

PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE: EL PLEBISCITO COMO TRANSICIÓN
INSTITUCIONAL*Pablo Contreras⁺ / Domingo Lovera[•]**Introducción**

La región ha sido tierra fértil para experimentos en materia de procesos constituyentes. A los procesos de Brasil a fines de los 80, Colombia en 1991 y Argentina en 1994, se suman iniciativas más recientes en Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. No todos estos procesos comparten—como era de esperarse—un mismo tipo de

* Este texto corresponde a una versión revisada y extendida de lo publicado en Fuentes y Joignant (2015). Al momento en que terminamos de escribir este trabajo, la Presidenta Bachelet anunció el itinerario del proceso constituyente. Este se iniciará con una etapa de pedagogía cívico/constitucional, que dará paso a una ronda de consultas ciudadanas que permitan sentar las que se han denominado ‘Bases ciudadanas constitucionales’. Esas bases servirán de guía para un proyecto de Nueva Constitución que la Presidenta elaborará, y que será sometido a consideración al Congreso Nacional para gatillar la etapa institucional del proceso. A grosso modo, consiste en someter a voluntad del actual Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional para que éste mandate por medio de los 2/3 de sus miembros en ejercicio al próximo parlamento. Se habla de próximo parlamento para identificar al Congreso compuesto, casi en su totalidad, por miembros que serán electos y electas a fines de 2017. Esas elecciones tendrán lugar con un nuevo sistema electoral que reduce significativamente las trampas del actual sistema electoral binominal. Se habla de mandato, por otra parte, porque, de aprobarse la propuesta presidencial, el ‘nuevo’ Congreso deberá decidir cuál es el mecanismo conforme al que se procederá a adoptar la Nueva Constitución. El proyecto contempla cuatro posibilidades: (i) una asamblea constituyente; (ii) un congreso constituyente; (iii) una comisión mixta compuesta por ciudadanos, ciudadanas y parlamentarios; y, finalmente, (iv) un plebiscito para que sea la ciudadanía la que decida el mecanismo para la Nueva Constitución. Esta decisión debe adoptarse por las 3/5 partes de los miembros en ejercicio del ‘nuevo’ Congreso. Para más antecedentes, véase Gobierno de Chile <http://www.gob.cl/2015/10/13/infografía-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/>

Nuestra propuesta se mantiene en pie. Primero, no solo porque el plebiscito es una de las alternativas a que puede recurrir el ‘nuevo’ Congreso, en caso de ser mandatado, para decidir el mecanismo conforme al que nos dotaremos de una Nueva Constitución. Sino que, además, porque el plebiscito se contempla como una suerte de regla de *default* para el caso que el ‘nuevo’ Congreso no logre ponerse de acuerdo en alguno de los mecanismos que se contemplan para el cambio constituyente (de allí que hablemos de mandato y no de habilitación). De prosperar algunos de estos mecanismos, el resultado del trabajo será sometido, en último lugar, a un plebiscito ratificatorio.

⁺ Profesor de derecho, Universidad Alberto Hurtado (Chile).

[•] Profesor de derecho, Universidad Diego Portales (Chile).

procedimiento constituyente. Mientras en Brasil, por ejemplo, se recurrió a la figura del Congreso Constituyente y en Argentina se introdujeron reformas por medio del mecanismo de enmienda que contempla la propia Constitución, en Colombia se avanzó a una Asamblea Constituyente, instancia que, posteriormente, fue utilizada, también, en Venezuela, Ecuador y Bolivia.

El presente trabajo aborda un aspecto de la discusión constituyente que se está desarrollando en Chile. En Chile, existe un relativo consenso en torno a la necesidad de una Nueva Constitución. Este diagnóstico, que en otras latitudes se vio favorecido por estadios de transición desde regímenes autoritarios o dictatoriales—como ocurrió en Brasil—o de fuerte inestabilidad social—como en Colombia—en Chile se ha visto más bien oscurecido por tratarse de una discusión que se presenta (recién) luego de 35 años de vigencia de la Constitución legada por la dictadura de Pinochet. En Chile, la Constitución actual fue promulgada por la régimen militar en 1980 y rige hasta el día de hoy, con modificaciones de distinta intensidad. Mientras en otras latitudes la necesidad del cambio constituyente fue conclusión obvia (mas no fácil) como condición de superación de la ilegitimidad de regímenes autoritarios, en Chile, esa necesidad fue superada a fuerza del mismo terror de la dictadura (con Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército desarrollando ejercicios militares en las calles de Santiago, de una parte, y la clase política aceptando las reglas constitucionales para ‘no volver’ al régimen de facto, de otra). La transición a la democracia supuso un pacto tácito de preservación de las instituciones de la Constitución de 1980.¹

En este contexto, entonces, no es poco frecuente encontrarse con voces para quienes el denominado ‘pecado de origen’ de la Constitución de Pinochet no sería razón suficiente para su superación.² La Constitución, se afirma, se habría legitimado por la práctica política que a su amparo ha acompañado la transición. Precisamente porque el contexto del actual debate constituyente se verifica en el contexto de la vigencia de la Constitución de 1980, hay un sector importante de la comunidad política para quienes el *cambio constitucional* (acá la expresión constitucional es deliberada) debe desarrollarse por medio del mecanismo de reforma que la propia Constitución contempla. Para otros y otras, entre quienes nos inscribimos, el procedimiento de *cambio constituyente* (el uso también es deliberado) debe llevarnos a prescindir de los mecanismos de reforma establecidos en la Constitución de 1980, mas no de su reforma a efectos de habilitar la deliberación que sea capaz de gatillar

¹ Acá, desde luego, no criticamos la decisión adoptada con la seguridad que el paso del tiempo (y del hecho de no haber estado en los zapatos de quienes debían entonces decidir) nos confiere. Mas sí anotamos su significación constitucional.

