cuanto a los controles imperantes, se imponen toda la panoplia de controles del

¹ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 20. También un abordaje sistemático en nuestra lengua y clásico de Posada, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Victoriano Suárez, 1931, pp. 254.

² Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 511-540.

Estado de derecho: controles sociales, políticos y naturalmente los de juridicidad. Nos interesa un tipo de control: el control jurídico en sentido lato, en especial el control de constitucionalidad y el control de legalidad.

El control de constitucionalidad de actos estatales descansa en una taxonomía de infracciones posibles a las normas iusfundamentales, que en términos simples puede ser enunciada como una triada de vicios o infracciones de reglas: vicios de inconstitucionalidad material o de fondo, vicios de inconstitucionalidad formal y vicios de inconstitucionalidad competencial; taxonomía que descansa en el contenido de las normas iusfundamentales con un lejano eco en la clásica distinción entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución de Giner y Calderón, y que Posada universalizó en nuestra lengua. En cambio, el control de legalidad es eminentemente *ratione materiae* y formal, y descansa en los elementos basales siguientes: órganos e investidura, competencia, procedimiento y acto estatal que se proyectan en planos materiales o funcionales, territoriales, personales y temporales.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, de naturaleza o tipo abstracto, de oportunidad preventivo y de activación facultativo en los términos del núm. 3 del artículo 93 de la Constitución, se limita en el control de legitimidad constitucional del proyecto de reforma a la inconstitucionalidad fundada en vicios de forma; es decir, concierne a infracciones de las reglas iusfundamentales de competencia procedimental (*iter* procedimental, quórums reforzado ordinario o extraordinario) para el ejercicio de la potestad constituyente derivada. Este control de constitucionalidad formal recae en proyectos de reforma constitucional y no en la ley promulgatoria de la reforma, la cual no es objeto de control de constitucionalidad represivo vía acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido no cabe confusión entre la posición jerárquica suprema de la reforma constitucional y la posición jerárquica de su instrumento promulgatorio: la ley. Tal confusión sería equivalente a la que se produciría de no distinguir entre la ley y el decreto promulgatorio de la misma.

Circunscribir el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional abstracto, preventivo y facultativo de la reforma constitucional a los vicios de forma, se ajusta a su conformación iusfundamental, ya que la potestad de reforma constitucional del capítulo XV de la Constitución carece de límites, a saber: límites temporales, límites materiales efectivos y la competencia normativa de la potestad constituyente no posee un dominio normativo iusfundamental predeterminado. No nos haremos cargo de la argumentación clásica acerca de la autorreferencia de Merkl y Ross (posibilidad de reformar las normas de reforma), una exquisitez dogmática que no viene a cuento, y que en manos de un jurista “experto” puede servir para

hacer logomaquia jurídica.³ Por otra parte, no tiene cabida en un nuestro ordenamiento postular “normas constitucionales inconstitucionales”, como si hubiere un derecho supraconstitucional limitativo de la reforma constitucional, más allá del lastre neoiusnaturalista de la doctrina clásica de Bachoff que al término de la Segunda Guerra Mundial tanto predicamento adquiere en la República Federal de Alemania y en Europa, y que contemporáneamente en las últimas dos décadas en nuestra América adquieren redoblado vigor en manos del neoconstitucionalismo.⁴

Análoga caracterización merece el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de tipo o naturaleza abstracto, de oportunidad represivo y de activación facultativo de un decreto con fuerza de ley o decreto que fije texto refundido, coordinado y sistematizado de la Carta según lo dispone el núm. 4 del artículo 93 de la Constitución; en la medida que la jurisprudencia administrativa entiende que se trata en esos casos no de decretales sino de decretos con fuerza de ley (dictámenes CGR 25967/1987, 15308/1990, 6396/1993).

Se sitúa así el control de constitucionalidad de la reforma constitucional (resultado del ejercicio del poder constituyente derivado) en línea con los controles concernientes a las fuentes formales del derecho pertenecientes a un sistema.⁵ Esto significa que el control de constitucionalidad es un dispositivo de garantía del derecho de la Constitución y de los principios de constitucionalidad de supremacía, valor normativo y eficacia normativa de éste, con referencia a un sistema normativo, y en tal medida al asegurar su integri-

³ Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 415-434. En contra Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 435-455. También en nuestro medio una síntesis del debate en Henríquez Viñas, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, *Anuario de Derecho Público*, 2011, pp. 461-477. Un tratamiento contemporáneo, comparatista y sólido en Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 486-493, 552-560. Sobre el problema de la autorreferencia es obligado citar a Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.

⁴ Bachoff, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Lima, Palestra, 2008.

⁵ Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Santiago, Legalpublishing, 2009, pp. 35-37, y Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 35-57.

dad está asegurando un encadenamiento de validez de la producción de normas. En ese circuito en Chile la reforma constitucional solo tiene resguardos de forma en su producción (límites formales).

Por otra parte, el control de legalidad de la Contraloría General de la República está circunscrito al eventual decreto que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, y en relación con la reforma constitucional misma contenida en una ley promulgatoria corresponde la anotación de la ley, que en rigor no es un control jurídico.⁶ El control de juridicidad vía toma de razón del decreto que fije el texto refundido, coordinado y sistematizado (DFL), se verifica en el marco de la habilitación constitucional dada al presidente de la República para su dictación, lo mismo que el alcance que posea una eventual representación por inconstitucional del decreto por el contralor general de la República (incisos 2o. y 3o. del artículo 98 de la Constitución).

A título ejemplar este control se produjo en un tiempo de profunda crisis político-institucional, con texto y contexto diverso al actual, en relación con el decreto promulgatorio parcial de la reforma constitucional del 15 de mayo de 1973 en materia de “áreas de la economía”, la Contraloría General de la República mediante oficio del 2 de julio de 1973 representó y devolvió al presidente de la República tal decretal haciendo presente su “ilegitimidad”; a lo que se agrega la sentencia que declara la incompetencia en relación con el conflicto constitucional, decidida en voto dividido por el Tribunal Constitucional de la época frente al requerimiento del jefe de Estado (STC rol núm. 15 de 30 de mayo de 1973).

Sin embargo, el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar

⁶ La “Constitución” de 1980 es aprobado por la Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente a través del DL núm. 3.464, de 1980, sometida a ratificación pseudoplebiscitaria y promulgada por decreto núm. 1.150, del 21 de octubre de 1980, de Interior; y la Constitución de 1980/2005 tiene su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto núm. 100, del 17 de septiembre de 2005, de Segpres, que el organismo contralor calificó de DFL en la toma de razón de la decretal dictada en habilitación del artículo 2o. de la Ley núm. 20.050 promulgatoria de la reforma constitucional. Sobre este punto es ilustrativo trabajo de Carmona, Carlos, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 771-810.

fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio solo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento, Nogueira Alcalá señala: “La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...”. El poder constituyente es un “poder político extralegal”, actúa antes de la legalidad que pretende fundar y es el origen de la “Constitución normativa”.⁷ Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa o de recepción normativa, del derecho anterior, la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles.

Lo anterior, hace muy difícil abordar desde la teoría de la Constitución y su arsenal de conceptos, taxonomías y esquemas (e ideologías subyacentes), periodos transicionales, revolucionarios o simplemente de cambio; ámbitos que usualmente son abordados por la ciencia política. La contraposición facticidad-normatividad nos recuerda las miserias del método jurídico-formal. Tales miserias son o pueden ser para los juristas una fuente de permanentes insatisfacciones, pero es un cable a tierra, que nos pone a salvo del sincretismo metodológico, del sociologismo y del enciclopedismo, y nos sitúa en la realidad (positividad). El conocimiento científico normal de la ciencia del derecho posee una perspectiva modesta acerca del tipo de conocimiento producido, el que permite comprender, acumular, ordenar y someter a crítica el objeto disciplinario: el derecho positivo. En la política y los procesos políticos, la ciencia política y la sociología tienen la palabra, e invitan a la colaboración disciplinaria.

Esta última conclusión acerca de la relación facticidad-normatividad, centrará nuestra reflexión a continuación de este trabajo. No abordaremos el proceloso tema de una teoría jurídica de las revoluciones, el repetido debate acerca de si es hecho o fenómeno jurídico, el de un supuesto “derecho a la revolución” o el archirrepetido tema de los gobiernos de facto relevantes para la continuidad del Estado, reconocimiento y responsabilidad estatal.⁸

⁷ Nogueira A., Humberto, *op. cit.*, pp. 547. En el mismo sentido Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011, pp. 95 y 96.

⁸ André-Vincent, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974. Una obra clásica de Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique, t. III “Le Statut du Pouvoir dans l’Etat”*, París, LGDJ, 1950, pp. 522-595. También Herrfahrdt, Heinrich, *Revolución y ciencia del derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su sig-*

III. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO. EL *MISSING LINK* ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

A riesgo de repetir, con afanes simplemente sistémico descriptivos, la operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución; está abierta, agotada o fracasada, ya fuere la fórmula de reforma constitucional, a recurrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio o mecanismo democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios, el fin: una nueva Constitución, y los medios: una reforma constitucional total, que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total, sin límites materiales, temporales o competenciales, o bien una nueva carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o hiper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente tal bloqueo, efectivizado a través de quórum reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo, es la suerte corrida por la inédita iniciativa reformista surgida en el Senado durante el año 2011 de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), iniciativa ideada en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador.

Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “super-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado) que, fundadas en un principio de competencia o distribución de materias de dominio legal, introducen una anómala superlegalidad de espuria naturaleza

nificación práctica para la teoría del derecho, trad. de A. Polo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías en razón de una herencia autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico. Huelga agregar que buena parte de esa legislación de “supermayorías” fue dictada bajo el régimen autoritario, es decir decretos leyes que adoptan el nomen iuris de leyes. Otro elocuente ejemplo del precio a pagar en esta lógica del bloqueo, por reformas a la Constitución como la de 2005 promulgada por la Ley N° 20.050, es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral soportante de la fórmula “binominal” empírica imperante para elecciones políticas parlamentarias (Disposición Transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quórums reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno (o dos quintas más uno, según el caso en razón de los capítulos de la Carta) de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper rígida, bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios en lo político y neoliberales en lo económico.⁹

Este bloqueo no nace de una Constitución hiper-rígida surgida del pacto o de un procedimiento democrático para ser una garantía cautelar de la estabilidad normativa iusfundamental, sino es herencia de la Constitución de 1980 autoritaria en lo político, neoliberal en lo económico y otorgada, en suma un decreto ley iusfundamental (DL N° 3464, de 1980), que solo posee de Constitución el *nomen iuris*; para así prolongar en el tiempo la decisión constituyente de un régimen que refundó el capitalismo sobre nuevas bases. En esta perspectiva ya la primera reforma constitucional de 1989 promulgada mediante la Ley núm. 18.825, necesaria para abrir la transición, tuvo un altísimo “precio”, vino a consolidar los cerrojos al hacer más extendidos y exigentes el quórum extraordinario de reforma, aunque simplificando el *iter* al eliminar el doble Congreso, y vino a perfeccionar los quórums de leyes de supermayorías.

Lo anteriormente expuesto obliga a abrirse a un proceso constituyente, que hemos dicho en otro lugar, se desencadena desatando o cortando el

⁹ Bryce, James, *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradicional de Bryce en los trabajos de Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución: Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, FCE, 1986.

nudo gordiano de la Constitución; contenido en el capítulo XV de reforma de la Constitución; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia” o en su defecto las reemplaza; porque ciertamente “... fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg); pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso. El dualismo norma-hecho es basal en el entendimiento de la Constitución y el orden político, ya que como bien observa de Otto: “Lo único que la Constitución establece es un orden jurídico, un conjunto de normas que regulan el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la Constitución”.¹⁰

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehiculiza en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que plasman en una Constitución formal, y tal instrumento de gobierno encuentra en la asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente, una panoplia de técnicas o mecanismos insertos en procedimientos democráticos o “populares” que incluso admiten ser usados en cuanto técnicas combinadamente.

La superioridad de la Constitución formal, no solo es fruto de una concepción sistémica del derecho y sus fuentes (Kelsen, Merkl) incardinada en el principio de jerarquía normativa, sino que también de la “magnitud política” de un poder constituyente (*pouvoir constituant*) que empalma con la fuerza y la legitimación (Böckenförde).¹¹ Las técnicas o mecanismos reseñados están insertas en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente coadyuvantes de su fuerza y legitimación; configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

¹⁰ Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 397-474; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 402; Carre de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, FCE, 1948, p. 1175.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 232-235; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 325-332; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario, es pura facticidad o es “juridicidad”, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Nos enfrentamos a un complejo y paradójico “missing link” entre normatividad y facticidad, y también al más contradictorio intento de encontrar límites supra y/o prepositivos al poder constituyentes, obra no solo de delirantes partidarios de las doctrinas tradicionales del derecho natural sino también de los contemporáneos neoconstitucionalistas.

Tal continuidad-discontinuidad tiene una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti Di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”.

La distinción antes anotada entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho” es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeneidad” o facticidad y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de la imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergottini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón o vínculo entre el orden constitucional que fenece y el que nace, como en la Italia de posguerra se sostiene en tono burlón es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una república imbuida de los ideales del antifascismo, en Francia de postguerra es la Ley de 2 de noviembre de 1945 que abre paso a la IV república; en España la última Ley Fundamental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú), en Portugal de la revolución de los claveles (1974-1976) los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini), un “periodo provisional” (Otto) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrústegui).¹²

¹² Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988; Lowenstein, Karl, *Teoría de la*

Otra fuente de ejemplos del más reciente derecho constitucional comparado, algo desconocida en nuestro medio, fueron los cambios constitucionales acaecidos en Europa Oriental y en la ex Unión Soviética (Biscaretti di Ruffia, Vergottini, Oehling, entre otros), después de la caída del Muro de Berlín en 1989, y las peculiares características transicionales de esos países, así como el influjo del parlamentarismo racionalizado germano en dichos procesos constituyentes a la hora de implantar nuevos regímenes políticos.

Pero tal conexión de órdenes constitucionales que se suceden en el tiempo, vía un “derecho constitucional transitorio” no es necesaria, y pende del proceso político real; y subyace a ella la exigencia política, ideológica y cultural de dar apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” al cambio constitucional, exigencia de la que se hace eco la dogmática constitucional y los juristas “expertos”.

El “derecho constitucional transitorio” sirve de nexo entre dos órdenes constitucionales que se suceden temporalmente, uno fenece y otro nace, permitiendo así cubrir con un manto de “legitimidad” o “juridicidad” al nexo con el pasado, a la evidente, notoria y necesaria facticidad del recurso al poder constituyente originario. El derecho constitucional transitorio opera como un verdadero asilo o refugio de los defensores de la “juridicidad” en la medida que descansa en un nexo real o ficticio de órdenes constitucionales, en un proceso constituyente de cambio.

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia de “realidad” o “seguridad jurídica” al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados), a las élites y a los “políticos”.

El “derecho constitucional transitorio” mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia” y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de OEA que ponen en el centro de la democracia y el Estado de Derecho la participación del pueblo soberano. Por ello

Constitución, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160 y 161; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, FCE, 1979, en especial pp. 310-318; Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa Calpe, 1981, pp. 144-157; Lucas Verdú, Pablo, *La Octava Ley Fundamental. Crítica Jurídico-Política de la Reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Satrustegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, Flaco, 1984, pp. 33.

sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución solo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca para así no subvertir el “orden institucional”.¹³

La seductora apariencia del derecho constitucional transitorio, no podrá ocultar en muchos casos la ocurrencia de una revolución, concepto amplio e incoloro añadimos, que “... abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra” (Kelsen). En la situación revolucionaria, es el principio de efectividad (hechos) el determinante, así si se impone una nueva Constitución se inaugura un nuevo sistema de reglas acerca de la producción del derecho, montada sobre una Grundnorm. Pero, si en cambio, se fracasa en la imposición de una Nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición u otro delito concerniente a la defensa penal del Estado y de su Constitución. Así, verbigratia el mal denominado golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973 (revolución en los términos amplios e incoloros de Kelsen), de haber fracasado habría hecho reos de “sedición” al tenor del artículo 4o. de la Constitución de 1925, a los “conjurados”, en cambio el éxito de la revolución los convierte en autoproclamados “salvadores de la patria” y a la “sedición” una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”, cuando no aderezada de “nueva cruzada por los valores del Occidente cristiano” .

Lo que ocurre es simple, en un plano de legalidad, la diferenciación entre gobernantes y una banda criminal en un Estado, va a depender de una revolución, de la sustitución de órdenes y su norma hipotética fundamental, de un “cambio de juicio de validez”, en que el principio de validez y de legitimidad de un sistema jurídico depende del principio de eficacia, puesto que el cumplimiento u obligatoriedad de las normas de un sistema, se da en un proceso de reconocimiento de su normatividad, y no necesaria o directamente de la pura fuerza.

Luego, de la paradoja de enfrentarnos a la facticidad, la doctrina constitucional contemporánea nos propone la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”; procedimientos que conectan o desconectan un orden constitucional con otro orden en el ámbito de un mismo Estado. Solo nos resta afirmar, para no pecar de excesivo escepticismo o criticismo con la doctrina, que tal paradoja que tensiona facticidad-juridicidad va a depender del proceso político real inserto en la historia de cada país.

¹³ Consultar un breve trabajo de Quintana, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad, es un verdadero sofisma en la medida que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una *Grundnorm* o basamento de validez hipotética que arranca de la primigeniedad o facticidad. La *Grundnorm* confiere fundamento y un soporte epistemológico al encadenamiento de validez del ordenamiento jurídico que tiene su base en la Constitución jurídico-positiva, sea formal o material. La norma hipotética fundamental, en la medida que es una “norma” presupuesta (lógico trascendental) estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales.

Por ello sostenemos que la conexión entre órdenes constitucionales, para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones “para hacer creer” (Ross), “como si” (Pérez Serrano) o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos” (Ihering);¹⁴ recurso utilísimo a las ficciones en la ciencia jurídica, que no alcanza a ocultar la desvinculación con la realidad o simplemente con la historia. A la propensión a las ficciones, podríamos advertir con Bentham: “De ninguna manera la sombra de la muralla es una muralla, una ficción no prueba nada, de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”.

En este cuadro la conexión de la Constitución jurídico-positiva en su expresión formal con el principio democrático es el desafío del Estado democrático y su régimen político, y por cierto es el camino de una operación constituyente abierta al poder constituyente derivado o al poder constituyente originario democrático. Este es también el desafío de una teoría de la Constitución asentada en las coordenadas de un normativismo crítico.

Una cuestión implicada en la sucesión temporal de ordenamientos jurídicos, es la de la continuidad de parte del viejo ordenamiento, cuando se produce interrupción en la continuidad, como la “revolución”, en la que no se da una completa solución de continuidad. Bobbio señala en este punto:

¹⁴ Ihering, Rodolfo, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Rianza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933; Friedrich, Carl J., 1946, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herrero, México, FCE, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 168; Kelsen *et al.*, *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2006; Pérez Serrano, Nicolás, “Las ficciones en el derecho constitucional”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1984, pp. 317-372.

Es un hecho que, generalmente, parte del viejo ordenamiento traspasa al nuevo, y a veces no se modifican sino principios fundamentales referentes a la Constitución del Estado. ¿Cómo explicar este traspaso?. La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura, ya bastante explicada de la recepción. En el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas. El nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo materialmente al primero, pues formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma.¹⁵

IV. CONTROL DE JURIDICIDAD POSIBLE

Lo anteriormente expuesto viene a significar en términos simples y muy sumariamente que el poder constituyente originario carece de controles de juridicidad propios de poderes constituidos del Estado sometidos a un sistema jurídico. Esta afirmación puede resultar una obviedad a la luz de la doctrina de la soberanía y del principio democrático, así por lo demás lo entiende la doctrina clásica de Siéyès en su exposición ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional del 20 de julio de 1789: “El poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que él mismo le pudiera adoptar”.

El poder constituyente es soberano, prejurídico, es ejercido sobre *tabula rasa*. Nos recuerda Linares Quintana argumentando, pero sin ser coherente, en línea con Schmitt y Recaséns Siches:

El poder constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo

¹⁵ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. E. Rozo A., Madrid, Debate, 1991, pp. 264 y 265.

que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes.

Observa Schmitt que el poder constituyente no es constituido en una Constitución, tiene con la Constitución vigente un nexo de poder fundador, es un poder “unitario e indivisible”, es la base de todos los poderes.¹⁶ En cuanto a su ejercicio, se orienta en una tradición puritana de participación de la comunidad (pacto de gracia que deviene en pacto político o covenants) en que la soberanía no puede ser objeto de representación o delegación, o en una tradición democrático representativa, y allí emergen los institutos o mecanismos del referéndum constituyente y de la asamblea constituyente o congreso constituyente. El fruto del ejercicio del poder constituyente es la Constitución, que invisibiliza a la soberanía popular; instaurando una regla básica de competencia de clausura al permitir la reforma constitucional.

En cambio, el poder constituyente derivado es constituido (órganos, competencia, procedimiento y actos o decisiones estatales) por la Constitución; los límites y controles (sociales, políticos y en especial jurídicos) están fijados en el ordenamiento jurídico y operan como dispositivos de defensa de éste. La Constitución como subsistema normativo tiende a la estabilidad normativa y permanencia temporal, para lo cual los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa) afirman su propia sustantividad y supraordenación en los sistemas normativos, y la rigidez constitucional le confieren protección y posibilidad de adaptación a la cambiante realidad; al igual que un sistema de garantías procesales (la jurisdicción constitucional) le aseguran su imperio. La técnica de la reforma total emerge junto a la reforma parcial, como una necesaria válvula de escape frente al agotamiento de un orden constitucional, y por ende, no merece crítica teórica, pero “su valor práctico puede ser pequeño” (Loewenstein); advirtiéndose que en situaciones críticas o rupturistas puede producirse una “transformación radical”.¹⁷

La observación crítica que es menester hacer a la técnica de la reforma constitucional, total y parcial prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente, es su déficit democrático, ya que la hipótesis de plebiscito o referéndum del inciso cuarto del artículo 128 en la que el pueblo se pronuncia

¹⁶ Linares Quintana, S., *op. cit.*, t. III, p. 215; Schmitt, Carl, *La dictadura*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza, 1985, pp. 182-189; *id.*, *Teoría de la Constitución*, presentación y trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 94 y 95.

¹⁷ Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 185.

acerca del desacuerdo de los órganos del constituyente derivado (veto total o parcial del presidente de la República rechazado por la cámaras y con insistencia de los tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por éstas), es una hipótesis de laboratorio. Así este déficit democrático, no guarda relación con el Congreso Nacional como estructura orgánica democrático representativa, sino con la prácticamente nula participación popular. La exclusión del sujeto de la soberanía popular del poder constituyente derivado, impide que la técnica de la reforma constitucional contribuya a la educación y a la integración políticas (Loewenstein); alejando así la formación de un “sentimiento constitucional” (Loewenstein) o de un “patriotismo constitucional” (Habermas).

Luego, el déficit democrático popular de la técnica o procedimiento de reforma constitucional, sí es proyección del régimen autoritario como un amarre o camisa de fuerza impositiva del sujeto pueblo como árbitro efectivo de las diferencias de los poderes constituidos de la reforma, y que la primera enmienda de 1989 promulgada mediante Ley núm. 18.825 no vino sino a consolidar, en la medida que paradójicamente la potestad “constituyente” residenciada en la Junta de Gobierno de la época sí requería aprobación plebiscitaria (Disposición Transitoria Decimoctava letra A de la Constitución de 1980 o DL núm. 3.464). Solo resta en este punto afirmar con Loewenstein: “Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.

Sin embargo, la nueva Constitución fruto de un poder constituyente originario fija las bases de su propia “legalidad” o “constitucionalidad”, con o sin derecho constitucional transitorio, o lo que es lo mismo con o sin contentar a los juristas situados en el cielo de los conceptos, sea el cielo de las puras formas o el cielo de la sustantividad naturalista. En el orden interno el poder constituyente es soberano, no pesa sobre él obligación alguna, puede fundar un orden radicalmente nuevo (Eisenmann). Incluso más límites impuestos por un poder constituyente al ejercicio futuro de poderes constituyentes, en rigor no limitan ni pueden limitar de manera definitiva e intangible el mismo poder, ya que no puede existir una regla de derecho jurídicamente inmutable o irrevisable, sí puede existir el aseguramiento de su estabilidad, y las limitaciones de naturaleza axiológica son metajurídicas y su suerte final dependerá de la realidad.¹⁸

Por otra parte, los controles sociales y políticos del poder constituyente originario tendrán la extensión e inserción temporal que el proceso consti-

¹⁸ Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898, pp. 9-11.

tuyente permita y se adecuarán a la realidad del proceso político o de las transiciones.¹⁹ La crisis de legitimidad de los poderes constituidos, le confieren a la opinión pública, a los medios de comunicación social, a las nuevas redes de la carretera de la información y a los movimientos sociales, una episódica relevancia como dispositivos de control social del poder.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para concluir, solo resta volver a los temas abordados sumariamente en este trabajo para diferenciar el alcance de los controles en el ejercicio de la potestad constituyente, y lo que es más complejo aún establecer si el derecho constitucional de transición puede efectivamente, uniendo pasado y futuro, arbitrar mecanismos de control.

En busca de lo obvio, la afirmación acerca de la “inconstitucionalidad” de un proceso constituyente enderezado a una nueva Constitución, por la vía de procedimientos ajenos a la reforma constitucional (como la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente), es una afirmación que no se sostiene desde el análisis de derecho positivo de los sistemas jurídicos, pues las bases de tal proceso están en la facticidad, en la política. Asimismo, sostener que tal proceso constituyente y tales procedimientos situados en el poder constituyente configurarían un “fraude constitucional” es un error conceptual garrafal al menos empleando el término en su acepción teórico-metodológica disciplinaria consolidada hace más de medio siglo (Burdeau). El “fraude a la Constitución” es toda manipulación de normas constitucionales para producir su reforma o modificación sin sujeción de verdad a los procedimientos establecidos. El concepto fue empleado por G. Liet-Veaux al estudiar la transición o “revoluciones” de Alemania (república de Weimar y su Constitución de 1919), Italia (monarquía del Estatuto Albertino de 1848) y Francia (III República y sus leyes constitucionales), de repúblicas o monarquías parlamentarias a regímenes totalitarios, en que utilizándose la legalidad y la Constitución se instauran nuevos regímenes políticos; mediante el mecanismo de leyes o decisiones de excepción, como el archiconocido artículo 48 de la Constitución de Weimar. El elemento común del “fraude a la Constitución” es la destrucción

¹⁹ La clasificación de controles del poder político estatal: sociales, políticos y jurídicos, entendidos como garantías de positividad y validez del derecho, se extraen de Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 591-596.

de la democracia utilizando su legalidad constitucional con “... respeto a las formas para atacar el fondo...” (Liet-Veaux).²⁰

En el campo de lo no tan obvio, del estamento letrado y de las élites en gran medida se escribe o escucha, a veces *sotto voce*, que el recurso al poder constituyente originario importaría un “quiebre institucional”, haciendo *tabula rasa* de la relación compleja y dialéctica entre normatividad y facticidad. A quienes preocupan o temen un “quiebre institucional”, les puede cautivar el recurso a las ficciones tan propio del estamento letrado. Ubicuo a las ficciones es la presencia de un derecho constitucional transitorio, la búsqueda de un eslabón entre el orden constitucional que fenecer con el orden constitucional que alumbraba. En dicha búsqueda se puede incurrir incluso en el peligro de construir figuras gaseosas que asemejan a los “resquicios” constitucionales; que terminan llevando agua al molino de los “guardianes” togados o no togados de un orden constitucional condenado a fenecer.

Por ello sostenemos que sí, en cambio, vale la pena hacerse cargo de esta verdadera paradoja: los juristas expertos habitantes del cielo de los conceptos, como antes decíamos, buscarán una conexión o eslabón entre el orden constitucional que fenecer y el orden constitucional que alumbraba; eslabón que le dé una apariencia de legitimidad-legalidad al cambio constitucional, como puede ocurrir con la apelación al artículo 5o. de la Constitución vigente o a la conversión de una elección administrativa de concejales en una asamblea del pueblo, para así fundar un referéndum constituyente o una asamblea constituyente. Tal búsqueda del eslabón o conexión tiene un tufillo a “resquicios constitucionales” al devenir en incapaz de entender que subyace al poder constituyente originario una ruptura del fundamento de validez del sistema de normas, ruptura que podríamos denominar con Kelsen con un término amplio e incoloro de “revolución” o con Sánchez Viamonte con un término sugerente: “primigenidad”, que no es más que facticidad, que en el proceso constituyente construye *in fieri* una legitimidad y una legalidad. Para explicar esa ruptura de fundamento de validez podemos recurrir a la norma fundamental, que establece la obligación de obedecer al poder originario, que es en palabras de Bobbio “... el conjun-

²⁰ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 82-87; Burdeau, *Traité de Science Politique...*, cit., pp. 264-267. Consultar a Liet-Veaux, George, “La fraude á la Constitution”, *Revue de Droit Public et de Science politique en France et l’Etranger*, t. 58, año XLVIII, 1942, pp. 116-150, traducida al español por Sergio Díaz Ricci bajo el título “El ‘fraude a la Constitución’”. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, 10, enero-junio de 2005, pp. 11-43.

to de fuerzas políticas que en un determinado momento histórico toman ventaja e instauran un nuevo ordenamiento jurídico”.²¹ Luego, el principio democrático hace la diferencia en esta debatida cuestión, al introducir en el soporte de la Constitución jurídico positiva la soberanía popular, y no ya la fuerza desnuda o violencia. En esta conexión radical adquiere pleno sentido el empleo de la distinción clásica entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio del poder político.

Una paradoja a título puramente episódica, pero ilustrativa por concernir a un régimen ampliamente denostado en nuestro medio por juristas “expertos”, élites y medios de comunicación social, se da en el establecimiento de la V República vía una Constituyente partera de la Constitución de la república bolivariana de Venezuela de 1999; precedida de la investidura de 1998 del extinto presidente Hugo Chávez Frías, que anunciando un nuevo orden constitucional practica su juramento agregando en la fórmula sacramental “... sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas...”; buscando así un eslabón de conexión entre órdenes constitucionales que se suceden, lo que no termina de ocultar la realidad “revolucionaria” del nuevo orden.

Puestos a comparar el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, Pedro de Vega resume:

El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como *res facti*, no *juris*... A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.²²

En este punto es muy relevante destacar que el proceso constituyente no se desenvuelve en la nada, posee de suyo una conexión institucional. Así a pesar de la facticidad o tosca materia de la política, el proceso constituyente es desenvuelto usualmente por poderes constituidos, los que utilizarán sus potesta-

²¹ Usamos un término amplio e inclusivo como el de Kelsen y no asociado a procesos histórico-políticos de cambio más o menos radical como el usado por Burdeau, que supone además un cambio en la “idea de derecho” o el empleado en la historia por Crane Brinton. Consultar de Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, *cit.*, p. 184.

²² Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 65

des y actos estatales (la ley y las decretales) para hacer posible el ejercicio de la potestad constituyente, y salvaguardar el carácter de procedimientos democráticos que poseen el referéndum constituyente, la asamblea constituyente y el congreso constituyente. Tal usual injerencia de poderes constituidos le confiere al proceso constituyente una componente de “institucionalidad”, lo que es mentís al vacío o la nada.

En este horizonte cercano emerge con fuerza la necesidad de identificar una operación constituyente, en medio del proceso constituyente, abierta a las opciones del poder constituyente derivado y del poder constituyente originario, es decir, institucional y claramente identificable con un procedimiento democrático genético de una nueva Constitución. En este cuadro la reforma total de la vieja Constitución en cumplimiento de la forma prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente es el camino del poder constituyente derivado, o en su defecto la convocatoria a referéndum acerca de la necesidad de una nueva Constitución y de la elección de una asamblea constituyente, a tal efecto es el camino del poder constituyente originario democrático. Así ambos caminos son democráticos, uno democrático representativo y otro democrático participativo o mixto, y ambos caminos son institucionales, ya que responden a procesos políticos ejecutados por decisiones o actos estatales provenientes de poderes constituidos, uno con una legalidad o juridicidad preexistente y el otro con una legalidad o juridicidad *in fieri*.

Los controles jurídicos en el proceso constituyente estarán ligados entonces, en la medida que fueren de recibo, a la legalidad o juridicidad preestablecida para el poder constituyente originario o la legalidad *in fieri* para el poder constituyente originario, y con su propia “institucionalidad” dichos controles recaerán en los actos estatales que correspondan sea que asuman la forma de leyes promulgatorias de la reforma constitucional o de leyes ordinarias y decretos. Los controles jurídicos operan en sistemas normativos, con base en una Constitución material-formal, que fije las reglas de producción de normas en cada sistema. Por ello, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” del recurso al poder constituyente originario democrático y a los mecanismos de asamblea constituyente y/o referéndum constituyente, es un mero recurso retórico, que a la luz de la teoría constitucional y de la teoría del derecho en general no es de recibo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de L. Ferrajoli, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ACKERMAN, Bruce, *La política en el diálogo liberal*, trad. de Gabriela L. Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , *El futuro de la revolución liberal*, trad. de J. Malem, Barcelona, Ariel, 1995.
- ALDUNATE, E., “Neoconstitucionalismo”, *Anuario de Derecho Público*, 2010.
- , “El efectos de irradiación de los derecho fundamentales”, *La Constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral de Chile, 2003.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, “El Tribunal Burger y la doctrina de las «Political Questions» en los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.
- ANDRADE G., Carlos, *La reforma constitucional de julio de 1989*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- , *Elementos de derecho constitucional chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- ANDRÉ-VINCENT, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998.
- ATRIA, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004.
- BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Lima, Palestra, 2008.
- BASTIDA F., Francisco J. et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BENTHAM, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.
- , *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, EJEA, 1961.
- , *Derecho político*, 3a. ed., Buenos Aires, Aguilar, 1969.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1979.

- , *Derecho constitucional*, prólogo, notas y trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965.
- , *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, FCE, 1979.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janes, 1985.
- , *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 1994.
- , “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en varios autores, *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985.
- , “Hacia una teoría funcional del derecho”, en varios autores, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- , *Contribución a la teoría del derecho*, estudio, recopilación y trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980.
- , *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo A., Madrid, Debate, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- BRYCE, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón, Madrid, Editora Nacional, 1981
- , *Traité de Science Politique*, París, LGDJ, 1950, 6 vols.
- , *El liberalismo político*, trad. de G. A. Piemonte, Buenos Aires, Eudeba, 1983.
- , *La democracia. Ensayo sintético*, Barcelona, Ariel, 1965.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010.
- CALAMANDREI, Piero, *La Constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002.
- CARMONA, Carlos, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.), *Reforma constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 1948.
- , *Confrontation de la théorie de la formation du Droit par degrés. Avec les idées et institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*, París, Dalloz, 2008.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Implicancias de la rigidez constitucional”, *Gaceta Jurídica*, núm. 102, 1988.
- , “Modificaciones al sistema de reforma constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, vol. 16, núm. 3, 1989.

- , “Rigidez constitucional y estabilidad institucional”, *XX Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Edeval, 1990.
- CERETI, Carlo, *Corso de Diritto Costituzionale Italiano*, 5a. ed., Torino, G. Giappicheli Editore, 1958.
- CHAPARRO, P. (ed.), *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Santiago de Chile, 1992.
- CHEMERINSKY, Erwin y PARKER, Richard D., *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- , *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- CONTRERAS, Manuel, “La reforma de la Constitución”, en RAMÍREZ ZARAGOZA, M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, 1979.
- , “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 16, 1980.
- CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, Santiago, Legal Publishing- Thomson Reuters, 2013.
- COSSÍO D., José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- COUSO, Javier, *Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional*, documento de trabajo, junio de 2009, inédito.
- COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, en FUENTES, C. (ed.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung- ICSO UDP, 2010.
- CRISAFULLI, Vezio, “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, núm. 7, 1969.
- CUMPLIDO, FRANCISCO y NOGUEIRA, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, FCE, 1986.
- DAHL, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, FCE, 2003.
- DÍEZ PICAZO, Luis María, “Límites internacionales al poder constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006.
- DIPPEL, Horst, *Constitucionalismo moderno*, trad. de C. Álvarez A. y M. Salvador M., Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Cujas, 1984, 5 vols.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1988.

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1973.
- ELSTER, Jon, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, México FCE, 1999.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, París, Económica, 1898.
- FAVOREU, Louis y VEDEL, Georges, “Souveraineté et Supraconstitutionalité”, *Revista Pouvoirs*, núm. 67.
- FAVOREU, Louis, “Los tribunales constitucionales”, en GARCÍA BELAÚNDE, P. y FERNÁNDEZ LEGADO, F. (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Los derechos fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 33, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2006.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- , *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, 3 vols.
- FERREIRA, Raúl Gustavo, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- , *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- , *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez N., Madrid, Trotta, 2001.
- FRIEDRICH, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, trad. de A. Gil L., Madrid, IEP, 1975, 2 vols.
- , *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herrero, México, FCE, 1946.
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María, “Procedimientos de la reforma constitucional”, *XX Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso, 1990.
- , “Reforma constitucional y comisiones mixtas”, *XXIV Jornadas de Derecho Público*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, 2 núms., 1993.
- GARCÍA COTARELO, Ramón, “El régimen económico social de la Constitución española”, en FERNÁNDEZ, T. R. (ed.), *Lectura sobre la Constitución Española*, Madrid, 1978, vol. I.

- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.
- GARGARELLA, Roberto, “El presidencialismo como Sistema Contramayoritario”, en NINO C. S. *et al.*, *El presidencialismo puesto a prueba. Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*, Madrid, CEC, 1992.
- GARRETÓN, Manuel Antonio, *Hacia una nueva era política. Estudios sobre las democratizaciones*, Chile, FCE, 1995.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995.
- , “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.
- , *Teoría de la Constitución*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2003.
- , “Principios y «nuevos constitucionalismos»: el problema de los nuevos principios”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010.
- GREWE, C. y RUIZ FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.
- GRUPO de Estudios Constitucionales, *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Santiago, Edita Patricio Chaparro, 1992.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- HAURIUO, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, Rens, 1927.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “El control de constitucionalidad de una reforma constitucional en el derecho argentino, análisis del caso Fayt”, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- HÄBERLE, Peter, “El concepto de derechos fundamentales”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III.
- , *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, FCE, 1992.
- , *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Necesidad de renovar a la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1994.
- , *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

- HART ELY, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de M. Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997.
- HAURIUO, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de J. A. González Casanova, Barcelona, Ariel, 1971.
- HAURIUO, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, Reus, 1927
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. de J. L. Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988.
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. de Mario de la Cueva, 2a. ed., México, FCE-UNAM, 1995.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno*, UDP, Anuario de Derecho Público, 2011.
- , *Las fuentes formales del derecho*, Santiago, LegalPublishing, 2009.
- HERREHARDT, Heinrich, *Revolución y ciencia del derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría del derecho*, trad. de A. Polo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1983.
- HIDALGO A., Paulo, *El ciclo político de la concertación*, Santiago, Uqbar Editores, 2011.
- HINSLEY, F. H., *El concepto de soberanía*, trad. de F. Morera y A. Alandí, Barcelona, Labor, 1972.
- HSÜ Dau-Lin, *Mutación de la Constitución*, trad. de P. Lucas Verdú y C. Föster, Oñati, FIVAP, 1998.
- HUNTINGTON, S., *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. de Felipe Mazia, Buenos Aires, Paidós, 1972.
- HUTCHINSON, Allan C. y COLÓN-RÍOS, J., “Constituciones duraderas. Una crítica democrática”, *Anuario de Derecho Público*, 2011.
- IHERING, Rudolf von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.
- JAVIER CONDE, Francisco, *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid, IEP, 1974, 2 vols.
- JELLINEK, George, *Reforma y mutación de la constitución*, trad. de C. Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970.
- , *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931.

- JIMÉNEZ DE PRAGA, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979.
- , “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1990.
- , *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo T. y L. Legaz L., Barcelona, Labor, 1977.
- , *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993.
- *et al.*, *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2006.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, París, V. Giard & E. Breire, 1901, 6 vols.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977-1987, 9 vols.
- , *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 3 vol.
- LIET-VEAUX, George, “La fraude á la Constitution”, *Revue de Droit Public et de Science politique en France et l'Etranger*, t. 58, año XLVIII, 1942, pp. 116-150 [traducida al español por Sergio Díaz Ricci, “El fraude a la Constitución. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, núm. 10, enero-junio de 2005].
- LOCKHART, W. *et al.*, *Constitutional Law. Cases, Comments, Questions*, 8a. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1996.
- LOEWENSTEIN, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (comentario en torno al caso «Baker v. Carr»)”, *Revista de Estudios Políticos*, 1954.
- , *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1983.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La octava ley fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976.
- LUTZ, Donald, “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection*, Princeton University Press, 1995.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1982.

- MAYORGA L., Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2a. ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1990.
- MARX, Karl, *Obras escogidas*, Madrid, Akal, 1975.
- , *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, trad. de A. Encinares, Barcelona, Grijalbo, 1974.
- MARTÍN-SANTOS, Luis, *Tiempo de silencio*, 4a. ed., Barcelona, Seix Barral, 1968.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, España, 1931.
- , *Le référendum et le parlementarisme dans le nouvelles constitutions européennes*, París, PUF, 1930.
- , *Modernas tendencias del derecho constitucional*, trad. de S. Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934.
- MODERNE, Franck, “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, volumen “Derechos Fundamentales y Estado*, México, Consorcio de Universidades-UNAM, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- , *Constitución reformada*, Santiago, CECOCH, 2006.
- , “Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003.
- (coord.), *La Constitución reformada*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Librotecnia, 2005.
- NEGRI, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. de C. de Marco, Madrid, Libertarias-Prodhufo, 1994.
- OEHLING RUIZ, Hermann, *La desintegración constitucional del Estado soviético*, Madrid, Tecnos, 1996.
- ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt. Teólogo de la política*, México FCE, 2001.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo, 1980.
- , “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- PROGRAMA DE ASISTENCIA LEGISLATIVA, *Tramitación de las Reformas constitucionales: las Comisiones Mixtas*, 1993.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 6a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1999.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, “El poder Constituyente”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, 2 vols.
- , *Tratado de derecho político*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989.
- , “Las ficciones en el derecho constitucional”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 2 vols., 1984.
- PISARELLO, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- POSADA, Adolfo G., *Ciencia política*, Barcelona-Buenos Aires, Manuel Soler Editores, s.f.
- , *El sufragio*, Barcelona-Buenos Aires, Manuel Soler Editores, s.f.
- , *Tratado de derecho político*, 5a. ed., Madrid, Librería V. Suarez, 1935.
- , *La reforma constitucional*, Madrid, Victoriano Suárez, 1931.
- QUINTANA, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, Madrid, CEPC, 1998.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a. ed., México, Fontamara, 2001.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1984.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011.
- SALAZAR, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)*, Santiago, LOM, 2011.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- SARTORI, Giovanni, *Aspectos de la democracia*, México, Limusa Wiley, 1965.
- , *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992.
- , *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez G., Madrid, Alianza, 1987, 2 vols., t. I.
- , *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de R. Reyes M., Santiago, Fondo de Cultura económica, 1996.

- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- , *El constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- SATRUSTEGUI, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, Flacso, septiembre de 1984.
- SCHMITT, Carl, *La dictadura*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza, 1985.
- , *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982.
- SIÉYÉS, Emmanuel, *¿Qué es el Estado Llano?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., Santiago, Edit. Jurídica, 1997-2003.
- SILVA CIMMA, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1977.
- SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Hiede, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- STERNBERGER, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- THIBAUT, Bernard, “Instituciones de democracia directa”, en NOHLEN, D. y ZOVATTO, D. (coords.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, FCE, 1998.
- TIERNO GALVÁN, E., “Especificación de un derecho constitucional para una fase de transición”, *Liberalismo y socialismo: problemas de la transición: el caso chileno*, Madrid, 1975.
- TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, The Foundation Press, 1988.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Estado de derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991.
- VALENCIA A., Luis, *Anales de la República*, Santiago, Andrés Bello, 1986, 2 vols.
- VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, 2 vols.
- , *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- VERDUGO M., Mario, *Modificaciones al procedimiento de reforma constitucional*, Santiago, UDP, 1990.
- *et al.*, *Derecho constitucional*, Santiago, Jurídica de Chile, 1994.
- VERGOTTINI, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, trad. de S. Perea Latorre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

- , *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa Calpe, 1981.
- WITKER, Jorge, “Los derechos económicos y sociales en el contexto del área de Libre Comercio de las Américas”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.
- WHEARE, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1971.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central, 2002.
- , “Estudio preliminar. Reforma constitucional y Estado de derecho”, *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- , *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- , “Vieja nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, núm. 4, 2007.
- , “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006.
- , “Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 76, primer semestre de 2012.
- , “Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2012.
- , “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- , “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013.
- (coord.), *Reforma constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

ANEXO DOCUMENTAL

El presente Anexo Documental presenta las propuestas de los distintos equipos programáticos de la Nueva Mayoría elaborados con motivo de las elecciones primarias de esta coalición el día 30 de junio de 2013.

En primer lugar, se presenta el documento íntegro preparado por el Equipo Programático Constitucional comisionado por doña Michelle Bachelet Jeria (A). Luego, se transcriben las partes pertinentes de los respectivos comandos de Andrés Velasco Brañes (B), Claudio Orrego Larraín (C), del Partido Comunista (D) y de José Antonio Gómez Urrutia (E).

A. “BASES DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE”¹.

I. EL PROBLEMA Y EL DIAGNÓSTICO CONSTITUCIONAL CHILENO Y LA CANDIDATURA PRESIDENCIAL DE MICHELLE BACHELET

La tarea de preparar un documento con las bases para la Nueva Constitución chilena que ha encargado la ex Presidenta Michelle Bachelet Jeria debe en primer término hacerse cargo de las propuestas y los logros obtenidos en esta materia durante el periodo presidencial 2006 – 2010. Estos logros son muy significativos pero todavía insuficientes para las necesidades de Chile. El diagnóstico compartido por todos los integrantes del Equipo Programático Constitucional es que buena parte de las propuestas del primer Gobierno de Bachelet no pudieron lograrse por las barreras institucionales y jurídicas que impone la Constitución que está actualmente vigente en Chile.

Durante el periodo presidencial de Michelle Bachelet Jeria se propuso introducir entre nuestros compatriotas un nuevo trato ciudadano para mejorar la calidad de nuestra democracia lo que, a modo de ejemplo, se concreta en una reforma sustantiva al sistema de inscripción y votaciones populares. Se propuso además introducir mecanismos de iniciativa ciudadana, acción afirmativa y reformar el sistema electoral pero por oposición

¹ N. del E.: Documento elaborado por el Equipo Programático Constitucional del Comando de Michelle Bachelet, integrado por las siguientes personas (en orden alfabético): Atria Lemaitre, Fernando; Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Figueroa García-Huidobro, Rodolfo; García Machmar, William (secretario); Osorio Vargas, Cristóbal (secretario pro tempore); Ruiz-Tagle Vial, Pablo; Sarmiento Ramírez, Claudia; Soto Barrientos, Francisco; Zúñiga Fajuri, Alejandra; Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador).

de la derecha estas propuestas no pudieron aprobarse. También se propuso una profunda reforma del Estado para asegurar servicios de excelencia para todos, control de calidad en el sector público, una administración profesional y de cuidar el patrimonio de todos los chilenos, todas materias en la que hubo avances sustantivos. Se avanzó significativamente en transparencia y probidad aprobando la reforma constitucional más importante referida a estos principios, creando el Consejo para la Transparencia e instalando el sistema del Gobierno Transparente en Chile. Se avanzó también en la introducción de controles preventivos del gasto público, se transparentaron los actos del Estado, el financiamiento de la política y de los partidos políticos, quedando todavía importantes reformas que introducir. Del mismo modo se avanzó en participación ciudadana para renovar el compromiso público con los ciudadanos, mejorar las políticas públicas con insumos ciudadanos e información accesible. También se propuso avanzar en el tema modernización del Poder Judicial, justicia penal adolescente y justicia de niños y niñas y gobierno judicial, cuestiones en las que sólo hubo avance parciales. Se propuso al país un ambicioso proyecto de descentralización que comprendía ideas sobre la democracia en la puerta de la casa, municipalidades al servicio de la gente, gestionar el desarrollo en terreno, regiones capaces de competir y una estrategia inteligente para avanzar e incluso el poder aprobar la elección de los gobiernos regionales, propuesta que ha demorado mucho más de lo proyectado.

Michelle Bachelet Jeria se comprometió a combatir la discriminación para avanzar en el reconocimiento efectivo de los valores de la igualdad, igualdad de género, discapacidad y derechos, minorías sexuales y respeto, chilenos en el exterior, inmigrantes e integración. A este propósito agregó una propuesta en materia de derechos humanos que incluye un programa nacional de derechos humanos, un tratamiento de las violaciones ocurridas en Chile, una protección y promoción de derechos fundamentales con particular énfasis en el tema de la libertad de expresión.

También se propuso reconocer constitucionalmente a los pueblos originarios, materia que no pudo concretarse por oposición de la derecha, junto con una propuesta de activar la relación entre el Estado y la cultura, para generar una cultura al alcance de todos, mas creación y cultura y apoyar el libro y la transmisión cultural.

Sin duda que la idea fuerza principal de la presidencia de Michelle Bachelet Jeria fue la atribuir al Estado y al gobierno como tarea principal la de garantizar la protección social. Esto implica activar los poderes públicos en la defensa de la salud, la seguridad social, el trabajo, y la educación. Esta idea que tuvo un profundo impacto en la conciencia ciudadana ha generado como consecuencia jurídica el que a partir del gobierno de Bachelet ha cambiado el paradigma de los derechos y se abandona la concepción neoliberal de pensar sólo en libertades constitucionales como zonas de no interferencia estatal. Ahora la idea más actualizada de los derechos fundamentales comprende la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, tales como la salud, la seguridad social, el trabajo, y la educación, entre otros. Este es quizá el cambio ideológico y cultural a nivel constitucional más profundo desde 1990 a la fecha y sus consecuencias son todavía impredecibles, porque alcanzan también a un nuevo concepto del Estado. Un concepto que se emparenta con el Estado Social y Democrático de Derecho y con el Estado Bienestar, en su versión más contemporánea y reformada que recoge las mejores experiencias de los países de la OECD.

Estas son algunas de las cuestiones que se plantearon durante el periodo 2006 -2010, entre las que destacan logros muy significativos u también algunos puntos de la mayor importancia que están todavía pendientes.

En las últimas elecciones presidenciales casi todos los candidatos presidenciales se comprometieron a promover, si eran elegidos, reformas sustanciales a la Constitución chilena, porque a pesar de las numerosas y significativas reformas que esta ha tenido desde 1990 a la fecha todavía exhibe un déficit de legitimidad, de representación y de participación que afecta el buen gobierno y la calidad de nuestra democracia. Es sabido también que desde el año 2010 a la fecha ha aumentado de manera muy significativa la demanda ciudadana por la Nueva Constitución en Chile y se ha generado un proceso deliberativo muy profundo y extendido en nuestra patria que alcanza a todos los partidos y movimientos sociales.

En este contexto, el gobierno actual de derecha cuyos partidarios y promotores anunciaron hacer reformas constitucionales, particularmente en el tema del sistema electoral, en el voto de los chilenos en el extranjero y en el tema de la descentralización política y

administrativa del país, también en este punto tan sensible defraudó a nuestro pueblo. En el último discurso presidencial de Sebastián Piñera no hay referencia a reforma constitucional alguno y en este punto como en muchos otros, las fuerzas de centro y de izquierda que apoyan a Michelle Bachelet Jeria se diferencian claramente de sus adversarios. Hoy estamos conscientes que la Nueva Constitución no soluciona todos los problemas de Chile. Pero esta nueva carta fundamental puede ayudar de manera muy significativa a que toda la ciudadanía viva mejor y en paz y como toda obra humana es mutable y perfectible en su realización más plena.

En este contexto es que la candidata Michelle Bachelet Jeria, sin hacer promesas que no se pueden cumplir, ha pedido estudiar las bases de la Nueva Constitución para Chile. Ha expresado que Chile necesita una Constitución que sea aprobada en democracia. Ha señalado que su candidatura presidencial requiere de una nueva mayoría que apoye su lista parlamentaria, para producir los cambios constitucionales necesarios para Chile. También ha señalado que su campaña se funda en combatir todas las formas de abuso, particularmente las que tienen una expresión institucional. Su candidatura presidencial se funda en la idea que la Constitución actualmente vigente da cobertura a la desigualdad y los abusos que sufren la mayoría de los chilenos, en la medida que está centrada en la protección de derechos individuales de contenido patrimonial. Ha declarado que antes de tomar decisiones importantes ella “se pone en los zapatos” de las personas que no estarán conformes con sus decisiones. Ha declarado que en el tema de la asamblea constituyente, quiere conocer los detalles de esa propuesta y que la Nueva Constitución democrática no puede hacerla sólo una persona o un grupo de personas, sino que es un proyecto ciudadano en el que debe participar toda la ciudadanía.

Además, Michelle Bachelet Jeria personalmente y los partidos PS, PPD y PC y todos los independientes que actualmente la apoyamos, como también eventualmente la DC y el PR y todas las personas, fuerzas políticas y sociales, que podrán integrarse a su campaña una vez concluidas las primarias, expresan una posición de centro y de izquierda que buscan la transformación de Chile. Para ello concita el apoyo de las mayorías; que trabaja dentro la institucionalidad y el derecho y lo hacen en forma pacífica y tranquila. En esto consiste la nueva mayoría que ha convocado Bachelet. Todas estas son ideas de raigambre

democrática republicana que enmarcan el fondo y la forma de la propuesta constitucional. Por cierto constituyen un marco que es necesario tener en cuenta a la hora proponer la Nueva Constitución que Chile necesita.

Por eso de acuerdo con los postulados de nuestra candidata, en los párrafos que siguen se exponen los fundamentos de las bases constitucionales que pueden servir a Michelle Bachelet Jeria para exponer sus ideas sobre la Nueva Constitución para Chile. En nuestro país los sujetos del poder constituyente, esto es el poder de hacer la Nueva Constitución está repartido entre la ciudadanía o pueblo de Chile (titular originario), el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Se trata que con esta propuesta puedan comprometerse todos los sujetos del poder constituyente chileno en un proceso deliberativo. En la Nueva Constitución chilena deben tener cabida también nuestros adversarios, para que sin temor todos podamos construir sus propios proyectos y planes de vida. Debemos de una vez por todas tener una Nueva Constitución que asegure el gobierno de la mayoría y el respeto de los derechos y la participación e inclusión de las minorías. Aspiramos por eso a tener la Nueva Constitución legitimada a más tardar en el año 2018. La Nueva Constitución, será la Constitución del Bicentenario de nuestra independencia y con ella se inaugura quizá una nueva república chilena, por lo que este hermoso proyecto exige un grado especial de deliberación, responsabilidad y disciplina ciudadana.

II. FUNDAMENTOS DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA.

1. Presentación.

La Constitución debe optar por una concepción personalista del Estado y no entenderlo sólo un sistema de potestades sino un sistema de garantías. La Constitución que es una ordenación jurídico-fundamental del orden político debe contener en su frontispicio un conjunto de decisiones fundamentales (Böckenförde), que dicen relación con la persona humana, la forma del Estado y del Gobierno y las relaciones de éste con la sociedad y la economía.

El déficit democrático y la imposición ideológica de la Constitución de 1980/2005 en su origen y en el contenido normativo que la constituye, así como la deficiencia y falta representatividad de su arreglo institucional, nos exigen, como sociedad democrática, plural

y deliberante, a un análisis prospectivo constitucional, que arribe a identificar las bases de una “Nueva Constitución”. La treintena de reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980, que permiten hoy hablar de Constitución de 1980/2005, introducen un factor de legitimidad muy parcial a la Carta que está forzado por una transición, eminentemente pactada, y plagada de cerrojos institucionales y, por ende, son reflejos de un falso consenso constitucional. Luego, la distinción clásica entre legitimidad de origen y de ejercicio no debe ser usada para legitimar la Constitución vigente, la que sigue teniendo un déficit de legitimidad al ser fruto de la imposición de un régimen autoritario.

En efecto, el diseño constitucional que nos rige, impide el ejercicio efectivo de la soberanía por parte del pueblo, bajo el pretexto de una “soberanía de la Constitución”, ya que hace imposible que la mayoría prevalezca a la hora de decidir acerca de los asuntos públicos más fundamentales; desconoce, de igual manera, a las minorías en el desarrollo de las políticas públicas y en la protección de sus derechos; y dificulta absolutamente la intervención estatal que acoja los requerimientos de miles de ciudadanos que tantas veces se debaten en el desamparo. En razón de lo anterior, hemos generado una sociedad que desconoce, ignora o reniega de la representatividad política de los cargos, que no permite la participación y que al diagnosticar la imposibilidad de innovar en las políticas públicas, estas se fundan en el techo ideológico fundamentalista y neoliberal dispuesto en la Constitución 1980/2005.

2. Decisiones fundamentales acerca de la persona, la sociedad, la economía y el Estado.

En razón de lo anterior, se proponen un conjunto de bases acerca de las decisiones fundamentales que la Nueva Constitución debe hacer sobre el Estado, la persona, la sociedad y la economía, así como las relaciones que deben existir entre estas.

a. El Estado social y democrático de Derecho.

La idea del Estado social consagra el principio fundamental de que el Estado no puede dejar en el desamparo a quienes se encuentran excluidos por motivos sociales, culturales y

económicos, ni marginarlos del desarrollo y la modernidad. Los derechos fundamentales y las libertades públicas y los proyectos de vida, que cualquier persona desea adoptar, dependen de que existan las condiciones sociales y económicas de poder decidir y esto no sucede cuando concurren en ella un conjunto de hechos que constituyen desventajas, insalvables por miles de familias chilenas. Por esta razón, resulta importante reflejar los valores centrales de una nueva forma de comprender las intervenciones públicas, bajo la óptica de un Estado social y democrático de derecho.

El Estado de Derecho es una forma jurídico-política de Estado que surge con las grandes revoluciones francesa y americana del siglo XVIII y que actualiza el viejo ideal de gobierno de la ley, forma estatal en que el principio de legalidad se convierte en la medida de toda autoridad legítima y además en un límite en el ejercicio del poder, a fin de salvaguardar los derechos individuales. De este modo, el Estado de Derecho es una creación de liberalismo, que en el siglo XX es complementada y superada por el Estado social y democrático de derecho, que surge en el periodo de entre guerras como una teorización socialdemócrata y que después de la segunda guerra mundial se convierte paulatinamente en una fórmula de compromiso plural en lo ideológico y fundacional del Estado de las democracias contemporáneas. El Estado social y democrático de Derecho complementa el Estado liberal, ya que preserva el principio de legalidad, pero le impone al Estado un conjunto de cometidos en relación a las personas, a la sociedad civil y la economía; superando un Estado gendarme o mínimo para reconocer un Estado de bienestar que procura la salvaguarda de derechos económicos sociales y culturales reflejo de necesidades públicas impostergables tales como educación, salud, renta básica, trabajo, sindicación, descanso, previsión social, vivienda, entre otros.

El Estado social y democrático de Derecho no es sólo un Estado regulador sino también un Estado gestor de servicios y de fomento, y empresario; pero que compatibiliza la actividad pública y privada en la economía y la sociedad. Luego el Estado social y democrático de Derecho es un Estado fuerte, con musculatura, dotado de recursos humanos profesionales calificados por sus méritos y vocación de servicio, en suma un Estado eficiente para cumplir sus cometidos, pero no un Estado híper-burocrático capaz de ahogar fiscalmente a

la economía del país o sustituir o desplaza la esencial iniciativa privada o emprendimiento empresarial.

Esta forma jurídico política de Estado es una concepción sostenida por la socialdemocracia europea de la segunda post guerra, que define al Estado en un rol activo en las políticas públicas, en la economía y en sus vínculos con la sociedad civil. De este modo, el Estado adquiere el compromiso o cometido social de crear las condiciones, instituciones o normas que permitan asegurar el acceso y pleno ejercicio de los derechos humanos, tales como vivienda, salud, educación, servicios básicos, etc. Asimismo, la concepción de un Estado social y democrático se compromete a adoptar decisiones progresivas a la plena satisfacción y promoción de los derechos, con una prohibición de amparar políticas regresivas, discriminatorias, arbitrarias o contraproducentes a al ideal de igual dignidad que le sirve de inspiración.

b. República democrática, representación y participación.

Las constituciones históricas en Chile han empleado diversos términos para designar la forma política del Estado, a saber: “república representativa popular” (art. 21 de la Constitución de 1828), “gobierno popular representativo” (art. 2 de la Constitución de 1833), gobierno “republicano y democrático representativo” (art 1 de la Constitución de 1925) y, la escueta “republica democrática” (art. 4 de la Constitución de 1980), entre otras. Las constituciones históricas de nuestro país imprimen un sello a la forma política del Estado, que es la opción por la república, es decir la política entendida como actividad colectiva, el poder político fundado en el derecho y no el capricho de una o más personas, la temporalidad en el ejercicio del poder, la electividad de las autoridades del Estado, la educación pública, la virtud ciudadana y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

En esta Nueva Constitución es la república su seña de identidad política, y ésta se funda en los principios de representación y de participación de la democracia. La forma política republicana adscribe a una forma de Estado propia de la modernidad y a las democracias contemporáneas de tipo pluralista que se consolidan en Occidente después de la segunda guerra mundial, y que influyen decisivamente hoy en nuestra América Latina. Tales democracias no son sólo democracias representativas o directas fundadas en elecciones

periódicas sino que se definen como democracias participativas o semidirectas que completan las elecciones periódicas con un conjunto de técnicas de participación del pueblo en las decisiones públicas en diversos niveles territoriales, y que incluyen la revocatoria, el referéndum, las consultas y la iniciativa popular de ley en todas sus variantes.

La realidad política actual chilena contrasta con los ideales republicanos, porque si tomamos como base datos públicos, en 20 años de democracia, el promedio de edad de los senadores es 56 años y de los diputados es 52 años; el promedio de permanencia en el Parlamento es 20 años para los senadores y 10,3 años para los diputados; el promedio de períodos en el Congreso es 3,5 para los senadores y 2,5 para los diputados. Casi idéntica es la permanencia en los cargos de los alcaldes y concejales de la mayoría de las comunas del país. A esta incumbencia se agrega el nepotismo que implica que familiares comparten concejalías, alcaldías, cargos parlamentarios y toda clase de posiciones y privilegios públicos.

La competencia electoral se produce dentro de las coaliciones, lo cual robustece el rol de las directivas a la hora de ceder distritos de los disidentes y de repartir distritos blindados para los que las apoyan al interior de sus partidos. Los ciudadanos los que se ven afectados por el “cuoteo”, el inmovilismo, la persecución en el aparato público y en las empresas privadas. Son las personas comunes las que sufren la falta de participación en las decisiones que les afectan, el centralismo y la concentración del poder en Santiago.

Por todo lo anterior es que la ciudadanía chilena clama por más instancias de representación y participación y porque se termine de una vez con los abusos de la incumbencia y el nepotismo. Se han propuesto diversas reformas legales que han dispuesto, por ejemplo, las primarias, la participación en la generación de políticas públicas conforme a la Ley N°18.575, acceso a la información pública, etc., pero a ello deben agregarse medidas más estrictas, como limitar la reelección a una vez en el mismo cargo y el nepotismo en cargos públicos, que sean capaces de renovar y dignificar el ejercicio de la función pública.

Es también necesario consagrar mecanismos de participación directa de la ciudadanía, como el referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. Asimismo, crear mecanismos de participación y dialogo social, a través de un Consejo Económico y

Social, que tendrá por objetivo ser un órgano consultivo, integrado por asociaciones vinculadas a los empresarios y los proveedores del capital, del trabajo y las profesiones.

También es indispensable reforzar los derechos de la ciudadanía vinculados a la democracia, la representación y la participación, y hacer efectivo el sufragio en el extranjero, como también incorporar un derecho de asociación genérico y un derecho de asociación política específico, así como un derecho de acceso a la información pública.

De este modo la república democrática chilena se debe asentar en los principios de representación y participación, y en los principios que son propios a una democracia moderna sólida y estable.

c. Estado Regional.

Desde la fundación del Estado chileno ha sido un Estado unitario con fuertes elementos de centralización política herencia, del pasado colonial y el molde afrancesado del Estado jacobino-napoleónico con el breve interludio del ensayo federal. De esta suerte, se impone hoy la asunción de una nueva forma jurídica del Estado que retome la tradición regional y municipalista y dé un salto cuantitativo y cualitativo en la distribución territorial del poder político fortaleciendo la regionalización y evitando la provincialización regresiva de este proceso.

El nuevo Estado regional debe reconocer en la región el motor de desarrollo y un centro de decisiones administrativas que se funde en el principio democrático. De este modo se hace necesaria la elección directa de los consejos regionales por la ciudadanía regional y la elección directa del presidente del Gobierno Regional, la máxima autoridad administrativa de la región; quedando reservado al Intendente la función de gobierno de la región, conservando éste el carácter de agente natural y directo del Presidente de la República en el territorio.

El Estado regional supone la máxima transferencia de las funciones y potestades administrativas al Gobierno Regional como la elección de sus autoridades por la ciudadanía regional mediante sufragio directo y una fórmula electoral que asegure la proporcionalidad.

Es indispensable en Chile consagrar una nueva distribución territorial del poder político, que profundice el proceso de regionalización y que concrete la anhelada descentralización administrativa del país, instaurando un auténtico e inconfundible Estado Regional.

Para concretar lo anterior, es indispensable separar las funciones de Gobierno – Administración en la Región, quedando el Intendente circunscrito, exclusivamente, al campo gubernativo y el Gobierno Regional al campo de las funciones y potestades administrativas ordenadas al desarrollo y participación regional.

Asimismo, es necesario profundizar la legitimidad y representatividad de las autoridades del Estado Regional. De este modo, la Asamblea Regional y el Presidente Regional deben ser electos por los ciudadanos, de manera directa o indirecta.

d. Igualdad entre mujeres y hombres

El reconocimiento de derechos iguales para mujeres y hombres así como la necesidad de establecer para ellas condiciones especiales que permitan superar las barreras sociales y culturales que las han mantenido al margen de los espacios de poder, es una de las metas centrales del proyecto que se presenta. Esto requiere implementar medidas de acción positiva que permitan la realización real y efectiva de la igualdad de derechos, como se ha evidenciado de la experiencia comparada en Europa y Latinoamérica.

La promoción de la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres en el ámbito doméstico y en el cuidado de los niños resulta crucial para permitir el acceso igual y la competencia legítima por cargos de elección popular así como por puestos de responsabilidad profesional y social.

El reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer y el hombre así como de su derecho a la libertad e intimidad forman parte del núcleo esencial de derechos que esta Nueva Constitución garantiza.

e. Laicidad del Estado.

La Nueva Constitución también es heredera de una tradición institucional que se remonta a la fundación del Estado nacional y a las leyes laicas, exigiendo hoy el explícito reconocimiento de la laicidad del Estado y el respeto de todas las creencias y cultos o la pertenencia sociedades éticas que se constituyan en conformidad a la ley.

f. Depurar la Constitución de un “Derecho Constitucional del Enemigo”.

También se propone depurar la Constitución de los severos límites al pluralismo ideológico y político como la cláusula de protección del artículo 19 N° 15 de la Constitución, adicionada en 1989 junto con la derogación del artículo 8° de infausta memoria, y la doctrina de la seguridad nacional que son proyección del régimen autoritario que piensa la política como una dialéctica amigo/enemigo.

Asimismo, el artículo 9 de la Constitución vigente es una reminiscencia del régimen autoritario porque castiga el terrorismo de modo desproporcionado y en forma contraria a las convenciones internacionales vigentes en Chile, por lo que se promueve su derogación junto con la revisión de la legislación antiterrorista que ha mostrado serias falencias en sus disposiciones.

g. Pueblos Indígenas

Chile, en razón de su historia y para concretar la inclusión de todas las culturas que lo componen, requiere de un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones, costumbre, derecho consuetudinario, y el reconocimiento y protección de todo tipo de minorías.

Es fundamental que nuestra Constitución consagre, de manera inequívoca, una cláusula anti discriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que además asegure la diversidad, encomendado al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares, como el origen étnico, social, la raza, la religión, las opiniones políticas, sexualidad, etc.

El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios es un reconocimiento de Chile y de la nación con su pasado, sus raíces, que se proyectan al presente y porvenir. Asimismo se hace necesario el reconocimiento de las culturas, lenguas, costumbres y derechos

colectivos de los pueblos indígenas u originarios abriendo al Estado nacional a una efectiva multiculturalidad. Los límites de dicha multiculturalidad son los derechos humanos, el Estado nacional mismo y la república democrática.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS.

1. Diagnóstico

Con el objeto de construir la Nueva Constitución que nazca en democracia y que pueda terminar con los abusos, se presenta una propuesta que vuelve a la tradición constitucional chilena. Nuestra tradición constitucional comprende a un Chile abierto a la evolución política, que no coarte el poder democrático y que, en un sentido dinámico, fomente su desarrollo dando cuenta del progreso que ha habido en la comprensión de los derechos y deberes. Luego, la Nueva Constitución debiera, en primer lugar, reconocer un catálogo de derechos fundamentales que permita terminar con los abusos que encuentran en los derechos patrimoniales su justificación, al menos, aparente. Eso implica reconocer derechos que vayan más allá de las meras libertades negativas, dando un lugar preponderante a los derechos sociales que identifican obligaciones de prestación que pueden reclamarse del Estado. Igualmente, las acciones judiciales destinadas a resguardar los derechos -que en la actualidad no se extienden a su totalidad y están reguladas por normas reglamentarias de la Corte Suprema- deben dar garantías de protección a todos por igual.

En esta línea, la Nueva Constitución, debiera dar cuenta y actualizar el reconocimiento de nuevos derechos como el derecho al medio ambiente, reconocimiento de grupos históricamente excluidos -como las mujeres, los pueblos indígenas y las personas homosexuales, lesbianas, transexuales o bisexuales- así como los derechos de las personas que por su edad o condición de salud requieren de medidas especiales de cuidado o acomodo -niños, niñas y adolescentes, personas que sufren algún grado de discapacidad y personas de la tercera edad. El reconocimiento de derechos específicos para estos grupos o la simple aserción de que estos colectivos son titulares de derechos, debe ser parte de la Nueva Constitución para Chile.

2. Propuesta

a. Dignidad humana.

En la base del orden político y la paz social se encuentra el reconocimiento y garantía de los derechos humanos los que, a su vez, se fundan en los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas en tanto seres autónomos a quienes el Estado debe garantizar

el libre desarrollo de la personalidad. La Nueva Constitución para Chile debe partir del reconocimiento básico de la autonomía y dignidad de los seres humanos. La persona debe ser considerada un fin en sí mismo y no un mero medio. De este modo, los principios que debieran inspirar la redacción de una carta de derechos para la Nueva Constitución debieran considerar que los derechos humanos se reconocen como límites del ejercicio de la soberanía del Estado, el que debe respetarlos y promoverlos. Los tribunales nacionales deben interpretar las normas de esta Constitución armónicamente con el acervo jurisprudencial emanado de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. La ley debe regular cómo el Estado dará cumplimiento a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos. Esta legislación debe indicar claramente cómo los tres poderes del Estado deben intervenir y cumplir de buena fe las sentencias.

b. Derechos fundamentales.

Los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad debieran inspirar instituciones y derechos que reconozcan el pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad.

i. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La Nueva Constitución debe reconocer el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación arbitraria, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Se reconoce el derecho a fundar una familia y el derecho al matrimonio sin discriminación de ningún tipo.

La mujer y el hombre gozan de los mismos derechos y el Estado debe promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos impulsando la eliminación de las desventajas históricas.

Se debe promover la igualdad de derechos y obligaciones entre mujeres y hombres dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos.

Le corresponde al Estado favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la

Nueva Constitución debiera instar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva, sin excluir la asignación de cuotas para ciertos cargos de elección popular.

ii. Derecho a la vida, integridad física y psíquica

El Estado debe reconocer el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todas las personas, sin que puedan ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de seres humanos.

La Nueva Constitución debe reconocer el derecho al consentimiento informado en un sentido amplio. Este derecho deriva del derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en todo lo que dice relación con nuestro cuerpo y salud. De este modo, el paciente adulto, mentalmente competente, tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia así como a suspender un tratamiento médico o el soporte vital, sin más límites que los que le impone el respeto a los derechos de los demás.

iii. Derecho a la libertad de conciencia

Una Constitución laica y pluralista debe garantizar a todos el derecho a la libertad de conciencia sin asociarlo necesariamente a la religión. Este derecho supone la libertad de conservar, profesar, practicar y cambiar de creencias, sin coacción ni más limitaciones que aquellas necesarias para proteger, en una sociedad democrática, los intereses colectivos y los derechos y libertades de los demás.

iv. Derecho a la libertad de expresión

Sobre la base de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Nueva Constitución debiera dar las más amplias garantías de libertad de pensamiento y de expresión asegurando a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin censura previa, así como el derecho de acceso a la información pública. Las limitaciones a este derecho sólo pueden ser ex-post, es decir, por la vía de hacer efectivas responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas

por ley y ser necesarias, en una sociedad democrática, para proteger los derechos y libertades de los demás.

Las leyes de desacato deben declararse contrarias a la Constitución.

Se requiere reconocer el derecho a la información y el derecho a la auto-determinación informativa con su correspondientes garantías, tales como el “habeas data”.

La Nueva Constitución debiera asegurar la libertad de los comunicadores dentro de los medios y el pluralismo informativo, junto con el compromiso con un debate público democrático de los medios. Las limitaciones a las concentraciones monomediales y multimediales en el campo de las empresas de comunicación social, deben estar enderezadas a afianzar tal pluralismo informativo.

v. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Es fundamental garantizar a los niños, niñas y adolescentes, constitucionalmente, el derecho a protección y atención necesarios para su bienestar. En la línea de lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, su cuidado y protección es un derecho y obligación prioritaria de los padres y el Estado velará por su cumplimiento. Se debe reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta en todo lo que atañe a sus propios intereses, teniendo presente los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley. En atención a su grado de desarrollo, se debe reconocer a los adolescentes ciertos grados de autonomía para hacer efectivos ciertos derechos, tales como el libre y responsable ejercicio de la sexualidad o la participación política.

La Nueva Constitución debiera resguardar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia contra los niños, sea física o psíquica.

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño solo podrán utilizarse tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia. La privación de libertad debe tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

vi. Derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos

La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, al honor y al nombre declarando inviolables el domicilio y las comunicaciones de todo tipo, salvo por orden o resolución judicial.

Se deben reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas. La Constitución debe garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto así como que ninguna mujer sea objeto de prácticas como la mutilación genital femenina, el embarazo forzado, la esterilización o el aborto forzado.

vii. El derecho de propiedad

La Nueva Constitución debiera poner énfasis en la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea (expresada en la Constitución alemana, italiana y española) se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia delimitará su contenido, de acuerdo con la ley.

Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, pero sin que ella pueda desenvolverse en oposición al interés social. Del mismo modo, declarar que la actividad económica pública y privada es compatible con y puede coordinarse con fines sociales.

La Nueva Constitución debiera reconocer el dominio público hídrico, minero y del espectro radioeléctrico. El Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente minerales.

Se declara las aguas como bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares.

Se delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico a todas las personas.

viii. Derecho al debido proceso

La Nueva Constitución debe reconocer un derecho general a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. La presunción de inocencia, la cláusula non bis in ídem y la prohibición de declarar contra uno mismo son derechos básicos del imputado.

El legislador regulará las reglas del debido proceso en las leyes de enjuiciamiento que se dicten.

ix. Medio Ambiente

El Estado debe garantizar a las personas el goce de un medio ambiente libre de contaminación, adoptar medidas para garantizar el respeto y sostenibilidad de la biodiversidad. El uso de los recursos naturales está limitado por este derecho, la función social de la propiedad, los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo de las comunidades locales donde se emplacen los proyectos de explotación.

La explotación de los recursos naturales debe realizarse responsablemente, mediando una apropiada planificación y ordenamiento territorial y debe asegurarse la conservación del medio ambiente y la consulta y aprobación de las personas afectadas. El Estado debe tener especial consideración por el bienestar de sus actuales y futuros habitantes.

x. Derechos políticos

Se reconocer el derecho y el deber de participar en la vida pública y política. El derecho de asociación política, el derecho de protección del Estado a los nacionales, el derecho a la

nacionalidad -incluida la nacionalidad adquirida por vínculo de parentesco o afinidad-, el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos.

Se debe garantizar el derecho a formar partidos políticos y el derecho de asociación política a fin que los ciudadanos puedan constituir movimientos o asociaciones políticas.

El sufragio es universal, igualitario y secreto y debe poder ser ejercido por todos los chilenos, sin que su lugar de residencia o el haber sido procesado o condenado por un crimen o simple delito puedan limitar o condicionar el derecho al sufragio.

El Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular. Para ello se deben implementar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la paridad en los cargos de representación popular.

Del mismo modo, se reconoce la necesidad de que los derechos políticos queden sometidos a una cláusula de reserva de ley, como por ejemplo, el derecho de reunión, el que debe ser formulado como un derecho de reunión y de manifestación pública.

xi. Derecho a la participación

La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la participación política en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas. En esa línea, se debe designar al Estado de Chile como uno de tipo participativo, señalando que la participación política es un elemento fundamental que debe promoverse y garantizarse en los diferentes espacios, tanto políticos como sociales, facilitando la formación y mantención de sindicatos, negociación colectiva inter-empresa e intersectorial.

Los espacios de participación incluyen la esfera educativa y la productiva. Esta participación puede realizarse directamente o a través de los representantes libre y democráticamente elegidos. El Estado debe garantizar que sus habitantes puedan participar en condiciones de igualdad como candidatos en los cargos de elección popular, en acceso a los distintos puestos y funciones públicas en los poderes del Estado, y en general en las distintas instancias de intervención en la vida pública y social. La garantía de la igualdad de

condiciones debe considerar especialmente las desventajas históricas y culturales que han afectado a las mujeres y los pueblos indígenas y adoptar acciones positivas para corregir dicha situación.

xii. Derecho a la protección de la salud

La Nueva Constitución debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal, igualitario e integrado. Se debe garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. El Estado debe controlar el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y regularlos por ley para garantizar prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Para ello, es necesario reponer la solidaridad en el financiamiento de la salud.

Se debe fortalecer la atención primaria en el marco de una red integral de atención con enfoque familiar, intercultural y comunitario, en la que los distintos niveles del sistema promuevan un modelo de salud preventivo y promocional. La atención primaria debe ser la puerta de entrada y el eje estructural de la red sanitaria, tanto pública como privada.

xiii. Derecho a la seguridad social

El Estado debe garantizar constitucionalmente un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que avale la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad como un accidente, invalidez, vejez o el desempleo. Se debe consagrar de modo explícito el principio de solidaridad en materia de seguridad social.

Se debe garantizar el derecho a la renta básica incondicional y universal.

xiv. Derechos de las personas con discapacidad y de la tercera edad

El Estado se obliga a la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Se debe propiciar la plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad y de la tercera edad, así como el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

xv. Derecho a la educación

Corresponde al Estado garantizar el derecho a la educación en todos sus niveles, velar por su calidad y estimular la investigación científica y tecnológica.

Se debe garantizar la calidad y gratuidad de la educación parvularia, básica, media, técnica y universitaria.

Se deben implementar mecanismos que permitan avanzar hacia una educación universal, igualitaria y no segregada. El Estado debe promover y garantizar la educación pública en todos los niveles y de asegurar la calidad de la educación pública y privada en todos los niveles. La educación privada podrá recibir financiamiento público en condiciones no discriminatorias.

También es necesario incorporar la libertad de cátedra en el derecho a la educación.

El derecho a la libertad de enseñanza no significa que al Estado le esté vedado regular a los prestadores. La libertad de abrir, organizar, y mantener establecimientos educacionales debe hacerse en conformidad con los principios establecidos en la Constitución y según la ley. En este orden de ideas, la educación pública y la privada financiada con recursos públicos, deberá ser preferentemente laica.

xvi. Derecho al trabajo

El derecho al trabajo, su remuneración y protección. Todos deben tener garantizado el derecho al trabajo y a su libre elección, así como a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, acorde con sus capacidades.

El Estado debe asegurar la misma remuneración por el mismo trabajo, prohibir la discriminación salarial por sexo y promover el acceso de la mujer a los cargos de mayor responsabilidad.

La ley fomentará el goce del derecho a la sindicalización y la negociación colectiva.

Se reconoce el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa.

Se debe reconocer el derecho a huelga y la garantía de las condiciones de trabajo seguras.

xvii. El derecho a la vivienda

Se debe reconocer el derecho a una vivienda digna (tal como existe en España, Sudáfrica,) y el derecho al espacio público en el contexto de ciudades integradas.

xviii. Derecho a la cultura

Se reconoce el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural.

xix. Derechos colectivos

Chile es una nación es una, indivisible y multicultural, que incluye los pueblos indígenas, su identidad y cultura propia.

Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos grupos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

c. Garantías.

La Nueva Constitución debiera desarrollar los estados de excepción constitucional con las limitaciones generales a los derechos, definiendo estrictamente los supuestos de hecho que permitan limitarlos; con estricta sujeción a estándares internacionales, tales como los principios de Siracusa.

Se debe garantizar la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

Todos los derechos deben poseer –según la doctrina y jurisprudencia dominante- la misma relevancia para el desarrollo pleno de las personas y, además, se deben asegurar formas de control judicial sobre los derechos económicos, sociales y culturales que permiten vincular a las autoridades administrativas. Sin sustituir el criterio del gobierno y la administración en materia de diseño y ejecución de las políticas públicas, se propone que la Carta Fundamental garantice un amplio proceso de amparo ordinario de derechos civiles,

políticos como sociales y económicos, y dejar a la ley, la regulación del modo en que cada derecho habrá de ser cautelado y la determinación de la competencia de los tribunales que confieran tutela constitucional a estos derechos.

III. RÉGIMEN POLÍTICO.

El equipo programático constitucional le propone a la candidata presidencial Michelle Bachelet Jeria y al comando trabajar dos opciones distintas de reforma al régimen político y tipo de Gobierno. La primera, es la mantención del régimen presidencial, bajo una modalidad flexible o moderada (A), y la segunda, la sustitución de éste por un régimen semi-presidencial (B).

A. RÉGIMEN PRESIDENCIAL FLEXIBLE.

1. Diagnóstico:

La reforma del sistema político chileno debe considerar las normas y prácticas que han acentuado el llamado “constitucionalismo ejecutivo”, y que han significado el aumento desmedido del poder presidencial por sobre la deliberación constitucional. La instalación y el funcionamiento sin precedentes de un equipo presidencial dedicado a promover la persona del presidente; la organización de una oficina legal presidencial que controla la creación de normas desde el ejecutivo; la apelación directa a la ciudadanía a través de los medios de comunicación; la distorsión de la realidad que los medios realizan de manera cotidiana; la vinculación política de los militares y el potencial de insubordinación militar al poder civil; el recurso a la retórica política con imágenes de guerra o emergencia constitucional; el uso de medidas restrictivas de derechos por causa del terrorismo o la delincuencia organizada; el desvirtuar las primarias y las elecciones populares con discursos y promesas populistas, que se sabe no se pueden cumplir; el abuso de la mercadotecnia en política, etc., constituyen nuevas realidades políticas que han generado un clima de amenaza a los principios republicanos y al futuro de la democracia constitucional.

En este complejo escenario proponemos una serie de medidas destinadas a moderar el excesivo presidencialismo que existe en Chile. La redistribución de funciones políticas y constitucionales que proponemos, se funda en el concepto de flexibilización que consiste por una parte en una mayor distribución de poder entre los órganos políticos que tienen mayor legitimidad democrática directa con el fin de fortalecer la gobernabilidad, y al mismo tiempo mediante esa acción legitimadora se piensa que se puede aumentar el rendimiento de las políticas públicas y acrecentar la legitimidad del sistema político.

Desde este punto de vista no se entiende que el Presidente y Congreso sean entidades separadas que no pretenden intervenir en las labores del otro o que sus atribuciones sean empatadas o que sean resueltas de modo ordinario por un tercero, esto es, por ejemplo, un órgano autónomo constitucional y menos en el contexto del Consejo de Seguridad Nacional donde la constitucionalidad y carácter democrático del mismo está seriamente en cuestión. Por el contrario, el proyecto de la flexibilización supone instalar instrumentos adecuados de control de un órgano sobre el otro y particularmente construir un trabajo coordinado entre el Presidente y el Congreso para que desde esos dos órganos con representatividad democrática surja la gobernabilidad, la coherencia técnica y la política que da sustento a todas las formas de las políticas públicas y así se profundice en la legitimidad de las mismas.

También, se ha argumentado que para que pueda darse un proceso de flexibilización efectivo, conviene que exista un cierto equilibrio en las potestades de ambos órganos que se desea disciplinar y someter a los equilibrios y contrapesos de la flexibilización.

2. Propuestas

A continuación se detallan algunas de las propuestas que pueden ayudar a lograr este equilibrio:

1. Cooperación entre el Presidente y el Congreso: En cuanto a las propuestas concretas debemos terminar con la batalla de las etiquetas entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Debemos buscar un sistema que funcione y que pueda equilibrar mejor la relación entre el Presidente de la República y el Congreso. Para avanzar en esa dirección parece razonable institucionalizar el que los parlamentarios puedan ser nombrados ministros de Estado de manera de usar los talentos que están disponibles en el Congreso Nacional para las tareas políticas y terminar con las separaciones tajantes entre estos dos poderes para que puedan colaborar más estrechamente.

2. Reformar atribuciones del sistema bicameral: Aunque algunos han propuesto crear un sistema unicameral, en esta propuesta se postula que debe mantenerse la potestad política repartida entre la Cámara de Diputados y la institución del Senado. Mantener el sistema bicameral desde luego supone revisar las distritos y circunscripciones existentes y reforzar

en la cámara alta sus atribuciones para que esta sea un lugar de deliberación política del más alto nivel, como lo fue en buena parte de la historia de Chile. Por ejemplo, puede agregarse a las facultades del Senado la de aprobar por la mayoría de sus integrantes la designación de los embajadores. El periodo del mandato de los Senadores no debe extenderse a más de cuatro años.

3. Modificar el periodo presidencial: Adicionalmente, se ha criticado el plazo del periodo presidencial que debe extenderse a cinco o seis años, sin posibilidad de reelección y se propone alternativamente mantener el plazo de cuatro años con la posibilidad de reelección inmediata y por una sola vez.

4. Disolución de las Cámaras: Se propone también que el Presidente pueda disolver las Cámaras y llamar a elecciones por una sola vez durante su mandato, y que esta facultad pueda servir para generar una nueva mayoría que le permita gobernar evitando el empate y la sensación de estar en un pantano político.

