

## La Constitución de 1980 y la demanda por una Asamblea Constituyente

Constanza Salgado Muñoz<sup>1</sup>

### I. El problema de la constitución de 1980

#### 1. Introducción

El punto de partida del presente trabajo es la necesidad de nueva Constitución para Chile.

Se trata, sin embargo, de un punto de partida polémico, por dos razones: por una parte, no hay un acuerdo transversal respecto de la necesidad de una nueva constitución que reemplace al texto de 1980; por la otra, tampoco hay acuerdo en el criterio de reconocimiento de una nueva constitución. Este último punto no es menor porque ya el año 2005, como resultado de la segunda más importante reforma constitucional, se dijo erróneamente de que una nueva constitución nacía<sup>2</sup>. De hecho, al momento de su promulgación, el Presidente de la época, Ricardo Lagos, señaló que "Chile cuenta [...] con una Constitución que *ya no nos divide*, sino que es un piso institucional compartido" (Lagos 2005, 8). Con esta reforma, Lagos y muchos otros creyeron dar inicio a una nueva etapa constitucional asumiendo que gracias a las reformas, la Constitución de 1980 podía entenderse como una nueva Constitución, como la "Constitución de 2005".

Sin embargo, afirmar que las reformas constitucionales del año 2005 daban origen a una nueva Constitución fue, a todas luces, un exceso de entusiasmo: la Constitución

---

<sup>1</sup> Tres apartados de este texto forman parte de un artículo de próxima publicación, escrito junto a Jaime Bassa Mercado, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Valparaíso.

<sup>2</sup> Ley N° 20.050 de reforma constitucional. Uno de los graves defectos de esta reforma es que pese a que se intentó (y de hecho, era una de las reformas más importantes que contenía el proyecto de reforma presentado por el gobierno del Presidente Lagos), la coalición de gobierno no logró llegar a un acuerdo con la oposición de derecha en la modificación del sistema electoral binominal.

de 1980 seguía siendo la Constitución de la dictadura, por cuanto las bases desde las cuales se construía el sistema democrático seguían siendo las mismas. Como señala Fuentes, en un trabajo reciente, "la reforma constitucional de 2005 no redujo los incentivos para continuar cambiando la Constitución, sino que muy por el contrario, *los aceleró*" (Fuentes 2014, 3).

Por eso, desde 2006 un sinnúmero de propuestas de reforma constitucional han estado sobre la mesa. La campaña presidencial de 2013, sin embargo, fue más allá. Dos de las tres candidaturas más importantes plantearon la necesidad de una nueva constitución para Chile, nacida de cara a la ciudadanía<sup>3</sup>. Lo notable es que la candidatura de Michelle Bachelet, que ganaría la presidencia de la república con una arrasante mayoría (62,17%), estableció un su ampliamente conocido programa de gobierno que "*el reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas. Es un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos; y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas; basada en los cuestionamientos antes referidos. De esta manera, basada en una fuerte convicción democrática, se recoge la demanda nacional por una Nueva Constitución Política para Chile a impulsar en un proceso democrático, institucional y participativo que permita alcanzar este propósito*"<sup>4</sup>.

## **2. Los problemas de la Constitución de 1980. Su origen y su contenido**

Pero, mejor comencemos por el principio: ¿por qué es necesario una nueva Constitución? Dos son las razones principales. La primera, tiene que ver con su origen ilegítimo. La segunda tiene que ver con su contenido.

### 2.1. El origen ilegítimo de la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 fue dictada en el contexto de la más represiva y larga dictadura que ha vivido Chile desde su independencia<sup>5</sup>. La Constitución de 1980 fue redactada en su generalidad por un grupo de cinco hombres conservadores y de derecha,

---

<sup>3</sup> Se trata de la candidatura de Marco Enriquez Ominami y de Michelle Bachelet. El primero planteó durante su campaña presidencial que apoyaba la demanda de asamblea constituyente como mecanismo para dar origen a una nueva constitución. Michelle Bachelet, en cambio, no se pronunció expresamente sobre este punto, si no que dejó abierta la decisión sobre el mecanismo para dar origen a una nueva Constitución.

<sup>4</sup> Véase en <http://michellebachelet.cl/programa/>, p.30.

<sup>5</sup> La dictadura chilena comienza con el derrocamiento, el 11 de septiembre de 1973, del gobierno del Presidente socialista Salvador Allende y se extiende hasta el 11 de marzo de 1990, cuando el candidato de la coalición denominada "Concertación", Patricio Aylwin, asume la presidencia de la república y el Congreso Nacional inicia sus funciones. Tanto Aylwin como cada uno de los integrantes del Congreso fueron elegidos democráticamente en las urnas, a fines de 1989.

designados por la Junta Militar<sup>6</sup>, fue posteriormente ratificada por dicha Junta y más tarde aprobada en un plebiscito fraudulento en el contexto de la dictadura<sup>7</sup>. El plebiscito ideado por la Junta Militar llamaba a pronunciarse (Si/No) en un único voto, no sólo sobre el nuevo texto constitucional sino que también sobre el régimen de transición y la presidencia de la república del General del Ejército Augusto Pinochet<sup>8</sup>. El plebiscito se llevó a cabo, por supuesto sin padrón electoral, sin Tribunal Electoral, con vocales de mesa designados por el régimen, con la abierta intervención de organismos de seguridad, sin acceso al conteo de votos, con una papeleta semitransparente que dejaba ver la preferencia de los electores y sin libertad de prensa ni expresión (Fuentes 2012, 4). Además, el proceso se realizó en el marco de un estado de emergencia y con una fuerte represión a los opositores que intentaron llamar a votar que No (Fuentes 2012, 5)<sup>9</sup>.

Como se observa, la Constitución vigente hoy en día es una nacida en dictadura. Es de esas pocas Constituciones nacidas en dictadura que sobrevivieron a la transición a la democracia y que perduran en tiempos de normalidad política. Antonio Negretto, en un análisis acerca de la tendencia al cambio constitucional en Latinoamérica señala como una de las razones más importantes para que ocurra un reemplazo o sustitución de una constitución por otra nueva, el hecho de la transición de un régimen autoritario a una democracia<sup>10</sup>. En Chile, como se ha visto, la "transición a la democracia"<sup>11</sup>, en 1990, no trajo consigo la dictación de una nueva constitución.

---

<sup>6</sup> La idea generalizada es que la dictadura chilena estuvo dominada por un solo hombre, el General Augusto Pinochet. Esta idea es sustantivamente correcta, pese a que el primer período de la dictadura, que va desde el 11 de septiembre de 1973 hasta 1980, estuvo a cargo de lo que se denominó la "Junta de Gobierno", una Junta compuesta por cuatro hombres: el comandante en jefe del Ejército (Augusto Pinochet), el comandante en jefe de la Armada (José Toribio Merino), el comandante en jefe de la Fuerza Aérea (Gustavo Leigh) y el general director de Carabineros (César Mendoza). Desde el día siguiente a la toma del Palacio de Gobierno, la Junta Militar gobernó a través de los que se denominó "decretos leyes". El DL N° 128 dictado el 16 de septiembre de 1973 estableció en su artículo 1° lo siguiente "La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los *Podere Constituyente, Legislativo y Ejecutivo*", mientras que el artículo 3° establecía que "el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos". El segundo período de la dictadura comienza el 11 de septiembre con la promulgación de la Constitución de 1980. En dicho período Augusto Pinochet estuvo a la cabeza del poder ejecutivo como Presidente de la República, mientras que la Junta Militar siguió ejerciendo las funciones legislativas y constituyentes.