² Así, por ejemplo, lo sostuvo el partido de derecha Unión Demócrata Independiente. En su informe presnetado al Comité Político de la Presidenta Bachelet, y en el contexto de rondas de consulta sobre el proceso constituyente, el partido afirmó que: “cualquier cuestionamiento respecto de su ilegitimidad de origen, entendemos que está totalmente superado. Después de 35 años de vigencia, 26 de los cuales han sido en plena democracia ... creemos que quienes propician una nueva Constitución lo hacen sólo con propósitos populistas” (UDI 2015: 3).

una Nueva Constitución. Aquí explicamos y justificamos esta propuesta que denominamos de transición institucional a la nueva Constitución.

Para ello, postulamos una propuesta de plebiscito que opere como el mecanismo de apertura del proceso constituyente y que habilite una discusión constituyente en condiciones democráticas, participativas e igualitarias.³ Dicho plebiscito ofrece una alternativa institucional que abre un circuito democrático necesario para el proceso constituyente, puesto que la decisión de generación de una nueva Constitución comienza con la expresión de la voluntad popular y termina de la misma forma. Esta alternativa institucional permite sortear las trampas constitucionales actualmente vigentes, le confiere al proceso el carácter constituyente requerido para dictar una nueva Constitución y maximiza la igualdad política de los ciudadanos en el proceso.

La representación política como diálogo: autorización (habilitación) y rendición de cuentas como diálogo (más allá de la otra elección)

De acuerdo a Nadia Urbinati, la democracia representativa es una diarquía –un gobierno que se desarrolla bajo la dirección simultánea de dos reyes (Urbinati: 2014). Esto significa que la democracia se construye sobre la interacción de dos poderes soberanos que son diferentes, no obstante encontrarse estrechamente relacionados. El poder soberano de la opinión democrática, de una parte, y el poder soberano de la voluntad democrática, de otra. Mientras la voluntad democrática se refiere a “procedimientos, reglas e instituciones,” la opinión democrática (la opinión pública) evoca “la opinión de quienes más bien obedecen y solo participan indirectamente en el gobierno” (Id., 22).

La virtud normativa de la democracia representativa, según ofrece Urbinati, descansa en lograr un equilibrio adecuado entre ambos poderes: el formal de las instituciones y el informal de la ciudadanía. La democracia, en efecto, queda desfigurada cuando una de esas voluntades se impone sin contrapesos sobre la otra. Ocurre ello, por ejemplo, cuando la democracia representativa se transforma en la opinión, ajena a la crítica popular, de los tecnócratas que reclaman saber lo que conviene al pueblo (Macpherson 2012: 77-9). Y ocurre lo mismo, desde luego, en aquellos regímenes políticos en que las instituciones son dejadas de lado para dar rienda suelta al caudillo de turno que reclamará – lo sabemos– la representación total del pueblo en su persona (Müller 2014).

La mejor forma de lograr ese equilibrio, esto es, la mejor forma de resguardar la democracia contra su desfiguración, es entendiendo la representatividad política como una

³ Este proceso plebiscitario, en el que nos detenemos, apunta a presentar una vía institucional de inauguración del proceso constituyente cuyo paso siguiente debiera ser la conformación de una asamblea constituyente. La justificación de esta segunda etapa, así como una propuesta de itinerario para su establecimiento en Chile, se encuentra en Bassa y Salgado (2015).

forma de diálogo. Esto es, como una conversación entre los dos reyes, donde las formas institucionales responden a la opinión pública. El esquema constitucional legado por la dictadura chilena, lejos de ser uno que habilite ese diálogo, lo hace, sino imposible, de difícil concreción. Entre nosotros ha sido Fernando Atria quien ha enfatizado el propósito declarado de la Constitución chilena a la que denomina ‘tramposa’ (Atria 2013). De acuerdo a la tesis de Atria, la Constitución chilena presenta tres trampas o cerrojos diseñados para hacer imposible la agencia política del pueblo (Id. 40) y pensadas, de hecho, para frustrar el diálogo a que hace referencia Urbinati.

Estos cerrojos son, en primer lugar, un sistema electoral (denominado binominal) cuya finalidad es frustrar la voluntad popular al provocar una suerte de empate técnico en las cámaras del Congreso Nacional.⁴ Un sistema de leyes de super-mayorías (o de quórum reforzado), que junto con alterar la regla democrática básica (la mayoría simple), al ser combinadas con el sistema binominal que produce un empate técnico en el Congreso hace imposible cualquier reforma sobre las materias que esas leyes tutelan—las materias, precisamente, que la dictadura quería dejar amarradas a las mayorías futuras—sin el concurso de la derecha.⁵ Y, en tercer lugar, la facultad preventiva de control que el Tribunal Constitucional ejerce *de pleno derecho* sobre todas las leyes orgánicas constitucionales o a instancias de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de los miembros en ejercicio del Congreso Nacional (Atria 2013: 44-54).

En una de las sentencias más destacables de Jaime Guzmán, asesor jurídico de la Junta Militar, y acertadamente rescatada por Atria, se expresa la idea central del objetivo de la Constitución y los cerrojos que hoy nos gobiernan:

si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario (Atria 2013: 41).