5. Reforzar las capacidades del Congreso: Otras reformas sustanciales deben hacerse también respecto del proceso legislativo para asegurar la calidad técnica de nuestras leyes. Para eso creo conveniente incorporar más y mejores profesionales que asesoren en calidad de funcionarios civiles al Parlamento en la elaboración de los proyectos de ley. Estos profesionales deben ser a su vez capaces de ayudar a evaluar políticas públicas vinculadas a iniciativas legislativas y experiencias de fiscalización.

6. Modificar las atribuciones legislativas del Presidente: También debe revisarse el excesivo poder presidencial en cuanto a la iniciativa legislativa y las urgencias, particularmente en lo que respecta a las materias económicas y presupuestarias. Se trata que sin caer en la trampa que fueron en nuestra historia las leyes periódicas, seamos capaces de aprender de las formas de control presupuestario parlamentario que existen en otros países. Hemos presenciado como en EE.UU. a raíz de la crisis de Wall Street y la guerra de Irak el Congreso ejerce sus funciones con responsabilidad. Esta experiencia no está lejos de lo que necesitamos para abordar reformas complejas como las del Transantiago y otras materias semejantes.

La idea de la flexibilidad supone compartir las competencias del Presidente y el Congreso que es uno de los factores que no está presente en Chile, particularmente en cuanto a las atribuciones legislativas exorbitantes que goza el Poder Ejecutivo en cuanto a su iniciativa exclusiva, control de las urgencias, atribuciones en materias administrativas y financieras y capacidades técnicas y de asesoría.

Los que critican éste predominio del Ejecutivo, sostienen que es muy baja la influencia parlamentaria en la elaboración de la ley en el régimen presidencial chileno. Por eso, junto con estudiar las diferencias y semejanzas que nuestro sistema tiene con otros países para encontrar fórmulas flexibles se trata de resolver los problemas de colaboración entre el Presidente y el Congreso, y pensar en reformas institucionales.

También es importante limitar la reelección infinita, con el fin de asegurar así, la renovación del Congreso, de modo que los Senadores puedan ser reelegidos en el mismo distrito por una vez y los Diputados hasta por un máximo de dos períodos sucesivos. Se propone además la derogación del artículo 23 que pone una barrera corporativista entre los parlamentarios y las organizaciones sociales, y se comparten las ideas de incluir formas de iniciativa popular en el proceso legislativo y fiscalizador parlamentario.

Adicionalmente, debemos revisar la relación de las FFAA con el poder civil. Existen un par de capítulos especiales para ella en la Constitución y quizá debieran incluir un inciso que señale que son parte de la Administración Pública. Las Constituciones decentes no tienen capítulos sobre las FFAA. Tampoco tienen capítulos sobre Consejos de Seguridad Nacional ni órganos consultivos.

También es urgente revisar las leyes orgánicas adoptadas durante la dictadura. Los estudiantes el año 2006 y hoy, han pedido modificar la LOCE y la LEGE, pero éstas no son las únicas leyes orgánicas que requieren de una revisión desde un punto de vista republicano y democrático. La Constitución reposa sobre un enmarañado de “arbustos con espinas” formados por estas leyes orgánicas, las cuales es necesario revisar con la misma fuerza que la Constitución. Algunas de las leyes orgánicas son leyes de amarre incompatibles con los principios del constitucionalismo democrático. Así, por ejemplo, la revisión de la ley orgánica de las FFAA puede significar asignar un rol más compatible con

la democracia a los uniformados; la revisión de la ley orgánica de votaciones populares y escrutinios, y de registro electoral que define con la Constitución el sistema electoral puede hacer relevantes las elecciones parlamentarias y concebirlas como empates que subsidian la segunda minoría y excluyen la representación y participación de las demás minorías. En las leyes orgánicas sobre educación, municipalidades, en la administración pública y en muchas otras materias, esta revisión pro-democrática puede servir para reformular totalmente la cara autoritaria del sistema jurídico chileno.

B. RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL.

Desde cualquier punto de vista, teórico o práctico, impulsar un cambio hacia un régimen semipresidencial requiere de sendas reformas políticas, no sólo a la Constitución y sus leyes de desarrollo, sino que, además, de una transformación institucional y funcional- del sistema político. Por lo anterior, sólo nos remitimos a las ideas generales de las modificaciones más significativas e inmediatas que debieran discutirse en el marco de la Nueva Constitución que pretenda instalar un régimen semipresidencial

1. Separación de la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno. Este es el rasgo prototípico de un régimen semipresidencial, y además, de tipo republicano: un Presidente de la República, Jefe del Estado, y un Primer Ministro o Jefe del Gobierno, el primero con una legitimidad democrática directa y el segundo con una legitimidad indirecta dependiente de la relación fiduciaria o de confianza con la Cámara de Diputados. Esto supone separar las funciones hoy concentradas en el Presidente de la República, para lo cual, resulta forzoso una reforma a la Constitución, en sus artículos 24 y 32. Las funciones que conserva para sí la Jefatura del Estado suelen agruparse en: a) Atribuciones relativas a la Administración de Justicia; b) Atribuciones militares o Defensa Nacional; c) Atribuciones internacionales, d) Atribuciones de nombramientos en los órganos del Estado; e) Atribuciones parciales en el ámbito de la potestad reglamentaria, f) Atribuciones legislativas y veto de las leyes, entre otras.

2. Rediseño de la función de jefatura de Estado y de Gobierno. Es necesario, junto con separar formalmente las funciones de Estado y de Gobierno, rediseñar ambas funciones, pues, desde el punto de vista normativo, nuestro ordenamiento constitucional, en el

Capítulo “Gobierno” bajo el epígrafe “Presidente la República” regula conjuntamente las materias propias del Estado y del Gobierno, por lo tanto:

- a. Habría que modificar y reordenar todo el Capítulo relativo a Gobierno de la Constitución.
 - b. Del punto de vista de práctico, muchas de estas atribuciones, algunas típicas de la jefatura del Estado y otras muy típicas de la función de Gobierno, se ejercen simultáneamente, de ahí que resulta indispensable separarlas y delimitarlas claramente.
 - c. Debe crearse toda una normativa constitucional que regule las relaciones entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.
 - d. Conservar en el jefe de Estado la decisión acerca del Derecho de Excepción, con acuerdos del Congreso Nacional, cuando corresponda.
 - e. Conservar en el Jefe de Estado la prerrogativa del veto parcial suspensivo.
 - f. Conferir al Jefe de Estado la facultad de disolver el Congreso Nacional y convocar a elecciones anticipadas, a petición del Gobierno.
 - g. Reemplazar el mecanismo de nombramiento de los Ministros de Estado, por ejemplo, nombramiento del Presidente de la República a propuesta del Jefe de Gobierno.
3. Atribuciones del Jefe de Gobierno. En este punto, vale la pena reiterar que, un régimen semipresidencial requiere de un complejo entramado institucional y normativo, con atribuciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno que se rozan, en no pocas ocasiones, o que requieren de mucha coordinación entre ambos órganos, por lo cual, sólo fijaremos algunas ideas gruesas respecto de las atribuciones de la Jefatura de Gobierno, a saber:
- a. Conducción del Gobierno y del Gobierno interior.
 - b. Conducción de las relaciones internacionales y celebrar tratados internacionales.
 - c. Proponer los nombres para Ministro de Estado.
 - d. Dirigir la Administración del Estado.

- e. Ejercer la potestad reglamentaria.
 - f. Ejercer las atribuciones legislativas directas y las atribuciones constituyentes.
4. Establecimiento de un nuevo sistema de elecciones. En efecto, un régimen semipresidencial demanda un sistema electoral de mayor complejidad, por una parte, y de una alta legitimidad, por otra. Para tal efecto, resulta forzoso apuntar lo siguiente:
- a. Tiene que establecerse un mecanismo para la elección del Primer Ministro o Jefe del Gobierno, el que puede consistir, alternativamente: elección por la Cámara baja, o bien, nombramiento del Presidente de la República con acuerdo de la Cámara baja;
 - b. Establecimiento de las reglas de duración del mandato, cesación, vacancia, renuncia, etc.
 - c. Debe establecerse un sistema electoral para la asignación de los escaños parlamentarios lo suficientemente representativo, proporcional y legitimado, como para formar, a partir de esas mayorías, el Gobierno.
5. Establecimiento de atribuciones al Presidente de la República para arbitrar conflictos entre Gobierno y Congreso Nacional. Evidentemente que pueden existir tensiones entre el Gobierno y el Congreso Nacional que tienen que dirimirse de algún modo. En este sentido, uno de los mecanismos más conocidos es la disolución de la Cámara baja o de ambas cámaras, y/o la dimisión del Jefe de Gobierno y luego la convocatoria a nuevas elecciones. La decisión la adopta el Presidente de la República, por su iniciativa o a solicitud de alguno de los órganos en conflicto. Esta facultad, por cierto, debe estar lo suficientemente contenida, pues, el abuso de este mecanismo produce la inestabilidad de los gobiernos y el estancamiento de la acción ejecutiva.
6. Modificación de las atribuciones del Congreso Nacional. En este caso, la primera cuestión que debemos anotar es que los sistemas presidenciales, y los presidencialistas sobre todo, descansan en un modelo de separación rígida de poderes o de “contrapeso de poderes”. Por lo cual:
- a. La adopción de un régimen semipresidencial obliga a revisar esto, pues, en los hechos, se produce una “colaboración de poderes” entre la Cámara baja y el Gobierno que

se forma a partir de su apoyo mayoritario, por lo cual, la regla de separación rígida de poderes no es funcional al semipresidencialismo.

b. La Cámara baja debe contar con vigorosas facultades de control y fiscalización respecto del Gobierno y su Administración.

c. La Cámara también debe contar con atribuciones para hacer efectiva la responsabilidad política, cuyo resultado, no sólo sea la interpelación, sino mediante censura (que en circunstancias calificadas, produce la destitución del funcionario que se trate).

d. Finalmente, se debe racionalizar el mecanismo de confianza Gobierno-Congreso Nacional.

e. Por último, la investidura del Gobierno debe estar asociada a la formación político-programática de una coalición de partidos, para asegurar su estabilidad y duración.

En cuanto al Senado, como se expone en el documento ésta cámara alta pasa a ser una cámara territorial en que las regiones son representadas en base a paridad, congruente con una nueva forma jurídica de Estado que profundiza el proceso de regionalización instaurando un Estado Regional.

En síntesis, y como señalamos, la opción por el régimen semipresidencial requiere de rediseño institucional de la forma de gobierno y régimen político que la Nueva Constitución debe hacerse cargo, venciendo el “peso de la noche”, al menos en los capítulos referidos al “estatuto del poder” (Gobierno y Congreso Nacional); el reparto competencial entre los poderes públicos; las bases constitucionales de la Administración Pública; el Gobierno y Administración interior, entre otros. Y, ciertamente, resulta ineludible revisar buena parte de la legislación de desarrollo, especialmente las leyes orgánicas constitucionales y otras tantas leyes de bases.

IV. POTESTAD LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA

1. Diagnóstico

a. El papel de la ley

Una de las rupturas más radicales que la Constitución de 1980 representó frente a la tradición constitucional chilena se refiere a la manera en que la Constitución es entendida en relación al proceso político. Y uno de los aspectos más claros en que este cambio se manifiesta es en la regulación del proceso legislativo y de reforma constitucional.

Es parte de la idea de Constitución que ésta limita al proceso político, pero hay un cambio fundamental entre la manera en que esta idea fue entendida bajo la Constitución de 1925 y la del 1980: bajo la Constitución de 1925, la Constitución contenía “límites” que operaban a través del proceso político; bajo la del 80, esos límites operan en contra del proceso político. Es lo que define a la idea de una democracia “protegida”: ya no, como antes, del pluralismo político, sino protegida de la política misma. Esa es la razón por la que, a pesar de sus 20 años de vigencia, la Constitución de 1980 no puede dejar de ser entendida como “impuesta” por la derecha. Como la Constitución está protegida de la política, esa protección asegura que lo que en un primer momento fue imposición siempre será imposición.

En la configuración de la potestad legislativa esta “protección” se manifiesta en varios aspectos, de los cuales algunos de los más notorios son los siguientes:

1 En la configuración máxima de la potestad legislativa, en relación con la potestad reglamentaria. Bajo la regla de la Constitución de 1925, que caracterizaba la competencia de la potestad legislativa de un modo mínimo, la cuestión de la distribución de competencias entre ley y reglamento quedaba entregada a la acción del Presidente de la República y las cámaras

2 En la categoría de leyes orgánicas constitucionales, que sólo pueden ser modificadas con 4/7 de los votos de los senadores y diputados en ejercicio. En el derecho comparado la conclusión indudable: donde existen son sumamente discutidas. En nuestro país son ajenas a la tradición constitucional. Por lo demás, en el derecho comparado su ámbito está sumamente delimitado.

3 En la exigencia de quórum de reforma constitucional para leyes que interpretan la Constitución. Esto muestra que desde el punto de vista de la Constitución todo intento de interpretar la Constitución es visto como una reforma encubierta.

b. Las leyes de reforma constitucional

Es en este contexto que debe discutirse el tema de la reforma constitucional. Cuando se trata de la reforma parcial, de lo que se trata es del ejercicio de la potestad legislativa, en el sentido de que el vehículo formal de la reforma constitucional será una ley de reforma. Esto siempre ha sido reconocido en la tradición constitucional chilena (por ejemplo, las “reformas constitucionales” comparten la numeración de las leyes, y se promulgan como leyes, y a su respecto se aplica en todo lo que no es regulado diferentemente en el capítulo XV las reglas sobre formación de la ley, etc.). La idea central de la “democracia” protegida (la Constitución protegida del pueblo a través de la política) se manifiesta en la regulación de la reforma constitucional en la exigencia de quórumms exagerados de reforma constitucional. El sentido de estos quórumms no es dar estabilidad a las reglas constitucionales (la Constitución de 1980 ha sido reformada, mediante “leyes” de reforma constitucional, más del triple de veces que la Constitución de 1925), sino dar a la derecha poder de bloqueo sobre decisiones que cuentan con el respaldo de la mayoría. Esto debe ser corregido. La Nueva Constitución no debe tener poderes de bloqueo que ni a la derecha sobre la izquierda, ni a la izquierda sobre la derecha, porque ha de ser una Constitución de todos y para todos.

c. La relación ley-reglamento

El sistema de relaciones entre el dominio legal máximo y la potestad reglamentaria, autónomo y de ejecución, no ha sido fácil de conciliar, pues la Constitución no establece un límite claro entre lo que corresponde a uno o a otro poder. En los hechos, son muy raros los casos en que el Presidente ha ejercido la potestad reglamentaria autónoma.

Este sistema ha dado lugar, evidentemente, a conflictos, que han tenido que ser resueltos casuísticamente por el TC, incentivado por el hecho de que la minoría derrotada en el proceso legislativo es la que puede impugnar los decretos del Presidente ante dicha magistratura. Lo anterior se ve acentuado en los proyectos de ley y los decretos que afectan más fuertemente a los intereses económicos de unos pocos, en beneficio de la comunidad.

2. Propuesta

La Nueva Constitución debe revertir esta idea de sustraer la política de la Constitución, bajo el pretexto de que la Constitución debe ser un cuerpo de normas estables y rígidas, inmodificable por las prácticas democráticas. La Constitución pretende habilitar al proceso político, y no tan sólo ponerle límites. En la medida en que lo que ella contiene ha de ser entendida de forma que admite varias opciones legítimas para el poder democrático.

Lo anterior significa que la regla absoluta será que las leyes se aprueben por decisiones mayoritarias, sin necesidad de un quórum extraordinario. Esto significa abolir las distinciones que contiene la Constitución de 1980 entre distintos tipos de leyes (“ordinarias”, “de quórum calificado”, “orgánicas constitucionales” e “interpretativas de la Constitución”), cada una con sus quórums especiales, y establecer que para la aprobación, derogación o modificación de la ley se requerirá siempre el voto conforme de la mayoría de los representantes presentes en la sala al momento de votar, y establecer para la reforma constitucional un quórum especial, agravado, de mayoría de los representantes en ejercicio.

Por una parte, debe señalarse que al poder legislativo le corresponde tomar las decisiones básicas de la sociedad, particularmente en todo lo que dice relación con las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Por otra parte, debe dotarse al Presidente de la República (Gobierno) para que lidere una Administración eficaz y eficiente, capaz de responder rápidamente, sin desperdicio de recursos o demoras innecesarias a la satisfacción de necesidades y la creación de las instituciones y las condiciones sociales y económicas que el desarrollo del país requiere.

Para ello, en una Nueva Constitución el poder legislativo debe estar definido de forma general (dominio legal mínimo), dejando siempre a salvo su facultad exclusiva para limitar los derechos fundamentales.

Por su parte, el Presidente de la República (Gobierno) debe estar dotado de la potestad reglamentaria, tanto para poner en ejecución las decisiones del legislador. Este poder es especialmente importante en aquellos asuntos que no significan la limitación de libertades, sino que dicen relación con la satisfacción de derechos sociales.

En relación a esto último, para dotar de eficacia a la actuación administrativa, debe preverse que los órganos administrativos gozan también, de pleno derecho, de una potestad

normativa subordinada a la ley, en el ámbito específico de los asuntos que la ley les encomienda supervisar.

V. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

A. ASPECTOS GENERALES.

1. Diagnóstico

El Gobierno y la Administración del Estado están escasamente tratados en la Constitución, salvo en cuanto al Presidente de la República, como Jefe de Estado y de Gobierno, algunas normas básicas de los ministerios y la estructuración de ciertos órganos administrativos de relevancia constitucional, cuya autonomía es establecida como un límite a la actividad conformadora del legislador democrático. En este sentido, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, el Consejo de Seguridad Nacional y el Banco Central son órganos que aparecen estructurados autónomamente en la Constitución, desgajándose de la autoridad presidencial y poniéndose al margen de la organización administrativa democrática regular.

Claramente, esta última opción del constituyente autoritario de 1980 obedeció al afán de mantener ciertos ámbitos de la actividad administrativa fuera del quehacer político, poniendo barreras al legislador para regular estas materias y permitir el control político directo de su actividad. Esto es muy elocuente en el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas y en el Banco Central, en que la intervención de la política democrática se considera negativa para los objetivos institucionales que el ordenamiento le atribuye.

Por otro lado, en el caso de la Contraloría General de la República, se reitera el modelo de autonomía existente en nuestro derecho desde 1943, pero se refuerza su poder de control estableciendo expresamente el control de legalidad dentro de sus funciones constitucionales, regulando en este caso con particular precisión la toma de razón como mecanismo para hacer efectivo este control. Esto último probablemente se explica por el trauma generado en ciertos sectores políticos durante el enfrentamiento entre el Presidente Allende y el Contralor General de la época, lo que supuso un conflicto político inadecuado y excesivo dentro del sistema institucional.

2. Propuesta.

Sobre la base del diagnóstico anterior, proponemos las siguientes reformas:

a) Posición institucional y funciones del Gobierno y Administración del Estado

Se deberá disponer que el Gobierno y la Administración del Estado estén a cargo, de forma compartida, del Presidente de la República y del Gobierno, dependiendo, en su esfera de competencias y relaciones, del régimen político al que se transite, sea éste un presidencialismo flexible o un régimen semi-presidencial. El número, denominación y precedencia de los Ministerios y Ministros a su cargo será una materia de competencia exclusiva del Presidente de la República, lo que realizará a través de su potestad reglamentaria autónoma.

El Gobierno y los Ministros de Estado asumirán la responsabilidad política directa en la definición e implementación de las políticas, planes y programas del Gobierno. Además, se integran el Gobierno los Subsecretarios y los Intendentes regionales, los que también asumirán la responsabilidad por la gestión que desarrollan, en el ámbito de sus competencias.

El Presidente de la República y el Gobierno dirigirán, supervigilará y coordinará la Administración civil y militar del Estado y definirá la política interior y exterior de éste en las esferas de competencia que le correspondan. Para estos efectos tendrá las potestades públicas que le asigne la ley, entre las que se deberá considerar la potestad reglamentaria para regular todas aquellas materias que no sean de dominio legal y ejecutar las leyes vigentes.

En este contexto, la Nueva Constitución suprime toda referencia específica a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública o al Consejo de Seguridad Nacional, ya que se le consideran como órganos que integran la Administración militar o policial, en su caso, sometidas al Gobierno, como titular de la potestad gubernativa y cuya mención en el texto constitucional se considera innecesaria, como los demás órganos que integran la Administración del Estado.

b) Principios básicos de la Administración del Estado

La Administración del Estado estará conformada por el conjunto de órganos y servicios públicos encargados de satisfacer los intereses generales. Estos órganos y servicios estarán sujetos a los principios de legalidad, servicialidad, objetividad, transparencia, probidad y responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, quedando supeditados al Presidente de la República y al Gobierno en la forma que prescriba la ley. Se exceptúan de esta sujeción los gobiernos regionales y las municipalidades, órganos autónomos y descentralizados territorialmente, los que tienen una relación de dependencia directa de los ciudadanos de sus territorios.

Los órganos y servicios públicos tendrán las potestades administrativas que le asignen las leyes, entre las que se contará la potestad reglamentaria en el ámbito de su competencia, las que tendrán como objetivo principal la protección y realización de los intereses generales. En este contexto, estos órganos y servicios podrán imponer deberes, obligaciones y cargas a los ciudadanos para cumplir sus cometidos, respetando los derechos fundamentales de las personas y los demás derechos y libertades que establezca el resto del ordenamiento jurídico.

c) Órganos autónomos de la Administración del Estado

Sin perjuicio de la potestad directiva del Presidente de la República-Gobierno sobre la Administración del Estado, el legislador podrá crear o establecer órganos autónomos o administraciones independientes dentro de la Administración civil del Estado, fundado en razones de eficiencia, eficacia y naturaleza técnica de la actividad encomendada. Esta configuración podría utilizarse para abarcar al Banco Central, el Consejo para la Transparencia y otros órganos reguladores o fiscalizadores de sectores económicos o administrativos relevantes, cuya autonomía sea considerada por el legislador como un instrumento destinado a satisfacer de mejor forma la tutela de ese interés público. Estos órganos autónomos tendrán una relación de tutela o supervigilancia con el Presidente de la República-Gobierno, a través de sus Ministros de Estado, en conformidad a la ley.

Las autoridades superiores de estos órganos serán consejos o comités integrados de forma plural, interviniendo en su designación el Presidente de la República-Gobierno y el Senado. Estos directivos superiores estarán además sujetos a mecanismos de responsabilidad

constitucional ante el Congreso Nacional, en el caso de que los órganos estén dotados de potestades públicas que impliquen decisión política.

d) Control del Gobierno y la Administración del Estado

Los órganos del Gobierno y la Administración del Estado estarán sometidos a los controles administrativos y judiciales que establezca la ley, sin perjuicio del control social que ejerce la opinión pública y la ciudadanía. En este sentido, su actividad o inactividad será impugnabile a través de los recursos administrativos que establezca la ley y, en su caso, por medio de las acciones y recursos ante los tribunales con competencia administrativa que determine la ley.

Por otro lado, la misma actividad del Gobierno y de la Administración del Estado estará sometida al control, supervisión y auditoría contable y financiera de la Contraloría General de la República. En este sentido, siguiendo los modelos comparados, la Contraloría no ejercerá ya un control de legalidad de la actividad administrativa, sino sólo uno contable y financiero, dejando entregado el primero a los tribunales de justicia administrativa, previa iniciativa de los particulares, de órganos de la Administración del Estado y de la propia Contraloría General de la República.

Asimismo, la Contraloría General de la República se estructura ahora como un órgano que se relaciona con el Congreso Nacional, colaborando así con éste en el control del gasto público y el seguimiento de la ejecución del presupuesto anual aprobado por el parlamento. Esta nueva Contraloría será dirigida por un órgano superior de carácter colegiado, cuya designación corresponderá al Congreso Nacional por mayoría, el que podrá también destituirlos, en conformidad a los procedimientos que establezca la ley.

e) Defensoría del Ciudadano.

La institución de la Defensoría del Ciudadano está dirigida a la tutela de derechos fundamentales de los administrados frente a la Administración y a las empresas de servicio público, formales y materiales, cuando una mala gestión o ineficiente gestión de los servicios irroga la lesión derechos. Es un control de la Administración denominado “control de humanidad”, por una autoridad revestida de *autoritas*, pero no *potestas* o imperio. Por

tanto, sus decisiones buscan persuadir a la Administración de adoptar medidas correctivas, denunciar la comisión de ilícitos por la Administración, o bien, exhortar al Gobierno y al Congreso Nacional a adoptar medidas administrativas, políticas o legislativas que mejoren la gestión de los servicios públicos.

La Defensoría del Ciudadano viene a coadyuvar con el control de la Administración del Estado y complementar los esfuerzos de a este respecto realiza la Contraloría General de la República.

f) Tribunal de Cuentas

Por último, en esta reorganización del sistema de control de la actividad administrativa, se propone la creación de un nuevo Tribunal de Cuentas, independiente de todo otro órgano del Estado y del Poder Judicial, cuya competencia será el juzgamiento de las cuentas y recursos públicos, sean que ellos hayan estado a cargo de funcionarios públicos o particulares. Los procesos ante el Tribunal de Cuentas se iniciarán por demanda o reparo de la Contraloría General de la República, previo examen de cuenta o auditoría administrativa según corresponda.

Este Tribunal estará integrado por jueces nombrados exclusivamente para este efecto, los que serán designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado en procedimientos concursales en que intervengan las Universidades del país y que aseguren la idoneidad de los postulantes. Además, estarán sujetos dichos jueces a los mismos mecanismos de responsabilidad constitucional previstos para los miembros del Tribunal Constitucional.

B. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO.

1. Diagnóstico inicial

El Gobierno y Administración interior del Estado debe articular, a nuestro juicio, dos ideas básicas: por un lado la existencia de un poder político único que de eficacia, consistencia y coherencia a la acción estatal, garantizando derechos básicos para todos los habitantes de la república; y, por otro, la participación de los habitantes de los territorios en las decisiones

administrativas destinadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y regional y propender al desarrollo de éstas.

Es evidente que en nuestro país esta articulación no se ha llevado a cabo adecuadamente, existiendo una percepción muy extendida de un excesivo centralismo en la gestión pública, un dominio sin contrapeso de la autoridad presidencial y la ausencia de instancias de participación efectiva en los territorios. Ello da cuenta de la generalizada percepción de fracaso del proceso de descentralización y desconcentración realizado en el país en los últimos 40 años, y especialmente en las últimas dos décadas, el que ha estado orientado más a la desconcentración territorial de ciertos órganos centrales, al aumento nominal de la inversión pública con impacto regional y a la generación de instancias de participación sin atribuciones relevantes para incidir en el desarrollo regional.

2. Propuestas

a. División política y administrativa en regiones y comunas

En el marco de la definición del Estado de Chile como un Estado regional, se propone el establecimiento de una división político-administrativa del país en regiones y comunas, siendo las primeras, las regiones, los espacios geográficos en los que se estructurarían y radicarán los órganos administrativos principales que estarán encargados de llevar adelante los planes y proyectos de desarrollo de cada uno de los territorios del país. A ello deben añadirse las comunas, como unidad territorial local de menor tamaño, en la que se considerarán a las municipalidades como órganos administrativos encargados de satisfacer las necesidades de la comunidad local.

Por otro lado, se propone la supresión de las provincias como unidad administrativa territorial y, como consecuencia, a las gobernaciones como órganos desconcentrados del intendente regional. Ello atendido que aquellas no constituyen actualmente un espacio territorial idóneo para la satisfacción de las necesidades públicas y, por el contrario su autoridad principal, el gobernador, sólo opera como un jefe político articulador del Gobierno nacional en ese espacio territorial y con potestades administrativas limitadas al orden público y la seguridad interior. Lo anterior es sin perjuicio, de la existencia de oficinas y delegaciones administrativas de los servicios públicos nacionales y regionales en

esos territorios, cuando las necesidades de la población así lo requieran. Esto potenciaría a las regiones como espacios territoriales claves para la articulación del desarrollo, asumiendo los gobiernos regionales el desafío más relevante en esta materia, pero ensanchando al mismo tiempo el ámbito de acción de las municipalidades, ante la falta de otra instancia intermedia territorial.

b. Gobierno y administración regional: intendentes y gobiernos regionales

En el ámbito regional, se propone la organización estatal en dos niveles: por un lado, una organización desconcentrada del nivel central radicada en intendentes regionales encargadas de la transmisión y ejecución de las políticas nacionales en la región y del gobierno interior; por otro, una organización descentralizada del nivel central configurada en gobiernos regionales, órganos autónomos con personalidad jurídica propia, los que asumirán plenamente la administración superior de la región y el desarrollo de todas las políticas, planes y programas de impacto territorial.

Los intendentes regionales seguirán estando a cargo de un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, actuando como agente natural e inmediato de éste, el que mantendrá bajo su mando el aparato administrativo del servicio de gobierno interior. Además coordinará, supervigilará y fiscalizará las secretarías regionales ministeriales y las direcciones regionales de los servicios públicos nacionales, articulando las políticas sectoriales del Gobierno en su territorio. Se propone además que sea posible revocar su mandato por referéndum iniciado por iniciativa popular con un número mínimo de firmas

Por su parte, los gobiernos regionales tendrán como órganos principales una asamblea regional, un presidente de ésta, servicios públicos regionales y un aparato administrativo de gestión encargado de llevara adelante las tareas administrativas asignadas. La Asamblea Regional estará integrado por un número variable de consejeros elegido por los ciudadanos directamente en forma proporcional, constituyendo el órgano normativo, resolutivo y fiscalizador del Presidente del Gobierno Regional, la máxima instancia de representación y participación de la ciudadanía regional. Esta Asamblea Regional elegirá un Presidente del

Gobierno Regional entre los consejeros que han obtenido la votación más alta de cada lista, el que actuará como órgano ejecutivo del gobierno regional y jefe superior de servicio.

c. Organización y atribuciones de los gobiernos regionales

La ley establecerá las normas de organización y funcionamiento de los gobiernos regionales, así como las materias en las que tendrá competencia exclusiva y en las que tendrá funciones complementarias de la actividad de otros órganos y servicios públicos. En todo caso, esta ley deberá establecer los mecanismos a través de los cuales los gobiernos regionales podrán asociarse con otros órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, lo que incluirá el ejercicio de actividades económicas de servicio público y empresariales.

d. Transferencia de servicios públicos a gobiernos regionales

Esta propuesta de reforma incluye además la transferencia progresiva a los gobiernos regionales de los servicios públicos nacionales que operan en la región que administren y gestionen programas y que asignen recursos públicos, de acuerdo a las prioridades establecidas por aquellos en su plan de desarrollo estratégico. En este contexto, la nueva Constitución contemplará una habilitación expresa al Presidente de la República para que, previa solicitud del Gobierno Regional respectivo, vía decreto supremo, disponga la transferencia de servicios públicos, competencias y recursos a éste. Esto supondrá la existencia de transferencias diferenciadas por región, atendida las prioridades y especificidades de cada una de ellas.

e. Financiamiento y recursos de los gobiernos regionales

Por otro lado, la Nueva Constitución deberá establecer las fuentes de financiamiento de los gobiernos regionales, considerando entre éstas una asignación presupuestaria de nivel nacional establecida en la Ley de Presupuestos de la Nación como un fondo de inversión pública de decisión regional que permita la solidaridad entre los territorios y el desarrollo equilibrado de éstos, tributos regionales por actividades desarrolladas en la región y que supongan un impacto o daño relevante para el medio ambiente, determinados por cada Gobierno Regional, e ingresos por los servicios que presten directamente aquellos, todos

los cuales estarán regulados en una ley de rentas regionales. A fin de hacer más operativo el fondo de inversión pública regional establecido se dispondrá en la Constitución la autonomía de los gobiernos regionales para su administración y asignación, no pudiendo ser sometido aquel a condiciones o reglas que impidan su destinación a las prioridades definidas por aquellos. En este sentido las transferencias de nivel central para la cobertura de ciertos programas o planes nacionales deberán ser previstas como nuevos recursos, pero que no comprometerán ni condicionarán los recursos de este fondo.

f. Administración municipal

En materia municipal, la nueva Constitución Política debería ratificar el carácter autónomo y descentralizado de las municipalidades, teniendo como órganos principales al alcalde y el concejo. El alcalde y los integrantes del concejo serán elegidos por los ciudadanos directamente. El primero a través de un sistema mayoría simple y los segundos a través de un sistema proporcional, variando en este último caso en relación al número de habitantes de cada comuna.

La ley deberá establecer las normas de organización y funcionamiento de las municipalidades, la que incluirá las unidades administrativas que podrán considerar, las materias sobre las que tendrán competencia exclusiva y aquellas en que será compartida con otros órganos y las fuentes de financiamiento dispuestas para su funcionamiento. En todo caso, cualquier transferencia o atribución de funciones a los municipios por parte del gobierno central o de los gobiernos regionales deberá estar acompañada de la asignación presupuestaria correspondiente, sin que pueda gravarse al presupuesto municipal.

Además, al igual que los gobiernos regionales, se deberán señalar las normas con arreglo a las cuales las municipalidades se podrán asociar con órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, pudiendo la municipalidad desarrollar con éstas todas aquellas actividades que permitan el cumplimiento de sus fines institucionales, incluidas actividades económicas y empresariales.

Del mismo modo, se propone fortalecer las formas de participación, como el referéndum comunal.

g. Establecimientos de áreas metropolitanas y alcalde mayor

Se propone que en aquellas conurbaciones que presenten problemas o desafíos comunes para las distintas comunas involucradas, exista un espacio territorial específico denominado “área metropolitana”. Ésta se configurará por el conjunto de municipios involucrados, teniendo competencia exclusiva sobre ciertas materias de interés común, como el transporte público o la regulación urbana. Su dirección estará entregada a un alcalde mayor y al consejo de alcaldes, siendo el primero elegido por este último. El Alcalde Mayor será una autoridad metropolitana capaz de coordinar el transporte, urbanismo, educación, salud, medio ambiente, etc. La relación entre esta autoridad metropolitana y la región y los demás alcaldes con los que debe coordinarse debe ser también objeto de la reforma del régimen de gobierno.

VI. SENADO.

El nuevo Senado de la república será una cámara eminentemente territorial en el marco de un Estado regional, poniendo fin a un antiguo problema de inserción de la estructura bicameral del Parlamento o Congreso Nacional en un Estado unitario; en que dicho bicameralismo o es superfluo o derechamente un resabio oligárquico.

En consecuencia, el Senado de la República será elegido sobre la base regional, correspondiéndole a la ley determinar en las circunscripciones senatoriales la adecuada proporcionalidad en la representación política y la paridad o equilibrio interregional.

El nuevo Senado de la república conservará sus atribuciones exclusivas de naturaleza cuasi judicial, moderadora y consultiva; y conjuntamente con la cámara baja participará del ejercicio de las potestades clásicas, a saber: la potestad legislativa conforme a las previsiones que se establezcan en el procedimiento legislativo y la potestad presupuestaria.

De optarse por un régimen semi-presidencial, se conserva el ejercicio compartido de la potestad legislativa por el Senado y la Cámara de Diputados. Pero, esta última, se sobrepone a la cámara alta cuando hubiere disparidad en relación a proyectos de ley en trámite por la vía de una insistencia de la cámara baja en el proyecto despachado por ésta, con el quórum de mayoría absoluta.

Adicionalmente, el nuevo Senado y sus comisiones permanentes deberán ver fortalecido su derecho de confirmación en relación a nominaciones dispuestas por el Presidente de la República o el Gobierno de altos cargos del Estado y de su Administración.

En consecuencia el nuevo Senado de la República se diferencia de la cámara baja en la medida en que distingue su función de cámara política, ya que la relación fiduciaria o de confianza del gobierno con el Congreso Nacional se residencia en la Cámara de Diputados al igual la tradicional potestad de control político del Gobierno.

En el nuevo Senado se limita el periodo de funciones de los Senadores a cuatro años o al periodo que comprenda el periodo del Presidente de la República y se permitirá la reelección de los Senadores por una sola vez.

VII. PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

El debate sobre la forma de Gobierno, no puede ser visto como un tema que involucra únicamente la relación entre funciones legislativas y ejecutivas, sino que además debe crear un espacio institucional para la participación, que sea capaz de integrar de manera efectiva la opinión de los chilenos en las decisiones públicas.

La herramienta con que el derecho comparado cumple este objetivo es el referéndum abrogatorio, sin perjuicio de incorporar la iniciativa popular de ley y la revocatoria como técnica de participación política de la ciudadanía. El referéndum abrogatorio como mecanismo hace referencia a la derogación de manera total o parcial una ley cuando así lo soliciten un número de electores. En los ordenamientos constitucionales europeos el caso de Suiza e Italia son los ejemplos paradigmáticos. Este modelo supone lo contrario a de los modelos autoritarios que usan el referéndum como facultad del jefe de Estado para “saltarse” al Congreso.

Siguiendo la Constitución de Weimar la mayoría de las constituciones no permite que opere el referéndum abrogatorio para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni para ratificar tratados internacionales.

En Italia, a pesar de existir varias fórmulas referendarias, tanto a nivel estatal como regional, la figura del referéndum abrogativo ha sido la más destacada de los mecanismos de democracia directa en este país por casi medio siglo. La jurisprudencia italiana ha concluido que no se permite utilizar el referéndum abrogativo en materias que afectan a determinadas normas de la Constitución, como las leyes de revisión de la Constitución. Tampoco son admisibles las consultas destinadas a abrogar una ley ordinaria con contenidos constitucionalmente vinculados o que con su modificación alteren el cumplimiento de una norma constitucional. También se establecieron como inadmisibles las propuestas que contuvieran una pluralidad de demandas heterogéneas, carentes de un sentido unitario. En consecuencia, se exige que la iniciativa en consulta se refiriera a una cuestión específica, dejando en evidencia la propuesta de derogación que deje sin efecto la regulación de una materia determinada y no deje en vigor otras disposiciones, haciendo inútil el resultado del referéndum.

El referéndum abrogatorio deroga la norma impugnada y, por tanto, pierde su vigencia. En Italia el parlamento en este caso no tiene facultad alguna para mantenerla en vigor. Esto no significa que en el futuro no pueda volver a legislarse sobre la materia. Existe la posibilidad que durante el proceso de tramitación del referéndum abrogativo, el Parlamento apruebe una ley en el sentido de la iniciativa consultada y, por tanto, el objetivo del referéndum se entienda cumplido. Las principales materias consultadas son: ley de divorcio, impedir la instalación de misiles nucleares en Italia, cambios en el sistema electoral, centrales nucleares, privatización del agua y la derogación de la ley “ad personam” del legítimo impedimento.

VIII. SISTEMA ELECTORAL.

1. Un sistema electoral descansa en una interpretación del valor de una elección popular

Un sistema electoral es un sistema de reglas que convierten votos en escaños. Pero no son un conjunto de reglas arbitrarias, sino una que supone una determinada comprensión de qué es lo que se ha manifestado en una elección, una comprensión de qué es lo importante acerca de la elección respectiva.

Desde una perspectiva democrática, hay dos maneras en que puede interpretarse una elección: como la manifestación del pueblo en torno a decidir un programa de acción entre varias opciones disponibles, o como una manifestación de la diversidad política del pueblo, del hecho de que los ciudadanos mantienen distintas comprensiones acerca de qué es lo que va en el interés de todos. Sobre estas dos posibles interpretaciones democráticas de una elección se construyen las dos familias que explican la diversidad de sistemas electorales en los regímenes democráticos del mundo. Los sistemas mayoritarios son sistemas que pretenden transformar votos en escaños, intentando dar máxima expresión a la decisión tomada por el pueblo en cuanto a preferir una de varias opciones posibles, y los sistemas proporcionales pretenden dar máxima expresión a la diversidad política del pueblo. El paradigma de un sistema mayoritario es un sistema en el que a cada distrito corresponde un escaño, que se lo lleva el que saque un voto más. El resultado de un sistema mayoritario es que un triunfo en las elecciones normalmente implicará un predominio considerable en términos de escaños, habilitando a quien triunfó a llevar adelante su programa. Un sistema proporcional, por su parte, pretende dar a cada opción política un número de escaños que corresponda a los votos obtenidos, y tiende, cuando hablamos de elecciones parlamentarias, a producir fraccionamiento en el parlamento.

El hecho de que ambas interpretaciones del significado de una elección sean compatibles con la idea democrática, explica el hecho de que es común que en muchos países existan sistemas mixtos, es decir sistemas que intentan dar cuenta de ambas dimensiones. En Chile la fórmula electoral del Presidente de la República y los alcaldes es mayoritaria, la fórmula

electoral de los concejales y consejeros regionales es proporcional y la fórmula electoral del Congreso Nacional es “binominal”.

2. El sistema binominal

El sistema para elegir parlamentarios establecido en la Ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios no interpreta el significado de una elección en ninguno de los dos modos democráticos antes expuestos. Es evidente que dicho sistema electoral no encuentra en una elección unidad de acción, porque implica que habrá una tendencia interna a producir un parlamento empatado. Y es evidente que no entiende que lo importante de la elección sea la diversidad política en ella manifestada, porque hace extremadamente difícil la obtención de escaños por grupos que no correspondan a los dos partidos o pactos dominantes. Toma lo peor de ambos sistemas: la exclusión de la diversidad que constituye el déficit de los sistemas mayoritarios, y la dificultad para configurar mayorías que lleven adelante un programa de gobierno de los sistemas proporcionales.

¿Qué significa esto? ¿Qué sentido tiene el hecho de que el sistema binominal produzca el peor de los mundos posibles, eligiendo lo malo de cada una de las alternativas conocidas? La respuesta es que interpreta las elecciones en un sentido antidemocrático. Ya se ha mostrado por qué puede decirse que para el sistema binominal lo importante en una elección no es ni la unidad de acción ni la diversidad del pueblo que se manifiestan en ella. La conclusión es forzosa: el sistema binominal no descansa en una interpretación democrática de las elecciones

Es importante hacer notar que la afirmación de que el sistema binominal descansa en una interpretación antidemocrática de las elecciones no es una imputación puramente teórica. Al contrario, el sistema binominal es parte de los dispositivos inventados por quienes diseñaron el orden constitucional hoy vigente movidos, entre otras finalidades, por el objetivo expreso y declarado de “mitigar los defectos y los males del sufragio universal” (véase la discusión al respecto en la sesión 337 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, celebrada el 7 de marzo de 1978).

¿Cómo contribuye el sistema binominal a mitigar los defectos y males del sufragio universal? De lo que se trata es de neutralizar los resultados contingentes de la elección, el hecho de que en una elección, si fuera justa, podría en principio ganar cualquiera de las opciones en competencia. El sistema binominal es parte de los mecanismos a través de los cuales el régimen constitucional creado por la dictadura pretendió lograr este propósito.

En efecto, la incerteza que en el sistema introduce una elección es eliminada de dos maneras: por un lado, por la vía de transformar la elección en una suerte de ritual en la que el que gana pierde y el que pierde gana, de modo que lo decisivo no es cuál es el resultado de la elección sino quienes fueron designados como candidatos; por el otro, en que tiende a producir un parlamento empatado, lo que hace (particularmente cuando se tienen a la vista otras reglas, como las que fijan los quórum de aprobación de la ley) difícil la introducción de reformas significativas a cuestiones políticamente controvertidas y así asegura la mantención del status quo, incluso cuando en la elección se ha manifestado una mayoría a su favor.