<sup>7</sup> El carácter fraudulento del plebiscito no ha sido puesto en cuestión en Chile ni siquiera por los partidos políticos que apoyaron la dictadura.

<sup>8</sup> La razón, como se verá, es que la Constitución de 1980 establecía (i) en sus disposiciones permanentes una Constitución que habría de regir en tiempos de normalidad política, (ii) en sus disposiciones transitorias un régimen de transición y además que (iii) la presidencia de la república estaría a cargo de Augusto Pinochet.

<sup>9</sup> Como señala Robert Barros, "tanto en sus orígenes como en su forma de ratificación, la Constitución de 1980 aparece nada más que como una imposición a la fuerza, un acto coercitivo, que, de acuerdo a los principios del derecho público, era jurídicamente nulo y vacío. Desde esta perspectiva, su validez no era diferente que la de cualquier otro decreto ley: la Constitución era de facto; y su eficacia práctica, una función exclusiva de las relaciones de fuerza que la sostenían" (Barros 2005, 212)

<sup>10</sup> Gabriel Negretto muestra que en Latinoamérica, desde la independencia, se han dictado más de 178 Constituciones, lo que da un porcentaje de 10,8 constituciones por país a lo largo de éste período. Según el autor, por varias razones los países latinoamericanos prefieren sustituir sus constituciones antes que modificarlas a través de reformas (Negretto 2012).

Muchas son las posibles explicaciones para que la transición de la dictadura a la democracia no haya significado el reemplazo de la Constitución de 1980. Miedo, falta de fuerza política, comodidad, búsqueda de estabilidad, etc. La verdad, es que una respuesta completa tiene algo de todas las explicaciones anteriores. Pero hay una explicación adicional que podría ayudar a entender la situación de Chile: se trata de una característica contenida en la Constitución de 1980.

La Constitución de 1980 es una Constitución especial porque hasta 1990 *contenía dos constituciones*. La Constitución combinaba, como ha explicado magníficamente Robert Barros, tanto artículos permanentes (120 artículos) como disposiciones transitorias (29 disposiciones transitorias) (Barros 2005, 207ss). Los artículos permanentes consagran un conjunto de derechos y libertades y una serie de instituciones clásicas en un Estado de Derecho. Pero además, consagran lo que en Chile se ha denominado "trampas" o "enclaves autoritarios", como veremos más adelante. Las disposiciones transitorias, en cambio, regulaban básicamente dos cosas: el régimen de la dictadura y luego la transición a la democracia. Sí, *la Constitución de 1980 regulaba, minuciosamente, la forma jurídica de la transición desde la dictadura a la democracia*<sup>12</sup>.

En efecto, por una parte, las disposiciones transitorias establecían que el Presidente de la República sería Augusto Pinochet, quien duraría en el cargo por ocho años más; que el Presidente contaba con amplias y flexibles facultades para decretar estados de excepción, para decretar el arresto de personas por el plazo de cinco y hasta quince días en lugares que no fueran cárceles, para restringir el derecho de reunión y la libertad de información y para prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él.

---

<sup>11</sup> Debe enfatizarse que el término "transición" o "transición a la democracia" es polémico. Según muchos, la transición a la democracia es un período histórico ya finalizado, que se termina una vez que se completa el paso desde la dictadura militar a la democracia. Este paso se habría producido cuando el presidente electo Patricio Aylwin entra en funciones junto con el Congreso Nacional, el 11 de marzo de 1990. Algunos señalan que se extiende hasta el término del gobierno de cuatro años de Aylwin. Otros, en cambio, señalan que llega hasta la reforma constitucional del año 2005, ocurrida durante el gobierno de Ricardo Lagos. En parte, esta última interpretación se ve impulsada por el propio presidente Lagos, quien luego de aprobadas las reformas afirmó que "ahora podemos decir que la transición en Chile ha concluido". Para muchos otros, que fueron quienes sufrieron de manera más intensa la violencia de la dictadura militar, la transición no se terminará hasta que no se juzgue a todos los responsables de las violaciones a los derechos humanos (aunque cabe señalar que Augusto Pinochet, el principal responsable, murió sin ser juzgado), los responsables pidan perdón, reconozcan ciertos hechos y digan toda la verdad (básicamente, cómo murieron y dónde están los cuerpos de los "detenidos desaparecidos"). Finalmente, para otros, la transición a la democracia plena no concluirá mientras la Constitución de 1980 siga vigente.

<sup>12</sup> Nótese que el hecho de que la Constitución de 1980 regulara el mecanismo de transición a la democracia no significa, en caso alguno, que su llegada estaba asegurada. Como desarrolla magistralmente Fernando Atria, en "La soberanía y lo político", en la propia auto-comprensión del régimen militar existía una tensión entre dictadura y tiranía que se mantendría abierta prácticamente hasta la hora final del mismo. Atria caracteriza la dictadura como un régimen autoritario pero que no obstante se *somete* a sus propias reglas, en cambio la tiranía la caracteriza como un puro poder *no sometido a reglas* sino que fundado exclusivamente en la violencia. Según Atria, el proceso hacia la democracia regulado en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980 pudo ser negado luego de la derrota sufrida por el régimen en el plebiscito de 1988, cuando Sinclair, el vicecomandante del Ejército, le señaló a Pinochet "Mi general, su Ejército está listo. Para lo que usted necesite". Pinochet "lo miró y guardó silencio por un segundo". Como señala Atria, ese era el momento de la decisión final y "aceptar la invitación tácita del general Sinclair era decidir que la auto-comprensión final del régimen sería como tiranía. 'La constitución se cumple, señor vice-comandante' respondió Pinochet" (Atria 2006, 65).

Así también, dichas disposiciones declaraban que la Junta de Militar permanecería vigente y ejercería el poder constituyente y el poder legislativo. Por otra parte, hacia al final, estas mismas disposiciones transitorias establecían que terminado el período de ocho años de Pinochet, la Junta Militar propondría un candidato para un nuevo período presidencial (de ocho años más), el cual debería ser ratificado por la ciudadanía en un plebiscito. Si la ciudadanía lo ratificaba, el candidato asumiría el cargo de presidente, quien luego llamaría a elecciones generales de senadores y diputados para integrar el Congreso. Si la ciudadanía no aprobaba la proposición sometida a plebiscito se prorrogaba el mandato de Pinochet por un año más y, vencido ese plazo, se debía convocar a elección de Presidente y de parlamentarios, en conformidad a los preceptos permanentes de la Constitución, que finalmente entrarían totalmente en vigencia.

Como se sabe, el 5 de octubre de 1988, la ciudadanía, en el más épico plebiscito que ha existido en la historia de Chile, rechazó la propuesta de Augusto Pinochet como Presidente del próximo período presidencial<sup>13</sup>. Un año más tarde fue elegido, en las urnas un nuevo Presidente y luego de 17 años, un nuevo Congreso, dándose inicio a lo que se llamó la "transición hacia la democracia".