¿Es posible que una Constitución pensada, como afirma Atria, para neutralizar la política pueda, con sus reglas, dar lugar a un proceso genuinamente constituyente? La respuesta es no. Y no puede no solo porque desde la teoría constitucional sabemos que, en principio, una cúmulo de reformas aprobadas siguiendo los mecanismos de reforma

⁴ El sistema binominal fue recientemente modificado, no sin antes ser disputada la constitucionalidad de la reforma ante el Tribunal Constitucional. Todavía no se verifica ninguna elección popular bajo las reglas del nuevo sistema. Sin embargo, en la próxima elección de 2017, debe anotarse lo siguiente. Si bien el sistema electoral se aplicará en su totalidad para renovar a los miembros de la Cámara de Diputados, parte del Senado que fue elegido bajo el sistema binominal se mantendrá por cuatro años más (es decir, hasta el 2022), dada la renovación escalonada de la Cámara alta.

⁵ Una discusión sobre este punto en el contexto de su regulación chilena puede consultarse en Verdugo (2012), quien justifica las leyes de súper-mayorías, y (Jiménez et al. 2013), quienes se oponen.

establecidos en la propia ley fundamental no son otra cosa que enmiendas o reformas pero en caso alguno una nueva Constitución. Sino que, especialmente, porque, una nueva Constitución solo es posible allí donde se adopta una nueva decisión política fundamental sin las trabas de contenido que la Constitución de 1980 establece.⁶

El plebiscito, argumentamos en este trabajo, es una de las formas —y no la única— que puede contribuir a abrir un diálogo político que la propia Constitución vigente desea hacer imposible. Ello, en virtud de su especial capacidad para resolver el tradicional balance entre poder constituyente y formas consustitucionales (Daly 2015: 39). El plebiscito, además, y como diremos más abajo, es la instancia que de mejor manera sintetiza un proceso constituyente donde la voz ciudadana sea crucial y donde los canales institucionales son, igualmente, necesarios.

Precisamente, como venimos diciendo, porque la democracia representativa (a pesar de su nombre), no es una que se verifique solo a nivel de las instituciones, es que proponemos que el proceso constituyente se configure en el marco de un diálogo en el que interactúan avenidas formales y representativas, de una parte, y los ciudadanos y las ciudadanas, de otra. Hasta ahora, quienes desean que el proceso se radique solo en las instituciones representativas, disputan cuál de ellas es ‘más representativa’ o, en el contexto del debate actual, ‘cuál es más constituyente.’ Nada de eso sugerimos acá. Sino que proponeremos mirar al plebiscito como una herramienta que permite maximizar los objetivos normativos de democracia, participación e institucionalidad, para crear la nueva Constitución. Estos son los criterios fijados por la Presidenta de la República en su programa de Gobierno. Para evitar que el proceso constituyente termine siendo una cuestión de relaciones entre instituciones elitistas (instituciones, todas, con escaso apoyo popular en el país), no basta equiparar las relaciones a nivel horizontal entre las instituciones (no creer, por ejemplo, que asiste un rol particular para que algún tribunal tutele el proceso). Se debe, en especial —y a esto apostamos acá—equiparar la relación (o al menos establecerla) a nivel vertical: entre instituciones y ciudadanas y ciudadanos (Tierney 2013).

El diálogo debe ser habilitado y clausurado por medio de plebiscitos. El primer plebiscito, habilitante, decide la forma para crear la nueva Constitución; el segundo ratifica o rechaza el texto constitucional que se diseñe. Tanto al comienzo de este circuito, como en sus etapas posteriores, intervienen autoridades representativas, decidiendo forma y contenidos y dando cauce a la participación ciudadana. Las decisiones, a su vez, son tomadas no sólo por los representantes del pueblo, sino también por los ciudadanos directamente.

⁶ De hecho Atria identifica, junto a los tres cerrojos, lo que denomina un metacerrojo: los elevados quórum de reforma constitucional que protegen a los demás (Atria 2013: 54).

El plebiscito como habilitación/autorización institucional

¿Cómo abrir el proceso constituyente? Existen diversas posibilidades, sin ánimo de agotar la imaginación constituyente. Una de ellas sería que el Ejecutivo enviase un proyecto de reforma constitucional global o total, es decir, una reforma que modifica toda la Constitución. Otra posibilidad es que el impulso provenga de diputados o senadores, presentando una moción de reforma, algo similar a lo que ocurrió con la reforma constitucional del 2005 (Fuentes 2012, Pfeffer 2005). En ambos casos, son los colegisladores quienes, echando mano al procedimiento de reforma constitucional, protagonizan el inicio del proceso y sujetan su actuación a las reglas establecidas en el capítulo XV de la Constitución. Una tercera posibilidad es abrir la discusión a la ciudadanía y convocar al poder constituyente originario para definir el procedimiento de creación de la nueva Constitución. Esta tercera opción es la que apoyamos y se conoce como “Plebiscito Ahora”.

a. Brevísimas historia sobre plebiscitos en Chile

A nivel nacional, y en relación a la Constitución de 1980, se han efectuado tres plebiscitos. El primero, en 1980, es el más polémico de todos: el plebiscito para ratificar la Constitución misma. Se trató de un verdadero fraude democrático, bajo el cual la dictadura trató de legitimar la Constitución que había diseñado (Fuentes 2013). El segundo plebiscito es el más conocido de todos, el de 1988, y se recuerda hasta hoy como la victoria del “No” y que puso fin a la Presidencia de Augusto Pinochet, bajo las reglas transitorias de la Constitución, y abrió la transición a la democracia. El último plebiscito es el menos recordado y corresponde a la ratificación de las reformas constitucionales que los dirigentes de la Concertación de Partidos por la Democracia negociaron con los jefes de la dictadura (Andrade Geywitz 2002). Dos plebiscitos tienen una característica común: convocan a la ciudadanía para ratificar una decisión tomada previamente por las elites. En el primer y último caso, la ratificación es evidente: aprobar la Constitución y aprobar sus reformas, respectivamente. En estos casos, la ciudadanía no participa previamente en el diseño ni formulación de la Constitución o sus reformas: sólo se reserva a aprobar o rechazar la decisión de la elite de turno.⁷ En el segundo caso —el plebiscito de 1988— lo que se convocaba a ratificar era la continuidad de Pinochet en el poder. Aquí sí se expresó la ciudadanía y, como sabemos, Pinochet “¡corrió solo y salió segundo!” (Fortín Mapocho 1988). Como se puede observar, en materia constitucional, el plebiscito que se ha utilizado es de corte ratificatorio.