Ganadores permanentes se producen como contrapartida de sectores de la ciudadanía que han sido consistentemente postergados por el actual modelo. En el listado de los perdedores no sólo se encuentran la izquierda extraparlamentaria, sino también mujeres, jóvenes, chilenos que viven en zonas despobladas del país y que han sido sistemáticamente afectados con reformas que no han podido enfrentar adecuadamente la desigualdad y segregación económica existente en Chile.

El precio de todo esto es extraordinariamente alto: una progresiva deslegitimación de las instituciones políticas y un creciente desprestigio de la representación institucionalmente producida. Chile acumula la mayor caída en participación electoral en el mundo en los últimos veinte años (de un 90% el año 1989 a un 60% el 2009). Eliminar el sistema electoral que nos legó la dictadura es urgente.

3. Un nuevo sistema electoral

Quienes defienden el sistema binominal sostienen que lo que lo mantiene en pie es la falta de consenso para reemplazarlo por otro. En realidad, esta es una excusa vacía. Si fuera necesario encontrar un sistema alternativo, ese “consenso” surgiría. Esa es, después de

todo, la racionalidad que subyace al hecho de que los proyectos de ley deben votarse en general y luego en particular. Al votar en general se está afirmando la necesidad de la reforma, al votar en particular se está identificando las características precisas de la reforma requerida.

No corresponde a la discusión constitucional resolver qué sistema precisamente ha de ser adoptado. Pero si afirmar ciertos principios:

1. La deslegitimación que el sistema binominal ha producido de la idea de representación institucional es tan grande que es necesario volver a transformar el Congreso Nacional en un espacio representativo de la diversidad de Chile. Por eso, es necesario que el sistema electoral sea proporcional.
2. El déficit de unidad de acción y decisión que un sistema proporcional generaría puede compensarse a través de otras medidas, que serán discutidas en sus respectivos espacios. En particular, la abolición de todo quórum contra mayoritario para toda decisión política normal, con la única excepción de las reformas constitucionales.
3. Es probable que los problemas de un sistema proporcional puedan ser corregidos mediante paliativos de los que caracterizan los sistemas llamados por eso “mixtos”. La Constitución, en esta materia, debe simplemente sentar el principio: habrá un sistema electoral proporcional adecuadamente ajustado, en conformidad a la ley.
4. La Constitución debe decidir en esta materia otra cuestión, que podría llamarse el principio de representación. En el caso de la Cámara de Diputados, es evidente que dicho principio ha de ser personal, por lo que los distritos deben redibujarse con la finalidad de asegurar que el voto de cada ciudadano vale lo mismo. Particularmente en la medida en que tenga funciones efectivamente distintas, que el principio de representación de la Cámara no sea el mismo que el del Senado. Pero esa es una cuestión que debe ser decidida en la Constitución. Es también importante pensar en las bases de una institucionalidad diseñada para asegurar que lo que se decida al principio sobre la integridad y caracterización de los principios se mantendrá en el tiempo, por lo que una comisión electoral con potestad para revisar periódicamente la situación de los distritos es necesaria.

IX. PODER JUDICIAL.

1. Diagnóstico.

Actualmente el Poder Judicial se encuentra regulado en el capítulo VI de la Constitución Política vigente, artículos 76 al 82. Esta regulación da cuenta de una estructura jerarquizada que pone en la cima de la organización a la Corte Suprema y debajo de ella a las Cortes de Apelaciones y los juzgados de letras, sin perjuicio de las jurisdicciones especiales. Esto determina también, en la práctica, una jerarquía entre los jueces correspondientes, quedando supeditados los inferiores a los superiores no sólo en términos jurisprudenciales, sino también disciplinarios y directivos.

Este estrecho vínculo y relación jerárquica antes apuntada se expresa en las potestades de los tribunales superiores, especialmente de la Corte Suprema, en los nombramientos, calificaciones y promociones de los jueces inferiores y en los medios de control disciplinario, jurisdiccionales y administrativos que poseen, lo que puede afectar decisivamente la independencia interna de los jueces. Así, los jueces inferiores dictan sus sentencias no sólo vinculados al derecho, como debiera ser, sino también a los criterios y opiniones de sus superiores, lo que obviamente afecta la independencia de aquellos en la búsqueda de una interpretación y aplicación correcta del derecho.

A lo anterior debe añadirse, en segundo término, la intervención política que establece la Constitución en el nombramiento de todos los jueces, participando en ésta no sólo el Presidente de la República, sino también el Senado en el caso de la Corte Suprema. Si bien esto último pudiera justificarse por la posición que ocupan estos jueces en el sistema institucional, ello no parece justificado en las otras instancias, en que la profesionalización de la actividad requiere de un sistema distinto de nombramiento.

Lo anterior hace necesario rediseñar el sistema judicial, centrando la actividad de la Corte Suprema en lo estrictamente jurisdiccional, y traspasar las otras potestades de naturaleza distinta a otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial.

Por último, y en un plano más organizativo, en los últimos años hemos asistido, probablemente gatillado por la inexistencia de tribunales administrativos especializados, a

una proliferación legislativa de tribunales especiales destinados a resolver temas o áreas sensibles de la política pública. Esto constituye una evidente ruptura a la igualdad de los ciudadanos en relación al tratamiento judicial de sus conflictos jurídicos, a una estratificación judicial y una ruptura y cuestionamiento de la unidad jurisdiccional, principio este último que permite dar coherencia y consistencia a nuestro ordenamiento jurídico.

2. Propuesta

a. Una nueva Corte Suprema

En primer lugar, el modelo de Corte Suprema y su regulación debieran ser objeto de una modificación profunda. Para ello urge contar con un tribunal supremo cuyos arreglos institucionales le permitan efectivamente cumplir una función tan relevante para el Estado de Derecho, como lo es la necesidad de uniformar criterios jurisprudenciales, permitiendo con ello niveles razonables de predictibilidad y uniformidad en las decisiones judiciales. Junto con este rol casacional de la Corte Suprema se hace necesario fortalecer su rol como Tribunal Supremo de amparo de derechos fundamentales.

Lo cierto es que hoy la Corte Suprema tiene obstáculos para cumplir cabalmente esa función de garante del principio de legalidad y, desde luego, su diseño institucional y las funciones que la Constitución y la ley le confieren claramente pueden conspirar en contra de dicho cometido. En este sentido es necesario establecer claramente el carácter de corte de casación que tendrá la Corte Suprema, excluyendo de su ámbito de acción la revisión, como instancia de apelación, de decisiones adoptadas por las Cortes de Apelaciones u otros tribunales especiales en primera instancia, así como suprimiendo las potestades directivas, correccionales y económicas que ejerce actualmente.

b. Creación de un Consejo Nacional de la Justicia

En concordancia con lo anterior se propone, por la mayoría de los integrantes de esta Comisión, en primer lugar, la creación de un nuevo órgano público autónomo e independiente, pero situado dentro del Poder Judicial; encargado del ejercicio de las facultades no jurisdiccionales, o de Gobierno y Administración; que desempeñan

actualmente los tribunales superiores, en particular la Corte Suprema, de forma de separar lo estrictamente jurisdiccional de lo político, administrativo y disciplinario. Este nuevo órgano tendrá así como misión esencial velar por la independencia de la función jurisdiccional y definir las políticas y directrices generales en materia de gestión, presupuesto, nombramiento, capacitación y sistema disciplinario aplicable a los jueces. En este sentido se propone atribuir a este Consejo una relación de tutela o supervigilancia sobre la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial.

Este organismo debiera estar integrado en su órgano colegial superior pluralmente, con miembros designados por los poderes públicos democráticos, los jueces de distinta jerarquía y escalafón y académicos de las facultades de derecho del país.

Este Consejo deberá establecer los medios objetivos de nombramientos y promociones, propios de una carrera judicial, que aseguren la independencia e imparcialidad de los jueces, de forma de no condicionar de forma alguna el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

c. Vincular a todos los tribunales especiales creados por el legislador al Poder Judicial

Con el objeto de dar coherencia al sistema judicial y evitar la desigualdad y la dispersión organizativa dentro de éste, es imprescindible establecer un principio general de unidad del Poder Judicial, al que se encuentren vinculados todos los tribunales de la república, incluidos los tribunales especiales, con exclusión de los tribunales de justicia electorales, de Cuentas y del Tribunal Constitucional. Los tribunales especiales serán considerados una excepción muy calificada dentro del ordenamiento jurídico, los que se someterán por cierto a las mismas normas de organización y funcionamiento de los tribunales ordinarios de justicia. En particular, los tribunales de justicia militar, conservando el carácter de tribunales especiales, deberán quedar integrados al Poder Judicial, y el Ministerio Público militar, gozar de la independencia y autonomía que posee el Ministerio Público en la investigación del delito y en la persecución penal.

d. Reconocimiento formal de los asuntos administrativos dentro de las controversias de conocimiento de los tribunales de justicia

Un problema de larga data en nuestro ordenamiento jurídico es la falta de reconocimiento y regulación de los asuntos administrativos en el sistema judicial, y que fue una promesa incumplida de la Constitución de 1925. Ello ha dado lugar a una renuncia del Poder Judicial a conocer de estos asuntos en alguna época y luego a una incorporación de estos conflictos a su ámbito de competencia, sacrificando la necesaria especialidad y la adecuada tutela, tanto de las competencias del Estado como de los derechos de los administrados. Esto último atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial establecida en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos y también en nuestra actual Constitución, ya que los ciudadanos o administrados no pueden acceder directamente ante un tribunal de justicia administrativo para amparar sus derechos e intereses y controlar la legalidad de la actuación administrativa.

En este contexto proponemos que se establezca expresamente dentro del ámbito de atribuciones de los tribunales de justicia los asuntos administrativos, asignando el conocimiento de éstos a tribunales especiales, dentro del Poder Judicial, sometidos a las mismas reglas organizativas de los tribunales ordinarios.

X. JUSTICIA ELECTORAL.

Retomando la tradición inaugurada en la Constitución de 1925 en orden a racionalizar los conflictos electorales, sustrayéndolos de las cámaras, y hoy también retomando la racionalización de los conflictos electorales en el seno de los cuerpos intermedios de la sociedad civil, el salto cualitativo de la nueva Justicia Electoral deberá consistir en su organización permanente, letrada y especializada, separada del Poder Judicial; para evitar confusiones de roles ministeriales y la cooptación judicialista en la integración de éste orden.

La nueva Justicia Electoral está compuesta de un Tribunal Supremo Electoral y de Tribunales Electorales Regionales. El Tribunal Supremo Electoral, junto a su competencia originaria, será tribunal de alzada de este orden judicial. Los ministros de este orden judicial serán nombrados por el Presidente de la República con la conformidad del Senado, a partir de propuestas plurinominales de las Universidades del país a través de procedimientos de selección concursales que aseguren la especialización de su integración letrada.

Esta nueva Justicia Electoral tendrá un engarce funcional con el Servicio Electoral, organismo administrativo de los procesos electorales y de participación ciudadana; de suerte de asegurar la plena justiciabilidad de sus decisiones y la sujeción de los procesos a principios de derecho electoral propios de democracias modernas.

Finalmente, la nueva Justicia Electoral tendrá competencia para resolver los contenciosos electorales de procesos para-electorales tales como elecciones primarias y elecciones internas de partidos políticos, sin perjuicio de las jurisdicciones disciplinarias de los órganos internos de dichos partidos.

XI. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. Diagnóstico.

Entre las principales críticas que se han hecho al Tribunal Constitucional (en adelante denominado indistintamente TC) se repiten, el que carece de suficiente representatividad, que sus decisiones, a pesar de que inciden en cuestiones muy relevantes de carácter político, no están sujetas a control y el que su funcionamiento y el sistema de sus competencias es excesivo, particularmente en el ámbito de las atribuciones de control que ejerce de oficio. También se critica su falta de coordinación con las potestades constitucionales de otros órganos constitucionales, tales como la Corte Suprema y la Contraloría General de la República.

Teniendo presente estas cuestiones, es que se proponen las siguientes medidas que en ningún caso solucionan enteramente estos problemas pero que pueden dar una nueva cara al TC y augurar un nuevo periodo en el ejercicio de sus atribuciones que sea más pro democrático. Se propone en definitiva lo siguiente.

2. Propuesta.

a. Cambio al número de sus integrantes:

El número actual de Ministros del Tribunal Constitucional es inadecuado pues permite que los litigios relativos a control abstracto de constitucionalidad se resuelvan, ante un empate, por el voto dirimente del Presidente. Por tanto, se propone modificar y aumentar su número para que tenga una integración impar. Lo anterior significa eliminar la institución de los Ministros suplentes.

El procedimiento para designar a los integrantes del TC será abierto, transparente, con mecanismos de audiencia pública y con participación de los poderes públicos democráticos.

b. Incorporación al sistema de responsabilidad constitucional:

El TC tiene poder político y, como consecuencia de ello, en un régimen republicano sus integrantes deben ser responsables plenamente y susceptibles de ser acusados en juicio político, por infracción de la Constitución y por notable abandono de deberes, del mismo modo que las demás autoridades superiores del Estado.

c. Reordenación de sus competencias.

Es sabido que el TC tiene competencias exorbitantes, particularmente en el orden de sus atribuciones de oficio. Por tanto, ante todo, Se propone que todas sus atribuciones sean ejercidas a requerimiento de parte y con el requisito de que se haya planteado una cuestión de constitucionalidad en forma previa a la entrada en conocimiento del TC.

Se propone, asimismo, que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal sea independiente de la inaplicabilidad y que se conozca en pleno, vía acción directa de inconstitucionalidad.

Asimismo, se propone eliminar la facultad que posee el TC para declarar la inconstitucionalidad de una organización o movimiento político, ya que, en aras del pluralismo político e ideológico, las cláusulas limitativas de éste deben desaparecer del nuevo texto constitucional.

En definitiva se propone revisar todas las atribuciones del TC para hacerlas compatibles con un sistema que funcione a petición de parte entre las cuales pueden estar el Presidente de la Republica, los parlamentarios, otros órganos constitucionales o judiciales que tengan un conflicto o una cuestión de de control constitucional, y por cierto también los ciudadanos, con un número determinado de firmas para las materias que no son relacionadas con la inaplicabilidad.

XII. CONCLUSIONES.

1. Fundamentos del Estado, la sociedad y la economía.

Chile debe superar el déficit de legitimidad de la Constitución vigente. Ésta se caracteriza por ser “otorgada” unilateralmente, autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico. Este déficit no ha sido superado después de 30 años y explica hoy, en parte, una crisis de legitimidad y eficiencia de las instituciones y del sistema político. Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional.

Luego, en las definiciones atinentes al Estado, la economía, la sociedad y las personas se hace necesario precisar el alcance de sus conceptos fundamentales. A saber, el Estado social y democrático de Derecho, la república democrática, la representación y la participación, el Estado Regional, los derechos de igualdad de las mujeres, la laicidad del Estado y el reconocimiento de los pueblos indígenas. Todas estas definiciones descansan en una concepción vicarial del poder político el que está al servicio de la persona humana, sus potencias y carencias, y que tiene como raíz la soberanía del pueblo.

a. El Estado Social y Democrático de Derecho. Esta cláusula expresa una forma jurídico-política de Estado heredera del constitucionalismo de la segunda postguerra, que reconoce en el Estado no sólo un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de “buen Gobierno” y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. El Estado Social y Democrático de Derecho comprende que, de lo contrario, las viejas libertades de las revoluciones americana y francesa, son vacías sin la cobertura de las necesidades vitales de los individuos, como el trabajo, la salud, educación, la vivienda, entre otros.

b. La República Democrática. Las democracias pluralistas combinan elementos de representación y participación en su versión contemporánea. Sus principios básicos son la representación política y la participación, en una ecuación de equilibrio. Esta definición republicana es una opción histórica por la electividad de los cargos públicos, la alternancia en el poder y la responsabilidad en el ejercicio del poder. Lo anterior importa limitar la

reelección por una vez en cargos públicos de elección popular, tanto de elecciones políticas como administrativas, de suerte de asegurar una permanente renovación de las elites políticas.

c. El Estado Regional. El tradicional Estado Unitario centralista, debe ser - superado dentro de los confines del Estado Unitario- por un Estado Regional, que agote las posibilidades de descentralización, desconcentración, delegación y coordinación del poder central en estructuras periféricas y en materias políticas y administrativas. Este Estado Regional acerca a los ciudadanos a sus autoridades y a la toma de decisiones, contribuyendo a una mayor legitimidad y empoderamiento.

d. Igualdad entre mujeres y hombres. El reconocimiento de los derechos de igualdad entre los sexos exige a la Nueva Constitución el establecimiento de condiciones específicas que permitan superar las barreras que han mantenido a las mujeres lejos de los espacios de poder.

En ese sentido, algunas medidas de acción positiva capaces de lograr la realización real y efectiva de la igualdad de derechos son, por ejemplo, las leyes de cuotas electorales, el apoyo y promoción de los mecanismos concretos dirigidos a la igualdad de deberes en el ámbito doméstico y en el cuidado de los niños, mecanismos de garantía de competencia legítima para cargos de responsabilidad profesional y social (que incorpore una igualdad real de oportunidades), son algunas de las medidas que la Nueva Constitución para Chile debiera promover.

e. Laicidad del Estado. Chile, a doscientos años de la Independencia, debe completar, simbólicamente y formalmente, la separación del Estado de la Iglesia, una tarea iniciada por nuestros fundadores. Ese objetivo se logrará estableciendo, explícitamente, la laicidad del Estado, y el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas, y la práctica del culto.

También en la Nueva Constitución deben eliminarse las cláusulas relativas al terrorismo del artículo 9° o las relativas al totalitarismo del artículo 19 N° 15. Así, se afirmará el más pleno pluralismo político e ideológico, y la descriminalización del disidente. Al mismo tiempo deben eliminarse los artículos transitorios de la Constitución y traspasar las materias

que sean compatibles con una democracia constitucional a la- normativa permanente de la Carta Fundamental.

f. Pueblos indígenas. Pasado el bicentenario Chile debe saldar la deuda histórica que tiene con sus pueblos indígenas u originarios, reconociendo su identidad mestiza y sus raíces indígenas. Ello se verifica en el reconocimiento constitucional del los pueblos indígenas, sus tradiciones, lenguas, costumbres, aporte a la cultura y derechos colectivos que se hacen efectivos a través de mecanismos de consulta y participación.

2. Derechos fundamentales y sus garantías.

La Nueva Constitución, fruto de la confluencia de las tradiciones liberal democrática y social requiere de un completa y equilibrada catalogo de derechos, deberes y garantías.

En consecuencia, se propone garantizar un catálogo abierto y progresivo de derechos que incluye: el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida, integridad física y psíquica, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad de expresión, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos, el derecho de propiedad, el derecho al debido proceso, el derecho al medio ambiente, los derechos políticos, el derecho a la participación, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, los derechos de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la cultura, y los derechos colectivos.

De esta manera, frente a los derechos más tradicionales, se hace necesario incorporar derechos individuales y colectivos que den cuenta de la relación del individuo con el Estado y la sociedad civil organizada. En consecuencia, debe haber una completa disposición constitucional habilitante para que el Estado y la ley puedan brindar satisfacción efectiva a los derechos, de forma universal, igualitaria y sin segregación, superando el déficit estructural que la vieja Constitución tiene en materia de derechos de la personalidad, políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

En materia de deberes constitucionales, la nueva Constitución debe hacerse eco de la vieja fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que sitúa a las

personas y sus grupos no sólo frente al Estado, sino frente a la comunidad en que viven, de suerte que los deberes superen concepciones individualistas que niegan la necesidad de la cooperación y la solidaridad social.

Por último, en materia de garantías se reconoce que la reserva de ley no es suficiente. Se requiere de una garantía procesal general, de amparo ordinario de todos los derechos fundamentales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de los procedimientos y los tribunales que establezca la ley.

3. Régimen político.

Chile debe superar la tendencia autoritaria que ha tenido nuestro régimen de gobierno desde el siglo XIX y que se expone en los hechos a un presidencialismo minoritario, imponente y en conflicto permanente con el Congreso Nacional.

En este campo, se formulan dos alternativas. Por una parte, la instauración de un régimen presidencial flexible o moderado o, por otra parte, la sustitución del régimen presidencial por uno semi-presidencial. En ambas propuestas se busca fortalecer la gobernabilidad, facilitando mecanismos de colaboración del Parlamento con el Gobierno.

El Gobierno y, en especial los Ministros de Estado, quedan sometidos a mecanismos de responsabilidad política y constitucional; la primera, en la forma semi-presidencial, para asegurar la relación de confianza que deben tener con la Cámara baja y la segunda, para velar por la Constitución y la ley. Con todo, la acusación en juicio político contra un Ministro de Estado sólo podrá importar la destitución del cargo, y no la inhabilitación para ejercer cargos públicos.

4. Potestad legislativa y reglamentaria.

Con independencia del régimen política, la potestad legislativa y la reglamentaria deben tener una ecuación que permita, por una parte, concebir la primacía de la ley como una exigencia del sistema democrático y a la potestad reglamentaria como una exigencia de buen gobierno. De esta manera, se propone establecer como norma de clausura a la ley, eliminando todo vestigio de un sistema de *numerus clausus* que acote o circunscriba el dominio de la ley. El campo de la ley, junto con la supresión de las categorías o tipos de

ley, que da origen a las leyes súper-mayoritarias, se propugna como categoría única “la ley”, con un quórum común o general de mayoría de parlamentarios presentes en ambas cámaras, sin perjuicio de los quórums especiales que se prevean en el procedimiento legislativo, por ejemplo, para insistir, el veto Presidencial, etc.

Asimismo, la potestad reglamentaria debe tener la flexibilidad necesaria para la ejecución de las políticas públicas y para la debida ejecución de la ley.

5. Gobierno y Administración del Estado.

a. Aspectos generales.

En este apartado, se propone un esquema dualista en que el Presidente de la República y el Gobierno son la cabeza de la Administración del Estado y en que los Ministros son las autoridades sectoriales de la ejecución de políticas públicas y en tal medida son responsables política y constitucionalmente.

Además, se propone reconocer constitucionalmente ciertos principios que ordenan la Administración del Estado, tales como la legalidad, eficiencia, eficacia, probidad, transparencia, entre otros.

Por último, en concordancia con la forma jurídica de Estado Regional se reconoce autonomía al Gobierno Regional y a los Municipios, de suerte que sea la ciudadanía regional y local la que haga efectiva las responsabilidades de dichas autoridades.

Por otra parte, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas y el Consejo de Seguridad Nacional salen de la Constitución, para quedar incluidas en la Administración militar y/o policial según sea el caso, a fin de reafirmar su dependencia política y estratégica del Gobierno.

Finalmente, el Banco Central, el Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras son situadas en la Administración institucional, se les reconoce su autonomía y a la ley como la medida de la autonomía y de la configuración de sus competencias. El régimen de controles, responsabilidades (sin perjuicio de la responsabilidad constitucional de sus órganos superiores), así como sus relaciones inter-institucionales deberá ser establecido en la ley.

Adicionalmente, con la finalidad de perfeccionar el sistema nacional de control, la Contraloría General de la República debe transformarse en un organismo de auditoría y, por ende, de control de legalidad financiera y contable, de la inversión y gasto de recursos públicos; suprimiendo el control preventivo de legalidad, que es sustituido por el control judicial residenciado en los tribunales administrativos que se propone crear. Asimismo, la Contraloría General de la República pasa a ser dirigida por un órgano colegiado, de excelencia, nombrado por los poderes públicos democráticos, y sometido a responsabilidad constitucional. La Contraloría tendrá una especial relación con el Congreso Nacional, en especial en lo relativo al control e imperio de la legalidad financiera.

Asimismo, las quejas de los administrados en relación a la mala administración o deficiente funcionamiento de los servicios públicos de la Administración del Estado o gestionados por empresas privadas, y que importen la lesión de derechos fundamentales y de derechos humanos, pasan a ser campo de las tareas de una Defensoría del Ciudadano que se propone crear. Esta Defensoría del Ciudadano es una magistratura moral, revestida de *autoritas*, pero no de *imperio*, que formula exhortaciones a la autoridad, recomendaciones, informes, contribuyendo a activar el control político y el control social de los gobernantes. La Defensoría del Ciudadano también queda sometida a responsabilidad constitucional en acusación en juicio político, por notable abandono de sus deberes.

Por último, se propone crear un Tribunal de Cuentas, tribunal supremo, independiente, letrado y especial, a cargo del juzgamiento de las cuentas de todo servidor público que tenga a su cargo la administración de recursos del Estado, así como de particulares que reciban tales recursos. Este Tribunal de Cuentas queda sometido a responsabilidad constitucional en juicio político, también por notable abandono de deberes. Ante este Tribunal de Cuentas, corresponderá a la Contraloría General de la República sostener las demandas o reparos, sin perjuicio de la intervención del Estado-Fisco o de particulares.

b. Gobierno y Administración Territorial.

La decisión fundamental por el Estado Regional como forma jurídica de Estado debe proyectarse en la organización territorial del poder político, que se propone sea estructurada en dos unidades territoriales básicas, a saber, regiones y comunas.

En las Regiones, por una parte, el Intendente conservará el rol de autoridad política o gubernativa, desconcentrada del Presidente de la República y de su exclusiva confianza y, por otra parte, existirá un Gobierno Regional, persona jurídica de derecho público, que tiene por función la Administración superior de la región. El Gobierno Regional reunirá los siguientes órganos: un Presidente Regional, una Asamblea Regional y los servicios públicos regionales, estructurados a partir del Gobierno. La Asamblea Regional será elegida directamente por la ciudadanía de la región en elecciones administrativas fundadas en una representación proporcional corregida. Dicha Asamblea Regional elige por mayoría al Presidente de la región, quien se desempeñará como órgano ejecutivo del Gobierno Regional. La Asamblea Regional conservará sus roles de órgano normativo, resolutivo y fiscalizador del Presidente de la región y de los servicios públicos y será la máxima instancia de representación y participación política de la ciudadanía.

La administración municipal, autónoma y descentralizada, seguirá descansando en un principio democrático en la generación de sus autoridades máximas, que serán el Alcalde y el Concejo, y en sus funciones propenderá al desarrollo comunal, a la integración y participación de la ciudadanía vecinal.

Para hacerse cargo del crecimiento urbano y la atención de servicios públicos o en la planificación territorial se establecerán Áreas Metropolitanas y un Alcalde Mayor por cada una de ellas que será elegido por la reunión de alcaldes de las comunas concernidas en cada área.

6. Senado.

En el marco de una reforma al régimen político, con independencia del modelo presidencial flexible moderado o semi-presidencial se propone diferenciar los roles institucionales de las cámaras del Congreso Nacional, guardando coherencia esta diferenciación con el régimen político y la forma jurídica de Estado Regional.

En consecuencia, se propone que el Senado sea la cámara de representación territorial de las regiones, conservando, en todo caso, sus atribuciones moderadoras, cuasi judiciales y políticas. Se busca, por otro lado, fortalecer y ampliar sus atribuciones de confirmación en

el nombramiento de altos cargos de Gobierno y Administración y en la integración de otros órganos supremos del Estado.

7. Participación ciudadana

En materia de participación ciudadana, coherente con la decisión fundamental acerca de la República Democrática, se hace imperioso establecer mecanismos de participación ciudadana o de democracia semi-directa en distintos niveles de decisión pública. Se propone incorporar el referéndum abrogatorio, el referéndum simple, la iniciativa popular de ley y la votación revocatoria. Especial interés reviste el referéndum abrogatorio, ya que permite a la ciudadanía reaccionar frente a leyes inconvenientes o injustas.

8. Sistema electoral.

La Nueva Constitución debe contener una definición del sistema de representación electoral, que sea democrático y proporcional. Por ello, no sólo debe suprimirse el sistema electoral binominal, sino que la Constitución debe establecer las bases de un sistema proporcional, corregido, con umbrales de representación mínima para las elecciones políticas y administrativas, permitiendo participar en los procesos electorales a partidos, movimientos o asociaciones políticas e independientes en condiciones que impidan la discriminación arbitraria.

9. Poder Judicial.

El poder judicial es clave, no sólo en la tutela judicial del derecho y la seguridad jurídica, sino en el Estado de Derecho mismo. Por lo anterior, junto con asegurar su independencia y autonomía, se hace necesario fortalecer al Poder Judicial en sus funciones jurisdiccionales asegurando la plenitud y unidad de la jurisdicción. Para ello, la Nueva Corte Suprema debe ser tribunal máximo de casación y tribunal máximo de amparo de derechos fundamentales. En cambio, se ha propuesto por mayoría de los integrantes de esta Comisión que la función de gobierno y administración del Poder Judicial debe trasladarse de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones a un Consejo Nacional de la Justicia, órgano integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos y con cual se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial.

Lo anterior fortalece no sólo la independencia y autonomía del Poder Judicial, sino también la transparencia en la toma de decisiones, en materia administrativa y disciplinaria, y una efectiva carrera judicial fundada en los merecimientos del personal adscrito a este poder del Estado.

Completa este diseño de fortalecimiento del Poder Judicial, su independencia y autonomía, la creación de tribunales administrativos como orden especializado que garantiza la seguridad jurídica, el imperio de la ley, tanto al Estado como a los ciudadanos administrados. Los tribunales administrativos permitirán redimensionar y hacer más eficiente la tutela judicial de amparo de derechos fundamentales que los tribunales deben respetar a las personas en un Estado de Derecho.

La Constitución asegurará la unidad de la jurisdicción, sometiendo a la justicia militar y al Ministerio Público militar a un régimen compatible con la administración de justicia de un Estado de Derecho.

10. Justicia Electoral.

La nueva justicia electoral debe constituirse como un orden judicial, independiente y autónomo del Poder Judicial, permanente, profesional y especializado. Sus integrantes serán nombrados por los poderes públicos democráticos. Por otra parte, sus competencias deben ampliarse y en su definición, debe existir un vínculo funcional y orgánico entre el Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Electorales Regionales.

11. Tribunal Constitucional.

La Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contra mayoritaria, por lo que debe fortalecer su rol de Tribunal y sus competencias de resolución de controversias, sin que se transforme en una “tercera cámara” legislativa o en un supremo intérprete de la Constitución, por encima de las demás instituciones del Estado.

Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente. Al mismo tiempo los miembros del Tribunal

Constitucional deben ser responsables constitucionalmente de infracción a la Constitución y notable abandono de deberes, a través de la acusación constitucional o en juicio político, responsabilidad constitucional atingente a las principales autoridades del Estado.

Con la finalidad de racionalizar el rol contra mayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo, conservando esta judicatura, de manera ampliada el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de tratados internacionales.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando correspondiere.

B. “PROPUESTAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA GESTIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA”² (FRAGMENTOS)

1. PRESENTACIÓN

Este documento contiene propuestas de reforma constitucional, legislativas y gubernativas para seis áreas de responsabilidad del Ministerio de Justicia: (i) la organización de los tribunales de justicia, (ii) la legislación penal, el proceso penal y la ejecución de la pena, (iii) el proceso civil y contencioso administrativo, (iv) los registros públicos, (v) la profesión de abogado y (vi) la gestión del Ministerio.

El objetivo general de las propuestas es la modernización de la administración de justicia y de los sistemas de registros públicos, con el fin de incrementar su corrección, eficiencia y accesibilidad a los habitantes de Chile. El logro de ese objetivo exige introducir una profunda reforma a la estructura del Poder Judicial, para sustraer de su dirección al sistema de registros públicos y para afirmar la independencia de cada juez de la República.

Las iniciativas de reforma a la estructura del Poder Judicial han sido usualmente resistidas, con el argumento de que implican una violación del principio de la separación de poderes. En parte, esa idea se basa en la acertada observación de que los jueces no pueden depender de otros poderes del Estado. En parte, sin embargo, se basa en la errada idea de que el Poder Judicial es un poder político equivalente al Legislativo o el Ejecutivo. Los jueces no proponen al pueblo políticas de regulación o administración, ni son elegidos periódica ni popularmente para legitimar sus decisiones. Lo que se espera de los jueces es que resuelvan imparcialmente casos, aplicando el derecho. La legitimidad de sus actos descansa en la

² N. del E.: Documento elaborado por el Equipo Programático de la campaña presidencial de Andrés Velasco Brañes. Documento elaborado por un grupo integrado por la abogada Daniela Gorab Sabat, los abogados Antonio Bascuñán Rodríguez, Jorge Bofill Genzsch, Pablo Cornejo Aguilera, Rodrigo Pablo Correa González, Guillermo Chahuán Chahuán, Andrés Fuchs Nissim, Julián López Masle, Gonzalo Medina Schulz, César Ramos Pérez y Nicolás Rojas Covarrubias, y los licenciados en ciencias jurídicas Crescente Molina Rodríguez y Carlos Sánchez Rossi. Santiago, 23 de junio de 2013. Para su trabajo el grupo usó como material de referencia algunas de las propuestas sobre gobierno judicial que han sido formuladas en el debate patrocinado por la agrupación de jueces Jurisdicción y Democracia (<http://jurisdiccionydemocracia.cl/category/gobiernojudicial/>), y contó con los comentarios de los asesores electorales de la campaña, los abogados Juan Ignacio Correa Amunátegui y Esteban Ovalle Andrade. Se han eliminado los énfasis del documento original.

corrección de su decisión conforme al derecho vigente. Detrás de la idea del Poder Judicial no existe, por lo tanto, la concepción de un poder político equivalente a los otros dos, sino una idea completamente distinta: una organización de tribunales independientes. Cada tribunal debe ser independiente de los demás poderes del Estado, y eso incluye a los demás tribunales. Si no se asegura también esa independencia, la retórica de la independencia del Poder Judicial no hace sino encubrir la falta de independencia de los tribunales de instancia respecto de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones.

Por todo lo dicho, es claro que el diseño del Consejo de la Justicia, el nuevo órgano encargado de participar en la designación de los jueces, ejercer la jurisdicción disciplinaria y la supervisión administrativa de los tribunales, representa una cuestión muy delicada. La propuesta que aquí se formula asume como principio esencial que debe tratarse de un órgano colegiado y que el número mínimo necesario para formar mayoría de sus miembros debe ser elegido en votación directa por todos los jueces de tribunales ordinarios y ministros de Cortes de Apelaciones del país. Esa mayoría de representantes de los jueces garantiza a los tribunales que la nueva institución, que sustituye la actual dependencia del superior jerárquico, no implica como consecuencia la subordinación de la administración de justicia al poder del gobierno o de la mayoría política en el Congreso. No se puede negar que el hecho de que los miembros de la nueva institución sean elegidos periódicamente por los jueces quizás genere una dinámica electoral que hasta el momento ha sido desconocida en la organización judicial. Con todo lo inédita que pueda ser esa dinámica, siempre será preferible una discusión transparente que siga la lógica republicana a la opacidad de un poder ejercido bajo una lógica cortesana o feudal.

2. PROPUESTAS PARA LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

2.01. Una República democrática sujeta al Estado de Derecho necesita tribunales independientes. Eso no es lo mismo que un Poder Judicial independiente de los otros poderes del Estado. Los peligros que amenazan la independencia del tribunal son externos e internos al Poder Judicial. Tan incompatible con su independencia es su dependencia respecto del gobierno, los partidos políticos, los diputados y los senadores, como su dependencia respecto de otros jueces o tribunales. Naturalmente, el hecho de que las

sentencias de un tribunal puedan ser revisadas y revocadas por un tribunal superior no afecta su independencia, sino sólo su poder final de decisión; pero si ese tribunal superior tiene también en sus manos la calificación del mérito o demérito del tribunal inferior, y con ello su promoción, entonces la relación jerárquica se transforma en una relación de subordinación que afecta en su esencia la independencia del tribunal de rango jerárquico inferior.

2.02. Dos rasgos de la actual organización deben reformarse para que se logre la independencia de los tribunales. Primero, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones deben dejar de tener la atribución de calificar el desempeño, juzgar disciplinariamente y promover a los jueces. Los tribunales superiores de justicia deben ser órganos jurisdiccionales y no órganos de gobierno judicial. En segundo lugar, el desempeño de los jueces debe dejar de verse como una carrera, en la cual el subordinado asciende niveles dentro de una jerarquía en virtud de su obediencia a sus superiores y su sumisión a los intereses de la organización a la que pertenece. Para ello es indispensable que las expectativas de remuneración de los jueces no dependan de su nombramiento en tribunales superiores de justicia y que no estén sujetos a una calificación de desempeño meritorio, sino a un estricto y eficiente sistema de sanciones por faltas disciplinarias.

2.03. La Corte Suprema debe ser profundamente reformada. Existiendo tribunales colegiados y Cortes de Apelaciones especializadas, como proponemos más adelante, no se requiere un tribunal burocrático integrado por muchos miembros y dividido en numerosas salas para poder responder a la revisión de todas las sentencias cada vez que se le solicite hacerlo. Proponemos en su lugar un tribunal altamente calificado, integrado por 9 ministros³, que siempre sesione en pleno y en público, con posibilidad de escoger discrecionalmente la mayor parte de los casos que resuelve durante cada año judicial. Sus miembros deben ser designados por libre decisión del Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio⁴. Para ser

³ Actualmente son 21 (Art. 78-iii CPol).

⁴ Actualmente el nombramiento es por acuerdo de 2/3 de los miembros en ejercicio del Senado respecto de una proposición del Presidente de la República, a partir de una nómina de 5 miembros formada por la Corte Suprema; de los 21 ministros, 5 deben ser abogados externos al Poder Judicial (Art. 78-iii, iv y v CPol). El sistema de designación que se propone es el mismo que equipo programático de la campaña presidencial de

designado ministro de la Corte Suprema se debe ser abogado y, alternadamente, se debe tener una antigüedad de a lo menos 15 años como juez, o bien, poseer el título de abogado a lo menos con 15 años y haber destacado en la profesión de abogado, la actividad universitaria o el servicio público. Los ministros deben poder permanecer en el cargo hasta los 75 años o hasta su jubilación voluntaria a la edad establecida por la regla general del Estatuto Administrativo, y sólo deben poder ser removidos en virtud de una acusación constitucional.

Por regla general, la Corte Suprema debe limitarse a conocer, según su decisión discrecional, reclamos de nulidad por violación a las garantías del debido proceso o por infracción de la ley de fondo. Los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento (o al conocimiento de su Presidente o de uno de sus ministros) deberán ser revisados en su mérito, y, si lo conservan, mantenérselos como excepción a la regla general.

La Corte Suprema debe ser un auténtico órgano jurisdiccional y dejar de participar en el debate legislativo, en la generación de otros órganos del Estado o en su propia generación, y en la calificación de otros jueces. Los cargos de abogado integrante y relator deben suprimirse. Cada ministro de la Corte debe poder administrar un presupuesto suficiente para contratar cinco abogados asistentes. La administración de la Corte debe ser efectuada por una unidad administrativa bajo la dirección del Presidente de la Corte, el cual debe ser elegido por ésta por un período de cuatro años.

2.04. Las Cortes de Apelaciones deben ser tribunales que ejercen jurisdicción en salas especializadas en sentido estricto. La especialización en sentido estricto se expresa en la integración exclusiva de la sala por ministros designados también exclusivamente a esa sala especializada. Como mínimo deben existir en todas las cortes una sala civil y una penal.

Además, atendiendo a las necesidades de sus territorios jurisdiccionales, deben existir salas de lo contencioso administrativo, lo laboral y lo tributario y aduanero. El número de salas especializadas en la misma materia también puede aumentar, atendiendo las necesidades de la Corte. El procedimiento para decidirlo se señala más abajo (punto 2.05).

Andrés Velasco ha propuesto para todas las designaciones de integración de órganos autónomos del Estado (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Fiscal Nacional, Contralor General de la República, Banco Central): <http://www.andresvelasco.cl/propuestas/reformas-politicas-y-constitucionales/>

Las Cortes de Apelaciones deben ser auténticos órganos jurisdiccionales y dejar de participar en su propia generación y en la calificación y nombramiento de otros jueces. Los cargos de abogado integrante y relator deben suprimirse. Cada ministro de Corte debe poder administrar un presupuesto suficiente para contratar dos abogados asistentes. Las facultades administrativas de las Cortes de Apelaciones sólo pueden alcanzar lo que sea imprescindible para el buen servicio de la función judicial en sus respectivos territorios jurisdiccionales.

2.05. Todos los tribunales de la República que dicten sentencia definitiva en un juicio deben ser colegiados, integrados por 3 miembros. Lo dicho es sin perjuicio de la existencia de tribunales unipersonales competentes para la adopción de medidas cautelares, la realización de gestiones preparatorias del juicio o la substanciación de procedimientos especiales alternativos al juicio. Los cargos de secretario abogado deben suprimirse. Las necesidades de gestión deben ser absorbidas por unidades administrativas. Las facultades administrativas de los tribunales sólo pueden alcanzar lo que sea imprescindible para el buen servicio de la función judicial.

2.06. Los jueces y los ministros de Corte de Apelaciones deben estar sujetos a un mismo esquema de determinación de su remuneración. Los presidentes de Cortes podrán tener prerrogativas vinculadas al desempeño del cargo. La permanencia en el cargo de juez o ministro de Corte debe ser indefinida, hasta los 75 años, pudiendo jubilar voluntariamente a la edad establecida por la regla general del Estatuto Administrativo. La remuneración de los jueces debe aumentar progresivamente, en la medida de su permanencia y edad; todo ello, sin perjuicio de la incidencia de las sanciones por faltas administrativas (punto 3.09) en el nivel de remuneraciones.

2.07. Debe crearse el Consejo de la Justicia, como órgano encargado de participar en el nombramiento de los jueces y ministros de Cortes de Apelaciones y de ejercer la jurisdicción disciplinaria sobre ellos y la dirección administrativa de las cortes y tribunales. El Consejo será integrado por 9 miembros con derecho a voz y voto. De esos, 5 deben ser elegidos por los jueces y ministros de Cortes de Apelaciones en ejercicio, y 4 deben ser designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la

mayoría de sus miembros en ejercicio. Todos los miembros del Consejo deben ser abogados; ninguno debe requerir ser juez. Deben tener a lo menos 10 años de posesión del título de abogado. Los miembros del Consejo elegidos por los jueces postularán en listas y serán escogidos por el sistema de cifra repartidora. Todos los miembros durarán 4 años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos por una sola vez y para un período inmediatamente sucesivo. El Consejo se renovará cada 2 años por mitades (4 una vez y 5 la siguiente, con 2 consejeros de designación presidencial cada vez); en cada renovación el Consejo elegirá su presidente. El cargo de miembro del Consejo será remunerado y exigirá dedicación exclusiva; el miembro juez o ministro de Corte lo desempeñará en comisión de servicios, liberado de toda otra función. El miembro abogado no podrá litigar ni evacuar dictámenes o informes destinados a juicios durante su desempeño. El Consejo será integrado además, con derecho a voz, por un abogado designado por el Ministro de Justicia.