Como se observa, la Constitución de 1980 establecía el mecanismo de transición de la dictadura a la democracia (más precisamente, a una "democracia protegida"). Por esta razón, en alguna medida, *la obediencia a la Constitución era la principal "garantía" de la llegada a la "democracia"*: mientras quienes se oponían a la dictadura cumplieran con el proceso de traspaso del poder establecido en la Constitución, existían más posibilidades de que este proceso se lograra concluir. Concluido este proceso, la precariedad de la estabilidad del nuevo gobierno, ante la siempre inminente intervención de los militares, hizo que fuera prácticamente imposible someter a cuestión la Constitución de 1980. Sin embargo, con posterioridad a ese gobierno, la coalición de centro izquierda asumió, en una importante medida, que la estabilidad del orden civil requería no someter a cuestión la Constitución de 1980, lo que significó que ésta sólo estaría abierta para su modificación a través del proceso de enmiendas.

## 2.2. El contenido de la Constitución de 1980

Como se señaló, la segunda razón que justifica la demanda por una nueva Constitución para Chile tiene que ver con su contenido<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> El resultado del plebiscito fue de un 54,99 para el NO, es decir, para la respuesta que negaba la permanencia de Augusto Pinochet como presidente por un nuevo período de 8 años. Una cuestión crucial fue que, gracias a una polémica interpretación del Tribunal Constitucional (sentencia Rol 33), éste obligó al gobierno encabezado por Augusto Pinochet a que el Tribunal Calificador de Elecciones entrara en funciones *antes* del plebiscito que se realizaría ese año. La vigencia y pleno funcionamiento de dicho tribunal fue, en gran medida, lo que permitió que el plebiscito de 1988 no fuera un plebiscito "fraudulento", como ocurrió con el de 1980.

<sup>14</sup> Muchos han hecho referencia a que la Constitución de 1980 encuentra importantes similitudes con la Constitución turca. Como señala Claudia Heiss "both constitutions were informed by past crises, aimed to bring about permanent political, economic and social change, envisioned a return to democratic rule, and

Los redactores originales de la Constitución, que era básicamente la derecha conservadora chilena, sabían que *si su objetivo era que la Constitución perdurara más allá de la dictadura*, no podían negarse a que ésta contemplara un Congreso elegido democráticamente. Pero, por otra parte, temían de la democracia, del poder de la ciudadanía. Por eso, temerosos de los efectos que la democracia podía generar sobre sus propios intereses, consagraron una institucionalidad protegida por "cerrojos antidemocráticos", "enclaves autoritarios" o derechamente "trampas"<sup>15</sup>. El objeto de estos instrumentos, de estas reglas constitucionales, era y *sigue siendo hoy en día*, impedir la expresión institucional del pueblo. En otras palabras, se trata de hacer irrelevantes los mecanismos institucionales de decisión política: *la idea es que nada crucial pueda ser decidido a través de los procesos formales de expresión democrática*.

Los enclaves autoritarios que contemplaba la Constitución de 1980 en sus inicios eran muchos. Especialmente relevantes eran el sistema electoral binominal, las leyes de quórum supra-mayoritario, el control preventivo del Tribunal Constitucional, los senadores designados y vitalicios<sup>16</sup>, el Consejo de Seguridad Nacional<sup>17</sup>, la prohibición constitucional de los partidos marxistas, un sistema de nombramiento militar inmune al control del poder ejecutivo y las fuerzas armadas como garantes del orden institucional. Después de la reforma constitucional de 1989 y de 2005 (esa que algunos en un comienzo erróneamente pensaron que daba origen a una nueva constitución), *tres son los cerrojos, enclaves o trampas que contempla la Constitución de 1980*: el sistema electoral binominal (recientemente derogado por un nuevo sistema proporcional, pero que hasta las elecciones de 2017 no se aplicará), las leyes de quórum supra-mayoritario y el control preventivo del Tribunal Constitucional. Estos tres cerrojos operan de forma sucesiva, aunque el último sólo de manera eventual, en caso de que los dos primeros fracasen.

En primer lugar, el sistema electoral binominal se estructura de forma tal que no es ni mayoritario ni efectivamente proporcional. Esto permite que sea el peor sistema electoral posible. Como señala Atria, el sistema binominal *excluye la diversidad*, que

---

contained legal mechanisms to curb attempts to alter the established structure" (Heiss 2015). Ginsburg, en el mismo sentido señala que "pocos casos parecen reflejar el modelo chileno en el que un régimen militar buscó implementar un conjunto de límites que habrían de guiar y constreñir el retorno a la política electoral, aunque el de Turquía de 1982 representa un caso análogo importante sobre el que volveremos más adelante" (Ginsburg 2015, 7).

<sup>15</sup> El término "trampa" constitucional es uno que popularizó Fernando Atria en "La Constitución Tramposa" (Atria 2013).

<sup>16</sup> Hasta la reforma del año 2005, la Constitución establecía que, además de los 26 senadores elegidos por votación directa, existirían 6 senadores que serían designados por la Corte Suprema, el Presidente de la República o el Consejo de Seguridad Nacional, dependiendo del caso. Además, se establecía que los ex-presidentes integrarían el Senado, de forma vitalicia. En virtud de esto último, Augusto Pinochet en vez de ser juzgado por sus violaciones a los derechos humanos, integró el Senado en plena "democracia", durante los años 1998 y 2002.

<sup>17</sup> El Consejo de Seguridad Nacional es un órgano de jerarquía constitucional, integrado principalmente por los jefes de las fuerzas armadas. En la redacción original de la Constitución de 1980 el Consejo era un poder de seguridad que incluso podía "representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional". Además, el Consejo podía designar senadores, ministros del Tribunal Constitucional y debía ser consultado por el Presidente en múltiples materias.

constituye el déficit de los sistemas mayoritarios, e *impide la configuración de mayorías*, que es el déficit de los sistemas proporcionales (Atria 2014, 28). En efecto, de acuerdo a este sistema se eligen dos escaños por circunscripción electoral y se los lleva, por regla general, un candidato de la coalición de derecha y un candidato de la coalición de centro izquierda. Esto, por un lado, excluye del Congreso a todo partido que compitiendo por fuera de las coaliciones políticas (como el partido comunista o el humanista, por ejemplo) no alcance más de un tercio de los votos (es decir, no alcance el 33%) mientras que por el otro, deja al Congreso totalmente empatado en dos grandes bloques.

El segundo enclave autoritario o trampa son las leyes que exigen un quórum de aprobación superior a la mayoría, es decir, las leyes que exigen la aprobación de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. Para varias e importantes materias ese es el quórum de aprobación exigido para cambiar el status quo. Evidentemente, se trata de leyes que contradicen el principio democrático, que encuentra en la regla de la mayoría la única regla democrática de decisión<sup>18</sup>. Estos quórums han impedido que el proyecto político que la dictadura dejó amarrado mediante un sinnúmero de leyes pueda ser desactivado democráticamente. Con un Congreso empatado, el segundo enclave o trampa opera a la perfección ya que muy difícilmente la coalición de centro izquierda tendrá los votos en el Congreso para alcanzar los quórums que la Constitución exige para modificar ciertas leyes dictadas durante la dictadura. Esto, por ejemplo, es lo que ha ocurrido con el sistema educativo chileno. En efecto, las leyes vigentes consagran un sinnúmero de reglas jurídicas que hacen que la educación sólo pueda ser entendida como un bien de mercado y no como un derecho social universal. Sin embargo, lo que en cierto modo es extraño, es que los gobiernos de la coalición de centro izquierda que gobernaron durante 1990 y 2010 hayan administrado dicho sistema sin cuestionarlo. Aunque la coalición de centro izquierda aumentó considerablemente el gasto público en educación (aumentando la subvención y las becas en educación superior), hizo posible la educación media obligatoria, permitió el acceso a educación superior a estudiantes cuyos padres muchas veces ni tenían educación escolar completa, entre otras cosas, ésta coalición no modificó el modelo heredado en ninguno de sus aspectos esenciales. Una de las razones que justifican dicho actuar es que el sistema educativo quedó *amarrado* en una ley que fue elaborada entre cuatro paredes por la derecha y publicada tan sólo un día antes del término de la dictadura. Dicha ley exige un quórum de aprobación de 4/7 para su modificación. Precisamente por eso el sistema quedó "amarrado", porque quedó configurado en una ley que hace prácticamente imposible una modificación profunda, en la medida en que requiere quórums contra-mayoritarios para su cambio o derogación.