⁷ No sobra advertir de experiencias similares ocurridas antes en Chile, como en 1925, cuando el entonces Presidente Arturo Alessandri convocó a la ciudadanía a ratificar el trabajo constituyente de una comisión elegida por él mismo. Ese plebiscito—relata Grez—se desarrolló, similar a lo ocurrido en 1980, bajo fuertes restricciones (Grez 2010: 26-9).

Sin embargo, el diseño constitucional actual para los plebiscitos es sumamente restrictivo. Si bien la Constitución establece que la soberanía se ejerce por el pueblo mediante elecciones periódicas y plebiscitos (art. 5º), sus reglas sólo permiten dos tipos de plebiscitos. El primer caso es el plebiscito comunal, escasamente utilizado (art. 118, inc. 2º, en relación al art. 99 de la LOC de Municipalidades).⁸ El segundo caso es una hipótesis excepcionalísima de desacuerdo entre los colegisladores en el evento de una reforma constitucional, habilitando al Presidente de la República a convocar a plebiscito para dirimir la disputa (art. 128).⁹ El sistema se encuentra clausurado por la misma Constitución, puesto que “sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución” (art. 15).

La restrictiva regulación de los plebiscitos en Chile requiere ser modificada. Esta necesidad no es nueva. En el año 2011, un grupo de diputados presentó una reforma constitucional para permitir plebiscitos “en temas de interés nacional” (Boletín No. 7769-07). Posteriormente, la idea del plebiscito surgió como vía para solucionar el problema constitucional. Durante la campaña presidencial del 2013, varias personalidades suscribieron un manifiesto que apostaba por esta alternativa (Plebiscito para una nueva Constitución 2013).

b. ¿Qué es “Plebiscito Ahora”?

El proyecto de ley de “Plebiscito Ahora” se presentó en abril del 2015 y representa un esfuerzo conjunto entre sociedad civil y congresistas (Boletín No. 10014-07, actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados). Un grupo de 25 profesores de Derecho, convocados por la iniciativa ciudadana “Marca AC”, le propuso a los congresistas modificar la Constitución y permitir convocar a plebiscito para decidir el mecanismo para crear una nueva Constitución. Después de deliberar en torno a distintas propuestas, la bancada de congresistas “AC” presentó formalmente el proyecto en la Cámara de Diputados. Éste cuenta con el apoyo de 53 diputados, una cuestión extremadamente excepcional en el contexto legislativo chileno.¹⁰

La propuesta es simple y busca abrir el espacio para la deliberación político-constitucional. El proyecto modifica dos disposiciones constitucionales, el artículo 15 y el artículo 32. El primer precepto, como revisamos, clausura la posibilidad de plebiscitos

⁸ Al amparo de estas regulaciones se han realizado escasos plebiscitos, los que han tenido lugar, además, en comunas bastante acomodadas como Vitacura, Las Condes y Zapallar.

⁹ El propio supuesto sobre el que descansa la posibilidad de su convocatoria, un desacuerdo radical entre Congreso Nacional y Ejecutivo que “sea totalmente escindible de posiciones partidistas”, lo hace de difícil ocurrencia en la práctica (Bronfman 2007: 244).

¹⁰ Los nombres que apoyan la moción se encuentran aquí <http://www.marcaac.cl/site/2015/04/amplio-arco-de-congresistas-presenta-mocion-que-faculte-la-realizacion-de-plebiscito-sobre-mecanismo-para-nueva-constitucion/> [última visita efectuada 11.06.2015]

fuera de los que actualmente establece la Constitución. Al respecto, el proyecto propone agregar una simple frase: “y las leyes”. Así, el nuevo artículo 15, inciso 2º, establecería lo siguiente: “Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución y *las leyes*.” El segundo precepto establece las atribuciones especiales del Presidente de la República. El proyecto propone reemplazar al actual artículo 32 No. 4 –que faculta al Presidente a convocar a plebiscito en el caso de un impasse con el Congreso en materia de reforma constitucional (art. 128)– por la siguiente atribución: “Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional.” Ambas modificaciones exigen un alto quórum de aprobación: el voto conforme de tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, conforme a lo establecido en el artículo 127 de la Constitución.

El proyecto establece dos vías para abrir la discusión y en ambas se requiere la intervención de los legisladores, respetando un adecuado equilibrio de poderes (Bassa 2015b). La primera, es mediante la decisión legislativa: la reforma al artículo 15 –y del artículo 32 No. 4, en concordancia– abre la posibilidad a que el legislador regule hipótesis de plebiscito, más allá de las restrictivas fórmulas constitucionales. La segunda vía es la ampliación de la potestad presidencial para convocar a plebiscito. En este caso, el proyecto radica el impulso del plebiscito en el Presidente de la República a la par que custodia al Congreso. Al exigir que la convocatoria a plebiscito cuente “con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional”, se evita el riesgo de las denominadas “democracias plebiscitarias” en las que el Presidente efectúa un by-pass al Congreso con el objeto de aumentar su poder. La expresión “acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional” debe estimarse equivalente a la expresión con “acuerdo del Congreso”, lo que exige el voto conforme de la mayoría absoluta de cada rama del Congreso (de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 de la LOC del Congreso Nacional).