2.08. La designación de los jueces y ministros de Corte debe ser efectuada por el Presidente de la República a partir de una terna propuesta por el Consejo de la Justicia⁵. La formación de la terna por el Consejo para el nombramiento de los jueces y ministros de Corte de Apelaciones debe hacerse previa definición del perfil del cargo, concurso abierto y selección técnicamente cualificada de 7 candidatos por el Consejo de la Alta Dirección Pública, bajo la supervisión de una comisión formada por el Presidente del Consejo de la Justicia y 2 miembros elegidos por el mismo Consejo. Ni la formación en la Academia Judicial ni el desempeño previo como juez serán requisito o condición de la admisión a

⁵ Actualmente los ministros y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones son designados por el Presidente de la República, a partir de una nómina de 3 miembros formada por la Corte Suprema (Art. 78-vi CPol), y los jueces letrados son designados por el Presidente de la República a partir de una nómina de 3 miembros formada por la Corte de Apelaciones respectiva (Art. 78-vii CPol). Los ministros integrantes de los tribunales ambientales son designados por acuerdo de 3/5 de miembros en ejercicio del Senado, a propuesta del Presidente de la República, a partir de una nómina de 5 miembros formada por la Corte Suprema, a partir de una lista de 6 a 8 nombres propuesta por el Consejo de la Alta Dirección Pública (Art. 2° Ley 20.600). Los jueces tributarios y aduaneros y los secretarios abogados de los tribunales tributarios y aduaneros son designados por el Presidente de la República, de una terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones, que se forma a partir de una lista de un mínimo de cinco y un máximo de diez nombres, que le será propuesta por el Consejo de Alta Dirección Pública (Art. 5° Ley 20.322). El presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es designado por el Presidente de la República, en base a una nómina de cinco postulantes confeccionada con la Corte Suprema; otros dos ministros son designados por el Consejo del Banco Central, previo concurso público de antecedentes, y los dos restantes por el Presidente de la República, a partir de dos ternas confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes (Art. 6° DFL N°1/2005 Economía, Texto Refundido del DL 211).

concurso alguno, sin perjuicio de otorgar puntaje cualificado dependiendo del perfil del cargo.

2.09. La responsabilidad disciplinaria de jueces y ministros de Cortes de Apelaciones se debe hacer efectiva ante un tribunal de disciplina judicial, cuya decisión debe ser apelable ante el pleno del Consejo de la Justicia. El tribunal debe formarse con 3 miembros designados por sorteo de una lista de abogados, jueces o no, aprobada por el Consejo. Los miembros de la lista deben tener a lo menos 10 años de posesión del título de abogado. La responsabilidad disciplinaria se hará efectiva conforme a una reglamentación exhaustiva de las faltas disciplinarias y sus consecuencias jurídicas. La regulación será definida por la ley del Consejo y la normativa que establezca el propio Consejo, lo mismo que el procedimiento sancionatorio. Ninguna resolución jurisdiccional podrá ser invalidada en ejercicio de esta facultad disciplinaria.

2.10. Todo lo concerniente a la gestión administrativa de la organización de tribunales compuesta por las Cortes de Apelaciones y los demás tribunales ordinarios quedará bajo la dirección del Consejo de la Justicia. Ello debe incluir la determinación de la naturaleza y cantidad de salas especializadas de cada Corte de Apelaciones, a propuesta o con consulta de la Corte respectiva. Los funcionarios no judiciales de la administración de justicia (Escalafón Secundario, con exclusión de su segunda serie: notarios, conservadores y archiveros, y Escalafón del Personal de Empleados) estarán sujetos a un procedimiento de evaluación de desempeño por los respectivos jueces y ministros de Corte de Apelaciones, con apelación ante una comisión formada por 3 miembros del Consejo de la Justicia designados por sorteo anual.

2.11 De la superintendencia correccional, económica y administrativa del Consejo de la Justicia deben quedar exceptuados el Tribunal Constitucional⁶, la Corte Suprema y el Tribunal Calificador de Elecciones⁷.

⁶ El equipo programático de la campaña presidencial de Andrés Velasco también ha formulado propuestas de reformas a la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional: <http://www.andresvelasco.cl/propuestas/reformas-politicas-y-constitucionales/>

⁷ Los 4 ministros que actualmente designa la Corte Suprema para integrar el Tribunal Calificador de Elecciones deben ser elegidos por sorteo de las tres Cortes de Apelaciones con más miembros del país: Santiago (2), San Miguel (1) y Valparaíso (1).

2.12. Es importante que la cultura jurídica chilena atribuya peso específico a los fundamentos de las decisiones de los tribunales superiores de justicia para las justificación de las decisiones de los tribunales jurisdiccionalmente subordinados a ellos. Para eso se necesita en primer lugar acceso expedito a una base de datos jurisprudencial, que proponemos esté sujeta a la fiscalización del Ministerio de Justicia (punto 7.01-i). El reconocimiento del peso de la jurisprudencia no necesita que las sentencias creen precedente, en el sentido de vincular a los tribunales jurisdiccionalmente subordinados. No es conveniente dar ahora ese paso en Chile. La institución del precedente supone una cultura jurídica capaz de manejarla, porque el precedente no lo establece el tribunal superior que dicta la sentencia sino el tribunal subordinado que lo reconoce, ya sea para seguirlo o para justificar que no es aplicable al caso.

Esa capacidad aún no existe en la cultura jurídica chilena. Para desarrollarla gradualmente basta con la institución del precedente persuasivo, lo que implica que ningún tribunal está obligado a seguir una sentencia como precedente, pero quien invoca un precedente dispone de una razón suficiente para decidir el caso en un sentido, y quien discrepa del precedente tiene que justificar su posición contraria. Con esta institución la jurisprudencia pasará a ser relevante para la práctica judicial chilena. Esto, que debería ser obvio como requisito de racionalidad práctica en la administración de justicia, puede apoyarse mediante una modificación legal relativa a las reglas sobre fundamentación de las sentencias.

* * *

4. PROPUESTAS PARA LA JURISDICCIÓN CIVIL Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

* * *

4.02. La reforma procesal civil es la oportunidad para establecer una auténtica jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para ello se puede aprovechar la misma estructura orgánica y procedimental del nuevo proceso civil, con las modificaciones requeridas por las particularidades de esta competencia especial, con el objeto de un determinado número de tribunales de ciudad de asiento de Corte de Apelaciones la tengan. El problema actual del derecho chileno en esta materia no es la ausencia de tribunales competentes para conocer

los reclamos de las personas contra la administración del Estado sino la proliferación de procedimientos especiales, incluyendo las reclamaciones directamente presentables ante las Cortes de Apelaciones. Es necesario que un mismo procedimiento los absorba, salvo en los casos en que se estime necesario mantener tribunales especiales.

El establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe absorber el recurso de protección. La práctica judicial del recurso de protección lo ha transformado en una acción de urgencia, en que se efectúa un control provisorio de legalidad o razonabilidad de los actos normativos o materiales de los agentes del Estado y los particulares. En esta práctica, la norma constitucional de derecho fundamental no cumple la función de una norma decisoria de la cuestión –esa función la cumple la norma legal (control de legalidad) o el estándar de prudencia (control de razonabilidad)-, sino de una regla de competencia *ratione materiae*: la Corte de Apelaciones es competente para conocer de una acción de urgencia ejercida como recurso de protección cuando el acto del agente del Estado o del particular afecta un interés correlativo a un derecho fundamental. En el contexto de la reforma procesal civil y de una nueva jurisdicción de lo contencioso administrativo esta función del recurso de protección debe ser absorbida por las nuevas medidas y procedimientos cautelares de los tribunales de primera instancia, y la afectación del derecho fundamental queda absorbida por las reglas de habilitación procesal del reclamante en uno y otro proceso. La excepción a lo anterior se encuentra en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos reglamentarios, que debe ser radicada en el Tribunal Constitucional, sujeta al mismo procedimiento de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales.

En cuanto a los procedimientos que han sido radicados ante tribunales especiales que resulta prudente mantener, principalmente el tribunal de defensa de la libre competencia, los tribunales ambientales, los tribunales tributarios y aduaneros, los paneles de expertos en materia de regulación eléctrica y el tribunal de propiedad industrial, ellos deben ser en todo caso estandarizados en su estructura, función y régimen de recursos.

* * *

7. PROPUESTAS PARA LA GESTIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

7.01. Además de las áreas asignadas a su dirección, el Ministerio de Justicia tiene una responsabilidad especial relacionada con la existencia y accesibilidad de información fidedigna acerca de las decisiones legislativas y judiciales. En esta materia hay incoherencia: mientras que la Constitución autoriza al Presidente de la República para fijar las versiones de los textos modificados de las leyes, incluso introduciendo cambios de redacción, ahora se pretende dejar a la Biblioteca del Congreso Nacional la responsabilidad por las ediciones oficiales de los códigos de la República. Del mismo modo, la abundante masa de sentencias judiciales que podrían formar la jurisprudencia de los tribunales de la República relativa a la aplicación e interpretación de la ley no se encuentra disponible de manera que facilite su consulta por quienes no conocen de antemano las causas sobre las que recaen. Es necesario poner remedio a esta situación. Para eso proponemos:

(i) El Ministerio de Justicia debe asumir la dirección y supervisión de la formación de una base de datos accesible en línea con la reproducción digital de todos los decretos promulgatorios de las leyes de la República, junto con el texto originario de las leyes promulgadas, organizada bajo un sistema de búsqueda pertinente y eficiente, que contemple todos los hipervínculos relevantes. El diseño, la elaboración y la mantención de la base pueden ser licitadas, pero la consulta de esta información debe ser gratuita.

(ii) El Ministerio de Justicia debe asumir la dirección y supervisión de la edición oficial, material y electrónica, de la constitución y los códigos de la República, junto con sus principales leyes anexas. La edición electrónica debe corresponder a una base de datos accesible en línea con la reproducción digital de los textos legales organizada bajo un sistema de búsqueda pertinente y eficiente, que contemple todos los hipervínculos relevantes. La edición material y electrónica pueden ser licitadas; la adquisición de la edición material y el acceso a la edición electrónica puede estar sujeto a un precio.

(iii) El Ministerio de Justicia debe asumir la dirección y supervisión de la formación de una base de datos accesible en línea con la reproducción digital de todas las sentencias de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema que incidan en los procesos (recursos) más relevantes para la formación de la jurisprudencia de los Tribunales, junto con las

respectivas sentencias confirmadas o revocadas. La información debe estar organizada bajo un sistema de búsqueda pertinente y eficiente, que contemple todos los hipervínculos relevantes. El diseño, la elaboración y la mantención de la pueden ser licitadas y el acceso a esta información puede estar sujeto a un precio.

(iv) El archivo general de las escrituras públicas y las sentencias judiciales debe quedar a cargo del Ministerio de Justicia, bajo la responsabilidad específica de la Superintendencia de Registros Públicos que se propone crear (punto 5).

ADDENDA. REFORMAS POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES⁸

En los años de dictadura, Chile perdió la confianza en sí mismo. Pero en los años que han transcurrido desde que Patricio Aylwin asumió la presidencia de la república, los chilenos hemos recuperado la confianza en nuestra capacidad para gobernarnos. Las instituciones políticas de la desconfianza hoy nos resultan incómodas. Proponemos al país transformar dichas instituciones para que volvamos a ser partícipes de una democracia más genuina.

Las personas tienen legítimos intereses individuales y el Estado debe garantizar espacios para que ellas los persigan. En las últimas décadas el Estado ha sido particularmente exitoso en la expansión y aseguramiento de esos espacios de libertades individuales. Y unos más, otros menos, todos hemos disfrutado de estos espacios y los hemos hecho nuestros.

Pero la experiencia de la libertad individual también ha venido acompañada de decepción y sufrimiento. Una parte de esta decepción y sufrimiento es consustancial a la libertad y eso puede hacer más fácil aceptarla: el ejercicio de la libertad tiene sus riesgos y nadie tiene el éxito asegurado. Pero en nuestra experiencia hemos vivido una cuota de frustración que excede a aquella que indefectiblemente acompaña a la libertad. Es la frustración de quienes percibimos que las condiciones en que partimos persiguiendo nuestros intereses son arbitrariamente diversas entre unos y otros. Es la frustración de quienes percibimos que la satisfacción de nuestros legítimos intereses exige esfuerzos más allá de nuestras posibilidades, y de que contamos con muy poca ayuda.

⁸ N. del E.: Tomado de <http://www.andresvelasco.cl/propuestas/reformas-politicas-y-constitucionales/>

La condición humana es de escasez. Esto determina que la experiencia de frustración sea parte de nuestra condición y que la pretensión de eliminarla sea utópica y peligrosa. Pero cuando vemos que la frustración se agrava por instituciones, reglas, planes y políticas en cuya generación no hemos tenido participación, resulta natural que sintamos malestar hacia nuestras instituciones políticas. No es que no seamos capaces de aceptar restricciones, pero sin duda nos resultará más fácil aceptarlas si hemos tenido oportunidad de participar en el diseño de esas instituciones, reglas, planes y políticas. Es eso lo que está faltando en Chile. A nuestra experiencia de creciente libertad individual le ha faltado la experiencia de deliberación colectiva, en la que todos estemos invitados a participar.

Todos nosotros tenemos la capacidad para mirar por sobre nuestros intereses individuales y preguntarnos y reflexionar sobre lo que es más justo y adecuado para la comunidad de la que formamos parte. Transitar hacia la democracia no es otra cosa que crear instituciones que nos inviten y congreguen a formularnos colectivamente dichas preguntas y a participar también colectivamente en dicha reflexión, para luego decidir bajo qué leyes queremos vivir y cuál es la distribución de bienes públicos más justa.

Que democracia sea gobierno “por el pueblo” no significa que el pueblo gobierne directamente, lo cual sería utópico en cualquier sociedad contemporánea. Un gobierno eficiente debe estar en manos de un limitado número de ciudadanos. Pero debe ser el pueblo quien gobierna a través de sus autoridades. Por eso se dice que los gobernantes son los representantes del pueblo, y que la democracia es representativa.

Nuestro actual ordenamiento político tiene, sin embargo, diversas instituciones que limitan el ejercicio de la voluntad popular. Nuestro desafío es efectuar las reformas políticas y constitucionales necesarias para que los ciudadanos volvamos a sentirnos genuinamente representados en nuestra democracia.

La mayor parte de estas reformas políticas exige reformas constitucionales. La actual demanda de un sector de la opinión pública por una nueva Constitución es comprensible. Chile quiere mirar hacia el futuro con optimismo, liberándose de las amarras pesimistas que le impuso el diseño político de la dictadura militar. Pero eso significa que más que una nueva Constitución, lo que Chile necesita es menos Constitución. Lo que necesitamos es

remover las trabas ilegítimas que la Constitución de 1980, 1989 y 2005 impuso a la formación de la voluntad soberana del pueblo expresada en la mayoría del Congreso Nacional. Para recuperar su confianza en sí mismo Chile necesita devolver a la política democrática su responsabilidad por el gobierno y las leyes del país.

Restablecimiento del imperio de la regla de mayoría

En democracia todos valemos igual a la hora de decidir sobre asuntos públicos: una persona, un voto. Tratándose de las leyes orgánicas constitucionales es necesario restablecer el imperio de la regla de mayoría. Los quórumos actualmente exigidos impiden al Congreso Nacional aprobar una ley que cuenta con respaldo mayoritario, otorgando un veto a una minoría que favorece el status quo.

También es imprescindible revisar los quórumos especiales para la designación de funcionarios, tanto aquellos establecidos en la Constitución Política como los establecidos en la legislación. La regla de mayoría, por una parte intensifica la responsabilidad de la mayoría que aprueba la designación y, por otra parte, fomenta que la minoría opositora exprese abiertamente sus reparos, enriqueciendo así el debate democrático. Proponemos:

Someter todas las designaciones para los órganos autónomos del Estado (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Fiscal Nacional, Contralor General de la República, Banco Central) al mismo procedimiento: designación por el Presidente de la República con aprobación del Senado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.

Someter las leyes orgánicas constitucionales a los mismos requisitos de aprobación que las leyes de quórum calificado: aprobación por el Congreso (indelegable al Presidente de la República) con mayoría de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

Establecer para las leyes interpretativas de la Constitución un quórum de 4/7 de los miembros en ejercicio, en vez de los 3/5 actualmente requerido.

Establecer dos procedimientos alternativos para la aprobación de las leyes de reforma constitucional: (i) la aprobación por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara y ratificación por el mismo quórum después de su renovación, (ii) la aprobación por una sola vez los 3/5 de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

En todos los casos, las facultades del Presidente de la República como colegislador deben mantenerse sin modificaciones.

Reforma al sistema electoral y de representación en el Congreso

El establecimiento de una verdadera democracia representativa exige abandonar el sistema binominal para la elección de diputados y senadores. Este sistema privilegia la competencia entre candidatos de un mismo sector, en desmedro de la competencia entre proyectos políticos. El sistema binominal genera un tipo de partidismo vicioso: para tener alguna posibilidad electoral, es prácticamente imprescindible obtener la nominación de alguno de los partidos que integran las dos principales coaliciones. Pero los partidos no son mucho más que estas máquinas de nominación de candidatos, crecientemente desacreditadas ante la opinión pública. Su función de articuladores racionales de demandas sociales y concepciones de la sociedad y del Estado se ha debilitado progresivamente. Con ello han perdido el imprescindible rol de mediadores de la representación política que debieran cumplir.

El sistema propuesto busca, por una parte, facilitar la formación de mayorías, que representen proyectos políticos y partidos fuertes y, por otra parte, reducir las barreras de entrada a nuevas fuerzas políticas. Proponemos un régimen mixto, con un sistema uninominal –con un solo escaño por distrito— para elegir parte del Congreso, y un sistema proporcional corregido con una circunscripción nacional para elegir a otra parte.

Un sistema mixto de este tipo presenta variadas ventajas. El sistema mayoritario uninominal asegura una genuina competencia entre los dos proyectos políticos con mayor arraigo popular, permitiendo también el surgimiento de nuevos liderazgos políticos. Es además un sistema que minimiza al extremo el riesgo de dispersión, ofreciendo garantías de gobernabilidad. Al mismo tiempo, el sistema proporcional con lista cerrada y circunscripción única favorece la inclusión, la representación amplia y el liderazgo partidario.

Proponemos una composición de la Cámara de Diputados por 150 miembros, de los cuales 120 sean elegidos en los distritos electorales conforme al sistema mayoritario uninominal y 30 sean elegidos en listas nacionales conforme al sistema proporcional.

Proponemos una composición del Senado por 40 miembros, de los cuales 20 sean elegidos por distritos electorales correspondientes a las regiones del país y sus actuales subdivisiones para fines electorales conforme al sistema mayoritario uninominal y 20 sean elegidos en listas nacionales conforme al sistema proporcional.

Reelección por una sola vez del Presidente de la República

Cuatro años para el período presidencial es poco, tratándose de un gobierno exitoso que cuenta con el respaldo de la mayoría. Un período mucho más extenso puede ser demasiado arriesgado, si no se lo sujeta a la ratificación por el pueblo. En todo caso, la calidad de ex Presidente de la República debe inhabilitar definitivamente para volver a desempeñar el cargo en el futuro a mediano o largo plazo. Una república democrática abierta al futuro no puede tener fantasmas políticos rondando su gobierno.

Proponemos mantener el actual período presidencial de 4 años, pero autorizar la reelección inmediatamente posterior del Presidente de la República por un solo período adicional.

Reformas al Tribunal Constitucional

Los poderes actuales del Tribunal Constitucional son excesivos. Es necesario revisar el control que hace el tribunal de proyectos de ley, el cual interfiere innecesariamente en el proceso legislativo. Asimismo, consideramos necesario revisar la posibilidad que desde el año 2005 tiene el Tribunal para invalidar leyes que en su opinión son inconstitucionales.

Proponemos:

Restringir el control de constitucionalidad preventivo y forzoso solo a los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución.

Restringir el control de constitucionalidad preventivo a requerimiento de las Cámaras a los proyectos de leyes de reforma constitucional y de aprobación de tratados internacionales.

Restringir el control abstracto de constitucionalidad ex post solo a las leyes orgánicas constitucionales, por el plazo de un año desde su entrada en vigencia.

Sustituir el actual sistema de nombramiento del Tribunal Constitucional, que por su carácter parcialmente corporativo diluye la responsabilidad política de muchas designaciones. En su lugar, todos los miembros del Tribunal Constitucional deben ser nombrados mediante el mismo procedimiento establecido para los demás nombramientos de cargos en órganos constitucionalmente autónomos, esto es,

proposición del Presidente de la República y aprobación del Senado por mayoría absoluta de sus miembros.

Mejorar las garantías constitucionales, reconocer a los pueblos originarios y reforzar el derecho a no discriminación en la educación

La Constitución de 1980 no sólo bloqueó el desenvolvimiento normal de la política democrática más allá de las condiciones razonables de una regulación constitucional, sino que sometió a los chilenos a una retórica hostil a la política y adversa a las múltiples dimensiones de la libertad distintas de la propiedad.

Proponemos eliminar esa retórica tan fuertemente cargada de una ideología conservadora y desconfiada de la libertad y la democracia. En su lugar proponemos afirmar el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios.

Proponemos remover de la Constitución todas las reglas que prejuzgan las consecuencias de la comisión de delitos. El delito, la pena y la rehabilitación son cuestiones que deben ser definidas por la ley, sin que la Constitución prejuzgue en contra del imputado, acusado o condenado cuál deba ser la reacción del Estado. La Constitución debe ser la regla que defiende las libertades, no la que ordena afectarlas.

Proponemos remover de la Constitución todas las menciones a criterios limitadores del ejercicio de las libertades individuales distintos de la ley y la propia Constitución y abolir de una vez por todas la pena de muerte. Proponemos también consagrar las normas sobre derechos fundamentales que la dictadura militar eludió: la prohibición de la tortura y el derecho al debido proceso.

Finalmente, pero principalmente, proponemos eliminar de raíz una de las bases de la actual discriminación en el sistema educacional: la discrecionalidad y opacidad con que actúan los establecimientos educacionales privados en materia de admisión y expulsión de los estudiantes. La exigencia en su lugar de fundamentos y transparencia es la base sobre la cual la ley pueda en el futuro regular las causales y los procedimientos que justifican esas decisiones. Esa es la condición indispensable para construir una educación que haga posible la libertad y la prosperidad para todos.

Reformar la ley de partidos políticos

La reforma al sistema electoral debe ir de la mano de una reforma a la regulación legal de los partidos políticos, para propiciar la democracia interna y evitar el enquistamiento de sus dirigentes. Nuestra democracia requiere mejores partidos políticos, más transparentes y con mecanismos de selección de liderazgos que promuevan la renovación. Los partidos cumplen una función pública. Por eso deben recibir financiamiento público. Pero este no puede ser un cheque en blanco. Los fondos de todos los chilenos deben ir solo a los partidos que garanticen democracia interna, primarias obligatorias y vinculantes, rendición de cuentas y transparencia total.

Descentralizar el poder político hacia las regiones

El poder político puede y debe estar mejor distribuido entre Santiago y las regiones. Y estas ganan al tener gobiernos regionales fuertes, con mandato democrático. Proponemos elegir directamente al “gobernador” de cada región –en lugar de los intendentes designados por el Presidente de la República- y a los integrantes de los consejos regionales. Esta es otra reforma que desde hace años se discute pero que nunca se concreta. Y la razón es un secreto a voces: los parlamentarios no quieren tener autoridades regionales populares que el día de mañana les puedan disputar un escaño en el Congreso.

Regular la relación del dinero y la política

La voluntad popular se expresa con más fuerza y claridad si reducimos el peso del dinero en la política. El año 2007 el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley para regular y transparentar el lobby. Dicho proyecto exigía que los lobistas se registren y que los legisladores informen al público con quiénes se reúnen. Es imprescindible aprobar una ley de esa índole, que además regule la declaración de patrimonio e intereses de los candidatos, el fideicomiso ciego al momento de inscribir candidaturas y los límites al aporte de las empresas a las campañas.

C. MÁS Y MEJOR DEMOCRACIA PARA TODOS (PROPUESTAS SOBRE REFORMA POLÍTICO-INSTITUCIONAL)⁹

La DC ha sido siempre una fuerza democrática y democratizadora. Sus parlamentarios se opusieron a la ley maldita (1948). Un diputado suyo -Jorge Rogers- es el padre de la cedula única (1958), que puso fin al cohecho. Frei Montalva promovió una profundización de la participación ciudadana y democrática que se expresó en las reformas constitucionales de 1970, incluyendo un verdadero sufragio universal.

Durante la dictadura militar, los liderazgos más significativos del partido asumieron una posición de defensa de los derechos humanos y de lucha por la recuperación democrática. La DC, además, jugó un papel decisivo en la creación de espacios para pensar y discutir la redemocratización (Grupo de los 24, Acuerdo Nacional, CED, CIEPLAN, entre otros).

Fue en el gobierno de Patricio Aylwin que transitamos a la democracia en un clima de paz y concordia, y fue en los 20 años de gobiernos de la Concertación que este país se hizo más democrático e inclusivo.

Estamos conscientes, sin embargo, que nuestra democracia puede y debe ser perfeccionada para que más personas se sientan identificadas con ella, para que el debate político tenga mayor calidad y las políticas públicas beneficien a todos, especialmente a los grupos más vulnerables. Llamamos a no conformarnos con la democracia que tenemos, y a abrir más espacios de participación y libertad.

Hay que decirlo derechamente: la actual Constitución, a pesar de todas las reformas democráticas que hemos introducido desde 1989, no tiene una legitimidad suficiente. Manifestamos, pues, nuestra voluntad de concordar una agenda de reformas políticas e institucionales con los demás partidos de la Concertación y la oposición, en diálogo con los actores sociales, para proponerla al país y ser discutida en forma amplia y participativa.

⁹ N. del E.: Documento suscrito por Soledad Alvear, Jorge Burgos, Patricio Walker, Aldo Cornejo e Ignacio Walker. Preparado por el comando del candidato Claudio Orrego Larraín del partido demócrata cristiano, en Santiago, 24 de Julio de 2011. Se han eliminado los énfasis del documento original.

Esta no es una bandera para tiempos electorales, sino que responde a un imperativo de responsabilidad y de coherencia ética.

Nuestra institucionalidad política enfrenta hoy varias crisis evidentes. En primer lugar, una crisis de legitimidad de los partidos y de las principales instituciones de la democracia representativa; en segundo lugar, una crisis que podríamos denominar de legalidad, en cuanto la ley debe ser la expresión de la mayoría, lo que la Constitución no asegura; en tercer lugar, una crisis de representación, tanto por el sistema electoral como por los mecanismos de reemplazo en caso de vacancia y, en cuarto lugar, una crisis de igualdad, no sólo entre los ciudadanos sino también entre las distintas regiones del país.

Estamos convencidos de que la reforma política es una necesidad urgente, que debemos enfrentar con decisión antes de que se convierta en crónica y destruya nuestro régimen democrático. Aquella debe fundarse en los siguientes principios fundamentales:

1. Fortalecimiento de la base democrática
2. Revalorización del principio democrático en el origen del poder
3. Eliminación de los obstáculos para el correcto funcionamiento del principio de mayoría
4. Respeto por las minorías
5. Transparencia y probidad
6. Descentralización efectiva y eficiente
7. Supremacía del poder legítima y democráticamente constituido

Nuestra propuesta de hoy comienza por reafirmar nuestra voluntad de facilitar el ejercicio del derecho a sufragio a todos aquellos compatriotas a quienes nuestra Constitución reconoce como ciudadanos. Por lo mismo, nos interesa asegurar tanto una pronta puesta en marcha del sistema de inscripción automática como la aprobación de un mecanismo expedito y no excluyente para el voto de los ciudadanos chilenos que residen en el extranjero. Aunque en nuestro último Congreso partidario adoptamos una clara posición a favor del voto obligatorio, entendemos que existe un acuerdo político en favor del voto voluntario (que ya se expresó en una reforma constitucional, encontrándose pendiente la reforma legal). Como siempre, vamos a honrar ese acuerdo.

Abiertos al diálogo, proponemos al país las siguientes reformas político-institucionales en una perspectiva de perfeccionamiento y profundización de nuestra democracia:

1. Sustituir el actual sistema electoral binominal por uno de representación proporcional. Queremos desempatar una democracia empatada, en que la mayoría vale igual que la minoría. Queremos afirmar el principio de mayoría que es inherente a la democracia, con pleno respeto por las minorías. Se trata de acometer una reforma electoral de verdad que permita una representación razonable de todas las corrientes de opinión importantes del país. No estamos disponibles para una reforma electoral de tipo cosmético que consista, pura y simplemente, en agregar 2, 4, o 6 nuevas circunscripciones o distritos binominales adicionales.

Queremos un sistema electoral que, sin propender a la proliferación y atomización de los partidos, genere condiciones para una competencia efectiva entre las fuerzas políticas. Queremos que haya ganadores y perdedores en las elecciones. Nos parece nefasto prolongar el empate institucionalizado del sistema electoral binominal. Esa estructura de incentivos crea condiciones para una política elitista e inmovilista, la cual, a su vez, abona el terreno para el surgimiento de liderazgos personalistas y populistas y desprestigia el sistema democrático, el que no aparece como realmente competitivo.

El informe de la Comisión Boeninger y las múltiples iniciativas que hemos introducido desde 1990 en adelante, en esta materia, pueden servir de base para este cambio fundamental.

2. Avanzar hacia una efectiva descentralización política y administrativa del país. En este terreno, la ley de reforma constitucional N° 20.390, impulsada por el gobierno de la Presidenta Bachelet, y aprobada hace un año, constituye un avance innegable (incluye aspectos importantes como la elección de Consejeros Regionales por voluntad popular). Nos parece indispensable, sin embargo, que las posibilidades democratizadoras de esa reforma se materialicen pronto en cambios legales, traspaso de competencias y transferencia de recursos.

Impulsaremos en el Congreso Nacional las modificaciones legales que aseguren que los próximos consejeros regionales sean elegidos efectivamente en forma directa por los ciudadanos de las distintas regiones.

Junto con ello, impulsaremos una profunda reforma política y administrativa que contemple los siguientes aspectos:

2.1. Elección de un Gobernador Regional en reemplazo de las actuales Intendencias. Cabe recordar que estas últimas tienen su origen en las reformas borbónicas de fines del siglo XVIII, que establecieron una estructura político-administrativa fuertemente centralista, cuyas características fundamentales perduran hasta nuestros días.

Manteniendo las características de un estado unitario, sin que aparezcan –al menos hasta ahora- razones que justifiquen avanzar hacia la creación de un estado federal, somos partidarios que tanto los Gobernadores Regionales como los Consejeros Regionales sean elegidos por voluntad popular.

En cuanto al argumento comúnmente –y legítimamente- esgrimido, en cuanto al estatus que ello implicaría en relación a las fuerzas de orden y seguridad, y los temas relacionados de orden público y seguridad ciudadana, somos partidarios de crear una figura de delegado regional a cargo de las mismas, dependiente del recientemente creado Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

2.2. Transformar a los Municipios en auténticos gobiernos municipales autónomos. A pesar de que estos han experimentado numerosos cambios en una perspectiva de modernización, y que ya no son los Municipios del “aseo y ornato” que conocimos hasta los años 70, es necesaria una verdadera modernización que implique plantearse derechamente la autonomía de los gobiernos municipales. Ello implica una verdadera autonomía administrativa y financiera, dotando de facultades a dicho Municipio para fijar la planta administrativa, las remuneraciones de su personal, y el presupuesto comunal. Todo ello, en el contexto de una sana política fiscal, que vele adecuadamente por los equilibrios macro económicos básicos, que logre la compatibilidad y armonía entre la autoridad nacional y comunal respectivas.

La Ley de la Comuna Autónoma (1891) fue un gran paso en la dirección de la descentralización del país. Sin embargo, nuestra estructura política y administrativa sigue siendo fuertemente centralizada. Es hora de avanzar hacia un gobierno municipal verdaderamente autónomo.

2.3. Creación de nuevos Gobiernos Metropolitanos en aquellos casos de gran densidad o concentración poblacional cuyas características hacen insuficiente las estructuras de gobiernos regionales y comunales. Tal es el caso el Gran Santiago, Valparaíso-Viña del Mar y Concepción-Talcahuano.

2.4. Al mismo tiempo que los fortalecemos, necesitamos establecer mecanismos eficaces de control y fiscalización de las Municipalidades, para evitar la aparición de actos reñidos con la probidad y hacer más eficiente y más cercana su relación con los ciudadanos. Lo anterior significa reforzar y modernizar facultades fiscalizadoras de los Concejos Municipales y Contraloría General de la República. Ello permitirá avanzar, además, en el mejoramiento de sus mecanismos y estructuras de financiamiento, de manera que sea posible dejar atrás su dependencia del Estado central, lo que obviamente reduce sus márgenes de autonomía.

3. Revisión profunda del sistema de *quórum* –o “super-mayorías”- para reformas legales. No nos parece que para regular cualquier asunto de mediana importancia sea necesario reunir los 4/7 de los votos en ejercicio de diputados y senadores, como es el caso de las leyes orgánicas constitucionales, las que han proliferado de manera excesiva, desvirtuando el principio de mayoría. Tras el aparente objetivo de promover consensos, se ha terminado consagrando el veto de las minorías. En esas condiciones, los ganadores de las elecciones no pueden llevar a cabo los cambios requeridos por el electorado. Proponemos, por tanto, modificar el artículo 66 de la Carta Fundamental para sustituir la expresión cuatro séptimos por mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Resulta indispensable, además, revisar las potestades del Tribunal Constitucional, especialmente respecto del control preventivo, que lo convierte en un verdadero poder colegislador y contramayoritario, así como respecto de los mecanismos de elección de los jueces constitucionales.

4. Reforma del estatuto de los partidos políticos, asegurando una efectiva representación de los mismos. Queremos profundizar, revitalizar y modernizar la democracia, haciéndola más abierta y participativa. Eso significa, muy principalmente, mayor participación ciudadana.

4.1. Proponemos dictar una ley que establezca el mecanismo de primarias, públicas, abiertas y vinculantes, para los cargos de representación popular.

4.2. Somos partidarios de asegurar la democracia interna de los partidos políticos, garantizando a todos los militantes el derecho de incidir de manera regular y efectiva en la definición de las autoridades y de la línea política.

4.3. Para el logro de lo anterior proponemos crear una Superintendencia de Partidos Políticos y dotar de una efectiva autonomía al Servicio Electoral. Hay que robustecer los mecanismos de supervigilancia que, respetando la autonomía de estas asociaciones, aseguren la limpieza de los procedimientos electorales internos y la corrección en el uso de los recursos.

4.4. Proveer fuentes de financiamiento directo o indirecto, público y privado, para que estas colectividades puedan cubrir adecuadamente con su misión de contribuir a la formación de la voluntad colectiva y representar adecuadamente a la ciudadanía. Dicho financiamiento debe contemplar recursos para la tarea indispensable de la formación ciudadana, como un aspecto básico de la educación cívica.

4.5. Dotar al Servicio Electoral y a la ciudadanía de herramientas efectivas de fiscalización y control del gasto electoral, que constituye una fuente de desigualdad y una fuerte de barrera de entrada para nuevos actores políticos.

5. Eliminación del Consejo de Seguridad Nacional, y del título correspondiente de la Constitución Política del Estado. De alguna manera, dicha institución es una manifestación de la ideología que inspiró a la Constitución de 1980. Adicionalmente, un estado democrático de derecho cuenta con instituciones adecuadas para velar por la seguridad nacional, que es responsabilidad de todos.

6. Creación de un Consejo Económico-Social con rango constitucional, que permita una vinculación permanente del gobierno y el parlamento con la sociedad organizada, de manera que se enriquezca el debate democrático y se mejore la representación de la sociedad en el proceso de toma de las grandes decisiones políticas, sociales y económicas del país.

7. Creemos indispensable el establecimiento de una acción de protección de todos los derechos garantizados por la Constitución, de carácter contencioso- administrativo, ante un órgano dotado de suficiente autonomía e imperio, y con un procedimiento que haga posible amplios procesos de mediación entre la Administración y los ciudadanos.

8. Somos partidarios de fortalecer derechos sociales fundamentales actualmente recogidos en la Constitución, como los de Educación, Salud, Seguridad Social, y Derechos Laborales como el fortalecimiento de la sindicalización, negociación colectiva y derecho a huelga, incorporando algunos nuevos, como la protección de los consumidores y de los usuarios. Lo anterior supone desideologizar un orden público económico que, en la Constitución que nos rige, da cuenta de una marcada impronta neoliberal. Junto con ello, debe establecerse el carácter de bienes públicos de algunos de los derechos sociales fundamentales que hemos mencionado.

9. Impulsaremos un mecanismo democrático para resolver las vacancias producidas en el Senado y la Cámara de Diputados, que puede consistir en elecciones complementarias, o en la elección de cargos titulares y suplentes, como ocurre en países como Uruguay, Brasil y México.

D. PROPUESTAS PROGRAMÁTICAS PARA UNA CONVERGENCIA SOCIAL Y POLITICA. HACIA LA SUPERACION DE LA DESIGUALDAD Y EL ABUSO (FRAGMENTOS) ¹⁰

Los enclaves autoritarios, la baja participación ciudadana en la política, la desigualdad social y la carencia de derechos laborales básicos, son los principales obstáculos para el desarrollo del país.

Buscamos conformar una amplia unidad de la Oposición, que permita desplazar a la Derecha del gobierno y abrir el camino a un gobierno diferente, que profundice la insuficiente democracia actual en la perspectiva de transformaciones más profundas.

En esa dirección, construir una plataforma programática que sintetice los asuntos centrales en debate y sobre los cuales una Nueva Mayoría Social y Política alcance una mirada común resulta esencial.

Planteamos que son siete los ejes programáticos que pueden marcar el compromiso de las fuerzas de una oposición unida ante el país, que den cuenta de las grandes ideas fuerza que inspirarán su acción y de las principales orientaciones que enmarcarán los desafíos a abordar en un período tan breve como son 4 años de gobierno.

1. Las indispensables Reformas Político Institucionales para profundizar la democracia
2. Las necesarias y urgentes Reformas Laborales
3. La redefinición del papel del Estado en la Economía y la Sociedad, incluyendo su financiamiento
4. Políticas para el desarrollo regional con equidad territorial, sustentabilidad y protección medioambiental.
5. El aseguramiento de sus derechos fundamentales a todos los chilenos y chilenas.
6. Regionalización en Chile. Una mirada crítica a sus contenidos y proyecciones
7. La revisión de nuestra política exterior, con una vocación latinoamericana.

¹⁰ N. del E.: Documento elaborado por el Partido Comunista con ocasión de las elecciones primarias del 30 de junio de 2013 de la coalición Nueva Mayoría. Se han eliminado los énfasis del documento original.

En esta mirada, los comunistas chilenos entregamos al Comando de la Candidata a la Presidencia de la República Michelle Bachelet, nuestra Candidata, las propuestas que consideramos prioritarias para la gestión de un Gobierno Democrático en el período 2014 – 2018.

1. REFORMAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES PARA PROFUNDIZAR LA DEMOCRACIA ¹¹

1.1 El Estado no es sino la organización política de la sociedad, del que la Constitución Política es su estatuto jurídico superior. El Estado expresa la correlación de fuerzas entre las distintas clases, capas y categorías sociales existentes en la sociedad, correlación que determina el tipo de Estado, vinculado al sistema económico y social vigente, ya sea éste transicional o más menos permanente. La Constitución organiza la forma de ese tipo de Estado. Por consiguiente la Constitución contiene no sólo los derechos y deberes esenciales de los ciudadanos y, recíprocamente, los derechos y deberes de la autoridad, sino que además consagra las bases del modelo económico, la propiedad de los recursos naturales y la organización de los poderes públicos incluidas las Fuerzas Armadas. Contiene elementos de orden ideológico y material. Razonamiento y fuerza. Hegemonía de las ideas y control material, es decir los fundamentos del poder político. Podemos afirmar que, en lo esencial, la Constitución que nos rige hoy día consolida y asegura la subsistencia del modelo neoliberal imperante en nuestro país desde la dictadura.

El país de hoy no es el mismo de tiempos de la dictadura pero tampoco el de 5 años atrás. El de hoy es el país que pide cambios, que anhela el fin de la transición, un acuerdo para democratizar a fondo la vida política y social y sustituir el actual modelo económico por uno de justicia social. Las ideas básicas se resumen en nueva institucionalidad política, nueva organización económica y garantía de todos los derechos y deberes ciudadanos.

En tal sentido, sin perjuicio de impulsar y hacer cursar las necesarias reformas que apuntan en la misma dirección (reforma educacional, laboral, tributaria, entre otras), el objetivo insoslayable de un Gobierno que pretenda avanzar en la profundización de un régimen democrático en Chile es el cambio de estatuto jurídico del Estado, es decir una Nueva Constitución.

¹¹ Preparado por Eduardo Contreras y Patricio Palma

1.2 Desde los más diversos sectores políticos democráticos fluyen propuestas de contenido para lo que será la nueva carta magna. Todas coinciden en la necesidad de romper los candados del autoritarismo que todavía contiene la carta del 80 como cuestión indispensable para hacer posible los cambios. Como con razón ha dicho el profesor Pablo Ruiz Tagle, el punto central dice relación con el derecho de propiedad.

Sin agotar el listado de contenidos a establecer en la nueva Constitución, los comunistas concordamos en que se debe establecer al menos:

- a) un parlamento unicameral elegido proporcionalmente en relación al número de habitantes, eliminando toda discriminación para postular a dichos cargos;
- b) reemplazo del sistema electoral binominal por uno representativo proporcional que considere, además, los necesarios resguardos para la representación de las regiones, de la diversidad de género y étnica.
- c) eliminación de la exigencia de quórum calificados para reformas sustantivas.
- d) fin al autoritarismo presidencial y revisión de los mecanismos de elección, derechos y deberes de las autoridades del Banco Central, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República. Supresión o reemplazo del Consejo de Seguridad Nacional.
- e) redefinición del papel de las FFAA y de Orden, su estatuto formativo, sus derechos, atribuciones y deberes ¹². Supresión de toda referencia a la llamada “doctrina de la seguridad nacional”.
- f) obligación de cada parlamentario de rendir cuenta periódica de su labor a sus electores, incluida la facultad de éstos, regulada por ley, para removerlos por grave incumplimiento de sus deberes o la comisión de ilícitos;
- g) limite los períodos de reelección de autoridades;
- h) fin al secretismo parlamentario;
- i) incorporar efectiva regulación de la relación entre el dinero y la política, incluyendo financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales, así como la regulación de los aportes privados a su actividad.

¹² Tenemos en cuenta la formulación desarrollada en su momento por el General Carlos Prats G., entonces Comandante en Jefe del Ejército de Chile: “Una nueva Carta Fundamental debiera precisar su misión permanente de garantizar la soberanía nacional en el ámbito geo económico y su misión eventual de participar en el resguardo del orden interior, todo ello sujeto a las directivas del Poder Ejecutivo”. Entrevista a la revista Chile Hoy, el 26 de noviembre de 1972

- j) garantizar de modo efectivo la obligación del Estado en relación a los derechos humanos, al trabajo, a la sindicalización, a la educación, la salud, la vivienda y la previsión social, a vivir en un medio ambiente sano, a participar sin restricciones en la actividad política y social y a expresar libremente sus ideas y ejercer los derechos y libertades individuales, todo lo cual debe estar respaldado por el derecho constitucional de protección en todos los casos, sin las exclusiones actuales;
- k) revisión y redefinición de la función social de la propiedad así como de las atribuciones del Estado en la vida económica y social de la nación. Sustitución del carácter subsidiario del Estado por una concepción democrática y social solidaria, que afirme el rol central del Estado como garante de los derechos sociales y del desarrollo armónico de la Nación.
- l) reafirmación sin restricciones del derecho de propiedad nacional de los ricos recursos naturales de toda índole que tiene nuestro país (mineros metálicos y no metálicos, acuíferos, pelágicos, y energéticos).
- m) definición del carácter de Estado plurinacional y multicultural de nuestro país, y reconocimiento a todos los derechos de los pueblos originarios en el ámbito social, político, territorial, religioso, cultural y económico, con pleno respeto de los Tratados Internacionales;
- n) fin de toda legislación represiva contra los movimientos sociales;
- o) posibilitar la iniciativa ciudadana de ley y establecer y regular el plebiscito vinculante para resolver contradicciones en asuntos de fondo de la vida nacional;
- p) establecimiento del derecho a voto de todas las chilenas y chilenos que viven en el extranjero sin limitaciones de ninguna especie.
- q) Reforma del Estado en dirección a una efectiva descentralización, que incluya la elección directa de los Jefes de Gobierno Regionales y de los CORES
- r) Garantizar el ejercicio de derechos y libertades personales, entre ellos el respeto de los derechos sexuales y reproductivos; el reconocimiento y protección de los distintos tipos de familia; el reconocimiento de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo o heterosexuales y la unión civil entre parejas del mismo sexo; el reconocimiento legal de la identidad de género; derecho a vivir sin violencia motivada por cualquier tipo de discriminación.

s) Garantizar plenamente la libertad de expresión y, a la par, el derecho a una información plural, veraz y transparente, estableciendo las condiciones para democratizar el actual sistema, que ha permitido concentrar en pocas personas o empresas, nacionales o extranjeras, el control de los medios de comunicación masivos¹³.