---

<sup>18</sup> La razón es simple y la ha expuesto espléndidamente Böckenförde en un párrafo que merece ser citado en toda su extensión: "si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos, se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido; si se exigiera más, se perjudicaría a quienes lo respaldan. Y lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos disponen de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, toda opinión política debe ser pesada como igual" (Böckenförde 2000, 92-93).

Finalmente, si los cerrojos anteriores no son capaces de impedir la manifestación democrática del pueblo, es posible activar el último cerrojo, que permite que la minoría contraria a un proyecto de ley o a alguna de sus reglas pueda requerir al Tribunal Constitucional, alegando la inconstitucionalidad de ese proyecto, evitando así, si su reclamo es acogido, que éste alcance a "nacer" a la vida jurídica. Esto ha ocurrido en varias ocasiones, pero hay una reciente que muestra, de manera conspicua, el carácter del *control preventivo de la ley* como *última trampa o cerrojo*. En efecto, los cerrojos sólo pueden operar si los resultados electorales de la derecha son mínimamente significativos, lo que no ocurrió en la elección pasada. Gracias a eso, la coalición de centro izquierda logró los votos necesarios para aprobar en enero de 2015 dos importantes reformas: por una parte, un proyecto de ley que trata de remediar parte de los problemas del mercantilizado sistema educativo chileno, a saber, su segregación y su mala calidad; por la otra, una ley que modifica el sistema electoral binominal por uno proporcional. Ambos proyectos de ley, habiendo sido aprobados por el Congreso pero antes de ser promulgados, fueron impugnados por 1/4 de los senadores de derecha, quienes solicitaron al Tribunal Constitucional que declarara la inconstitucionalidad de las normas más importantes que ambos contenían. Los argumentos que pusieron en la palestra fueron los mismos que utilizaron en el Congreso, y que fueron incapaces de convencer a sus pares. Por eso, activando el último cerrojo, buscaron en el Tribunal Constitucional lo que no encontraron en el Congreso. Como se ve, con este cerrojo el Tribunal Constitucional chileno *no es un tribunal* si no que se convierte en una *tercera cámara política*.

Ese es el problema central de la Constitución de 1980. Por supuesto, esto no significa que no exista ninguna otra disposición constitucional que adolezca de defectos, más o menos importantes. Algunos otros han sido identificados en el ámbito de los derechos, por ejemplo<sup>19</sup>. La diferencia entre los cerrojos o trampas y los defectos en el

---

<sup>19</sup> Mi impresión es que gran parte de los problemas que se identifican en la "parte dogmática" de la Constitución se deben a que un conjunto de profesores de derecho constitucional, que tenían respaldo político y económico, *han capturado la interpretación constitucional*, la interpretación de esas cláusulas que de forma más o menos indeterminadas garantizan nuestros derechos. Y han leído en las disposiciones que consagran derechos el programa de la dictadura incluso ahí donde la Constitución deja abierta las puertas para que el contenido de los derechos pueda tomar distintas formas, no necesariamente formas neoliberales ni conservadoras. Así, por ejemplo, los constitucionalistas y los políticos que los apoyan han leído en la cláusula del artículo 1º que establece que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" que la Constitución de 1980 sólo reconoce la familia fundada en el matrimonio y bajo estos argumentos, costó más de 5 años conseguir los votos en el Congreso para que fuese aprobada una reforma a nuestro código civil, el cual distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos dependiendo de si habían nacido dentro o fuera del matrimonio. Como ejemplo de los argumentos que se utilizaron, el siguiente es uno de un disputado de derecha, quien en la tramitación de la ley señaló que "una correcta exégesis de nuestra Carta Fundamental permite distinguir de manera clara y precisa que el concepto de familia, al que nuestro constituyente alude, no es otro que aquel que resulta de la unión monogámica, indisoluble entre un hombre y una mujer, previo consentimiento libre y espontáneo dado en el acto del matrimonio" (Véase la Historia de la Ley Nº 19585, p. 172). Lo mismo sucedió unos años después cuando se tramitó una reforma educacional que no llegó a buen puerto. El proyecto reforma introducía una norma cuyo objeto era eliminar el lucro, en la medida que, como decía el mensaje que daba inicio a la tramitación de la ley, "la educación es un bien público, en caso alguno puede ser un negocio... *Es por esta naturaleza social del derecho a la educación que se entiende como ajeno a esta actividad la obtención del lucro*". Pero la propuesta del proyecto de eliminar el lucro encontró fuertes resistencias. La libertad de enseñanza, consagrada en el artículo 19 Nº 11 de la Constitución fue (mal) utilizada para proteger la libertad de los



ámbito de los derechos (que puede tener que ver con la ausencia de algunos derechos o la no-accionabilidad de los derechos sociales) es cualitativa: las trampas se introducen en las instituciones que configuran el sistema democrático que da causa al principio de soberanía popular, el fundamento de la legitimidad del ejercicio del poder público<sup>20</sup>.

### 2.3. El problema constitucional

Como se ve, el problema constitucional chileno es grave. Pero tiende a ser ocultado por la derecha chilena, de múltiples formas. Frente al reclamo de la ilegitimidad de origen, la derecha (y sus juristas) señala que la Constitución de 1980 es simplemente una instancia más de muchos casos de Constituciones nacidas en circunstancias no del todo democráticas. Los ejemplos usuales son la constitución de Estados Unidos, una constitución de hombres blancos y propietarios que negó el carácter de "personas" a los negros, y la constitución de Alemania, que le fue impuesta por las potencias vencedoras después de la segunda guerra mundial. Pese a lo anterior, ambas constituciones han podido ser apropiadas por la ciudadanía: se trata de constituciones en que el vicio de origen ha sido purgado por la práctica política.

En relación al contenido, la derecha niega que los cerrojos sean efectivamente cerrojos o trampas, señalando en cambio, que son mecanismos que le dan "gobernabilidad" al país y que lo que hacen es incentivar a que en los temas "más importantes" haya "grandes consensos"<sup>21</sup>. Eso, sin embargo, no son verdaderos

---

establecimientos educacionales de lucrar con la provisión de sus servicios. El constitucionalista Arturo Fernandois sustentando el rechazo de la derecha al proyecto, señaló en su tramitación que "imponer a los establecimientos educativos del país una determinada estructura jurídica para obtener reconocimiento estatal atenta contra la libertad de enseñanza, en cuanto priva al sostenedor de la facultad constitucionalmente reconocida para dotarse de la organización técnica y económica que estime más conveniente" (Véase la Historia de la Ley N° 20.300, pp. 234-242). Yo diría que la Constitución actual no es del todo problemática en cuanto a la consagración de derechos. El problema ha sido la interpretación constitucional dominante. Digo esto no para celebrar nuestra Constitución sino para advertir que toda Constitución depende en gran medida de su interpretación. El problema radica entonces en haber aceptado dichas interpretaciones, en no haberlas impugnado con más fuerza, proponiendo nuevas interpretaciones a la luz del texto vigente. Que la Constitución haya nacido en dictadura no significa que neoliberales y conservadores pueden apropiarse de su lenguaje.