El mecanismo descrito honra las promesas constitucionales trizadas respecto del pueblo como soberano, sobre la democracia como forma de gobierno y de la participación política igualitaria. Parte del actual problema constituyente por el cual cruza Chile es sujetarse a las reglas de quórum de reforma actual para crear una nueva Constitución –que requiere el concurso del 66% de los miembros en ejercicio del Congreso. Ese camino conduce a que la minoría beneficiada por el *status quo* constitucional pueda negarse sistemáticamente a aquellas reformas que no le gusten (y mantenerse abierto o derechamente proponer otras, como fortalecer el derecho de propiedad; Larroulet 2015). Esas reglas de quórum contramayoritario, en el contexto mismo de la discusión constituyente, violan el principio de igualdad política (Jiménez et al. 2013). El reclamo por la asamblea constituyente busca superar los déficits institucionales que permiten esta captura del proceso constituyente por parte de la minoría política y ello supone, al menos,

dos materias: el reemplazo de la selección de representantes constituyentes por la vía del sistema binominal y apartar las reglas de quórum que impiden una participación igualitaria en la decisión constituyente (Salgado y Contreras 2015).

Las reformas propuestas de habilitación de plebiscito permiten gatillar el proceso constituyente desde la decisión soberana del pueblo, en la que participación es igualitaria y que su articulación es debidamente configurada por parte de los colegisladores y constituyentes derivados. En definitiva, el proyecto abre la cuestión constituyente y presenta las preguntas habilitadoras del proceso: ¿quiere usted una nueva Constitución? ¿Cómo quiere usted que se redacte una nueva Constitución?

c. Una vía “institucional, democrática y participativa”

Como hemos dicho antes, la propuesta de plebiscito habilitante –y los proyectos de reforma constitucional y legales que lo acompañan– satisface las características que se han determinado para el proceso constituyente, a saber, la de ser institucional, democrático y participativo. Ahora explicamos sus ventajas.

(i) Institucional

La discusión en torno al carácter institucional del proceso constituyente en Chile, ha adoptado dos formas, diversas, aunque relacionadas. La primera de ellas, afirma, sin mucho sustento en las formas específicas en que se han desarrollado las asambleas constituyentes en otras partes del mundo (y solo mirando dicho mecanismo), que ellas carecen de la institucionalidad propia (pensemos en cámaras, comisiones y otras formas) necesaria para una discusión de la envergadura que reclama la decisión constitucional. Siendo ciertamente una afirmación falsa desde el punto descriptivo, interesa más la segunda variante.

Esta segunda variante afirma que el cambio constituyente sería contrario a la institucionalidad al no respetar el procedimiento de reforma que la propia Constitución de 1980 establece en su Capítulo XV. Este procedimiento de reforma, que en lo medular sigue la suerte de los trámites legislativos de aprobación establecido para las leyes, dispone de quórums de aprobación de las reformas constitucionales de 3/5 o 2/3 de los congresistas en ejercicio, que varían dependiendo del capítulo a reformar (artículo 127).

Cualquier otro mecanismo que busque el cambio constitucional (ocupamos deliberadamente la expresión cambio constitucional, y no constituyente) –sea el que proponemos acá, habilitación plebiscitaria del proceso constituyente, u otro como la Asamblea Constituyente– equivaldría a caerle por la espalda a la institucionalidad, esto es, al propio Capítulo XV sobre reforma de la Constitución. Así, por ejemplo, Patricio Zapata ha afirmado que la fórmula de una Asamblea o Convención Constituyente debe lograrse “a partir del pleno respeto de las reglas institucionales vigentes, esto es, buscando en el Congreso Nacional la generación de acuerdos amplios que permitan reunir el *quorum* [sic]

que demanda el artículo 127 de la Constitución y no por la vía de un plebiscito al que se convoca por un decreto que invoca unos pretendidos poderes implícitos, o residuales del Presidente de la República” (Zapata 2014: 94-5, especialmente nota 13, citando a Atria 2013). José García, comentando específicamente la propuesta plebiscitaria,¹¹ por su parte, sostuvo en una columna que aceptar el plebiscito equivale a buscar el reemplazo de “una Constitución tramposa’ mediante una trampa”, generando el peligroso precedente “de que mediante una tesis jurídica sofisticada (aunque ilegítima) es posible saltarse los mecanismos de reforma” (García 2015).

Ahora bien, si de lo que se trata es de iniciar un proceso constituyente, y no uno de mera reforma constitucional, ¿qué razones nos mantendrían atados a los procedimientos de reforma establecidos en la Constitución que buscamos superar? En principio, ninguna. El poder constituyente –esto se ha repetido hasta el cansancio– no se encuentra sujeto a límites formales, no requiere habilitación y él mismo define su forma procedimental –mal que mal, en circunstancias de desacuerdo y donde hay que adoptar una decisión, requerimos de procedimientos que nos provean de un mecanismo autoritativo. Esto es algo que los propios opositores al plebiscito, a su modo, conceden. Patricio Zapata, por ejemplo, afirma que el proceso constituyente (y no el cambio constitucional) bien puede comenzar una vez instalado el “Congreso [Nacional] que se va a elegir en 2017 [...]”. Ese Congreso –continúa– “tendría que buscar alguna fórmula y dar algún tipo de participación ciudadana durante la discusión”.¹² Francisco Zúñiga, a su turno, sostiene que es un error creer que el carácter institucional del proceso constituyente anunciado descansa en un apego (nótese) estricto a las normas sobre reforma constitucional contenidas en la Constitución actualmente vigente. Se trata, más bien, de sentar las bases para un gran acuerdo nacional donde todos y todas puedan participar, para lo que “no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución” (Zúñiga, 2015: 28). Es más, como este acuerdo demanda el concurso de la oposición política (“naturalmente depende de la derecha abrir esa puerta”), consultado sobre qué ocurriría si dicho sector no consiente en este consenso, Zúñiga responde: “si la reforma total fracasa porque la derecha vuelve con sus bloqueos y vetos, se abrirá la posibilidad de recurrir al poder constituyente originario”.¹³