1.3 ¿Cómo avanzar a la Nueva Constitución y a una Asamblea Constituyente dada la institucionalidad que nos amarra? En las actuales condiciones políticas, no es irrelevante la forma de realizar el cambio de Constitución. No resulta extraño que desde diversos sectores de la ciudadanía, incluidos numerosos partidos políticos, haya surgido la iniciativa de que el cambio constitucional debe nacer desde una Asamblea Constituyente. Suscribimos ese anhelo ciudadano, en la medida que asegura la más amplia participación democrática en la generación e implementación de la transformación política más importante que aspiran realizar las fuerzas de la oposición unida.

Creemos que es posible, en el marco actual, que, por vía del decreto supremo presidencial o de una ley sin quórum calificado, pueda convocarse a una Asamblea Ciudadana cuyo objetivo sea establecer un anteproyecto de Nueva Constitución. El decreto, o la ley en su caso, definirán el número de componentes de esta asamblea y el modo de elegirlos de forma democrática y pluralista a fin de asegurar la participación de todos los sectores nacionales sin exclusiones. Dicha asamblea podría contar con un comité simplemente asesor integrado por representantes especializados de las universidades y de otras instituciones.

Concluida su labor, que tendrá fecha acotada, ese texto deberá someterse a una amplia discusión ciudadana entre las diversas organizaciones del país. Esto es lo más importante, garantizar una amplísima discusión nacional, que involucre a todas las organizaciones sociales y políticas del país: la CUT y los sindicatos, las federaciones de estudiantes secundarios, técnicos y universitarios, las juntas de vecinos, las asambleas regionales, la diversidad de organizaciones territoriales, los partidos políticos, los colegios profesionales, las asociaciones de empresarios, los municipios, etc. De suerte que se concluya en un documento conocido por todos y que haya recogido las observaciones y sugerencia de la base social.

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Dicho debate obligatorio no podrá exceder de 6 meses y concluirá con una nueva reunión de la Asamblea que, con el aporte del debate, procederá a elaborar el proyecto definitivo. Ese proyecto - que tendrá la legitimidad de haber sido la propuesta constitucional más democrática en su origen y desarrollo en toda la historia constitucional de Chile – podrá finalmente ser sometido a un Plebiscito, para lo cual el Ejecutivo deberá enviar al Parlamento un Decreto Supremo que no pueda ser declarado inconstitucional ¹⁴.

1.4 El procedimiento que formulamos, que parte con la elección democrática y ciudadana de una asamblea que podemos considerar “pre-constituyente” tiene la ventaja que inicia un proceso profundamente democrático y participativo de modo de generar una carta fundamental respaldada por las más amplias mayorías.

En cuanto al primer paso, desde luego, como dijimos, la asamblea puede ser convocada por simple decreto supremo o, si se considera mejor, por una ley que no requiere mayorías especiales por cuanto no está convocando a concretar una nueva Constitución, sino a conformar por elección popular, a los representantes que trabajarán un anteproyecto. De este modo, todo cuestionamiento jurídico desaparece. No se transgrede norma alguna y la asamblea puede iniciar sus deliberaciones porque no son vinculantes.

Lo importante es que se da comienzo real al proceso. Por otro lado, la posibilidad de contar además con una comisión técnica asesora no sólo tendría ventajas respecto de la rigurosidad del trabajo sino que además proyecta una imagen objetiva de amplitud al proceso.

En cuanto al segundo paso, esto es el traslado del anteproyecto poniéndolo a la consideración de la comunidad nacional organizada, ello permite desde luego educar a la población respecto de qué es una Constitución, para qué sirve, porqué es de interés para cada habitante. Pero además permite escuchar a la ciudadanía. Que terminen aprobando o rechazando un texto que conocen bien porque de un modo u otro han participado en su gestación. Luego debe procederse a que la secretaría de la asamblea, o la comisión asesora en su caso, recojan las observaciones y propuestas de la base social, de modo que la asamblea, al volver a reunirse, decida cuáles de esas observaciones deben incorporarse al

¹⁴ Véase, entre otras, la posición del abogado Fernando Atria (integrante del Comando de M. Bachelet), El Mercurio, 31/5/2013, C4

proyecto. Se trata pues de un rico proceso de intercambio de ideas y propuestas, de absoluta participación ciudadana.

En cuando al tercer paso, es decir la aprobación o rechazo del proyecto mediante plebiscito, ello nos coloca en el escenario que hoy plantea la tesis de Fernando Atria. Es decir la discusión acerca de la viabilidad de convocarlo mediante simple decreto supremo. Pero la diferencia sustancial es que para entonces se habrá llevado a cabo un proceso democrático de masas que, acompañado de la movilización social, instalará la propuesta con una fuerza ciudadana determinante, que hoy aún no tiene. En esas circunstancias es más probable que el plebiscito pueda imponerse políticamente.

Finalmente digamos que si bien es cierto que la Constitución por sí sola no resuelve todos los problemas sociales ni garantiza la estabilidad democrática a perpetuidad, es un factor decisivo para lograrlo.

* * *

3. UN NUEVO ESTADO PARA UN NUEVO MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL ¹⁵

3.1 El Estado definido por la Constitución del 80 no reconoce los valores responsabilidad social y la solidaridad colectiva. El Estado neoliberal tiene por finalidad asegurar la libertad económica de los grandes empresarios y establecer el papel subordinado o “subsidiario” del estado, sin importarle, las desigualdades, las injusticias, los abusos y las vulnerabilidades macroeconómicas, resultantes de la aplicación de este modelo. Para cumplir con la responsabilidad social y la solidaridad colectiva, numerosas normas de la actual Constitución deberán ser derogadas, modificadas eliminadas o reemplazadas, como por ejemplo, para reestablecer el principio de que la propiedad privada no es absoluta ni está por encima de otros valores superiores, como la responsabilidad social y la solidaridad colectiva. De allí “la función social” que la propiedad privada debe cumplir y los límites a que está sujeta. De aquí también se deduce la necesidad de que el estado esté facultado para expropiar, o crear empresas estatales o públicas, a través de Corfo y otras instituciones centrales o entidades públicas como gobiernos regionales, municipalidades, o aportar recursos a cooperativas u otras empresas sin fines de lucro, con el fin de diversificar la propiedad

¹⁵ Preparado por José Cademártori, con la colaboración de Diego Polanco y Felipe Correa

empresarial. Es necesario dotar al Estado de la capacidad de emprendimiento económico, entendido en el amplio sentido del término ¹⁶).

- 3.2** El nuevo modelo implica una nueva estrategia “orientada a la industrialización y productividad con valor agregado”¹⁷. Como es sabido, esta antigua aspiración no ha pasado hasta ahora de buenos deseos. Los tecnócratas neoliberales han impuesto su veto a una política industrial definida, sosteniendo que la asignación de los recursos debe ser una atribución del mercado y los privados. Por ejemplo, el modelo neoliberal ha permitido a las transnacionales que se han adueñado de la mayor parte de nuestros grandes yacimientos minerales, negarse a industrializar nuestro cobre y se han limitado a la exportación de mineral en bruto¹⁸. Por consiguiente, es necesario construir en nuestro país, las capacidades para refinar, procesar sus metales asociados y elaborar productos de cobre, (planchas, cables, perfiles, alambres, etc.); también se debe manufacturar insumos químicos, medios de transporte, procesos tecnológicos comercializables, etc. Un proyecto estatal de extracción y elaboración industrial del litio debiera ser un compromiso concreto en esta línea. Así también la formación de una empresa nacional de energía, donde el énfasis esté en las fuentes de energía renovables. La autorización de inversiones extranjeras en la minería, así como en otros casos de materias primas naturales, debiera condicionarse a estos objetivos. Codelco y Enami deben dar pasos significativos en tal dirección.
- 3.3** El modelo neoliberal, especialmente en su fase transnacional, ha fomentado un crecimiento desmesurado del sistema financiero, también en Chile. Hoy se reconoce que esta expansión deformada se hace a costa de un endeudamiento insostenible de hogares y empresas pequeñas y medianas (llamadas en general Empresas de Menor Tamaño, EMT), mediante una concentración excesiva de grandes capitales y la formación de oligopolios que se expanden a diversas actividades y que encarecen el crédito por diversos expedientes. Esta mal llamada “industria financiera”, fuente de lucros especulativos y a menudo fraudulentos, ha sido la causa de colapsos económicos que han golpeado a numerosos países. Ha fomentado la ganancia rápida y fácil, en desmedro de la inversión productiva, sólida, pero de largo plazo. Una de sus consecuencias ha sido la fuga de capitales hacia los llamados “paraísos fiscales” donde se ocultan para evitar fiscalización y el pago de impuestos. Se estima que, en el caso chileno, no menos de 105.000 millones de dólares se encuentran en esa condición. Por tanto es necesario revisar la legislación vigente, establecer mecanismos de regulación y control y reorientar los recursos financieros que manejan la banca, las AFP, las

¹⁶ El Art. 19 N° 21 de la Constitución señala “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

¹⁷ Véase “Compromisos para el Chile que queremos”, Comisión Programa Convergencia Opositora, enero 2013

¹⁸ Entre 2003 y 2012 los embarques de cobre en el total de exportaciones representaron en promedio el 55.5%, El Mercurio, 7 de junio 2013, B2

compañías de seguros y los fondos mutuos de inversión, hacia inversiones productivas de interés nacional, las EMT y los proyectos de mayor rentabilidad social y nacional. La creación de un Banco de Desarrollo estatal con un amplio acceso a recursos financieros para proyectos de largo plazo de interés nacional puede ser de gran ayuda.

- 3.4** En materia financiera un acápite adicional merece la política y normativa del Banco Central. Su “autonomía” es considerada como uno de los pilares del sistema neoliberal, sin importar su necesaria coordinación con la autoridad superior del ejecutivo, para evitar contradicciones o visiones diferentes de la perspectiva económica. Su normativa lo ha limitado a colocar el manejo de la política monetaria exclusivamente en función del riesgo inflacionario, dejando de lado otras variables tanto o más importantes como los peligros de recesión y particularmente del desempleo. El Banco Central se ha convertido en el “prestamista de última instancia”, exclusivo para la banca o financistas privados, prohibiéndole en cambio al poder ejecutivo utilizar también esa franquicia en las mismas condiciones. Una tercera falla grave es el hecho que ni el Banco Central ni la Superintendencia controlan que una baja de la tasa de interés de política monetaria y otras facilidades que se le otorgan a los bancos privados, sean traspasadas a sus clientes, especialmente en el caso de las EMT. Por último, una crítica reiterada al Banco Central es su manejo de la política cambiaria. Ante la ofensiva devaluatoria del dólar seguida por la Reserva Federal y recientemente del yen por Japón, que causan graves perjuicios a la agricultura de exportación y a diversas otras industrias que intentan exportar, así como otro sector industrial que intenta competir con importaciones subsidiadas con un dólar barato. El Consejo del Banco, amparado en su autonomía, ha desoído estos justos reclamos. A diferencia de varios países afectados que han reaccionado, defendiendo el interés nacional, el Banco Central de Chile, justificándose en una desgastada teoría sobre el mercado libre, se ha negado a adoptar a intervenir en los movimientos de capitales especulativos que influyen negativamente en el precio de las divisas.
- 3.5** Compartimos la afirmación contenida en el documento elaborado por la comisión programática de la Oposición en cuanto a que “el nuevo modelo económico que propiciamos exige una política pública, orientada al”...”ejercicio pleno de la soberanía económica sobre sus recursos renovables y no renovables”... incluyéndose entre ellos “los mineros, pesqueros, hídricos, forestales y energéticos”, para lo cual, por razones ecológicas entre otras, es necesario establecer royalties a su exportación. Hay que explicitar al respecto, la necesidad de eliminar en la actual Constitución las disposiciones que contradicen o limitan “el ejercicio pleno de la soberanía económica”, como es, por ejemplo, la llamada “concesión plena” engendro conocido como “la ley (José) Piñera” o disposiciones contenidas en el DL 600; o también en el caso de las normas relativas al uso de las fuentes de agua e incluso la reciente ley de pesca que prorroga de forma indefinida los derechos o cuotas de pesca a favor de un puñado de

grandes empresarios. En particular, sostenemos la necesidad imperiosa de fortalecer CODELCO, como gran empresa estatal proveedora de parte significativa de los ingresos fiscales. Pero, no se trata sólo de cambios constitucionales o legales. También hay numerosas disposiciones que se encuentran entre las facultades presidenciales que se pueden ejercer desde un comienzo, a ser incluidas entre los compromisos concretos a contraer con la ciudadanía, al estilo de las muy apreciadas “40 medidas” impulsadas por el Presidente Allende. Algunas de ellas dicen relación, por ejemplo, con facultades fiscalizadoras a ser ejercidas por entidades públicas como la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco), no utilizadas hasta ahora.

- 3.6** Estas propuestas son parte de un programa de transformaciones para un nuevo estado y un nuevo modelo de desarrollo que puede comenzar a realizarse en los próximos cuatro años, aunque también forma parte de un cambio más amplio y profundo que requerirá más tiempo, cuyas perspectivas pueden ser concordadas por la Nueva Mayoría. Del mismo modo, entendemos que el nuevo modelo comprende otros asuntos que se tratan en los otros ejes de este documento, como son la Reforma Tributaria, las Reformas Laborales, la consagración de los derechos sociales, el desarrollo regional y el medio ambiente. De esto también se deduce la necesidad de un organismo de coordinación y programación estratégica que asegure la acción conjunta y complementaria de los organismos gubernamentales para el cumplimiento del programa.
- 3.7** Demás señalarlo, un Estado como el propuesto deberá promover y realizar una estrategia de integración y cooperación con los países de América Latina bajo parámetros distintos a los de la globalización transnacional. Los ejemplos de colaboración entre países, como UNASUR o el ALBA, iniciativas como el Banco del Sur y sistemas de cooperación económica y social como la CELAC ponen de manifiesto las inmensas potencialidades que ello tiene. Los acuerdos de libre comercio (TLC) suscritos por Chile con muchos países del mundo deben aplicarse resguardando los intereses de los productores nacionales.
- 3.8** Un Estado que juegue este papel - solidario y ya no más subsidiario - requiere disponer de los recursos provistos por una Reforma Tributaria de verdad, que provea al menos los recursos que estableció la Comisión Técnica de los partidos de la Oposición en su documento de abril de 2012 ¹⁹. Como allí se indica, dicha reforma debe sustentarse en el principio que quienes tienen más o perciben mayores ingresos, aporten más a los recursos fiscales necesarios para solventar el gasto social. Al respecto, pensamos que hoy además es posible elevar la tasa del impuesto a la renta a las empresas de 1ª Categoría a un nivel superior a 20% actual y avanzar a la supresión del esquema de

¹⁹ Esta propuesta se plantea elevar la carga tributaria entre 3 y 4 puntos del PIB, reduciendo además el carácter regresivo de la estructura tributaria actual. El monto efectivo de estas medidas podría superar los 9.000 millones de dólares.

integración del actual sistema, que permite que el impuesto de las empresas opere como crédito del Global Complementario de los propietarios o accionistas de ellas.

* * *

5. EL ASEGURAMIENTO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES A TODOS LOS CHILENOS ²⁰.

5.1 Vivir en la vigencia plena y permanente de los Derechos Humanos frente a toda actuación irregular de agentes represivos del Estado. Garantizar el fin de la impunidad con Verdad y Justicia.

5.1.1 Las violaciones a los derechos humanos cometidas bajo la dictadura cívico- militar (11.09.1973 – 10.03.1990), representan una tarea pendiente, que hasta el día de hoy es transversal al conjunto del país. La magnitud del terrorismo de estado, la complicidad cívico militar en la materialización del exterminio, la complicidad en el pacto de silencio y la implementación de políticas de consenso han impedido que se haga efectiva la demanda de verdad y justicia. La actual situación de impunidad, la presencia de una serie de leyes heredadas de la dictadura y la promulgación de otro cúmulo de normas han permitido no solo garantizar la impunidad a la inmensa mayoría de los genocidas (civiles y militares), sino también han facilitado la implementación de medidas represivas por parte de un estado que no ha depurado su institucionalidad, sus fuerzas armadas y que ha permitido que muchos de los violadores de derechos humanos , sobre todo civiles, jamás hayan respondido por el genocidio del cual son responsables.

Desde el año 1990, hemos manifestado que la demanda de verdad y la justicia es fundamental para el avance del país, somos quienes, en enero de 1998, presentamos la primera querrela criminal en contra de Augusto Pinochet, no solo porque fuimos el Partido más perseguido en dictadura, sino, porque tenemos la clara convicción que se debe dar cumplimiento a lo que indica un cúmulo de normas internacionales de derechos humanos que apuntan al nunca más, ellas tienen como objetivo establecer una conducta en la comunidad internacional, obligándola a hacerse responsable y parte de la persecución de los genocidas responsables de estos crímenes, aunque no se hayan cometido en su propio territorio; ese mismo cúmulo de normas legales que conforman el derecho internacional humanitario se indica que aquellos países que han sufrido del Terrorismo de Estado, deben

²⁰ Preparado por Lorena Pizarro, Pdta. de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos

establecer como una de sus tareas fundamentales, en los Gobiernos democráticos que les sucedan, asumir estos tratados como propios y por tanto implementar todas las medidas (judiciales, reparatorias y de memoria, entre otras) para evitar la repetición de los mismos.

5.1.2 Proponemos implementar las siguientes medidas por parte del Estado de Chile.

- a) Envío de un Proyecto de Ley que declara la nulidad de Derecho Público del Decreto Ley N° 2191 de 1978, de Amnistía ²¹.
- b) Envío de un Proyecto de Ley que derogue la Ley N° 18.314 Antiterrorista y sus posteriores modificaciones.
- c) El Estado de Chile debe poner fin a la existencia de los Penales Punta Peuco y Cordillera, en donde cumplen pena los violadores de derechos humanos y estos deben ser destinados a cárceles comunes, para cumplir efectivamente sus condenas.
- d) El Estado de Chile debe poner término a la Ley del Secreto, que oculta el nombre de los torturadores por cincuenta años. Ley emanada del Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura.
- e) Para impedir la aplicación de la Prescripción y Media Prescripción en causas de Violaciones de Derechos Humanos a los perpetradores de estos delitos, solicitamos poner suma urgencia al Proyecto de Ley que interpreta el artículo 93 y 103 del Código Penal, que actualmente se encuentra radicado en el Senado de la República.
- f) Solicitamos el envío de un Proyecto de Ley que ratifique que los Crímenes de Guerra no están sujetos a amnistías, ni a indultos de ningún tipo (la legislación chilena hoy solo contempla la imprescriptibilidad de estos delitos).
- g) Demandamos el término de la Justicia Militar, así como el término del fuero de impunidad que se otorga a Carabineros de Chile.
- h) El Estado de Chile debe garantizar la existencia de una institucionalidad que se haga cargo de la recepción de denuncias de las víctimas del genocidio de manera permanente, estableciendo vía proyecto de Ley las condiciones para dar cumplimiento a esta iniciativa. En esta misma dirección se debe extender la función que cumple el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, referida a perseguir la responsabilidad penal en las causas de tortura (hoy lo hace en casos de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos).
- i) Establecer como obligatoria la asignatura de derechos humanos, en todos los niveles de educación en nuestro país, incluyendo las escuelas de formación de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

²¹ De una mesa de trabajo conformada por representantes de la Concertación, abogados de derechos humanos y agrupaciones de Familiares se elaboró un Proyecto de nulidad, que ingresó al Senado el 21 de abril de 2006, Boletín 4162-07

- j) Se debe avanzar en la aprobación del Proyecto de Ley que crea el Defensor del Pueblo u Ombudsman, teniendo como fundamento, en la aprobación de su articulado los Principios de París.
- k) En los últimos años la falta de voluntad política para dialogar y avanzar en la búsqueda de soluciones a las demandas de las organizaciones mapuches, solo han generado la agudización del conflicto, con la consiguiente carga de represión y asesinatos a comuneros mapuches. Es por eso que resulta fundamental establecer iniciativas que permitan asegurar transformaciones en las áreas de reformas institucionales, derechos políticos y reparación histórica. Para avanzar en la construcción de un Estado Plurinacional y multicultural, que dé cumplimiento a las obligaciones del Estado de Chile referido a los tratados internacionales de pueblos originarios.
- l) Establecer condiciones que permitan avanzar en la inmediata libertad de los Presos Políticos Mapuches. En esta misma dirección, se debe terminar con toda forma de represión a las justas demandas de los pueblos originarios, especialmente se debe terminar con la ocupación de las comunidades mapuches por parte de Carabineros de Chile como respuesta de los Gobiernos.

* * *

E. IDEAS PARA UN CHILE MÁS DIGNO (FRAGMENTOS)²²

* * *

I. BASES PARA UNA DEMOCRACIA SOCIAL

1.1 INTRODUCCIÓN

Salimos recién de una elección municipal con voto voluntario que tuvo una alta abstención. Independientemente del aumento del número de posibles votantes, lo concreto es que el total de votos emitidos disminuyó, lo que marca un hito. Dicha participación bajo de un 58,9% a un 41%.

En realidad este porcentaje es parecido al de otros países latinoamericanos pero muy lejanos al de países desarrollados en elecciones locales. (61,4% Italia; 53% Países Bajos; 51% Francia). Las razones para no ir a votar son generalmente tres: 1) Razones económicas o personales de tiempo 2) Desinterés o desconocimiento 3) Crítica al sistema. Siendo la segunda la más reconocida. Cuando se habla de una crisis en las instituciones precisamente nos referimos a los dos segundos puntos, los cuales un 60% fácilmente se declara sin ninguna tendencia política alguna. Esto no quiere decir que no deseen participación o no les preocupa el resto, sino que simplemente desconfían del actual sistema y buscan otras alternativas.

El análisis empeora al saber que en las comunas ricas la participación bordea el 40% y en las pobres apenas supera el 30 %, lo cual es claramente un problema constitutivo de desigualdad.

Esta desafección se demuestra en desconocimiento. El 88% de los jóvenes no saben que en su distrito hay dos diputados. El 60% no sabe el sistema de elección de concejales y muchos creen que es el Sistema Binominal. El 54% de los jóvenes no sabe qué sistema se usa en las presidenciales.

Chile tiene una democracia, el cual es un sistema en constante desarrollo. Pero una cosa es la consolidación de una democracia formal en base a elecciones, rotación de gobernantes

²² N. del E.: Documento preparado por el Partido Radical Socialdemócrata con ocasión de la campaña de don José Antonio Gómez Urrutia para las elecciones primarias de. 30 de junio de 2013.

demostrada, reglas y separación de poderes como tenemos hoy, y otra cosa es la calidad de dicha democracia, que es la variable clave para su éxito y consolidación como sistema político de manera estable.

La esencia de esta calidad en Chile es baja. ¿Y por qué? La calidad de la democracia se basa en tres indicadores: 1. Respeto a los Derechos Humanos y el Estado de Derecho. 2. Espacios de participación real y vinculante y 3. Capacidad de respuesta del Estado a las problemáticas. En las tres variables tenemos problemas. En la primera tenemos serios déficit en Derechos Humanos y una Constitución cuyo origen es un Decreto (el 3646) y no el poder constituyente originario, que no es el parlamento. En lo segundo, porque la esencia de nuestra democracia es delegativa: transfiere el poder a una autoridad a partir de las elecciones pero no existe una rendición de cuentas vertical entre estas y la ciudadanía durante sus mandatos, lo cual lógicamente hace bajar la confianza en el sistema. Y en lo tercero por la calidad de las políticas públicas que en Chile requiere una profunda revisión desde el punto de vista de los criterios en que se evalúan.

En base a este marco conceptual, a continuación relatamos nuestros principales énfasis para lograr mejorar sustancialmente la calidad de nuestra democracia.

1.2 ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Un aspecto fundamental para la calidad de la democracia tiene que ver con el origen, y legitimidad, del Estado de Derecho. La Constitución es fundamental dentro de este aspecto y es la base esencial para la consolidación de un pacto social.

Aparte de la legitimidad de la Constitución, aspecto fundamental de cualquier argumentación, es necesario también señalar que hoy señala diversos elementos negativos, muy difíciles de cambiar. En un primer lado consagra el principio subsidiario del Estado ya que lo hace competir siempre en condiciones asimétricas en la economía. Por otra parte establece el principio de Seguridad Nacional en áreas como la economía o la educación, siendo el rol de las Fuerzas Armadas tutelar por este principio. Además establece una serie de Leyes Orgánicas que regulan diversos aspectos como el tema electoral, que necesitan de quórumos calificados difíciles de lograr con la composición política actual.

El debate se ha centrado en el cómo redactar esta Constitución. Nosotros creemos que debe realizarse a partir de una Asamblea Constituyente, una instancia representativa, extraordinaria y temporal que elabora una Constitución. Sus miembros son elegidos en consulta popular y tienen el llamado poder constituyente, con la capacidad de generar la institucionalidad básica de un Estado y de ordenar y reducir a la unidad toda serie de relaciones sociales en pos de su redacción.

Hoy comprendemos que el requisito fundamental para llegar a realizar una Asamblea Constituyente es la articulación social. Cualquier medida institucional requiere de esta condición. El poder constituyente originario es siempre un poder que reside en el pueblo, que devuelve la capacidad de agencia a cada ciudadano. Desde nuestra candidatura queremos tomar el rol que nos corresponde de apoyar esta iniciativa desde la instancia presidencial.

El foco principal de esta articulación es, ahora, la realización de un Plebiscito. Ésta institución debería ser la capaz de tomar la decisión si la ciudadanía quiere o no realizar una Asamblea Constituyente. Nosotros no proponemos directamente hacer una, sino que queremos que dicha decisión la tome la ciudadanía. Es por esto que nos comprometemos directamente a apoyar toda iniciativa que vaya en esa dirección, tales como la urna extra, el marcado de papeletas o el decreto presidencial.

Especial mención requiere el último punto señalado ya que denota un compromiso presidencial directo. Una tercera opción es que el Presidente convoque a Plebiscito.

Sin embargo, para esta causa sería inconstitucional, dado que la causa no está expresa en nuestra Constitución: “Sólo podrá convocarse a una votación popular para las elecciones y plebiscitos previstos en esta constitución” (Inciso 2 Artículo 15).

Ahora bien, se han planteado ciertas vías legales, en este sentido, de lograrlo. Cabe recordar que el Artículo 5 plantea que: “la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio” Esto está limitado solamente a lo expresado en los artículos 117 y 119, y que hace alusión a reformas constitucionales pero derivadas del mismo Poder

Constituyente que implica nuestro actual proceso legislativo, delimitando entonces la creación del proceso.

Bajo este supuesto, si el Ejecutivo dicta un Decreto llamando a plebiscito aparte para una Asamblea Constituyente, quién debería declararlo ilegal debería ser el Tribunal Constitucional y no Contraloría. Este tiene las funciones de “resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito sin perjuicio de las atribuciones que correspondan” (Inciso 5 del Art. 93). Sin embargo, esto se presentaría solo en el caso de que existan las condiciones. Dado que esto podrá someterse a discusión del Tribunal a requerimiento del Senado o la Cámara hasta 10 días de la publicación de dicho decreto esto, esto depende del reclamo de ellos, por lo que depende en la práctica de un apoyo mayoritario del legislativo, razón por la cual abogamos por ganar las Primarias y conformar un pacto parlamentario sólido.

1.3 DERECHOS HUMANOS

En muchos años el tema de los Derechos Humanos ha sido ocaído desde de la esfera de las violaciones y torturas durante los años de la Dictadura. Sin duda en este aspecto aún son varias las medidas necesarias para verdaderamente avanzar en una reconciliación real. Ella se producirá cuando realmente exista un reconocimiento de las partes, y hoy, una de las partes culpables, carece de dicho requisito. No hay reconocimiento sin justicia, por eso es fundamental dar las condiciones para avanzar en estos temas aún pendientes, modificando el artículo 93 del Código Penal que hace inmune a los culpables, mejorando las condiciones de investigación y estableciendo continuación a las políticas de memoria con respecto a lo que sucedió en las mallas curriculares de los colegios.

El tema de los Derechos Humanos es necesario que lo amplíemos dentro de la mirada global que implican. Claramente abarcan a todos los ejes, por lo que es fundamental el cómo se tratan ellos en Chile a nivel de cumplimiento e institucionalidad.

Chile carece de una institucionalidad acorde a los Derechos Humanos en materia de coordinación de políticas públicas, educación y acciones afirmativas. Para eso proponemos lo siguiente:

1.3.1 Creación de un Defensor del Pueblo: proponemos la creación de una instancia que permita proteger a la ciudadanía de la violación de los Derechos Humanos por parte de las acciones del Estado. En Chile esta instancia ha sido presentada al parlamento desde la recuperación de la democracia, e inclusive hoy, existe una experiencia piloto pero no autónoma. No obstante, si hablamos en serio, no ha existido el real compromiso político de hacerlo. Es necesario, al igual que la experiencia de diversos países latinoamericanos, la implementación de este órgano autónomo, con consejeros elegidos en el parlamento y descentralizado en todo el país. Además es preciso revisar la jurisdicción contenciosa administrativa y ver la posibilidad de implementar en Chile Tribunales Contenciosos Administrativos específicamente dedicados al tratamiento de estas materias.

1.3.2. Nueva Institucionalidad de Derechos Humanos: proponemos el cambio de nombre del Ministerio de Justicia a “Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”. Bajo el ministerio creemos que debe crearse una Subsecretaría de Derechos Humanos que diseñe e implemente políticas públicas de manera coordinada en el Estado a través de sus instituciones, por lo cual proponemos la creación de un consejo intraestatal dependiente de esta Subsecretaría y que tenga la participación vinculante de organizaciones ciudadanas así como del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y de una institución de antidiscriminación. Se requiere institucionalizar al interior de cada Ministerio y organismo un mecanismo de promoción de los Derechos Humanos.

1.3.3. Institucionalidad de Antidiscriminación: sin duda la Ley Antidiscriminación fue un gran avance. Sin embargo, carece de una institucionalidad que acompañe al afectado en el uso de esta ley. Comparadamente estos marcos jurídicos vienen con instituciones antidiscriminatorias que intervienen en el proceso privado – privado. La definición institucional debe considerar la posibilidad de cuatro funciones: coordinación y coherencia de políticas públicas, implementación con autonomía de políticas públicas, investigación vinculante y oriente acciones afirmativas en los procesos de discriminación privado – privado. Bajo este sentido no basta solamente con una fiscalía o un servicio público, se necesita un órgano autónomo que a la vez participe vinculantemente de la creación de políticas públicas en el Consejo Intra - Estado de la Subsecretaría de los Derechos Humanos.

1.3.4. Potenciar el rol del INDH: actualmente esta institución cumple importantes funciones en materia de investigación de Derechos Humanos, fiscalización y asesoramiento en ámbitos reducidos. Lamentablemente este trabajo, que incluyen esfuerzos con la sociedad civil, no son vinculantes e importantes denuncias de violaciones a los Derechos Humanos quedan sin repercusión concreta. En las propuestas anteriores se menciona la necesidad de la creación de un órgano autónomo para la creación de un Defensor del Pueblo como de una institucionalidad de antidiscriminación. Jurídicamente sería posible que este organismo tomara dichas acciones, lo cual implicaría un cambio drástico en descentralizar y dotar de mayores recursos a la institución, así como este debería participar vinculadamente en el diseño de políticas públicas sobre Derechos Humanos, haciendo entonces vinculantes sus informes y recomendaciones en el proceso.

1.3.5 Derechos Igualitarios y consagración de un Estado Laico

1.3.5.1 Consagración de un Estado Laico: es imperativo que Chile se considere constitucionalmente un Estado Laico. Es necesario perfeccionar la Ley de Cultos y la de Capellanías, pluralizar la asistencia espiritual en los colegios y hospitales de todos los credos. Es fundamental eliminar reglamentaciones de poderes del Estado que hagan referencia a símbolos o hitos religiosos. Es necesario asegurar una educación pública laica en donde los contenidos religiosos se enseñen de manera transversal y en base a la decisión y crecimiento del mismo estudiante. Con esta disposición y principio queremos avanzar para efectivamente consagrar en la práctica Derechos Igualitarios.

1.3.5.2 Matrimonio igualitario, homoparentalidad y no más discriminación: es necesario avanzar hacia un matrimonio igualitario en Chile y con un Acuerdo de Vida en Pareja igualitario que no son instituciones excluyentes. Así mismo, como cualquier matrimonio, las parejas pueden tener el derecho a adoptar y criar hijos. Se ha comprobado, como lo evidenció el caso de Karen Atala y diversos estudios serios sobre el tema, que los niños no se ven afectados realmente por tener padres de igual sexo, solamente en casos de discriminación cultural o social que como cualquier avance social pueden y deben ser corregidos con planes educativos. También creemos necesario legislar sobre la criminalización de las relaciones sexuales de menores de 18 años (hasta 14) que hoy no se

permite entre personas del mismo sexo, pero sí entre de distinto sexo; así como precisar de mejor manera, a razón de no dejar abierta su uso indiscriminado, las definiciones sobre que conductas son ofensas al pudor o las buenas costumbres.

1.3.5.3 Ley de identidad de género: la transexualidad, investigada por la ciencia médica desde hace décadas, establece la discordancia de la población transexual entre sexo aparente e identidad de género, siendo recogida por la legislación de muchos países, a fin de refrendar el acceso de sus ciudadanos a su correcta identificación registral y su integración a la sociedad como ciudadanos de pleno derecho. Tal es así, que en nuestro país ha sido recogida por las garantías de salud del Estado. Las terapias y prestaciones instauradas por el Ministerio de Salud de Chile mediante “Vía clínica para la adecuación corporal en personas con discordancia entre sexo físico e identidad de género”, deben tener correlato legislativo, que dé cabida dentro de la capacidad de la actual institucionalidad del registro civil a un trámite de rectificación simple, previa presentación de antecedentes, sin otro trámite judicial, coste o arbitrio que el de los antecedentes acreditados que deban ser presentados. Visto que la actual legislación no establece procedimiento taxativo, que garantice el acceso igualitario al derecho a registro e identificación, se hace imperativo señalarlo bajo potestad de dicho organismo competente, separar su acreditación de los tribunales, y no entrapar su pleno goce en coste adicional. Debe en adelante limitarse su regularización a las atribuciones del registro civil y a su pleno establecimiento. es necesario una ley de identidad de género para así garantizar los derechos de las personas transexuales. Toda persona de nacionalidad chilena y mayor de edad, así como extranjeros con estancia permanente, podrá solicitar al Servicio de Registro Civil e Identificación, por una sola vez, la rectificación de la mención del sexo en su partida de nacimiento. La rectificación de la mención del sexo conllevará el cambio de los nombres de pila del solicitante, a fin de que no sean discordantes con el sexo registrado una vez practicada la rectificación. Para ello, la solicitud de rectificación deberá incluir la elección de nuevos nombres de pila, salvo que el original no fuese discordante con la inscripción rectificada y la emisión de un nuevo Carnet. Todo esto no deberá dejar registro de este cambio.

1.3.5.4 Aborto Terapéutico: el deber del Estado de proteger la vida del que está por nacer debe asimilarse con otras situaciones jurídicas igualmente fundamentales como el derecho a

la vida de la madre, la libertad de conciencia y la dignidad humana. A partir de la reforma al Código Sanitario que dictó la dictadura, Chile es uno de los pocos países que impide la interrupción del embarazo cualquiera sea su causa. Hoy se puede decir fácilmente que un 35% de los embarazos terminan en aborto, un promedio estimado de 160 mil abortos al año y de 25 mil, si solo se consideran las cifras oficiales. Es necesario un marco jurídico que dé cuenta de una realidad innegable: las más expuestas son las mujeres pobres que tienen que correr el riesgo de un aborto clandestino o de maniobras caseras, al sesgo socioeconómico en la atención médica, la no culpa del hombre y además, la ley en la práctica no se aplica. Es por estas razones que creemos en la despenalización del aborto bajo ciertas circunstancias, para lo cual hay que modificar el artículo 119 del Código Sanitario. Las condiciones deben ser 1) Para proteger la vida de la madre por riesgo vital (corioamnionitis clínica, embarazo ectópico, descompensación de una patología preexistente, embarazo molar) 2) Si no existe viabilidad fetal o incompatibilidad con la vida por causas genéticas o fallas en el desarrollo embriológico tales como: displasia tanafórica; agenesia renal bilateral; riñón multiquístico; anencefalia, encefalocele severo; holoprosencefalia alobar; gemelos acárdicos, gemelos siameses con malformaciones incompatibles con la vida; trísmías 13 y 18; malformación tallo corporal; monstruosidad cíclope; triploidía. 3) Embarazos producidos en situación de violencia y agresión sexual tales como la violación o el incesto. Creemos que para los casos 1 y 2 esto requerirá de la opinión documentada de dos médicos cirujanos. Para el tercer caso la decisión debe ser tomada por la mujer o, en el caso de menores de edad, por sus representantes legales. Sabemos que este tema debe sí o sí ser acompañado por una coherente política preventiva, basada en la efectiva educación sexual en el curriculum escolar, con su efectiva implementación, la entrega universal de la píldora del día después y la difusión efectiva de la existencia de métodos anticonceptivos en los consultorios.

1.3.5.5. Derecho a una Muerte Digna: estamos a favor del derecho de los pacientes terminales en no someterse a medidas que prolonguen artificialmente su vida cuando ya no hay cura posible y consagrarlo legalmente en los derechos y deberes de los pacientes. Esto es distinto a “eutanasia” que apura la muerte y que se aplica en muchos países en que la

tasa de suicidio es muy grande producto de las características de la sociedad, lo cual es una variable más de fondo.

* * *

1.5 HACIA UN MODELO DE DEMOCRACIA REAL

La democracia no sólo se basa en la delegación. Sin reales espacios de comunicación vinculante entre los diversos actores es imposible hablar de verdadera democracia, como de decisiones realmente pertinentes. La democracia requiere de un constante proceso de participación no sólo horizontal dentro del Estado, sino también vertical del sistema político con la ciudadanía y la sociedad civil. Lamentablemente el debate se ha centrado negativamente en nuestro país. Discutimos sobre reformas puntuales pero no nos preguntamos antes qué modelo de participación y democracia queremos. Lo que puede parecer retórico es en realidad un aspecto fundamental. Si discutimos - por ejemplo - reformas al sistema electoral, tenemos que ver su relación con el sistema de partidos y con el sistema de gobierno o la sociedad civil. En este sentido, es necesario que profundicemos el debate y no decir irresponsablemente que una reforma puntual, aunque sea una “llave” o un punto muy importante, sea fundamental por si sola para democratizar el país. Entonces es necesario responder la pregunta sobre qué democracia queremos. Nuestra respuesta es que queremos un modelo de democracia inclusivo y participativo, con la vinculación de todos, sabiendo combinar minorías y diferentes posturas con la capacidad de ponernos de acuerdo. En base a esto proponemos los siguientes cambios políticos y ejes:

1.5.1 Democratizar el Régimen de Gobierno: Chile no puede tener un sistema democrático con tanta concentración de poder en grupos tan cerrados. El Presidente hoy maneja con facilidad los tiempos del Poder Legislativo, tiene diversos poderes autónomos como los Decretos y una alta potestad en la designación de cargos en diversos espacios del Estado. Esto, aparte de centralizar la agenda en un grupo reducido, obstaculiza incluso la capacidad de manejar el Gobierno en un contexto de una creciente complejidad de las problemáticas sociales y de realidades cada vez más diversas en los territorios.

Es por esta razón que nosotros proponemos un Sistema de Gobierno Semi-Presidencial en donde sea el sufragio quien elija al Presidente de la República y el parlamento, por su

cuenta, elija a un Primer Ministro. Esto permite mayor agilidad en la administración del gobierno y una desconcentración de las decisiones a favor del Poder Legislativo, manteniendo los equilibrios de las decisiones en el Presidente, quien es Jefe de Estado.

1.5.2. Democratizar el Poder Legislativo: el Poder Legislativo cumple tres funciones: la representación, la legislación y la fiscalización. Nuestro Congreso necesita reformas profundas en los tres aspectos si se quiere avanzar hacia un sistema semi – presidencial.

1.5.2.1 Democratizar la labor legislativa: no podemos seguir con parlamentarios desligados de sus territorios y de la ciudadanía. Es necesario pasar de la delegación hacia un constante diálogo vinculante entre ellos. Por este fin proponemos el establecimiento de mecanismos de revocación de cargos parlamentarios y de participación del parlamentario con su territorio. Esto lo creemos ya que apoyamos el derecho ciudadano a remover a sus representantes, si estos no cumplen su propósito y no rinden cuenta pública de sus actos. Por lo que decimos que, si cumplido la mitad del periodo, existen en los registros electorales más del 33% de firmas ciudadanas, correspondientes al padrón electoral de la zona electoral, que buscan remover a un legislador, éste será reemplazado por el siguiente candidato que quedó en “lista de espera” y que corresponde a aquel que no fue electo, por quedar en 3er, 4o o 5o, lugar. Independiente de la lista o el sector político al que adscriba. Por otro lado, es necesario mejorar la capacidad de la representación con sus territorios, por lo cual la propuesta del sistema electoral debe tomar en cuenta en revisar el número de parlamentarios y el reducir a sólo una cámara el Poder Legislativo.

Son también necesarias mayores sedes institucionales del Congreso Nacional en cada distrito. Esto permitirá erradicar prácticas clientelares, generando un ahorro para el Estado, pues se eliminarían el gasto en arriendos particulares y en la mantención de oficinas individuales.

Por otra parte, creemos que el Consejo de Asignaciones Parlamentarias debe tener facultades amplias para bajar o subir asignaciones de manera autónoma, velando por el uso adecuado de los recursos individuales.

1.5.2.2 Mejorar la discusión legislativa: la existencia de dos cámaras, una inicial y otra revisora, ha sido en la práctica infructuosa en la mejora de la calidad de las leyes. La

complejidad creciente del proceso legislativo haría incongruente un sistema bicameral en un sistema semi presidencial. Por lo demás, el proceso legislativo hoy se torna muy lento e inmóvil, gracias al manejo de los tiempos desde el Ejecutivo, como por este sistema bicameral. Por esta razón es fundamental avanzar hacia un Poder Parlamentario Unicameral.

Es necesario que el Poder Legislativo, al tomar más potestades en la creación de las leyes, tenga mecanismos de evaluación de ellas que mejoren la calidad del proceso legislativo. En este sentido, se hace necesario incluir en los equipos técnicos del organismo estos procesos de manera constante.

Apoyamos la idea de fortalecer el trabajo legislativo. Planteamos aumentar los días de sesiones legislativas, tanto de sala como de comisiones, en nuestra opinión de lunes a viernes, con horarios y sanciones económicas para aquéllos que no asistan. Este es el único trabajo en que si uno falta no importa, pagan igual.