<sup>20</sup> Sumamente interesante es la pregunta de si las "trampas" o "cerrojos" son defectos de la misma índole que los que Roberto Gargarella identifica en todas las constituciones latinoamericanas, que tienen que ver con una defectuosa organización y distribución del poder y una limitada comprensión de la democracia (Véase Gargarella 2013). En mi opinión hay un nivel en que se trata, en efecto, de defectos similares: ambos tipos de defectos tienen que ver con lo que Gargarella llama "sala de máquinas" de la Constitución. Sin embargo, en otro nivel se trata de defectos diferentes: las trampas fueron creadas conscientemente con el objeto de limitar la democracia, por una parte, y su carácter es tal que sólo existen gracias a que pudieron imponerse por una dictadura dominada por una ideología conservadora y de derecha.

<sup>21</sup> Como señala lúcidamente Böckenförde, "la exigencia de mayorías calificadas para tomar determinadas decisiones no significa, por regla general, ni un reforzamiento ni un plus de democracia. Sirve para proteger a las minorías y para asegurar con más intensidad la persistencia de las correspondientes materias. Estas se sustraen al poder de decisión de mayorías cambiantes y escasas, y claro está, en la medida en que tal cosa ocurra, se consolidan al mismo tiempo como garantías de un *statu quo* o de quienes resulten favorecidos por ellas" (Böckenförde 2000, 92).

consensos de carácter deliberativo sino acuerdos que han debido negociarse con la derecha para obtener sus votos. Eso ha hecho que el contenido de las leyes termine siendo, por lo general, no muy distinto a lo que la derecha querría que fuese. Los costos, como es de prever, han sido altos: la deslegitimación de la política, del Congreso, e inevitablemente, de las instituciones. La razón es que bajo las reglas de la Constitución de 1980 ni la política, ni la democracia, ni las leyes pueden ser vistas como instrumentos verdaderamente transformadores.

¿El problema, entonces, está en el contenido y no en el origen?

La respuesta no es fácil. A diferencia de lo que ha ocurrido con la constitución estadounidense o la constitución alemana, la Constitución de 1980, después de 35 años de operación aún no puede ser reconocida como propia por el pueblo chileno. La principal razón, por supuesto, está en sus cerrojos. Por eso, puede afirmarse que el problema directo y central está en el contenido: las trampas impiden la expresión democrática del pueblo a través de los mecanismos institucionales de la política deliberativa y, de esta forma, inmunizan el proyecto político-económico de la dictadura. Sin embargo, ese contenido, en su aspecto más problemático, *deriva de su origen*, en una dimensión más profunda que la dictatorial. La Constitución de 1980 fue diseñada en dictadura pero para que sus disposiciones permanentes rigieran (y siguieran vigentes) en "democracia". Obviamente, no para que la ciudadanía pudiera manifestarse en todo su esplendor, ya que como se señaló, los redactores de la Constitución temían de la democracia. La redactaron para atar al futuro régimen político, para que la política democrática no pudiese desplegar todos sus efectos. Como señaló Jaime Guzmán, redactor e ideólogo de la Constitución de 1980, "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 [...] Este predicamento es, a nuestro juicio, lo que más diferencia el enfoque político que denota el nuevo Régimen, respecto del que fuera tradicional en nuestro país. Conforme a la nueva mentalidad 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*" (Guzmán 1979, 19)

Este objetivo, meticulosamente articulado, es lo que distingue la Constitución de 1980 de la Constitución de Estados Unidos o de Alemania. Si bien el origen de dichas constituciones y de muchas otras fue todo menos ideal, eso no significa que dichas constituciones no hayan servido posteriormente a la democracia de la comunidad de referencia <sup>22</sup>. Esas constituciones no necesariamente estarán marcadas por las

---

<sup>22</sup> La razón es que una constitución no puede ser analizada desde el punto de vista del binomio válido/inválido, a diferencia de la ley, que sí puede ser analizada en esos términos. La razón por la cual una ley puede ser considerada como válida desde el punto de vista de su origen es que su forma de producción supone un contexto en que están dadas las condiciones institucional necesarias para el

circunstancias de su nacimiento si no que serán constituciones que podrán legitimarse si es que abren las puertas a una práctica política sana, que sea mínimamente capaz de procesar la voluntad de la ciudadanía a través de los canales institucionales de expresión política.

## **II. La demanda por una Asamblea Constituyente.**

### **1. Nueva Constitución: ¿reemplazo o enmiendas?**

#### 1.1. Las reformas a la Constitución de 1980

Dado el problema constitucional, este se soluciona ¿reformando la constitución o sustituyéndola por una nueva?

A decir verdad, la respuesta requiere dejar de lado cierta ingenuidad que usualmente adolece el análisis estrictamente teórico-conceptual. Tom Ginsburg, por ejemplo, si bien entiende el problema de origen y de contenido de la constitución de 1980, de alguna forma niega la necesidad de una constitución completamente nueva en el caso de Chile (Ginsburg 2014). En primer lugar, aunque Ginsburg lo niega, su análisis sobre cuándo puede afirmarse que una constitución es verdaderamente nueva es demasiado formal. Aunque no da una definición de manera positiva, para Ginsburg un cambio de cada una de las disposiciones de la constitución durante el transcurso de su historia no hace a dicha constitución una completamente nueva<sup>23</sup>. En segundo lugar, sobre la base de este análisis y luego de haber rescatado la importancia de la estabilidad constitucional, Ginsburg recomienda enmendar antes que sustituir la Constitución de 1980.

Por supuesto, hay varios criterios para determinar cuándo una constitución es una constitución nueva. En mi opinión, la Constitución de 1980 podría haber sido una nueva Constitución si a tiempo, es decir, antes de que las instituciones políticas hubieran sufrido los efectos de la deslegitimación que la Constitución de 1980 trajo consigo, se hubieran enmendado los cerrojos o enclaves autoritarios. La proclama del Presidente Lagos que veíamos al inicio del texto habría sido adecuada si es que la reforma constitucional del año 2005 hubiera reformado los cerrojos y, de esta forma, hubiera abierto los canales de expresión democrática del pueblo. Pero las cosas no ocurrieron así.

---

ejercicio democrático del poder político. Inevitable y necesariamente, lo mismo no puede ser dicho respecto del contexto de producción de una Constitución.

<sup>23</sup> Así, Ginsburg señala: "si se enmienda cada norma de una constitución, una a la vez, a través de un período de tiempo, ¿se trata de la misma constitución? Cualquiera sea la visión que se sostenga de la filosofía de la mente, creo que la respuesta es afirmativa en lo que respecta a las constituciones".

Las más de treinta reformas constitucionales realizadas desde 1990 han sido incapaces dar origen a una nueva constitución, en el sentido de que tras ellas el pueblo pueda reclamarla como propia: ni la reforma de 1989<sup>24</sup> ni la de 2005 (claramente las más importantes reformas a la Constitución vigente) lograron evitar que esta siguiera siendo la Constitución “de 1980”.