¿Qué habilitación procedimental existe, en la Constitución de 1980, para optar por estas fórmulas participativas o innovadoras? Ninguna, por cierto, como tampoco existen las reglas que configurarían un eventual plebiscito ratificatorio de reformas constitucionales,

¹¹ Aunque, debemos anotar, una propuesta plebiscitaria distintas a la que acá proponemos. Mientras, como ha quedado claro, la propuesta plebiscitaria que acá proponemos busca consultar a la ciudadanía sobre (i) la necesidad del proceso constituyente y (ii) el mecanismo específico para materializarla, el profesor García, ya en el título, ata el plebiscito a un solo mecanismo de cambio constituyente, a saber, la asamblea constituyente.

¹² “Del derecho de propiedad a la AC: Las incertidumbres del proceso constituyente en dos miradas de la Nueva Mayoría”, *El Mercurio*, 21 de junio de 2015, p. D 4.

¹³ *El Mostrador*, “Solo si la reforma total fracasa porque la derecha la bloquea, se abrirá posibilidad de recurrir al poder constituyente originario”. 17 de septiembre de 2013.

como lo ha planteado García.¹⁴ De hecho, Zapata –porque está hablando de una nueva Constitución y no de un cambio constitucional– concluye afirmando que:

En 2017, al terminar su período, la Presidenta podría hacer una propuesta al Congreso pidiéndole un esfuerzo y estableciendo que las reglas que tenemos hoy para cambiar la Constitución son demasiado restrictivas.¹⁵

Sin embargo, la propuesta que acá presentamos no busca recurrir a la teoría constituyente caricaturizada por sus opositores –asociada, ciertamente, a Carl Schmitt y demonizada corrientemente en el medio nacional– sino que busca ofrecer una alternativa que logre dar cuenta de la forma que en la práctica adoptan los cambios constituyentes: momentos en que facticidad y normatividad confluyen, donde uno no puede explicarse sin el otro y donde, de hecho, uno, la normatividad, es señal del éxito del otro, la facticidad. En este sentido, mientras que para el simple (anotando el importante número de reformas constitucionales en Chile, cabría destacar el *simple*) cambio constitucional basta la normatividad, el cambio constituyente reclama atención a las dos realidades que en él confluyen (Lindahl 2007). De hecho, el momento constituyente, si se diferencia del constitucional, implica la institucionalización de un orden normativo que “no solo articula los valores que identifican a la comunidad, sino que, además, asigna una identidad a esa comunidad” (Lindahl 2001: 178).

El plebiscito, de este modo, se ofrece como un puente –y no como una amarra normativa– entre la normatividad que deseamos superar, la Constitución de 1980, y la nueva normatividad que deseamos conferirnos, la Nueva Constitución. En ese sentido, es un proyecto que respeta la institucionalidad vigente, que no altera los procedimientos de reforma constitucional, pero que transita hacia una deliberación amplia sobre una nueva Constitución.¹⁶ Se trata de pensar en el plebiscito habilitante como una forma de conversación, más no de sujeción, entre el proceso constituyente por medio del que buscamos dotarnos de una nueva Constitución y la antigua que dejamos atrás. Como ha apuntado acertadamente Daly, el plebiscito opera en un contexto de regulaciones que permiten afirmar que, de hecho, quienes toman parte en él actúan más bajo una autoridad constituida que una constituyente (Daly 2015: 40). Su poder político, así, proviene, precisamente, de la interacción de instituciones vigentes, pero que queremos dejar atrás. No se trata de caerle por la espalda; antes bien, se trata de conversar cara a cara para, anotadas sus deficiencias cruciales, superarla.

¹⁴ El mismo García utiliza el adjetivo “extraordinario” para este posible plebiscito (García, 2015).

¹⁵ “Del derecho de propiedad a la AC: Las incertidumbres del proceso constituyente en dos miradas de la Nueva Mayoría”, *El Mercurio*, 21 de junio de 2015, p. D 4.

¹⁶ Por deliberación amplia entendemos acá un procedimiento en que el proceso constituyente explícitamente incorpora a la ciudadanía y la llama a dialogar. En efecto, la propia Presidenta ha dado luces al respecto al referirse a cabildos y otras formas de participación popular. En este mismo sentido –y para ello quizá resulta suficiente pensar en el plebiscito de 1988– es posible en pensar en arreglos institucionales, similares a los de las campañas electorales (i.e. franjas televisivas) que promuevan mayor atención al proceso constituyente.

No se violenta el actual texto constitucional ni en su letra, menos en su espíritu. Es más, asume la necesidad de una reforma constitucional previa como vehículo para el cambio. Como bien se ha señalado, los plebiscitos constitucionales, incluidos los de cambio constitucional –anotada la facticidad y normatividad que concurren simultáneamente– no se constituyen como fuentes autónomas de poder arbitrario. Antes bien, representan una etapa más –aunque de especial relevancia desde el punto de vista democrático– en la relación entre política y representatividad: los plebiscitos suplementan, pero no sustituyen, la democracia representativa (Daly 2015: 32, 37-8).