1.5.2.3. Democratizar las elecciones: en relación a la participación que proponemos el sistema binominal que actualmente tiene Chile claramente no da bases suficientes. Al contrario, crea una sobrerrepresentación e impide el acceso a nuevas fuerzas o minorías. En este sentido proponemos avanzar hacia un sistema proporcional.

Para eso proponemos constituir una sola cámara con 180 legisladores, elegidos en base a un sistema proporcional, con distritos de tamaño mediano (2,3 y 4 escaños), según su rango electoral, teniendo los partidos, listas o pactos la posibilidad de llevar hasta cuatro candidatos. Creemos que la forma de transformar los votos en escaños debe ser a través de un sistema proporcional con el sistema D'ont corregido, terminando así con el binominal.

A la vez creemos que los legisladores no puedan tener una doble función siendo a la vez candidatos. Esto constituye una injusticia para quienes compiten contra candidatos incumbentes. Por eso creemos que los legisladores, una vez inscritos como candidatos, inmediatamente dejen de percibir su dieta y todas aquellas asignaciones que lo pongan en una situación de superioridad ante su contrincante. También creemos que se debe impulsar en las elecciones parlamentarias, Consejeros Regionales y municipales el llamado “voto programático” exigiendo la presentación de un compromiso programático con plan de

metas que deba ser entregada de forma oficial, con la finalidad de ser un documento concreto que permita la fiscalización ciudadana, especialmente para dar coherencia a la revocación de mandato.

1.5.2.4 Bajar la edad de participación para elecciones parlamentarias: si se permite que a los 18 años una persona pueda ser alcalde, administrar el presupuesto municipal y tomar importantes decisiones en materia comunal; o que a los 21 años se pueda ejercer como ministro de Estado y gestionar una cartera en todo el territorio nacional; o también a los mismos 21, cualquier persona pueda resultar electa para desempeñarse como diputado de la República y contar con iniciativa para ingresar proyectos de ley al Congreso y hasta tener la facultad para pronunciarse sobre reformas constitucionales ¿Por qué para poder ser candidato a senador se requieren 35 años cumplidos?, ¿Cuál es el requerimiento especial que se necesita para desarrollar este cargo, a diferencia del de diputado, para que se aplique este requisito etario? A nuestro parecer, en dos Cámaras que tienen casi idénticas funciones, no debería establecerse como requisito para desempeñarse como uno de sus miembros, un criterio tan arbitrario como este. Aún más, considerando que si una persona menor de 35 años, ya sea por la fuerza de sus ideas, por el liderazgo que ejerce o por el respaldo político que tiene, puede ser democráticamente electa por los ciudadanos para representarlos en el Senado. Creemos que no debe imponerse una dificultad como ésta a priori. Si los electores estiman que una persona no tiene la madurez personal o las capacidades suficientes para el cargo no votarán por él y no lo elegirán como su representante. Pero lo que no tiene explicación razonable es que se niegue anticipadamente la posibilidad siquiera de ser candidato. Esto sólo se puede lograr si se incentiva efectivamente la participación política y esto adquiere más sentido cuando existen candidatos en quienes los ciudadanos puedan confiar y se sientan representados. Sin duda que la edad de un candidato es un factor importante a la hora de que los jóvenes definan una opción electoral, en base a su experiencia en la lides políticas, pero también el desgaste natural de los desempeños en el cargo requieren un recambio constante, y la inclusión de la juventud es una inyección de aire fresco que el sistema político no debiese tratar de contener.

1.5.2.5 Democratizar los partidos políticos: los partidos políticos son canales intermedios entre la sociedad civil y las decisiones del sistema político. Los cambios en la sociedad, la complejización de los problemas, la entrada de la llamada “videopolítica” y su falta de democratización han hecho que se hayan quedado netamente en el sistema político, dejando de cumplir las funciones requeridas para realmente ser canales intermedios. Muchos partidos se han transformado en espacios donde no hay participación democrática, donde lamentablemente importan más las herramientas técnicas de las estrategias electorales que las ideas. Los partidos sí son necesarios, ya que son capaces de agrupar diversas ideas de diversos temas bajo un modelo común. Pero hoy simplemente no cumplen su función. En Chile esto se ha reflejado particularmente teniendo los menores índices de adhesión en América Latina.

Es necesario abrir el debate sobre el financiamiento de estas organizaciones más allá de las elecciones. Este financiamiento tiene que ir de la mano con el cumplimiento de las funciones de un partido político y de tener un porcentaje de más del tres por ciento electoral. Estas medidas evitan la creación de organismos que son meros instrumentos para conseguir fondos. Pero estos cambios estructurales y orgánicos tienen que ir hacia un objetivo fundamental: su democratización.

Democratización de la Participación electoral: sin duda la instalación de primarias voluntarias son un avance en la participación electoral de los partidos. Aún así, es necesario mejorar los pisos mínimos de competencia electoral en términos de recursos y aparición en las franjas televisivas, prohibir los aportes reservados y secretos, y regular la utilización de publicidad en terreno para disminuir su impacto negativo en el entorno. En este sentido, es necesario mejorar los mecanismos de fiscalización del Servicio Electoral a través de sistemas contables homogéneos a todos los partidos con mayores requerimientos de los de hoy y solicitando la presentación de programas oficiales a nivel territorial. También es necesario ampliar las potestades de los territorios de los partidos como regionales o comunales en la designación de candidatos.

Democratizar la Movilización: la movilización es una función fundamental en el sentido de la relación de los partidos con la sociedad civil. Para esto consideramos fundamental

derogar la incompatibilidad de tener cargos en organizaciones gremiales y los partidos políticos. Así mismo las organizaciones funcionales de los partidos deben poder acceder a un financiamiento orgánico según cumplimiento de funciones. Es también necesario posibilitar a los partidos la creación de organizaciones o asociaciones voluntarias que permitan cumplir con sus funciones.

Democratizar la inclusión política: en este punto es necesario tomar cuatro aspectos: el acceso y militancia, la democratización interna, los criterios sobre creación o disolución y la formación política.

Frente a lo primero es necesario eliminar las prácticas de manejo de padrones de manera irresponsable, estableciendo métodos de explicación por el rechazo al acceso y mejorando los mecanismos de publicidad de los padrones oficiales entre los militantes.

Con respecto lo segundo es necesario establecer mayor flexibilidad de las orgánicas internas hoy muy restringidas a la Ley de Partidos. Así mismo resulta urgente reformular los procesos jurídicos internos, asegurando el debido proceso y apelando a la doble instancia de apelación: primero regional y luego nacional, o de externos. También resulta fundamental establecer y mejorar los mecanismos legales para consultas de decisiones relevantes mediante “un militante un voto”. Por otro lado, es necesario establecer mecanismos de elección de dirigentes, en aquellas organizaciones que opten por el sufragio, un mecanismo relativamente homogéneo entre las organizaciones e imparcial y permitiendo la apelación externa, luego de haber pasado por las instancias internas. Por último, es necesario que sean transparentes, obligando jurídicamente a los partidos publicar documentos básicos como: acceso a militantes del padrón, documentos organizacionales, transparencia de instancias, rendiciones de cuentas y donaciones y estado de avance con discusiones externas.

En el tercer aspecto es necesario bajar el porcentaje para la creación de partidos políticos que hoy es de 0,5% del padrón nacional. Así mismo es necesario eliminar el requisito de constituir los partidos en regiones no consiguientes, ya que en la práctica no es un incentivo a la descentralización sino que afecta en la creación de partidos nacionales, para lo cual es necesario mejorar la posibilidad de creación de partidos regionales y locales. También es

necesario eliminar el requerimiento de porcentaje electoral para a disolución de partidos ya que en la práctica se ha comprobado que no desaparecen y aprovechan vías legales para fusionarse. Creemos que la sanción electoral debe ser suficiente.

Por último, con respecto a la formación política, proponemos que los partidos puedan formar organizaciones jurídicas para tales funciones o en colaboración con otras como formuladoras de políticas públicas. Esto implica mejorar el sistema de financiamiento que hoy delega a una institución externa esta función.

Democratización programática: el posible punto débil del sistema de primarias, así como la creciente tendencia de los partidos en optar por mecanismos de estrategia electoral en vez de procesos de creación programática, hacen necesario mejorar los espacios internos para la creación de ideas y programas. En este sentido, proponemos establecer plazos desde el SERVEL, no sólo para la presentación de Declaraciones de Principios o logos corporativos, sino también de una propuesta programática deliberada, bajo comprobación de notario, por la instancia explicitada en cada estatuto. Así mismo es necesario establecer mecanismos jurídicos para la continuación periódica de estas instancias, estableciendo este requerimiento para la existencia y continuación de las organizaciones.

Democratización de la formulación de Políticas Públicas: la complejización de los problemas sociales hacen necesario que las organizaciones, a través de sus posturas democráticas, puedan ayudar a la mejora de la calidad de políticas públicas teniendo herramientas de evaluación y proposición técnica propias que ayuden a las labores legislativas o a la discusión pública. En este sentido, es necesario posibilitar a los partidos la creación de organizaciones jurídicas propias para su funcionamiento.

1.5.2.6. Ley de Lobby: Chile necesita urgentemente una Ley de Lobby que regule la actividad de actores pasivos y no pasivos que influyen en la administración pública y el Estado. Para esto es necesario establecer y señalar bien los procedimientos, así como especificar y transparentar los espacios de reuniones en diferentes instancias.

Este marco jurídico deberá contener marcos éticos exigentes del proceso y señalar el procedimiento para un registro oficial de lobistas que especifique también la naturaleza de cada organización o si se realiza directa o indirectamente.

1.5.2.7. Más Transparencia y combate a la corrupción: sin duda la Ley de Transparencia fue clave para mejorar la probidad interna dentro del Estado. Aún así el concepto de corrupción se ha ampliado profundamente, no solamente desde el pago de dineros directos a actores, sino a través de maneras indirectas o gastos excesivos en recepciones. También se ha ampliado hacia la esfera privada, ya que esta cumple cada vez más roles públicos como tercer sector y empresas privadas. Es necesario pasar más allá de la fe en los funcionarios públicos a saber a qué hacen en cada momento, entendiendo la corrupción como un proceso y que por lo tanto no basta sólo con leyes, sino también una estrategia la cual debe adoptar normas hacia instituciones como los partidos políticos, los parlamentos y con la responsabilidad social empresarial en materia de transparencia.

Impulsaremos también un proyecto de ley que transparente todo tipo de aportes en campañas políticas.

1.5.2.8. Mayor participación directa: Chile debe avanzar hacia mayores espacios de participación desde la ciudadanía. Es derecho de todos que la democracia pueda dar espacios, sin intermediarios, para propulsar iniciativas e instancias.

Para eso proponemos transformar al ciudadano en co-legislador, implementando la iniciativa popular en la gestación de los proyectos de ley, con las firmas del uno por ciento de las personas que hayan sufragado en el proceso electoral inmediatamente anterior.

También queremos facultar a los ciudadanos para que con un cinco por ciento de firmas de las personas que hayan sufragado en el proceso electoral inmediatamente anterior puedan solicitar al ejecutivo realizar plebiscitos vinculantes sobre materias que le sean importantes.

F. SEGUNDO INFORME FINAL COMISIÓN PROGRAMÁTICA “NUEVA CONSTITUCIÓN” DEL COMANDO DE LA CANDIDATA PRESIDENCIAL DOÑA MICHELLE BACHELET JERIA²³

31 de agosto de 2013

I. UNA NUEVA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS.

El golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 no sólo significó una ruptura de la continuidad de las instituciones republicanas, sino un grave retroceso en los derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales de los que gozaba la sociedad chilena hasta ese momento. El cierre del ciclo político abierto en 1989 y los avances en materia de reconciliación, verdad y justicia han permitido que se pueda exigir hoy día una Nueva Constitución, uno de cuyos centros de gravedad sean los derechos humanos; los que fueron violados sistemáticamente, como una política de Estado, por la dictadura y sus aparatos represivos.

Una Nueva Constitución de derechos debe recoger los derechos civiles y políticos clásicos que tienen como titular por antonomasia a los individuos; pero además, debe recoger nuevos derechos civiles que ponen el acento en la autonomía física, intelectual y moral de las personas; nuevos derechos políticos que ponen el acento en la autonomía política de las personas; y, nuevos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que ponen el acento en la igualdad y en la inserción de los individuos y sus grupos en el medio ambiente y la naturaleza con pleno respeto de la biodiversidad.

Estos nuevos derechos y la Nueva Constitución de los derechos encuentran en el derecho internacional general y en el derecho internacional convencional, una importante fuente de garantía complementaria que el Estado de Chile no puede desatender.

²³ Integrantes (en orden alfabético): Fernando Atria Lemaitre, Eduardo Contreras Mella, Javier Couso Salas, Rodolfo Figueroa García-Huidobro, Juan Carlos Ferrada Bórquez, William García Machmar (secretario), Manuel Jacques Parraguez, Cristóbal Osorio Vargas (secretario *pro tempore*), Eric Eduardo Palma González, Pablo Ruiz-Tagle Vial, Claudia Sarmiento Ramírez, Roberto Garretón Merino, Tomás Jordán Díaz, Julio Salas Gutiérrez, Francisco Soto Barrientos, Hector Valladares Vargas, José Viacava Gatica, Patricio Zapata Larraín, Alejandra Zúñiga Fajuri, y Francisco Zúñiga Urbina (coordinador).

Por ende, se requiere de una definición toral en la Constitución a favor de los derechos humanos y de una cultura de los derechos humanos en que la fuente constitucional y legal sea también complementada por tratados internacionales, ratificados y vigentes. En consecuencia, el deber de los órganos del Estado respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible.

En la actualidad, después de dos guerras mundiales, guerras de liberación nacional y revoluciones sociales del siglo XX, los derechos humanos son parte de la cultura de occidente y de un mundo globalizado. Son también, los derechos humanos, de algún modo, el mínimo ético universal en que los pueblos civilizados acuerdan sus formas de convivencia; Chile no puede ser un país insular en esta materia, y debe abrirse a ellos y tener un rol activo en su desarrollo.

El Estado de Chile promueve la solución pacífica de los conflictos internacionales, la solidaridad entre las naciones, la integración latinoamericana y la cooperación regional y mundial en la solución de los problemas globales de todo tipo (principalmente civiles, políticos, sociales, económicos y medio ambientales) que aquejan al planeta.

II. FUNDAMENTOS DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA.

Chile debe superar el déficit de legitimidad de la Constitución vigente. Ésta se caracteriza por ser “otorgada” unilateralmente, autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico y social. Este déficit no ha sido superado después de 30 años y explica hoy, en parte, una crisis de legitimidad y eficiencia de las instituciones y del sistema político. Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional.

Luego, en las definiciones atinentes al Estado, la economía, la sociedad y las personas se hace necesario precisar el alcance de sus conceptos fundamentales. A saber, el Estado social y democrático de Derecho, la república democrática, la representación y la participación, el Estado Regional, los derechos de igualdad de las mujeres, la laicidad del Estado y el reconocimiento de los pueblos indígenas. Todas estas definiciones descansan en

una concepción vicarial del poder político el que está al servicio de la persona humana, sus potencias y carencias, y que tiene como raíz la soberanía del pueblo.

a. El Estado Social, Democrático de Derecho. Esta cláusula expresa una forma jurídico-política de Estado heredera del constitucionalismo de la segunda postguerra, que reconoce en el Estado no sólo un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de “buen Gobierno” y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como los principios participativo, pluralista y de solidaridad.

El Estado Social y Democrático de Derecho comprende que, de lo contrario, las viejas libertades de las revoluciones americana y francesa, son vacías sin la cobertura de las necesidades vitales de los individuos, como el trabajo, la salud, educación, la vivienda, entre otros; aportes de procesos históricos de principios del siglo XX y los demás procesos históricos relativos a la extensión e internacionalización de los derechos.

Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. Segundo, el Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas. Promueve además la organización de la sociedad civil y las formas cooperativas de asociación. Finalmente, el Estado social es un Estado de garantías, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales de contenido prestacional y no prestacional a través de políticas de solidaridad y redistribución, así como de promoción social.

El Estado deberá promover el progreso económico y social, y la distribución de la renta, en el marco de políticas económicas estables, propendiendo al pleno empleo.

El Estado regula la actividad económica de manera tal que sea respetuosa del medio ambiente y de la biodiversidad, promoviendo una ética empresarial que atienda a la ética ambiental. Asimismo, el Estado deberá velar por la compatibilidad público-privada en el ámbito de la economía.

b. La República Democrática. Las democracias pluralistas combinan elementos de representación y participación en su versión contemporánea. Sus principios básicos son la representación política y la participación, en una ecuación de equilibrio. Esta definición republicana es una opción histórica por la electividad de los cargos públicos, la alternancia en el poder y la responsabilidad en el ejercicio del poder. Lo anterior importa limitar la reelección por una vez en cargos públicos de elección popular, tanto de elecciones políticas como administrativas, de suerte de asegurar una permanente renovación de las élites políticas.

La República Democrática exige un sistema de rendición de cuentas y, por tanto, de controles y responsabilidades sociales, políticas y jurídicas en el ejercicio del poder. Tal rendición de cuentas supone un conjunto de normas de principio que inspiren la función pública, a saber probidad, transparencia, publicidad, mérito, objetividad, imparcialidad y el disciplinamiento de conflictos de interés y de malas prácticas tales como el nepotismo, el amiguismo y la reproducción endogámica (familiar, social, religiosa o cultural) de las élites.

La Nueva Constitución confiere derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos, de suerte que la mayoría de edad política de 18 años es requisito suficiente para ser ciudadano y ésta calidad es suficiente para optar a cualquier cargo público de elección popular, sin perjuicio de los demás requisitos que determine la ley.

La República Democrática efectiviza la alternancia en el ejercicio del poder, limitando la reelección indefinida en cargos públicos de elección popular y abriendo el sistema político a la participación ciudadana.

La supresión del denominado “sistema electoral binominal” debe ir de la mano de un sistema de representación proporcional con listas abiertas en la legítima disputa por el poder en que la participación esté abierta no sólo a los partidos políticos, sino que también a asociaciones políticas, movimientos sociales e independientes.

Por último la República Democrática exige calidad en la política. Un debate con altura de miras que asegure la deliberación pública, tanto en órganos de representación política, como al interior de la opinión pública en la que partidos políticos, asociaciones políticas,

sean agentes dinámicos de dicho debate público y de la mejora de la calidad de la política. Por ende, el Estado debe arbitrar medios que apoyen a instituciones de pensamiento vinculadas a partidos, asociaciones y movimientos sociales.

c. El Estado Regional. El tradicional Estado Unitario centralista, debe ser - superado dentro de los confines del Estado Unitario- por un Estado Regional, que agote las posibilidades de descentralización, desconcentración, delegación y coordinación del poder central en estructuras periféricas y en materias políticas, financiero-fiscales y administrativas. Este Estado Regional acerca a los ciudadanos a sus autoridades y a la toma de decisiones, contribuyendo a una mayor legitimidad y empoderamiento.

d. Igualdad entre mujeres y hombres. El reconocimiento de los derechos de igualdad entre los sexos exige a la Nueva Constitución el establecimiento de condiciones específicas que permitan superar las barreras que han mantenido a las mujeres lejos de los espacios de poder.

En ese sentido, algunas medidas de acción positiva capaces de lograr la realización real y efectiva de la igualdad de derechos son, por ejemplo, las leyes de cuotas electorales, el apoyo y promoción de los mecanismos concretos dirigidos a la igualdad de deberes en el ámbito doméstico y en el cuidado de los niños, mecanismos de garantía de competencia legítima para cargos de responsabilidad profesional y social (que incorpore una igualdad real de oportunidades), son algunas de las medidas que la Nueva Constitución para Chile debiera promover.

La Constitución deberá establecer que el Estado adoptará medidas efectivas para avanzar en la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. Asimismo reconocerá la función social de la reproducción humana como una cuestión de interés público.

e. Laicidad del Estado. Chile, a doscientos años de la Independencia, debe completar, simbólicamente y formalmente, la separación del Estado de la Iglesia, una tarea iniciada por nuestros fundadores. Ese objetivo se logrará estableciendo, explícitamente, la neutralidad del Estado frente a la religión, con el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas, y la práctica del culto. En este orden de ideas la ley deberá establecer

un régimen de plena igualdad de todas las iglesias, con independencia de su vinculación histórica al Estado o de reconocimiento legal anterior, siempre que tales iglesias obtengan el reconocimiento que una nueva ley de cultos deberá establecer; plena igualdad que se extiende a sus beneficios tributarios, así como a los roles de las iglesias en las instituciones tradicionales del Estado o en la asistencia espiritual de las personas. Asimismo, deberán suprimirse de la ley y de las reglamentaciones relativas a poderes del Estado toda referencia a juramentos, libros o símbolos de índole religiosa.

f. Eliminación del derecho constitucional del enemigo. También en la Nueva Constitución deben eliminarse las cláusulas relativas al terrorismo o las relativas al totalitarismo, así como a la doctrina de la seguridad nacional. Así, se afirmará el más pleno pluralismo político e ideológico, y la descriminalización del disidente. Al mismo tiempo deben eliminarse los artículos transitorios de la Constitución y traspasar las materias que sean compatibles con una democracia constitucional a la normativa permanente de la Carta Fundamental.

g. Pueblos indígenas. Pasado el bicentenario Chile debe saldar la deuda histórica que tiene con sus pueblos indígenas u originarios, reconociendo su identidad mestiza y sus raíces indígenas. Ello se verifica en el reconocimiento constitucional del los pueblos indígenas, sus tradiciones, lenguas, costumbres, aporte a la cultura y derechos colectivos que se hacen efectivos a través de mecanismos de consulta y participación.

El plexo de derechos colectivos exige reconocer que el Estado de Chile es una Nación indivisible, plural y multicultural²⁴. Asimismo obliga a establecer que el Estado deberá proteger, promover y asegurar los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y, además, deberá desarrollar políticas inter-culturales, participativas, inclusivas y de bienestar.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS.

1. Planteamiento.

²⁴ Esta idea fue adoptada por mayoría. Los señores Eric Palma González, Pablo Ruiz-Tagle y Vial y doña Claudia Sarmiento Ramírez estuvieron por adoptar la definición de “plurinacional”.

La Nueva Constitución, fruto de la confluencia de las tradiciones liberal, democrática y social requiere de un completo y equilibrado catálogo de derechos, deberes y garantías.

En consecuencia, se propone garantizar un catálogo abierto y progresivo de derechos que incluye: el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida, integridad física y psíquica, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad de expresión, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos, el derecho de propiedad, el derecho al debido proceso, el derecho al medio ambiente, los derechos políticos, el derecho a la participación, el derecho a la protección de la salud, derechos de los consumidores y usuarios, el derecho a la seguridad social, los derechos de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la cultura, y los derechos colectivos.

De esta manera, frente a los derechos más tradicionales, se hace necesario incorporar derechos individuales y colectivos que den cuenta de la relación del individuo con el Estado y la sociedad civil organizada. En consecuencia, debe haber una completa disposición constitucional habilitante para que el Estado y la ley puedan brindar satisfacción efectiva a los derechos, de forma universal, igualitaria y sin segregación, superando el déficit estructural que la vieja Constitución tiene en materia de derechos de la personalidad, políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Se reconoce el derecho igualitario al matrimonio y a fundar una familia. Le corresponde al Estado favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la Nueva Constitución debiera instar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva, incluyendo las leyes cuotas y considerando los estándares de temporalidad, proporcionalidad y afectación.

Los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile se entenderán parte del ordenamiento jurídico y tendrán aplicación preferente frente a otras fuentes formales de derecho interno cuando resulten más progresivas y optimizadoras en el aseguramiento de derechos. La Constitución deberá prever una regla de incorporación de tratados internacionales al derecho interno y también una regla de

habilitación que, con las formas exigidas, permita la delegación de competencias soberanas del Estado en organismos internacionales o supranacionales. Los derechos fundamentales deben ser interpretados armónicamente con el acervo jurisprudencial emanado de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. La ley debe regular cómo el Estado dará cumplimiento a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos. Esta legislación debe indicar claramente cómo los tres poderes del Estado deben intervenir y cumplir de buena fe las sentencias internacionales.

2. Derechos fundamentales

Los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad debieran inspirar instituciones y derechos que reconozcan el pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad.

i. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La Nueva Constitución debe reconocer el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación arbitraria, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Se reconoce el derecho igualitario al matrimonio y a fundar una familia.

La mujer y el hombre gozan de los mismos derechos y el Estado debe promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos impulsando la eliminación de las desventajas históricas. Se debe promover la igualdad de derechos y obligaciones entre mujeres y hombres dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. La acción permanente del estado debe instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de algunos de los sexos.

Le corresponde al Estado favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la Nueva Constitución debiera instar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva, incluyendo las leyes cuotas y considerando los estándares de temporalidad, proporcionalidad y afectación.

Las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerarán discriminación arbitraria.

ii. Derecho a la vida, integridad física y psíquica

El Estado debe reconocer el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todas las personas, sin que puedan ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de seres humanos.

Hombres y mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia física, psicológica, moral y sexual tanto en el ámbito público como privado. Es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, en especial la ejercida contra las mujeres y niñas; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

La Nueva Constitución debe reconocer el derecho al consentimiento informado en un sentido amplio. Este derecho deriva del derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en todo lo que dice relación con nuestro cuerpo y salud, la vida y también la muerte con dignidad. De este modo, el paciente adulto, mentalmente competente, tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia así como a suspender un tratamiento médico o el soporte vital, sin más límites que los que le impone el respeto a los derechos de los demás.

iii. Derecho a la libertad de conciencia

Una Constitución laica y pluralista debe garantizar a todos el derecho a la libertad de conciencia sin asociarlo necesariamente a la religión. Este derecho supone la libertad de conservar, profesar, practicar y cambiar de creencias, sin coacción ni más limitaciones que aquellas necesarias para proteger, en una sociedad democrática, los intereses colectivos y los derechos y libertades de los demás.

iv. Derecho a la libertad de expresión

Sobre la base de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Nueva Constitución debiera dar las más amplias garantías de libertad de pensamiento y de expresión asegurando a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin censura previa, así como el derecho de acceso a la información pública. Las limitaciones a este derecho sólo pueden ser ex-post, es decir, por la vía de hacer efectivas responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias, en una sociedad democrática, para proteger los derechos y libertades de los demás.

Las leyes de desacato deben declararse contrarias a la Constitución.

Se requiere reconocer el derecho a la información, de acceso a la información pública y el derecho a la auto-determinación informativa con sus correspondientes garantías, tales como el amparo de información pública y el “habeas data”.

La Nueva Constitución debiera asegurar la libertad de los comunicadores dentro de los medios y el pluralismo informativo, junto con el compromiso con un debate público democrático de los medios.

Una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto mono-medial como multimedial, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico, y la distribución del avisaje público, de modo de garantizar el pluralismo informativo.

v. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Es fundamental garantizar a los niños, niñas y adolescentes, constitucionalmente, el derecho a protección y atención necesarios para su bienestar. En la línea de lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, su cuidado y protección es un derecho y obligación prioritaria de los padres y el Estado velará por su cumplimiento. Se debe reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta en todo lo que atañe a sus propios intereses, teniendo presente los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley. En atención a su grado de desarrollo, se debe reconocer a los adolescentes ciertos grados de

autonomía para hacer efectivos ciertos derechos, tales como el libre y responsable ejercicio de la sexualidad o la participación política.

La Nueva Constitución debiera resguardar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia contra los niños, sea física o psíquica.

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño solo podrán utilizarse tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia. La privación de libertad debe tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

vi. Derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos

La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, al honor y al nombre declarando inviolables el domicilio y las comunicaciones de todo tipo, salvo por orden o resolución judicial. Reconocer también el derecho a la identidad sexual, la orientación sexual y los derechos sexuales y reproductivos de las personas. El derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos e hijas, de vivir una sexualidad sana, sin riesgos para la salud, y de tener la información, educación y medios para hacerlo.

La Constitución debe garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto así como que ninguna mujer sea objeto de prácticas como el embarazo

forzado, la esterilización o el aborto forzado. La ley regulará modalidades y plazos para la interrupción voluntaria del embarazo²⁵.

vii. El derecho de propiedad

La Nueva Constitución debiera poner énfasis en la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea (expresada en la Constitución alemana, italiana y española) se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia, deberá estar delimitada en su contenido, de conformidad a la ley.

Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, pero sin que ella pueda desenvolverse en oposición al interés social. Del mismo modo, declarar que la actividad económica pública y privada es compatible con y puede coordinarse con fines sociales.

La Nueva Constitución debe reconocer el dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hídrico, minero y del espectro radioeléctrico. El Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente minerales.

Se declara las aguas como bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares.

²⁵ La fórmula consignada en la propuesta por la mayoría de la comisión. El señor Patricio Zapata Larraín agregó la siguiente prevención, que fue compartida por el señor Tomás Jordán Díaz “En relación a la forma en que una nueva Constitución debe abordar la tensión entre el derecho a la vida de la persona que está por nacer y los distintos derechos de la mujer que pueden verse afectados por un embarazo (vida, salud, etc.), manifesté desde el principio, y reitero ahora, mi conformidad con el texto aprobado por el equipo constitucional de la entonces precandidatura del PS, PPD y PC. Me parece que una tal redacción era perfectamente compatible y coherente con el compromiso programático de nuestra candidata en el sentido de impulsar la despenalización de ciertas hipótesis excepcionales de aborto. Una mayoría de los comisionados consideró necesario, sin embargo, que la Constitución incluyera una definición más general que autoriza al legislador a reglamentar la interrupción del embarazo. Por distintas razones que no es del caso explicar en esta breve reserva, y con el mayor respeto por los demás comisionados, me siento en la necesidad de plantear que una tal fórmula, además de ir bastante más allá de los anuncios de nuestra candidatura, no le hace justicia al derecho a la vida de las personas que están por nacer.” El señor Javier Couso estuvo, en cambio, por adoptar una redacción que impidiera la penalización del aborto terapéutico y el aborto por causa de violación. Además, los señores Rodolfo Figueroa García-Huidobro y William García Machmar, y las señoras Claudia Sarmiento Ramírez y Alejandra Zúñiga Fajuri estuvieron por proponer el derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo.

Se delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, calidad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas (esto es, el derecho al agua).

viii. Derecho a la tutela judicial y garantía del debido proceso

La Nueva Constitución debe reconocer un derecho general a la tutela judicial efectiva, con todas las obligaciones que para el Estado importa, y una garantía de debido proceso que comprenda tanto el proceso civil como el proceso penal. La presunción de inocencia, la cláusula non bis in ídem y la prohibición de declarar contra uno mismo son garantías básicas del imputado.

El legislador fijará las reglas del debido proceso en las leyes de enjuiciamiento que se dicten, de todo tipo de orden jurisdiccional.

ix. Medio Ambiente

El Estado debe garantizar a las personas el goce de un medio ambiente libre de contaminación, adoptar medidas para garantizar el respeto y sostenibilidad de la biodiversidad. El uso de los recursos naturales está limitado por este derecho, la función social de la propiedad, los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo de las comunidades locales donde se emplacen los proyectos de explotación.

La explotación de los recursos naturales debe realizarse de manera sustentable, mediando una apropiada planificación y ordenamiento territorial y debe asegurarse la conservación del medio ambiente y la consulta y aprobación de las personas afectadas. El Estado debe tener especial consideración por el bienestar de sus actuales y futuros habitantes.

x. Derechos políticos

Se reconocer el derecho y el deber de participar en la vida pública y política del país. El sufragio activo y pasivo son derechos esenciales de la ciudadanía. Por tanto deben ser

fortalecidos para asegurar la más plena participación, fijando la Constitución y la ley los requisitos para su ejercicio. El derecho de asociación política, el derecho de protección del Estado a los nacionales, el derecho a la nacionalidad -incluida la nacionalidad adquirida por vínculo de parentesco o afinidad-, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el derecho de reunión y manifestación.

Se debe garantizar el derecho a formar partidos políticos y el derecho de asociación política a fin que los ciudadanos puedan constituir movimientos o asociaciones políticas.

El sufragio es universal, igualitario, secreto y debe poder ser ejercido por todos los chilenos mayores de 18 años, en su dimensión pasiva y activa, sin que su lugar de residencia o el haber sido procesado o condenado por un crimen o simple delito puedan limitar o condicionar el derecho al sufragio.

El Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular. Se debe garantizar el ejercicio efectivo de los derechos políticos de las mujeres prestando especial atención al derecho a ser elegidas y a ocupar cargos de elección popular, nominación en las instancias de dirección y decisión de los poderes públicos, y en los partidos políticos, y representación de países en instancias internacionales, introduciendo criterios de paridad en la representación de ambos sexos. Para ello se deben implementar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la paridad en los cargos de representación popular.

Del mismo modo, se reconoce la necesidad de que los derechos políticos queden sometidos a una cláusula de reserva de ley, como por ejemplo, el derecho de reunión, el que debe ser formulado como un derecho de reunión y de manifestación pública.

xi. Derecho a la participación política y social

La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la participación política y social en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas. En esa línea, se debe designar al Estado de Chile como uno de tipo

participativo. Esta participación puede realizarse directamente o a través de los representantes libre y democráticamente elegidos.

Además, debe señalarse que la participación política es un elemento fundamental que debe promoverse y garantizarse en los diferentes espacios, tanto políticos como sociales, facilitando la formación y mantención de sindicatos, negociación colectiva interempresa e intersectorial. Los espacios de participación incluyen la esfera educativa y la productiva.

El Estado debe garantizar que sus habitantes puedan participar en condiciones de igualdad como candidatos en los cargos de elección popular, en acceso a los distintos puestos y funciones públicas en los poderes del Estado, y en general en las distintas instancias de intervención en la vida pública y social.

La Ley determinará las normas y requisitos para el registro legal y las formas específicas de intervención de los partidos políticos, en tanto instituciones de interés público, cuyo fin es promover la participación de la ciudadanía en la vida democrática, asegurando la transparencia, las prácticas democráticas y la representación equilibrada de mujeres y hombres en su vida interna. El estado removerá la desigualdad de acceso a los recursos económicos, una de las principales barreras de entrada que enfrentan las mujeres para ejercer su ciudadanía, en particular el derecho a ser elegidas.

El Estado reconoce el derecho a la participación ciudadana. Se entenderá por participación ciudadana el derecho de intervenir, tomar parte y ser considerado por los órganos estatales en la generación de políticas, definición de prioridades y gestión de las mismas. El ejercicio de este derecho deberá compatibilizarse con el buen servicio de los órganos administrativos. La ley arbitrará los mecanismos e instrumentos para hacer efectivo el derecho.

xii. Cláusula pro-consumidor

La Constitución protegerá el interés y los derechos de los consumidores y usuarios, y a tal efecto, se asegurarán los derechos a la información acerca de los bienes y servicios disponibles en el mercado, la simetría y paridad en la contratación de estos bienes y

servicios, propendiendo a la protección del contratante más débil; velando por las condiciones sanitarias y de seguridad que dichos bienes y servicios deben tener.

El Estado brindará especial protección a las asociaciones de consumidores y de usuarios de servicios, respetando sus fines propios y autonomía.

xiii. Derecho a la protección de la salud

La Nueva Constitución debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal, igualitario e integrado. Se debe garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. El Estado debe controlar el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y regularlos por ley para garantizar prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Para ello, es necesario reponer la solidaridad en el financiamiento de la salud.

Se debe fortalecer la atención primaria en el marco de una red integral de atención con enfoque familiar, intercultural y comunitario, en la que los distintos niveles del sistema promuevan un modelo de salud preventivo y promocional. La atención primaria debe ser la puerta de entrada y el eje estructural de la red sanitaria, tanto pública como privada.

Las políticas públicas en salud deberán considerar un enfoque de género y promover acciones especiales para la atención de salud integral de las mujeres, niñas y adolescentes.

xiv. Derecho a la seguridad social

El Estado debe garantizar constitucionalmente un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que avale la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad como un accidente, invalidez, vejez o el desempleo. Se debe consagrar de modo explícito el principio de solidaridad en materia de seguridad social.

Se debe garantizar el derecho a la renta básica incondicional y universal.

Las políticas de seguridad social deberán reconocer las desigualdades estructurales de género en el mercado laboral y sus consecuencias para las mujeres. Debe considerar la protección social a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar.

xv. Derechos de las personas con discapacidad y de la tercera edad

El Estado se obliga a la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Se debe propiciar la plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad y de la tercera edad, así como el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

xvi. Derecho a la educación

Corresponde al Estado garantizar el derecho a la educación en todos sus niveles, velar por su calidad y estimular la investigación científica y tecnológica.

Se debe garantizar la calidad, gratuidad e inclusión de la educación parvularia, básica, media, técnica, superior y universitaria.

Se deben implementar mecanismos que permitan avanzar hacia una educación universal, igualitaria y no segregada. El Estado debe promover y garantizar la educación pública en todos los niveles y de asegurar la calidad de la educación pública y privada en todos los niveles. La educación privada podrá recibir financiamiento público en condiciones no discriminatorias.

La educación pública en todos sus niveles es una obligación primordial del Estado en cuanto a su sostenimiento y al aseguramiento de su calidad, gratuidad, inclusión y laicidad.

También es necesario incorporar la libertad académica en el derecho a la educación, la que incluye la libertad de cátedra, de investigación y de extensión.

Los planes y currículas de estudio de todos los niveles de enseñanza deben propender a la formación de los estudiantes para una ciudadanía que sostiene y promueve una sociedad democrática participativa en que libertad e igualdad se viven como complementarias.

El derecho a la libertad de enseñanza no significa que al Estado le esté vedado regular a los prestadores. La libertad de abrir, organizar, y mantener establecimientos educacionales debe hacerse en conformidad con los principios establecidos en la Constitución y según la ley. La educación privada que reciba financiamiento proveniente de recursos públicos será

tratada como colaboradora del Estado en la cobertura del servicio público educacional, debiendo ajustarse a las normas generales que la ley determine en este campo.

xvii. Derecho al trabajo

El derecho al trabajo, su remuneración y protección. Todos deben tener garantizado el derecho al trabajo y a su libre elección, así como a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, acorde con sus capacidades. El Estado debe asegurar la misma remuneración por el mismo trabajo, prohibir la discriminación salarial por sexo y promover el acceso de la mujer a los cargos de mayor responsabilidad.

La ley fomentará el goce efectivo del derecho a la sindicalización en todos sus niveles, la protección frente a las prácticas antisindicales y la negociación colectiva, por empresa y por rama de actividad.

Se reconoce el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa.

Se debe reconocer el derecho a huelga efectivo, regulando la ley la forma y plazo de los reemplazos y los mínimos cuando corresponda. Este derecho a huelga se extiende a trabajadores del sector privado y del sector público, correspondiéndole a la ley regular su ejercicio. También la ley deberá garantizar las condiciones de trabajo seguras.

xviii. El derecho a la vivienda

Se debe reconocer el derecho a una vivienda digna (tal como existe en España, Sudáfrica,) y el derecho al espacio público en el contexto de ciudades integradas.

xix. Derecho a la cultura

Se reconoce el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. El Estado deberá promover la ciencia, investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional.

xx. Derechos colectivos

Chile, en cuanto nación es indivisible, plural y multicultural. Chile incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia.

Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos grupos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

3. Garantías.

La Nueva Constitución debiera desarrollar los estados de excepción constitucional con las limitaciones generales a los derechos, definiendo estrictamente los supuestos de hecho que permitan limitarlos; con estricta sujeción a estándares internacionales, tales como los principios de Siracusa.

Se debe garantizar la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

Todos los derechos deben poseer –según la doctrina y jurisprudencia dominante- la misma relevancia para el desarrollo pleno de las personas y, además, se deben asegurar formas de control judicial sobre los derechos económicos, sociales y culturales que permitan vincular a las autoridades administrativas. Sin sustituir el criterio del gobierno y la administración en materia de diseño y ejecución de las políticas públicas, se propone que la Carta Fundamental garantice un amplio proceso de amparo ordinario de derechos civiles, políticos como sociales y económicos, y dejar a la ley, la regulación del modo en que cada derecho habrá de ser cautelado y la determinación de la competencia de los tribunales que confieran tutela constitucional a estos derechos.

4. Deberes

En materia de deberes constitucionales, la Nueva Constitución debe hacerse eco de la vieja fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que sitúa a las personas y sus grupos no sólo frente al Estado, sino frente a la comunidad en que viven, de suerte que los deberes superen concepciones individualistas que niegan la necesidad de la cooperación y la solidaridad social.

En consecuencia, la Constitución deberá establecer deberes relativos a la vida pacífica, el respeto de los derechos, la contribución a una sociedad solidaria, el cumplimiento con las cargas reales y personales que establezca la ley; los deberes para con el Estado nacional, sus valores e intereses permanentes y los deberes relativos al respeto y cumplimiento de la Constitución y la ley.

IV. RÉGIMEN POLÍTICO.

Chile debe superar la tendencia autoritaria que ha tenido nuestro régimen de gobierno desde el siglo XIX y que se expone en los hechos a un presidencialismo minoritario, imponente y en conflicto permanente con el Congreso Nacional.

En este campo, se formulan dos opciones. Por una parte, la instauración de un régimen presidencial flexible o moderado (1) y, por otra parte, la sustitución del régimen presidencial por uno semi-presidencial (2)²⁶. En ambas propuestas se busca fortalecer la gobernabilidad, facilitando mecanismos de colaboración del Parlamento con el Gobierno.

1. Régimen presidencial flexible.

a. Introducción:

La reforma del sistema político chileno debe considerar las normas y prácticas que han acentuado el llamado “constitucionalismo ejecutivo”, y que han significado el aumento desmedido del poder presidencial por sobre la deliberación constitucional. La instalación y el funcionamiento sin precedentes de un equipo presidencial dedicado a promover la persona del presidente; la organización de una oficina legal presidencial que controla la creación de normas desde el ejecutivo; la apelación directa a la ciudadanía a través de los medios de comunicación; la distorsión de la realidad que los medios realizan de manera cotidiana; la vinculación política de los militares y el potencial de insubordinación militar al poder civil; el recurso a la retórica política con imágenes de guerra o emergencia constitucional; el uso de medidas restrictivas de derechos por causa del terrorismo o la delincuencia organizada; el desvirtuar las primarias y las elecciones populares con discursos y promesas populistas, que se sabe no se pueden cumplir; el abuso de la mercadotecnia en política, etc., constituyen nuevas realidades políticas que han generado un clima de amenaza a los principios republicanos y al futuro de la democracia constitucional.

²⁶ La primera de las propuestas fue formulada por don Pablo Ruiz-Tagle Vial y la segunda por don Francisco Zúñiga Urbina.

En este complejo escenario proponemos una serie de medidas destinadas a moderar el excesivo presidencialismo que existe en Chile. La redistribución de funciones políticas y constitucionales que proponemos, se funda en el concepto de flexibilización que consiste por una parte en una mayor distribución de poder entre los órganos políticos que tienen mayor legitimidad democrática directa con el fin de fortalecer la gobernabilidad, y al mismo tiempo mediante esa acción legitimadora se piensa que se puede aumentar el rendimiento de las políticas públicas y acrecentar la legitimidad del sistema político.