Ahora bien, la pregunta crucial es ¿por qué la vía de la reforma a la Constitución de 1980 ha sido incapaz dar origen a una nueva constitución?

## 1.2. El problema de los mecanismos de reforma

Como se sabe, toda Constitución escrita consagra mecanismos especiales para su propia reforma o, en otras palabras, consagra vías institucionales para su modificación. La Constitución de 1980 lo hace en su capítulo XV (artículos 127 a 129), estableciendo un quórum de reforma que exige 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio y, excepcionalmente para ciertos capítulos, uno de 2/3.

Ahora bien, las reglas de reforma de la Constitución de 1980 no establecen un ámbito material de competencia: en estricto rigor *todo* el texto puede ser reformado a través de este mecanismo. Esto significa que *en teoría*, a través del procedimiento de reforma, la Constitución de 1980 podría ser reemplazada completamente. Cabe preguntarse, sin embargo, si en la práctica política actual es posible que una nueva constitución surja a través del referido capítulo XV.

La respuesta es negativa, aunque con una excepción, como se verá en el acápite 2.2. de este trabajo. La negativa no es conceptual ni simbólica. El asunto, entonces, no es que conceptualmente hablando sea imposible que una nueva constitución nazca de las reglas de reforma, ni tampoco que toda constitución que emane de las reglas de la Constitución de 1980 será ilegítima por emanar de una Constitución que lo es (lo que sería una suerte de “transmisión” de la ilegitimidad). El asunto es que el quórum de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio exigido para aprobar las más importantes reformas hace improbable toda modificación relevante a la Constitución de 1980. En especial, impide modificar tanto el capítulo que consagra los derechos fundamentales, como los enclaves que impiden que el pueblo se exprese políticamente por las vías institucionales. Así, dicho quórum de reforma constitucional neutraliza la expresión democrática del pueblo, por la vía de permitir que las reglas de la Constitución del 1980 se mantengan, mientras tan solo 1/3 más uno de los diputados y senadores en ejercicio así lo quieran. En concreto, esto significa que mientras la derecha política no quiera modificar los aspectos esenciales de la Constitución, estos simplemente no serán

---

<sup>24</sup> La reforma de 1989 fue la primera y una de las más importantes reformas a la Constitución de 1980. Esta reforma fue impulsada por los partidos de oposición al régimen y luego negociada y pactada con la derecha. La reforma de 1989, de esta forma, fue una ampliamente consensuada por los partidos políticos que recién comenzaban a re-articularse. Esta reforma fue ratificada posteriormente en un plebiscito, en julio de 1989 .

modificados, precisamente porque la regla de los 2/3 le entrega un evidente poder de veto.

Es notable la ingenuidad de muchos académicos de “sensibilidad de centro-izquierda” en relación a este punto. Según ellos, el hecho de que para las elecciones del Congreso Nacional de 2017 se aplique la nueva ley electoral (Ley 20.840) que reemplaza el sistema binominal por uno proporcional, permitirá dotar de legitimidad al Congreso y, de esta forma, radicar en él la modificación de la Constitución. Así, por ejemplo, el constitucionalista Patricio Zapata ha afirmado que el Congreso “que se va a elegir en 2017 con reglas electorales impecables” bien podría ser un Congreso de carácter constituyente (Zapata, 2015). La historiadora Sofía Correa, en el mismo sentido, ha señalado que “al reemplazarse el sistema electoral binominal por una fórmula de representación proporcional que dé cabida a las minorías partidistas, la composición del Congreso y la voluntad reformadora neutralizarían las exigencias de altos quórum necesarios para la reforma constitucional” (Correa 2015, 79).

Como es a todas luces evidente, la reforma electoral no subsana el problema del poder de veto que posibilita el quórum de los 2/3. Esta es la razón por la cual la regla de los 2/3 se alza como el *enclave final*, regla que Atria identificó tempranamente como el “*metacerrojo*” de la Constitución de 1980 (Atria 2013, 54).

En este sentido, abogar para que sea el Congreso sujeto al quórum de los 2/3 quien se embarque en el proceso de reforma de la Constitución, es equivalente a afirmar que la Constitución sólo podrá ser modificada en la medida que un 1/3 del Congreso así lo quiera, es decir, sólo cuando las reformas impulsadas por la mayoría parlamentaria cuenten con el visto bueno de la derecha. Esto permite saber, ex-ante, que las cuestiones más problemáticas de la Constitución actual, es decir, aquellas más directamente identificadas con el proyecto político de la dictadura, no serán modificadas en un sentido lo suficientemente relevante como para dar origen a una nueva constitución. Lo anterior significa que una nueva constitución no podrá emanar de las reglas de reforma de la Constitución de 1980, porque el veto al que tiene derecho una minoría de diputados y senadores, gracias a dicha regla, le permitirá seguir protegiendo su contenido.

## **2. Nueva Constitución y asamblea constituyente**

Si se toma conciencia de lo anterior deben descartarse las propuestas que pretenden generar una nueva Constitución por la vía de las reformas o enmiendas. Como vimos al inicio, ni la reforma que más lejos ha llegado logró desactivar los cerrojos. Por eso, si se pretende generar una nueva Constitución es imprescindible buscar nuevos mecanismos que efectivamente lo permitan. Y si la pregunta es cuál es el mecanismo más adecuado para eso, la respuesta es: a través de cuerpo colegiado que, representándonos a todos, delibere primero y decida después cuáles serán las reglas

fundamentales de nuestra comunidad política. Este mecanismo, usualmente, se conoce como *asamblea constituyente*.

## 2.1. El poder constituyente del pueblo

Es imposible negar hoy que la autoridad del derecho moderno descansa en su legitimidad. Dicha apelación a la legitimidad no opera, sin embargo, de forma directa o inmediata. Esto quiere decir que la legitimación se produce por la vía de la configuración de las instituciones que ejercen el poder público, configuración que radica, en último término, en la Constitución.

Ahora bien, ¿de dónde proviene la legitimidad del derecho y de las instituciones que ejercen el poder público? En el paradigma jurídico de la modernidad, la legitimidad del derecho y del poder público ya no descansa (como una vez sí lo hizo) ni en la tradición, ni en la divinidad, sino en el *pueblo*. Ese es el sentido básico del principio de *soberanía popular*: el traspaso de la soberanía desde el monarca al pueblo. En palabras del famoso constitucionalista alemán, miembro del Tribunal Constitucional Federal, W. E. Böckenförde: "lo que determina el fundamento y la cohesión del orden político y social no es ya un orden divino del mundo o un orden natural, como algo dado previamente; en su lugar *se reconoce al pueblo, en cuanto sujeto humano, un poder pleno de disposición sobre la configuración del orden político y social*. A él le corresponde establecer las bases de la ordenación política de la vida en común" (Böckenförde 2000, 51). Por supuesto, agrega, "esto no quiere decir que tenga que ser el pueblo el que gobierne de forma inmediata -ya sea de forma directa o mediante instituciones de la democracia representativa-; pero sí que *el pueblo tiene que ser y tiene que mantenerse en todo caso como titular del poder constituyente*" (Böckenförde, 2000: 50).

Que la titularidad del poder constituyente sólo pueda recaer en el pueblo muestra, de esta forma, cómo es que dicho poder se encuentra internamente vinculado al principio de soberanía popular, principio que notablemente ni la Constitución de 1980, de origen dictatorial, pudo desconocer. En efecto, su actual artículo 5° establece 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*"<sup>25</sup>.