Pretender alcanzar la Nueva Constitución por medio del procedimiento de reforma establecido en la Constitución de 1980, no solo no puede tener como resultado otra cosa que una (simple) reforma constitucional, sino que, en además, es incapaz de dar cuenta del momento político que acompaña un proceso constituyente.¹⁷

(ii) Democrático y (iii) participativo

El proyecto de plebiscito habilitante que acá se propone, satisface, además, las otras dos condiciones que se han establecido para el proceso constituyente: ser democrático y participativo. Las tratamos en conjunto por su vinculación y, en especial, porque la Constitución de 1980 es un texto cuyo origen e implementación ha estado cerrado a la participación política. Este plebiscito viene a remediar dicha falta.

Nótese que en 1980, mientras se convocaba al plebiscito de ratificación de la Constitución, la declaración de los profesores de la Pontificia Universidad Católica de Chile¹⁸ afirmó que el poder constituyente se encontraba alojado en la Junta Militar de Gobierno. Para efectos de lo que nos interesa destacar acá, incluso si uno asume que la Junta Militar de Gobierno reunió el poder constituyente en sus manos, recurriendo, para ello –lo sabemos– al terror, se trató de un ejercicio constituyente no democrático (Cristi y Ruiz-Tagle, 2008: 129-30). Tampoco se democratizó la imposición constitucional por medio de la ratificación plebiscitaria de 1980, pues a ella se procedió sólo por razones de prudencia y en condiciones de implementación que no pueden ser calificadas de democráticas (Fuentes 2013).

Al secuestro originario de la voluntad democrática nacional, debe agregarse un segundo secuestro de la agencia político-constitucional del pueblo, y que consiste en los cerrojos que deshabilitaron su agencia política para apropiarse de la Constitución de 1980 durante su vigencia, lo que Fernando Atria ha denominado las trampas de la Constitución antes expuestas. La práctica política que ha acompañado su implementación, por lo demás, así lo atestigua (Bassa et al. 2015).

¹⁷ Sobre esto, véase Salgado & Bassa (2015).

¹⁸ “Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución”, *El Mercurio*, 24 de agosto de 1980, p. C 4.

El plebiscito habilitante que acá se propone, en cambio, busca devolver la agencia político-constituyente – secuestrada desde 1980 – en los dos sentidos anotados: buscando (i) crear las condiciones para un ejercicio democrático del poder constituyente, de una parte, y (ii) hacerlo de modo participativo, esto es –y tomamos las palabras del entonces Subsecretario General de Gobierno, Álvaro Elizalde– con los ciudadanos y las ciudadanas como “protagonistas”. Para insistir, el plebiscito busca comenzar a retomar una política constitucional donde los arreglos constitucionales, incluidas las instancias constituyentes que le darán lugar, no solo busquen limitar el poder del Estado sobre nuestras libertades, sino que, además, ofrecen mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos y las ciudadanas puedan involucrarse en los asuntos públicos.

El plebiscito como comienzo y fin del proceso constituyente

El proceso constituyente requiere pasar por diversas etapas en que las condiciones de democracia, institucionalidad y participación se cumplan en el mayor grado posible. En este trabajo explicamos y justificamos la primera parte de las bases constitucionales para el proceso constituyente. Es evidente que el plebiscito habilitante, por sí sólo, no soluciona todos los desafíos que requiere un proceso de esta naturaleza. Es sólo el primer paso dentro de una transición institucionalizada para un *cambio constituyente*.

La propuesta es abrir el diálogo constituyente con un plebiscito y cerrar el circuito con un referéndum ratificadorio. El plebiscito ratificadorio no presenta dilemas políticos, ya que hemos revisado cómo se han utilizado bajo la Constitución de 1980 y es incluso apoyado por quienes favorecen las reformas constitucionales para generar el cambio de Constitución. Pero el plebiscito ratificadorio es insuficiente: no afronta las necesidades de participación en el diseño procedimental ni en el contenido de la nueva Constitución, así como tampoco afronta el problema constitucional de nuestra comunidad política. De hecho es plenamente compatible con el trabajo de un comité de expertos o de un congreso dotado de facultades constituyentes – lo que explica el relativo acuerdo en su alrededor.¹⁹

El plebiscito, como vía habilitante, es una vía institucional, democrática y participativa. No se pronuncia sobre el procedimiento, menos sobre el contenido. Esto no puede pasarse por alto y por eso no puede tildarse como “caerle a la espalda” de las reglas

¹⁹ Puede existir, como lo denuncia un reciente estudio comparativo, más dificultad en la incorporación de un plebiscito habilitante que uno ratificadorio. Pero los problemas que el primer tipo de plebiscito podría traer aparejados, son de fácil solución si el proceso de participación popular va de la mano con un proceso de educación cívica y con énfasis en nuevas tecnologías de la información. Del mismo modo, una participación sustantivamente significativa de la ciudadanía puede no satisfacerse con un plebiscito que solo busque conocer la opinión de la ciudadanía una vez finalizado el trabajo de redacción del texto (Updike 2014: 1272-3). Dicho sea de paso, es a través de un proceso de educación cívico-constitucional como la Presidenta Bachelet anunció que comenzaría la experiencia chilena. Nosotros creemos que esta etapa de preparación ciudadana es, en efecto, crucial (Lovera 2015).

de la Constitución. En efecto, el plebiscito viene a manifestar la opinión popular respecto al proceso constituyente, afirmándolo o negándolo. Y se pronuncia, igualmente, sobre la mejor alternativa procedimental. Hay espacio para la deliberación, hay igualdad política de ciudadanos en la decisión y ésta, a su vez, no queda predeterminada por el bloqueo o veto de quienes se benefician con el *status quo* de la Constitución vigente, sin resolverse – todavía– sobre el fondo o las materias sustantivas de una Constitución. Nótese que el veto es una cuestión central en la determinación de las alternativas para crear una nueva Constitución, al punto que hay algunos que invocan al poder constituyente originario si persistiere el bloqueo frente a una nueva Constitución. El énfasis procedimental del plebiscito habilitante, finalmente, nos lleva a descartar los embates relativos a la escasa capacidad deliberativa de este tipo de mecanismos.