Desde este punto de vista no se entiende que el Presidente y Congreso sean entidades separadas que no pretenden intervenir en las labores del otro o que sus atribuciones sean empatadas o que sean resueltas de modo ordinario por un tercero, esto es, por ejemplo, un órgano autónomo constitucional y menos en el contexto del Consejo de Seguridad Nacional donde la constitucionalidad y carácter democrático del mismo está seriamente en cuestión. Por el contrario, el proyecto de la flexibilización supone instalar instrumentos adecuados de control de un órgano sobre el otro y particularmente construir un trabajo coordinado entre el Presidente y el Congreso para que desde esos dos órganos con representatividad democrática surja la gobernabilidad, la coherencia técnica y la política que da sustento a todas las formas de las políticas públicas y así se profundice en la legitimidad de las mismas.

También, se ha argumentado que para que pueda darse un proceso de flexibilización efectivo, conviene que exista un cierto equilibrio en las potestades de ambos órganos que se desea disciplinar y someter a los equilibrios y contrapesos de la flexibilización.

b. Propuestas

A continuación se detallan algunas de las propuestas que pueden ayudar a lograr este equilibrio:

1. Cooperación entre el Presidente y el Congreso: En cuanto a las propuestas concretas debemos terminar con la batalla de las etiquetas entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Debemos buscar un sistema que funcione y que pueda equilibrar mejor la relación entre el Presidente de la República y el Congreso. Para avanzar en esa dirección parece razonable institucionalizar el que los parlamentarios puedan ser nombrados ministros de Estado de manera de usar los talentos que están disponibles en el Congreso

Nacional para las tareas políticas y terminar con las separaciones tajantes entre estos dos poderes para que puedan colaborar más estrechamente.

2. Reformar atribuciones del sistema bicameral: Aunque algunos han propuesto crear un sistema unicameral, en esta propuesta se postula que debe mantenerse la potestad política repartida entre la Cámara de Diputados y la institución del Senado. Mantener el sistema bicameral desde luego supone revisar las distritos y circunscripciones existentes y reforzar en la cámara alta sus atribuciones para que esta sea un lugar de deliberación política del más alto nivel, como lo fue en buena parte de la historia de Chile. Por ejemplo, puede agregarse a las facultades del Senado la de aprobar por la mayoría de sus integrantes la designación de los embajadores. El periodo del mandato de los Senadores no debe extenderse a más de cuatro años.

3. Modificar el periodo presidencial: Adicionalmente, se ha criticado el plazo del periodo presidencial que debe extenderse a cinco o seis años, sin posibilidad de reelección y se propone alternativamente mantener el plazo de cuatro años con la posibilidad de reelección inmediata y por una sola vez.

4. Disolución de las Cámaras: Se propone también que el Presidente pueda disolver las Cámaras y llamar a elecciones por una sola vez durante su mandato, y que esta facultad pueda servir para generar una nueva mayoría que le permita gobernar evitando el empate y la sensación de estar en un pantano político²⁷.

5. Reforzar las capacidades del Congreso: Otras reformas sustanciales deben hacerse también respecto del proceso legislativo para asegurar la calidad técnica de nuestras leyes. Para eso creo conveniente incorporar más y mejores profesionales que asesoren en calidad de funcionarios civiles al Parlamento en la elaboración de los proyectos de ley. Estos profesionales deben ser a su vez capaces de ayudar a evaluar políticas públicas vinculadas a iniciativas legislativas y experiencias de fiscalización.

²⁷ Parte de los integrantes de la Comisión manifestaron su adhesión a esta propuesta siempre que no incluyera este elemento.

6. Modificar las atribuciones legislativas del Presidente: También debe revisarse el excesivo poder presidencial en cuanto a la iniciativa legislativa y las urgencias, particularmente en lo que respecta a las materias económicas y presupuestarias. Se trata que sin caer en la trampa que fueron en nuestra historia las leyes periódicas, seamos capaces de aprender de las formas de control presupuestario parlamentario que existen en otros países. Hemos presenciado como en EE.UU. a raíz de la crisis de Wall Street y la guerra de Irak el Congreso ejerce sus funciones con responsabilidad. Esta experiencia no está lejos de lo que necesitamos para abordar reformas complejas como las del Transantiago y otras materias semejantes.

La idea de la flexibilidad supone compartir las competencias del Presidente y el Congreso que es uno de los factores que no está presente en Chile, particularmente en cuanto a las atribuciones legislativas exorbitantes que goza el Poder Ejecutivo en cuanto a su iniciativa exclusiva, control de las urgencias, atribuciones en materias administrativas y financieras y capacidades técnicas y de asesoría.

Los que critican éste predominio del Ejecutivo, sostienen que es muy baja la influencia parlamentaria en la elaboración de la ley en el régimen presidencial chileno. Por eso, junto con estudiar las diferencias y semejanzas que nuestro sistema tiene con otros países para encontrar fórmulas flexibles se trata de resolver los problemas de colaboración entre el Presidente y el Congreso, y pensar en reformas institucionales.

También es importante limitar la reelección infinita, con el fin de asegurar así, la renovación del Congreso, de modo que los Senadores puedan ser reelegidos en el mismo distrito por una vez y los Diputados hasta por un máximo de dos períodos sucesivos. Se propone además la derogación del artículo 23 que pone una barrera corporativista entre los parlamentarios y las organizaciones sociales, y se comparten las ideas de incluir formas de iniciativa popular en el proceso legislativo y fiscalizador parlamentario.

También es urgente revisar las leyes orgánicas adoptadas durante la dictadura. Los estudiantes el año 2006 y hoy, han pedido modificar la LOCE y la LEGE, pero éstas no son las únicas leyes orgánicas que requieren de una revisión desde un punto de vista republicano y democrático. La Constitución reposa sobre un enmarañado de “arbustos con espinas” formados por estas leyes orgánicas, las cuales es necesario revisar con la misma

fuerza que la Constitución. Algunas de las leyes orgánicas son leyes de amarre incompatibles con los principios del constitucionalismo democrático. Así, por ejemplo, la revisión de la ley orgánica de las FFAA puede significar asignar un rol más compatible con la democracia a los uniformados; la revisión de la ley orgánica de votaciones populares y escrutinios, y de registro electoral que define con la Constitución el sistema electoral puede hacer relevantes las elecciones parlamentarias y concebirlas como empates que subsidian la segunda minoría y excluyen la representación y participación de las demás minorías. En las leyes orgánicas sobre educación, municipalidades, en la administración pública y en muchas otras materias, esta revisión pro-democrática puede servir para reformular totalmente la cara autoritaria del sistema jurídico chileno.

2. Régimen semipresidencial.

Desde cualquier punto de vista, teórico o práctico, impulsar un cambio hacia un régimen semipresidencial requiere de sendas reformas políticas, no sólo a la Constitución y sus leyes de desarrollo, sino que, además, de una transformación institucional y funcional- del sistema político. Por lo anterior, sólo nos remitimos a las ideas generales de las modificaciones más significativas e inmediatas que debieran discutirse en el marco de la Nueva Constitución que pretenda instalar un régimen semipresidencial

1. Separación de la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno. Este es el rasgo prototípico de un régimen semipresidencial, y además, de tipo republicano: un Presidente de la República, Jefe del Estado, y un Primer Ministro o Jefe del Gobierno, el primero con una legitimidad democrática directa y el segundo con una legitimidad indirecta dependiente de la relación fiduciaria o de confianza con la Cámara de Diputados. Esto supone separar las funciones hoy concentradas en el Presidente de la República, para lo cual, resulta forzoso una reforma a la Constitución a la distribución de poder compatible con un Ejecutivo dualista.

Las funciones que conserva para sí la Jefatura del Estado suelen agruparse en: a) Atribuciones relativas a la Administración de Justicia; b) Atribuciones militares o Defensa Nacional; c) Atribuciones internacionales, d) Atribuciones de nombramientos en los órganos del Estado; e) Atribuciones parciales en el ámbito de la potestad reglamentaria, f) Atribuciones legislativas y veto de las leyes, entre otras. La Nueva Constitución deberá

establecer las atribuciones que el Jefe de Estado ejercerá directamente y en las que requerirá el refrendo del Jefe de Gobierno y/o del Consejo de Ministros.

2. Rediseño de la función de jefatura de Estado y de Gobierno. Es necesario, junto con separar formalmente las funciones de Estado y de Gobierno, rediseñar ambas funciones, pues, desde el punto de vista normativo, nuestro ordenamiento constitucional, en el Capítulo “Gobierno” bajo el epígrafe “Presidente la República” regula conjuntamente las materias propias del Estado y del Gobierno, por lo tanto:

a. Habría que modificar y reordenar todo el Capítulo relativo a Gobierno de la Constitución.

b. Del punto de vista de práctico, muchas de estas atribuciones, algunas típicas de la jefatura del Estado y otras muy típicas de la función de Gobierno, se ejercen simultáneamente, de ahí que resulta indispensable separarlas y delimitarlas claramente.

c. Debe crearse toda una normativa constitucional que regule las relaciones entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

d. Conservar en el jefe de Estado la decisión acerca del Derecho de Excepción, con acuerdos del Congreso Nacional, cuando corresponda.

e. Conservar en el Jefe de Estado la prerrogativa del veto parcial suspensivo.

f. Conferir al Jefe de Estado la facultad de disolver la Cámara baja y convocar a elecciones anticipadas, a propia iniciativa o a petición del propio Gobierno.

g. Reemplazar el mecanismo de nombramiento de los Ministros de Estado, por ejemplo, nombramiento del Presidente de la República a propuesta del Jefe de Gobierno.

3. Atribuciones del Jefe de Gobierno. En este punto, vale la pena reiterar que, un régimen semipresidencial requiere de un complejo entramado institucional y normativo, con atribuciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno que se rozan, en no pocas ocasiones, o que requieren de mucha coordinación entre ambos órganos, por lo cual, sólo fijaremos algunas ideas gruesas respecto de las atribuciones de la Jefatura de Gobierno, a saber:

- a. Conducción del Gobierno y del Gobierno interior.
 - b. Conducción de las relaciones internacionales y negociación, conclusión, suscripción y ratificación de tratados internacionales.
 - c. Proponer los nombres para Ministro de Estado.
 - d. Dirigir la Administración del Estado.
 - e. Ejercer la potestad reglamentaria.
 - f. Ejercer las atribuciones legislativas directas y las atribuciones constituyentes.
4. Establecimiento de un nuevo sistema de elecciones. En efecto, un régimen semipresidencial demanda un sistema electoral de mayor complejidad, por una parte, y de una alta legitimidad, por otra. Para tal efecto, resulta forzoso apuntar lo siguiente:
- a. Tiene que establecerse un mecanismo para la investidura del Primer Ministro o Jefe del Gobierno, el que puede consistir, alternativamente: en la investidura por la Cámara baja, o bien, el nombramiento del Presidente de la República con acuerdo de la Cámara baja;
 - b. Establecimiento de las reglas de duración del mandato, cesación, vacancia, renuncia, etc.
 - c. Debe establecerse un sistema electoral para la asignación de los escaños parlamentarios lo suficientemente representativo, proporcional y legitimado, como para formar, a partir de esas mayorías, el Gobierno.
5. Establecimiento de atribuciones al Presidente de la República para arbitrar conflictos entre Gobierno y Congreso Nacional. Evidentemente que pueden existir tensiones entre el Gobierno y el Congreso Nacional que tienen que dirimirse de algún modo. En este sentido, uno de los mecanismos más conocidos es la disolución de la Cámara baja o de ambas cámaras, y/o la dimisión del Jefe de Gobierno y luego la convocatoria a nuevas elecciones. La decisión la adopta el Presidente de la República, por su propia iniciativa o a solicitud del Jefe de Gobierno y/o del Consejo de Ministros. Esta facultad, por cierto, debe estar lo suficientemente contenida o racionalizada, pues, el abuso

de este mecanismo produce la inestabilidad de los gobiernos y el estancamiento de la acción ejecutiva.

6. Modificación de las atribuciones del Congreso Nacional. En este caso, la primera cuestión que debemos anotar es que los sistemas presidenciales, y los presidencialistas sobre todo, descansan en un modelo de separación rígida de poderes o de “contrapeso de poderes”. Por lo cual:

a. La adopción de un régimen semipresidencial obliga a revisar esto, pues, en los hechos, se produce una “colaboración de poderes” entre la Cámara baja y el Gobierno que se forma a partir de su apoyo mayoritario, por lo cual, la regla de separación rígida de poderes no es funcional al semipresidencialismo.

b. La Cámara baja debe contar con vigorosas facultades de control y fiscalización respecto del Gobierno y su Administración.

c. La Cámara también debe contar con atribuciones para hacer efectiva la responsabilidad política, que se efectiviza a través de una moción de censura constructiva.

d. Finalmente, se debe racionalizar el mecanismo de confianza Gobierno-Congreso Nacional, estableciendo declaraciones de política general y mociones de censura constructiva con plazos y mecanismos de “enfriamiento” para asegurar la continuidad gubernamental y la excepcionalidad de los Gobiernos dimisionarios.

e. Por último, la investidura del Gobierno debe estar asociada a la formación político-programática de una coalición de partidos, para asegurar su estabilidad y duración. También la moción de censura constructiva está asociada a estos objetivos.

En cuanto al Senado, como se expone en el documento ésta cámara alta pasa a ser una cámara territorial en que las regiones son representadas en base a paridad, congruente con una nueva forma jurídica de Estado que profundiza el proceso de regionalización instaurando un Estado Regional.

Adicionalmente, la Cámara de Diputados, depositaria de la relación de confianza con el Gobierno pasa a ser también cámara política y legislativa por definición, de suerte que frente a la disparidad de criterios entre cámara baja y cámara alta en el ejercicio de la

potestad legislativa la cámara baja podrá insistir en el proyecto de ley aprobado en el trámite correspondiente del respectivo procedimiento legislativo.

En síntesis, y como señalamos, la opción por el régimen semipresidencial requiere de rediseño institucional de la forma de gobierno y régimen político que la Nueva Constitución debe hacerse cargo, venciendo el “peso de la noche”, al menos en los capítulos referidos al “estatuto del poder” (Gobierno y Congreso Nacional); el reparto competencial entre los poderes públicos; las bases constitucionales de la Administración Pública; el Gobierno y Administración interior, entre otros. Y, ciertamente, resulta ineludible revisar buena parte de la legislación de desarrollo, especialmente las leyes orgánicas constitucionales y otras tantas leyes de bases.

3. SENADO.

En el marco de una reforma al régimen político, con independencia del modelo presidencial flexible moderado o semi-presidencial se propone diferenciar los roles institucionales de las cámaras del Congreso Nacional, guardando coherencia esta diferenciación con el régimen político y la forma jurídica de Estado Regional.

En consecuencia, se propone que el Senado sea la cámara de representación territorial de las regiones, conservando, en todo caso, sus atribuciones moderadoras, cuasi judiciales y políticas. Se busca, por otro lado, fortalecer y ampliar sus atribuciones de confirmación en el nombramiento de altos cargos de Gobierno y Administración y en la integración de otros órganos supremos del Estado.

V. POTESTAD LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA.

Con independencia del régimen político, la potestad legislativa y la reglamentaria deben tener una ecuación que permita, por una parte, concebir la primacía de la ley como una exigencia del sistema democrático y a la potestad reglamentaria como una exigencia de buen gobierno. De esta manera, se propone establecer como norma de clausura a la ley, eliminando todo vestigio de un sistema de *numerus clausus* o enunciación completa y cerrada que acote o circunscriba el dominio de la ley. El campo de la ley, junto con la supresión de las categorías o tipos de ley, que da origen a las leyes contra-mayoritarias, se

propugna como categoría única “la ley”, con un quórum común o general de mayoría de parlamentarios presentes en ambas cámaras, sin perjuicio de los quórums especiales que se prevean en el procedimiento legislativo, por ejemplo, para insistir, el veto presidencial, etc.

Asimismo, la potestad reglamentaria debe tener la flexibilidad necesaria para la ejecución de las políticas públicas y para la debida ejecución de la ley.

VI. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

1. Aspectos Generales.

En este apartado, se propone un esquema dualista en que el Jefe de Gobierno es la cabeza de la Administración del Estado y los Ministros son las autoridades sectoriales de la ejecución de políticas públicas y, en tal medida, responsables política y constitucionalmente.

Además, se propone reconocer constitucionalmente ciertos principios que ordenan la Administración del Estado, tales como la legalidad, eficiencia, eficacia, probidad, transparencia, entre otros.

Por último, en concordancia con la forma jurídica de Estado Regional se reconoce autonomía al Gobierno Regional y a los Municipios, de suerte que sea la ciudadanía regional y local la que haga efectiva las responsabilidades de dichas autoridades.

Por otra parte, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas salen de la Constitución en cuanto estatuto propio, para quedar incluidas en el estatuto orgánico y funcional de la Administración militar y/o policial según sea el caso. Se postula suprimir el Consejo de Seguridad Nacional. La ley deberá, conforme a principios de no deliberación, obediencia y respeto a los derechos humanos, fijar su estatuto reconociendo el carácter de ciudadano-militar o ciudadano-policial a sus funcionarios.

Para la Nueva Constitución las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública serán instituciones esencialmente obedientes al poder constitucional, no deliberantes, disciplinadas y partícipes del desarrollo del país a nivel nacional y regional. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tendrán el monopolio instrumental de la fuerza coactiva. Tendrán como fines la defensa nacional, la seguridad y el orden público, según

sea el caso, con pleno respeto de los derechos humanos, del medio ambiente y los recursos nacionales estratégicos de la nación. Las Fuerzas Armadas en cuanto instituciones permanentes son continuadoras del legado de los fundadores de la nación respecto de la integración latinoamericana basada en el principio de la autodeterminación de los pueblos.

Finalmente, el Banco Central, el Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras son situadas en la Administración institucional, se les reconoce su autonomía y a la ley como la medida de la autonomía y de la configuración de sus competencias. En tal administración institucional se asegurarán las bases de una carrera funcionaria compatible con su rol. El régimen de controles, responsabilidades (sin perjuicio de la responsabilidad constitucional de sus órganos superiores), así como sus relaciones inter-institucionales deberá ser establecido en la ley.

Adicionalmente, con la finalidad de perfeccionar el sistema nacional de control, la Contraloría General de la República debe transformarse en un organismo de auditoría, dotado de autonomía constitucional, y por ende, de control de legalidad financiera y contable, de la inversión y gasto de recursos públicos; suprimiendo el control preventivo de legalidad, que es sustituido por el control judicial residenciado en los tribunales administrativos que se propone crear. Asimismo, la Contraloría General de la República debe ser dirigida por un órgano unipersonal, de excelencia, nombrado por los poderes públicos democráticos, y sometido a responsabilidad constitucional vía acusación en juicio político. La Contraloría tendrá una especial relación con el Congreso Nacional, en especial en lo relativo al control e imperio de la legalidad financiera. La Contraloría General de la República deberá inhibirse de todo lo contencioso y todas sus decisiones serán revisables por el Poder Judicial.

Asimismo, las quejas de los administrados en relación a la mala administración o deficiente funcionamiento de los servicios públicos de la Administración del Estado o gestionados por empresas privadas, y que importen la lesión de derechos fundamentales y de derechos humanos, pasan a ser campo de las tareas de una Defensoría del Ciudadano que se propone crear. Esta Defensoría del Ciudadano es una magistratura moral, revestida de *auctoritas*, pero no de imperio, que formula exhortaciones a la autoridad, recomendaciones, informes,

contribuyendo a activar el control político y el control social de los gobernantes. La Defensoría del Ciudadano también queda sometida a responsabilidad constitucional en acusación en juicio político, por notable abandono de sus deberes.

Por último, se propone crear un Tribunal de Cuentas, tribunal superior, independiente, letrado y especial, a cargo del juzgamiento de las cuentas de todo servidor público que tenga a su cargo la administración de recursos del Estado, así como de particulares que reciban tales recursos. Este Tribunal de Cuentas queda sometido a responsabilidad constitucional en juicio político, también por notable abandono de deberes. Ante este Tribunal de Cuentas, corresponderá a la Contraloría General de la República sostener las demandas o reparos, sin perjuicio de la intervención del Estado-Fisco o de particulares.

2. Gobierno y Administración Territorial del Estado.

i. Introducción

El Gobierno y Administración interior del Estado debe articular, a nuestro juicio, dos ideas básicas: por un lado la existencia de un poder político nacional y central que dé eficacia, consistencia y coherencia a la acción estatal, garantizando derechos básicos para todos los habitantes de la república; y, por otro, la participación de los habitantes de los territorios en las decisiones políticas y administrativas destinadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y regional, propendiendo al desarrollo de éstas.

Es evidente que en nuestro país esta articulación no se ha llevado a cabo adecuadamente, existiendo una percepción muy extendida de un excesivo centralismo en la gestión pública, un dominio sin contrapeso de la autoridad presidencial y la ausencia de instancias de participación efectiva en los territorios en la determinación de las políticas, planes y programas de impacto regional y local. Ello da cuenta de la generalizada percepción de fracaso del proceso de descentralización y desconcentración administrativa realizado en el país en los últimos 40 años, y especialmente en las últimas dos décadas, el que ha estado orientado más a la desconcentración territorial de ciertos órganos y servicios públicos nacionales, al aumento nominal de la inversión pública con impacto regional y a la generación de instancias mínimas de participación, pero sin otorgar atribuciones relevantes a los órganos y los habitantes del territorio en el desarrollo regional.

En este contexto, la situación actual exige un cambio profundo del modelo institucional, transitando desde un Estado Unitario a uno Regional, traspasando así a las regiones y comunas competencias efectivas para generar políticas, planes y programas de desarrollo, abandonando con ello la lógica de pensar el país desde la capital y reemplazándola por hacerlo desde los propios territorios. Lo anterior no implica la ruptura de la unidad del Estado, sino su articulación con las regiones y comunas bajo los principios de solidaridad, equidad territorial e integridad.

ii. Desarrollo

a. División política y administrativa en regiones y comunas

En el marco de la definición del Estado de Chile como un Estado Regional, se propone el establecimiento de una división político-administrativa del país en regiones y comunas, siendo las primeras, las regiones, los espacios geográficos en los que se estructurarían y radicarán los órganos políticos y administrativos principales que estarán encargados de llevar adelante las políticas, planes y proyectos de desarrollo de cada uno de los territorios del país. Ese espacio territorial será además el marco espacial para la configuración de la Administración descentralizada y desconcentrada del Estado, pudiendo establecerse adicionalmente otras oficinas o unidades intrarregionales, de acuerdo a las necesidades de cada región.

A ello deben añadirse las comunas, como unidad territorial local de menor tamaño, en la que se considerarán a las municipalidades como órganos administrativos encargados de satisfacer las necesidades de la comunidad local. En estas comunas, los municipios serán los principales articuladores de las necesidades y demandas de sus habitantes, debiendo la Administración central y los gobiernos regionales canalizar la satisfacción de éstas a través de aquellos, como entidad pública más cercana al ciudadano.

Por otro lado, se propone la supresión de las provincias como unidad administrativa territorial y, como consecuencia de ello, a las gobernaciones como órganos desconcentrados del intendente regional. Ello atendido que aquellas no constituyen actualmente un espacio territorial idóneo para la satisfacción de las necesidades públicas y, por el contrario, su autoridad principal, el gobernador, sólo opera como un jefe político

articulador del Gobierno nacional en ese espacio territorial y con potestades administrativas limitadas al orden público y la seguridad interior. Esto potenciaría a las regiones como espacios territoriales claves para la articulación del desarrollo, asumiendo los gobiernos regionales el desafío más relevante en esta materia, pero ensanchando al mismo tiempo el ámbito de acción de las municipalidades, ante la falta de otra instancia intermedia territorial. Además, al entregar a los gobiernos regionales la creación de unidades territoriales y oficinas administrativas se flexibilizará la estructura rígida del aparato público, organizando éste de acuerdo a las necesidades de cada territorio y las particularidades geográficas, étnicas, culturales y económicas.

b. Gobierno y Administración en la región: Intendentes y Gobiernos Regionales

En el ámbito regional, se propone la organización estatal en dos niveles: por un lado, una organización desconcentrada del nivel central radicada en intendentes regionales, secretarías regionales ministeriales y servicios públicos de nivel nacional encargados de la transmisión y ejecución de las políticas nacionales en la región y del gobierno interior. Estas dos últimas organizaciones sólo existirían en aquellas regiones que se considere necesarias por la actividad desplegada por la Administración central en ese territorio, pudiendo existir unidades administrativas conjuntas que concentren y unifiquen el trabajo administrativo en ciertos sectores.

Los intendentes regionales seguirán siendo un cargo de la exclusiva confianza del Gobierno, actuando como agente natural e inmediato de éste, el que mantendrá bajo su mando el aparato administrativo del servicio de gobierno interior. Además coordinará y supervigilará las secretarías regionales ministeriales²⁸ y las direcciones regionales de los servicios públicos nacionales, articulando las políticas y planes sectoriales del Gobierno central en su territorio.

²⁸ En la Comisión se defendió también la idea de otorgarle un rol especial de éstas, con mayor autonomía. Deben ser órganos descentralizados territorialmente en la región que, por una parte, actúa como órgano político regional del Ministerio respectivo y, por otra parte, ejecuta la política nacional en su área específica. El funcionario que lo dirige sería designado por el Presidente de la República, correspondiendo al Intendente coordinar la ejecución de las políticas públicas nacionales.

Por otro lado, existirá una organización política y administrativa descentralizada constituida por los gobiernos regionales y los servicios públicos de nivel regional. Los gobiernos regionales serán órganos autónomos con personalidad jurídica propia, los que asumirán plenamente el gobierno y la administración superior de la región, teniendo potestades exclusivas para definir las políticas, planes y programas de impacto regional. En todo caso, estas políticas, planes y programas deberán coordinarse, en su elaboración y ejecución, con las definidas a nivel nacional, las que deberán respetar siempre las competencias y atribuciones reconocidas en el ordenamiento jurídico a los gobiernos regionales.

c. Organización de los Gobiernos Regionales

Los gobiernos regionales tendrán como órganos principales una Asamblea Regional y un Presidente. La Asamblea Regional estará integrada por un número variable de miembros elegidos por los ciudadanos directamente, en base regional y en forma proporcional, de acuerdo a lo que disponga la ley, no pudiendo ser menos de 20 ni más de 40 personas. Este órgano será la máxima instancia de representación y participación de la ciudadanía regional constituyéndose en el órgano normativo, resolutivo y fiscalizador del Gobierno Regional. Para tales efectos, la Asamblea Regional celebrará sesiones ordinarias públicas semanalmente, debiendo considerar un tiempo para la intervención directa de los propios ciudadanos en temas de interés regional.

Esta Asamblea Regional elegirá por mayoría simple un Presidente del Gobierno Regional, de entre aquellos consejeros que hayan obtenido la votación más alta de cada lista, pacto o subpacto²⁹. El Presidente así elegido podrá ser removido de su cargo en cualquier momento por la propia Asamblea Regional, a través de un voto de censura constructivo (proponiendo al mismo tiempo otro candidato a Presidente y un programa de gobierno), o destituido, en

²⁹ Alternativamente, se ha propuesto por el Comisionado José Viacava la elección directa del Presidente del Gobierno Regional, pero en tal caso no tendría cabida la moción de censura constructiva proveniente de la propia Asamblea Regional, ya que la legitimidad democrática de la autoridad ejecutiva regional proviene de la elección practicada por la ciudadanía regional en una fórmula uninominal mayoritaria. En este caso la única manera de destituir al Presidente del Gobierno sería mediante un referéndum revocatorio votado por la misma ciudadanía regional.

aquellos casos que establezca la ley. Este Presidente actuará como órgano ejecutivo del Gobierno Regional y jefe superior de los servicios administrativos de éste.

Además, existirán en las regiones servicios públicos regionales y unidades administrativas de gestión encargados de llevar adelante las tareas administrativas asignadas. Los primeros, los servicios públicos regionales, se constituirán a partir de los actuales servicios públicos descentralizados que operan en la región (Servicios de Salud y Servicios de Vivienda y Urbanismo) y los nuevos servicios que se creen, a partir del traspaso de servicios públicos nacionales, los que estarán generalmente a cargos de directores de servicios elegidos a través del sistema de alta dirección pública por el Gobierno Regional respectivo.

En cuanto a los segundas, las unidades administrativas de gestión, éstas constituirán el aparato administrativo de gestión directa del Gobierno Regional, organizándose en divisiones administrativas a cargo de un director de confianza directa del Presidente del Gobierno Regional. Cada Gobierno Regional definirá autónomamente el número, la denominación, la organización y el personal de planta de estas unidades administrativas, con las limitaciones presupuestarias que imponga la ley.

d. Atribuciones de los Gobiernos Regionales

La ley establecerá las normas de organización y funcionamiento de los gobiernos regionales, así como las materias en las que tendrá competencia exclusiva y en las que tendrá funciones complementarias de la actividad de otros órganos y servicios públicos. En todo caso esta ley deberá al menos asignar competencia exclusiva a los gobiernos regionales en materia de ejecución y prestación de políticas, planes y programas de salud pública; definición y aplicación de normas de urbanismo y uso de suelo; ejecución de programación de pavimentación y remodelación urbana; conservación del patrimonio inmobiliario y ambiental; prestación de servicio de educación pública a nivel básico, medio, técnico y superior universitaria o técnico-profesional; definición y administración del sistema de transporte urbano e interurbano de alcance regional; definición e implementación de políticas y planes regionales de desarrollo turístico; ejecución de planes y programas deportivos y recreativos; y la ejecución de acciones en cualquiera otra materia

que el legislador considere de impacto regional y cuya satisfacción sea posible de implementar desde este nivel competencial.

Por otro lado, esta misma ley deberá establecer los mecanismos a través de los cuales los gobiernos regionales podrán asociarse con otros órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, lo que incluirá el ejercicio de actividades económicas de servicio público o empresariales. En este sentido, los gobiernos regionales podrán celebra acuerdos de cooperación institucional y constituir nuevas personas jurídicas con o sin fines de lucro, de acuerdo a las necesidades propias de cada región.

e. Transferencia de servicios públicos a Gobiernos Regionales

Esta propuesta de reforma incluye además, como ya se adelantó, la transferencia progresiva a los gobiernos regionales de los servicios públicos nacionales que operan en la región que administren y gestionen programas y que asignen recursos públicos, de acuerdo a las prioridades establecidas por aquellos en su plan de desarrollo estratégico. Esta transferencia incluirá el traspaso de los bienes muebles e inmuebles de esos servicios, el personal adscrito a éstos y las partidas presupuestarias asignadas actualmente para el cumplimiento de sus cometidos.

En este contexto, la Nueva Constitución contemplará de una manera más clara y explícita que la establecida en el actual artículo 114 de la Carta vigente, una habilitación expresa al Presidente de la República (Gobierno) para que, previa solicitud del Gobierno Regional respectivo, vía decreto supremo, disponga la transferencia de servicios públicos, competencias y recursos a éste. Esto supondrá la existencia de transferencias diferenciadas por región, atendida las prioridades y especificidades de cada una de ellas y de acuerdo a las prioridades y objetivos establecidos en el plan de desarrollo regional. En todo caso, dichas transferencias de servicios serán siempre acompañados con el financiamiento necesario para el cumplimiento de sus funciones, el que no podrá ser inferior al establecido actualmente para la actividad actual que desarrolla ese servicio público en esa región.

f. Traslado de servicios públicos nacionales a regiones

Sin perjuicio de lo anterior, la Nueva Constitución deberá contener una habilitación al Presidente de la República para que, vía decreto supremo, pueda trasladar las oficinas centrales de servicios públicos nacionales y empresas del Estado a regiones distintas a la Región Metropolitana. Esta radicación deberá realizarla considerando la actividad que desarrolla este servicio o empresa y su conexión o identificación con la actividad social, cultural o económica desplegada en esa región.

Esta nueva localización de servicios y empresas públicas deberá ser efectiva y real, no pudiendo la dirección o administración general de éstos desarrollar sus actividades principales de gestión en la Región Metropolitana, ni abrir oficinas centrales en ésta para el cumplimiento de sus cometidos.

g. Financiamiento y recursos de los gobiernos regionales

Por otro lado, la Nueva Constitución deberá establecer las fuentes de financiamiento de los gobiernos regionales, considerando entre éstas una asignación presupuestaria de nivel nacional establecida en la Ley de Presupuestos de la Nación y otros recursos propios de cada Gobierno Regional.

La asignación presupuestaria de nivel nacional se traspasará a las regiones a través de un fondo de inversión pública de decisión regional, que tendrá como principios inspiradores la solidaridad interterritorial y el desarrollo equilibrado de las regiones. Para estos efectos, esta asignación presupuestaria se calculará porcentualmente cada tres años, y considerará un polinomio que tendrá como elementos relevantes la población residente en la región, la distancia de la Región Metropolitana, el grado de conectividad con el resto del país, el nivel de pobreza de la población, el PIB per cápita, el costo de los alimentos y servicios básicos y el nivel de las prestaciones de los servicios públicos. Este mecanismo considerará la contribución al financiamiento de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

A fin de hacer más operativo el fondo de inversión pública regional establecido se dispondrá en la Constitución la autonomía de los gobiernos regionales para su administración y asignación, no pudiendo ser sometido aquel a condiciones o reglas que impidan su destinación a las prioridades definidas por aquellos. En este sentido las

transferencias de nivel central para la cobertura de ciertos programas o planes nacionales deberán ser previstas como nuevos recursos, pero que no comprometerán ni condicionarán los recursos de este fondo.

Los gobiernos regionales también podrán establecer tributos regionales por actividades desarrolladas en la región y que supongan un impacto o daño relevante para el medio ambiente o la explotación de sus recursos naturales. Estos tributos deberán tener una correspondencia con los impactos locales generados por la actividad productiva, estableciéndose una tasa impositiva que haga posible un desarrollo social y económico sustentable de la actividad económica y permita la generación de otras actividades complementarias a ésta.

Los gobiernos regionales podrán también obtener recursos por ingresos que cobren por los servicios que presten directamente aquellos. Estos ingresos no podrán significar una barrera de ingreso a la satisfacción de las necesidades públicas y sólo tendrán por objeto compensar parcial o totalmente los gastos que implica para la Administración regional asumir dichas tareas.

Los gobiernos regionales, para el desarrollo de obras de infraestructura de impacto regional, podrán contratar empréstitos o emitir instrumentos de deuda pública por un plazo máximo de 20 años. En todo caso, el servicio a la deuda contraída no podrá superar el 20% del presupuesto anual del Gobierno Regional, considerando todas sus fuentes de ingresos.

h. Administración Municipal

En materia municipal, la Nueva Constitución debería ratificar el carácter autónomo y descentralizado de las municipalidades, teniendo como órganos principales al alcalde y el concejo. El Alcalde y los integrantes del Concejo serán elegidos por los ciudadanos directamente. El primero a través de un sistema mayoría simple y los segundos a través de un sistema proporcional, variando en este último caso en relación al número de habitantes de cada comuna.

Sin perjuicio de la responsabilidad jurídica de alcaldes y concejales que se efectiviza en la Justicia Electoral, la ley deberá establecer mecanismos para hacer efectiva la

responsabilidad política del Alcalde y de los concejales. Primero, del Alcalde, a través de una moción de censura ante el Concejo por mal desempeño del cargo, la que deberá ser adoptada con quórum especial, obligando a la investidura de un nuevo alcalde que complete el período del vacante. Segundo, también alcaldes y concejales serán responsables ante la ciudadanía local, a través de un mecanismo de revocatoria de mandato de iniciativa popular, revocatoria que deberá estar regulada en la ley.

La ley deberá establecer las normas de organización y funcionamiento de las municipalidades, la que incluirá las unidades administrativas que podrán considerar, las materias sobre las que tendrán competencia exclusiva y aquellas en que será compartida con otros órganos y las fuentes de financiamiento dispuestas para ello. En todo caso, cualquier transferencia o atribución de funciones a los municipios por parte del gobierno central o de los gobiernos regionales deberá estar acompañada de la asignación presupuestaria correspondiente, sin que pueda gravarse al presupuesto municipal.

Además, al igual que los gobiernos regionales, se deberán señalar las normas con arreglo a las cuales las municipalidades se podrán asociar con órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, pudiendo la municipalidad desarrollar con éstas todas aquellas actividades que permitan el cumplimiento de sus fines institucionales, incluidas actividades económicas y empresariales.

Del mismo modo, se proponen fortalecer las formas de participación, como el referéndum comunal, el cabildo y la generación de otros instrumentos de participación de la comunidad. A tales efectos, la ley de municipalidades establecerá un catálogo más amplio de materias que deberán someterse a referéndum comunal, la obligatoriedad de consulta amplia a los ciudadanos para la generación de algunas decisiones municipales y el reconocimiento de la iniciativa popular como mecanismo revocatorio del alcalde y de la puesta en tabla de asuntos de importancia para el desarrollo de la comuna.

i. Establecimientos de áreas metropolitanas y alcalde mayor

Se propone que en aquellas conurbaciones que presenten problemas o desafíos comunes para las distintas comunas involucradas, exista un espacio territorial específico denominado

"área metropolitana". La creación de un "área metropolitana" será materia de la competencia exclusiva de los gobiernos regionales, debiendo éstos fijar la competencia de aquella y su forma de financiamiento y operación.

Las áreas metropolitanas se configurarán por el conjunto de municipios involucrados, pasando a tener competencia exclusiva sobre ciertas materias de interés común, como el transporte público o la regulación urbana. Su dirección estará entregada a un alcalde mayor y al consejo de alcaldes, siendo el primero elegido por este último.

VII. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En materia de participación ciudadana, coherente con la decisión fundamental acerca de la República Democrática, se hace imperioso establecer mecanismos de participación ciudadana o de democracia semi-directa en distintos niveles de decisión pública. Se propone incorporar el referéndum abrogatorio, el referéndum simple, la iniciativa legislativa popular y el referéndum revocatorio. Especial interés reviste el referéndum abrogatorio, ya que permite a la ciudadanía reaccionar frente a leyes inconvenientes o injustas.

También en el marco de la participación ciudadana la legislación deberá establecer procedimientos administrativos que aseguren la audiencia y la consulta de administrados y ciudadanos en general, individual o bien organizadamente, así como el derecho de éstos a acceder a archivos y documentos públicos.

VIII. SISTEMA ELECTORAL.

La Nueva Constitución debe contener una definición del sistema de representación electoral, que sea democrático y proporcional. Por ello, no sólo debe suprimirse el sistema electoral binominal, sino que la Constitución debe establecer las bases de un sistema proporcional, corregido, con umbrales de representación mínima para las elecciones políticas y administrativas, permitiendo participar en los procesos electorales a partidos, movimientos o asociaciones políticas e independientes en condiciones que impidan la discriminación arbitraria.

IX. PODER JUDICIAL.

El Poder Judicial es clave, no sólo en la tutela judicial del derecho y la seguridad jurídica, sino en el Estado de Derecho mismo. Por lo anterior, junto con asegurar su independencia y autonomía, se hace necesario fortalecer al Poder Judicial en sus funciones jurisdiccionales asegurando la plenitud y unidad de la jurisdicción. Para ello, la nueva Corte Suprema debe ser tribunal máximo de casación y tribunal máximo de amparo de derechos fundamentales.

En cambio, se ha propuesto por mayoría de los integrantes de esta Comisión que la función de gobierno y administración del Poder Judicial debe trasladarse de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones a un Consejo Nacional de la Justicia.

El Consejo Nacional de la Justicia es un órgano colegiado, integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos, y al cual se se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial.

Lo anterior fortalece no sólo la independencia y autonomía del Poder Judicial, sino también la transparencia, objetividad y publicidad en la toma de decisiones, en materia administrativa y disciplinaria, y una efectiva carrera judicial fundada en los merecimientos del personal letrado y no letrado adscrito a este poder del Estado.

Completa este diseño de fortalecimiento del Poder Judicial, su independencia y autonomía, la creación de tribunales administrativos como orden especializado que garantiza la seguridad jurídica, el imperio de la ley, tanto al Estado como a los ciudadanos administrados. Los tribunales administrativos permitirán redimensionar y hacer más eficiente la tutela judicial de amparo de derechos fundamentales que los tribunales deben respetar a las personas en un Estado de Derecho.

En armonía con el objetivo de fortalecimiento del Poder Judicial en un Estado de Derecho, y para hacer posible la rendición de cuenta de las autoridades ante los ciudadanos y la opinión pública se propone un Tribunal de Cuentas, tribunal superior y especial, que queda sometido a la superintendencia de la Corte Suprema.

La Constitución asegurará la unidad de la jurisdicción, sometiendo a la justicia militar y al Ministerio Público militar a un régimen compatible con la administración de justicia de un

Estado de Derecho. En este mismo sentido la justicia militar conforme su propia naturaleza y origen histórico sólo será aplicable a los militares y bajo ningún pretexto a los civiles en tiempos de paz, velándose por el respeto de la garantía constitucional al debido proceso.

X. JUSTICIA ELECTORAL.

Retomando la tradición inaugurada en la Constitución de 1925 en orden a racionalizar los conflictos electorales, sustrayéndolos de las cámaras, y hoy también retomando la racionalización de los conflictos electorales en el seno de los cuerpos intermedios de la sociedad civil, el salto cualitativo de la nueva Justicia Electoral deberá consistir en su organización permanente, letrada y especializada, separada del Poder Judicial; para evitar confusiones de roles ministeriales y la cooptación judicialista en la integración de éste orden.

Se propone crear una nueva Justicia Electoral, de amplia competencia en contenciosos electorales de todo tipo, contenciosos electorales administrativos, y contenciosos electorales de grupos intermedios de la sociedad, permanente como institución, altamente calificada en su integración letrada y generada por los poderes públicos democráticos. Los miembros de la Justicia Electoral quedarían sometidos a responsabilidad constitucional por infracción de la Constitución y notable abandono de deberes.

XI. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contra mayoritaria, por lo que debe fortalecer su rol de Tribunal y sus competencias de resolución de controversias, sin que se transforme en una “tercera cámara” legislativa o en un supremo intérprete de la Constitución, por encima de las demás instituciones del Estado.

Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente. Al mismo tiempo los miembros del Tribunal Constitucional deben ser responsables constitucionalmente de infracción a la Constitución y

notable abandono de deberes, a través de la acusación constitucional en juicio político, responsabilidad constitucional atingente a las principales autoridades del Estado.

Con la finalidad de racionalizar el rol contra mayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo, conservando esta judicatura. Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para, a petición de cualquiera de las cámaras, examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando correspondiere.

XII. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.

La vieja 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.

La Nueva Constitución prevé para el ejercicio del poder constituyente derivado las siguientes reglas básicas:

- a. La potestad constituyente derivada reside esencialmente en el Congreso Nacional quedando sometida al principio de doble lectura y de rol co-constituyente del Gobierno.
- b. Las diferencias entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República que se traduzcan en un desacuerdo sobre el contenido de la reforma constitucional, en cualquiera de sus trámites constitucionales, deberán ser sometidas a referéndum constituyente de forma que sea el pueblo el que arbitre ante tales diferencias.

c. La reforma constitucional despachada por las cámaras del Congreso Nacional, sancionada por el Gobierno, deberá ser sometida a ratificación del pueblo mediante referéndum, antes de su promulgación.

d. El ejercicio del poder constituyente derivado admite la reforma total o parcial, debiendo someterse a las reglas procedimentales fijadas para su ejercicio en la Constitución.

Con la finalidad de garantizar la estabilidad normativa de la Constitución y su rigidez se establece como regla general el quórum reforzado de mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada cámara; sin perjuicio de los quórum especiales previstos para el veto Gubernamental.

Asimismo, supletoriamente se aplicará al procedimiento de reforma constitucional las reglas acerca del procedimiento legislativo.

Nueva Constitución: reforma y poder constituyente en Chile, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 1 de agosto de 2014 en Cromo Editores S. A. de C. V., Miravalle 703, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03570 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros, consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).