Ahora bien, reafirmar el poder constituyente del pueblo no es un mero formalismo, sin contenido alguno, o bien un mito, como algunos han llegado a insinuar

---

<sup>25</sup> Nótese la similitud entre el artículo 5° y el artículo 3° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía: "El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella". Esto muestra

(Alvear, 2015)<sup>26</sup>, sino que es la base del "orden político y social" (Böckenförde 2000, 51). Tampoco es un poder que se aparece excepcionalmente o pocas veces en la historia. Por el contrario, el poder constituyente está "dotado de existencia permanente" permitiendo así que las "decisiones fundamentales de la constitución se mantengan en el tiempo, se renueven de forma acorde con las circunstancias de su existencia o se vean erosionadas" (Böckenförde, 2000: 51).

Ante la necesidad de contar con una nueva Constitución, la pregunta fundamental consiste en determinar cómo debe manifestarse este poder constituyente originario. La respuesta debe estructurarse a partir de ciertas premisas mínimas, entendiendo que (i) es el pueblo el titular del poder constituyente (ii) quien, considerando los intereses de todos, (iii) ha de tomar la decisión fundamental acerca de su propia existencia a través de representantes que, luego de deliberar, decidan democráticamente. En efecto, dado que la Constitución no sólo un documento formal cuya modificación es más difícil de lo común (exige quórums más altos que la regla de la mayoría) sino una decisión del pueblo acerca de su propia existencia, la mejor forma que tiene el pueblo de darse una constitución es a través de una asamblea constituyente. La mejor forma, porque no es la única válida, sino precisamente porque es la más adecuada al tipo de decisión que se toma. Se trata de la decisión fundante de todo el ordenamiento jurídico: es la primera decisión en que el pueblo mismo definirá su identidad, qué derechos reconocerá a cada miembro y cómo dará cauce institucional a su expresión política.

## 2.2. La convocatoria a una asamblea constituyente: el plebiscito

Ahora bien, ¿cómo generar un proceso constituyente que desemboque en una asamblea constituyente sin que eso signifique un quiebre institucional?

Un primer paso exige constatar si el pueblo efectivamente quiere darse una nueva Constitución a través de un mecanismo de deliberación y participación ciudadana como lo es la asamblea constituyente. Dada la trascendencia política de la pregunta, debiera ser realizada a través de un plebiscito cuyo objeto sea preguntarle al pueblo acerca de los mecanismos para la elaboración de una nueva Constitución. Un segundo paso es darle un cauce institucional a este llamado a plebiscito. Como se vio, según el programa de gobierno propuesto por la coalición de centro izquierda para los años 2014-2017, la nueva Constitución debe surgir de un procedimiento institucional, participativo y democrático. Es el aspecto institucional, por supuesto, el que causa mayores interpretaciones y complejidades. La razón es que pareciera que el llamado a la institucionalidad es siempre un límite a la expresión del poder constituyente del pueblo. Esta cuestión es compleja, pues el llamado a plebiscito, por un lado, exige buscar un mecanismo institucional, es decir, un mecanismo que pueda ser reconducido a alguna de

---

<sup>26</sup> Véase el trabajo denominado "El mito del poder constituyente" del Think Tank *Fundación Jaime Guzmán*, Ideas & Propuestas N° 178, de fecha 15 de julio de 2015, disponible en: [http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/IP\\_178-web.pdf](http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/IP_178-web.pdf)

las reglas de la Constitución de 1980. Y por el otro, requiere de un mecanismo que no descansa en la trampa o enclave autoritario del quórum de reforma constitucional de los 2/3.

Darle un cause institucional al llamado a plebiscito es importante no sólo para no generar un quiebre que permita la posterior impugnación de la nueva constitución por las fuerzas políticas opositoras, sino que también para que no existan razones que avalen afirmaciones relativas a algún supuesto vicio de origen.

### *La reforma a los artículos 15 y 32 de la Constitución*

El llamado a plebiscito entonces requiere poder ser reconducido a la Constitución. El problema es que, de acuerdo a la Constitución de 1980, los casos en que son posibles los plebiscitos son solamente dos. Por una parte el plebiscito comunal (contemplado en el artículo 118 de la Constitución) y por la otra el plebiscito que permite resolver un eventual desacuerdo entre el Presidente y el Congreso, habilitando al primero a recurrir a la ciudadanía con el objeto de que ponga fin a la disputa (contemplado en el artículo 128 de la Constitución). Un plebiscito como el que el último caso permite nunca se ha realizado en Chile, pese a que se trata de un plebiscito que ya contemplaba la Constitución previa a la de 1980 (la Constitución de 1925).

El problema es que la Constitución no admite un llamado a plebiscito fuera de los dos casos ya señalados. El artículo 15 de la Constitución cierra las puertas a que el Presidente o la ley llame a plebiscito fuera de los casos ya señalados, en la medida que afirma que “sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos *expresamente previstos en esta Constitución*”.

En atención a lo anterior y buscando un cause institucional para la convocatoria a un plebiscito, un grupo de 25 profesores de derecho, con el apoyo de más de 50 diputados, ideó un proyecto de reforma constitucional que fue presentado para su tramitación ante el Congreso en abril de 2015 (boletín N° 10.014-07)<sup>27</sup>. La propuesta es simple, sencilla y precisa, ya que el momento de creación del canal institucional debe ser un momento acotado y que no abra muchas posibilidades que frustren el objetivo que se pretende, que es incorporar una regla en la Constitución que permita el llamado a un plebiscito. El proyecto de reforma constitucional presentado modifica de manera acotada el artículo 15 y el artículo 32 de la Constitución. Respecto al artículo 15, el proyecto propone agregar la frase “y las leyes” al final de la disposición, de forma tal que quede de la siguiente forma: “Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución y *las leyes*.” Respecto al artículo 32, disposición que consagra las atribuciones exclusivas del Presidente, el proyecto propone agregar que el Presidente podrá “convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente

---

<sup>27</sup> El proyecto de reforma y el desarrollo de su tramitación puede consultarse en [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10436&prmBL=10014-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10436&prmBL=10014-07)



podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional”.

Como se observa, el proyecto establece dos vías generales para llamar a plebiscito. Por un lado el Congreso, por el otro lado el Presidente, con acuerdo del Congreso. Pese a tratarse de vías generales (el Congreso a través de una ley, el Presidente, a través de un Decreto Supremo), el proyecto resguarda los peligros típicamente asociados a las democracias plebiscitarias. En efecto, el peligro más evidente es que el Presidente, por la vía de llamar a plebiscito, ignore al órgano representativo por excelencia, el Congreso, cada vez que no esté de acuerdo con sus decisiones. En este sentido, una regla que permitiera al Presidente convocar a un plebiscito sobre el asunto de su elección sería efectivamente problemática.

Por eso, a fin de evitar que el Presidente recurra a este mecanismo para anular al Congreso, el proyecto de reforma constitucional entrega la competencia para llamar a plebiscito al Presidente exigiéndole siempre el respaldo del Congreso: o bien la ley lo habilita previamente o bien debe contar con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso.

La incorporación de este plebiscito en el texto constitucional requiere de un alto quórum de aprobación, equivalente a 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, *pero no el quórum de 2/3*, ya que se trata de una reforma a reglas que forman parte de capítulos que no exigen la concurrencia de tal quórum de aprobación excepcional. De acuerdo al artículo 127, la regla general en materia de quórum de reforma constitucional es de 3/5, quórum que sólo se eleva, de manera excepcional a 2/3, cuando se trata de la reforma de aquellos capítulos expresamente enumerados en dicha norma (capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV). La propuesta de plebiscito, en tanto reforma constitucional, cae dentro de la regla general del artículo 127, ya que modifica normas contenidas en los capítulos II y IV.

Ahora bien, por su contenido, ésta reforma constitucional no aparece como una reforma más dentro de las más de treinta reformas anteriores, sino más bien como un *hito que abre el proceso constituyente* para la (eventual) sustitución de la Constitución de 1980 por una nueva. En caso de un resultado favorable a una asamblea constituyente, el plebiscito traerá consecuencias a futuro, las que en todo caso no suponen la inmediata sustitución del texto constitucional.

¿Cuáles son esas consecuencias? Ninguna consecuencia se derivará normativamente de manera directa. Sin embargo, varias alternativas aparecen si se echa a andar la imaginación constitucional. Lo relevante, en todo caso, es que un resultado favorable a una asamblea constituyente generará una *fuerza política de un magnitud tal*, que no sólo hará más o menos irresistible al Congreso y a él/la Presidente/a ir abriendo las vías institucionales que permitan la conformación de una asamblea constituyente, sino que también dotará de legitimidad dicho proceso.

¿Un resquicio legal?

Según algunos, la propuesta de reforma constitucional reseñada implica "*caerle por la espalda* al quórum de 2/3 de reforma al capítulo XV de reforma constitucional" (García, 2015). "Caerle por la espalda a la Constitución" es un eslogan que ha sido acuñado para descalificar la reforma que propone introducir la posibilidad de llamar a plebiscito. Quienes recurren a él, en lugar de oponer argumentos, simplemente se apoyan en imágenes para reforzar su mensaje. Sin embargo, aun cuando un eslogan pueda ser un recurso retórico legítimo y eficiente, en ningún caso exime a quien lo utiliza de exponer los argumentos que sustentan el respectivo mensaje.

Lo que está detrás de esta imagen de construcción retórica es el supuesto resquicio constitucional tras la propuesta de reforma antes referida, por cuanto requeriría un quórum de aprobación de 3/5 y evitaría el quórum de 2/3 contemplado en el artículo 127 de la Constitución de 1980. Así, el proyecto de reforma constitucional, que pretende habilitar el llamado a plebiscito a través de la reforma a los artículos 15 y 32, contrariaría la normativa constitucional vigente, recurriendo a esa misma normativa para vulnerarla.

Sin embargo, la propuesta de reforma a los artículos 15 y 32 no es un "resquicio" ni una forma de "caerle por la espalda a la Constitución", por atractivo que sea proclamarlo con tono alarmista. Como se sabe, la retórica del "resquicio" apela a una suerte de mala fe en el uso de las formas institucionales. Así, junto con utilizarlas, se niega el espíritu que las justifica, subvirtiendo, de esta forma, su sentido original.

Ahora bien, ¿cuál es aquel espíritu de la Constitución de 1980?

Una primera lectura permitiría identificarlo con el *ethos* antidemocrático que animaba a sus redactores, un *ethos* que temía de la democracia y que por eso buscó establecer cerrojos que evitaran la expresión democrática del pueblo. Sin embargo, una Constitución que niega al pueblo algo tan esencial como su condición de fuente última de legitimidad democrática no puede reclamar *lealtad* a ese espíritu, sino solo *respeto* a las formas institucionales.

Otra lectura posible de dicho espíritu, demanda una comprensión desde el paradigma característico del constitucionalismo moderno, aquel que se asienta en el reconocimiento del principio de soberanía popular, recogido en el artículo 5° de la Constitución. Si esto es así, el espíritu de la Constitución de 1980 descansa, pese a todo, en el principio de soberanía popular, por cuanto reconoce en el pueblo el fundamento último que sostiene el orden político y social. Desde esta perspectiva, *la reforma defendida en este trabajo no puede ser entendida como un resquicio, porque no niega el espíritu democrático de la Constitución; por el contrario, la reforma que permite un llamado a plebiscito lo reivindica*. Salvo que quiera defenderse (públicamente) aquella primera lectura, aquella residenciada en los redactores del texto original.

## Bibliografía

- Alvear, Julio (2015): “Poder constituyente: el poder de la incertidumbre”, 25 de mayo de 2015, disponible en:  
<http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/25/32109/Poder-Constituyente-El-poder-de-la-incertidumbre.aspx> [última visita efectuada 26.6.2015].
- Atria, Fernando (2006) "La soberanía y lo político", en *Derecho y Humanidades* N° 12.
- Atria, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- Atria, Fernando (2014): “La constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, en *Nueva Constitución y Momento Constitucional*. Zúñiga, Francisco (coord.) (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 15 a 49.
- Atria, Fernando y Salgado, Constanza (2013) "El plebiscito por una nueva constitución y su interpretación antidemocrática", publicada en “El Mostrador”, con fecha 13 de diciembre de 2013.  
<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/12/13/el-plebiscito-por-una-nueva-constitucion-y-su-interpretacion-antidemocratica/>
- Barros, Robert (2005) *La Junta Militar, Pinochet y la Constitución de 1980*. Santiago, Editorial Sudamericana.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, Trotta.
- Correa, Sofia (2015). “Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente”, en *Estudios Públicos*, 137.
- Fuentes, Claudio (2013). *El Fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago: Hueders.
- Fuentes, Claudio (2014): "Rutas para una nueva constitución. Mapa de actores y estrategias", Documento de Trabajo ICSO, N° 4/2014, Santiago.
- García, José Francisco (2015): “Plebiscito por la Asamblea Constituyente”, 2 de junio de 2015, disponible en: <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-jose-francisco-garcia-plebiscito-por-la-asamblea-constituyente.html> [última visita efectuada 26.06.2015].
- Gargarella, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism: the Engine Room of Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Ginsburg, John (2014) "¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena", en *Estudios Públicos*, 133.
- Guzmán, Jaime (1979) "El camino político", en *Realidad* 7.
- Heiss, Claudia y Oya (2015) "The Constitution-Making Process in Chile: A Cautionary Tale from Turkey" en [http://www.iconnectblog.com/2015/06/the-constitution-making-process-in-chile-a-cautionary-tale-from-turkey/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+I-CONnectBlog+%28I-CONnect+Blog%29#\\_ednref4](http://www.iconnectblog.com/2015/06/the-constitution-making-process-in-chile-a-cautionary-tale-from-turkey/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+I-CONnectBlog+%28I-CONnect+Blog%29#_ednref4)

- Lagos Escobar, Ricardo (2005): *Firma Constitución 2005. Palacio de La Moneda. 17 de septiembre de 2005*. Santiago, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Imprenta Maval.
- Negretto, (2012) "Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America", en *Law & Society Review*, Volume 46, Number 4
- Zapata, Patricio (2015) “Del derecho de propiedad a la AC: Las incertidumbres del proceso constituyente en dos miradas de la Nueva Mayoría”, 21 de junio de 2015, disponible en: <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-06-21&dtB=03-07-2015 0:00:00&PaginaId=4&bodyid=10> [última visita efectuada 3.7.2015].