Además, los reparos frente al plebiscito, como forma de ejercer la democracia, no proceden en este caso. La decisión que surge del plebiscito no respalda la decisión prevista de un caudillo ni menos ratifica un contenido determinado. No hay, por tanto, un problema referido a una “tiranía de las mayorías” en materia constituyente, menos de ‘cesarismo,’ ‘bonapartismo,’ o ‘chavismo,’ todas expresiones que se han utilizado para referirse a esta propuesta. Al contrario. El plebiscito en comento habilitaría la discusión constituyente, no definiría sus términos sustantivos. De suerte que si el problema de la denominada –y muchas veces mal utilizada referencia– “tiranía de las mayorías” no puede reconducirse a cuestiones sustantivas y, por lo mismo, se diluye –salvo, desde luego, que alguien esté dispuesto a reclamar dicha tiranía por el sólo hecho que su posición predeterminada los lleve a quedar situados en el grupo cuyas preferencias procedimentales no son satisfechas. Si se aceptare este último reparo, lo único que se evidencia no es un reclamo frente al dispositivo de habilitación, sino que, en definitiva, a la democracia misma.

Referencias bibliográficas

Andrade Geywitz, C. (2002). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.

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

Bassa, J. et al. (2015). *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM Ediciones.

Bassa, J. (2015b). “El Congreso ante la Asamblea Constituyente”. En *Voces*, disponible [en línea] <http://voces.latercera.com/2015/06/03/jaime-bassa/el-congreso-ante-la-asamblea-constituyente/> [última visita efectuada 23.06.2015].

Bronfman, A (2007). “Mecanismos de democracia directa en Chile: los plebiscitos y las consultas comunales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVIII(1).

Cristi, R. y Ruiz Tagle, P. (2008). *La República en Chile: Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago: LOM Ediciones.

Daly, Eoin (2015). "A republican defence of the constitutional referendum". *Legal Studies*, vol 35(1).

Fortín Mapocho, Martes 9 de octubre de 1988, portada disponible en: <http://www.puroperiodismo.cl/wp-content/uploads/2009/10/fortin2.jpg> [última visita efectuada 11.06.2015].

Fuentes, C. (2012). *El Pacto. Constitución y Prácticas Políticas en Chile (1990-2010)*. Santiago: Ediciones UDP.

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

Fuentes, C. y Joignant, A. (2015). *La solución constitucional: Constitucional: plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Santiago: Catalonia.

Jiménez, G. et al. (2013). "La Debilidad de las Super-Mayorías". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLI(2).

García, J. (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 11.06.2015].

Grez, S. (2010). "La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile". *Tiempo Histórico*, N°1.

Larroulet, C. (2015). "La Constitución se puede perfeccionar para, por ejemplo, profundizar el derecho de propiedad". En *Diario Financiero*, disponible [en línea]: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/actualidad/larroulet-la-constitucion-se-puede-perfeccionar-para-por-ejemplo-profundizar-el-derecho-de-propiedad/2015-06-22/000438.html> [última visita efectuada 23.06.2015].

Lindahl, H. (2007). *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*. En Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press.

Lovera, D. (2015). "Educación Constitucional". En *El Mercurio*, disponible [en línea]: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/08/07/34136/Educacion-constitucional.aspx> [última visita efectuada 12.10.2015].

MacPherson, C.B. (2012). *The Life and Times of Liberal Democracy*. Don Mills, Oxford University Press.

Müller, J-W (2014). “The People Must be Extracted from Within the People”: Reflections on Populism. *Constellations*, vol. 21(4).

Pfeffer, E. (2005). *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Plebiscito para una Nueva Constitución (2013). Santiago: El Desconcierto, disponible [en línea]

http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_plebiscito_nueva_constitucion.pdf [última visita efectuada 11.06.2015].

Urbinati, N. (2014). *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and the People*. Cambridge: Harvard University Press.

Salgado, C. y Contreras, P. (2015). “Asamblea Constituyente”. En *El Mercurio* disponible [en línea]: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/12/31734/Asamblea-constituyente.aspx> [última visita efectuada 23.06.2015].

Salgado, C. y Bassa, J. (2015). “Bases constitucionales del proceso constituyente: principios y mecanismos para una Asamblea Constituyente”. En Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo (eds.), *La Solución Constitucional: plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Santiago: Catalonia.

Tierney, S. (2013). “Whose political Constitution? Citizens and referendums”. *German Law Journal*, vol. 14(12).

UDI – Comisión Constitucional (2015). “Nuestra visión del proceso constituyente: Chile no necesita una nueva Constitución”. En [udi.cl](http://www.udi.cl/wp-content/uploads/2015/10/10_08_15_Documento_proceso_constituyente.pdf) disponible [en línea]: http://www.udi.cl/wp-content/uploads/2015/10/10_08_15_Documento_proceso_constituyente.pdf [última visita efectuada 12.10.2015].

Updike Toler, L. (2014). “Mapping the constitutional process”. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol 3(4).

Verdugo, S. (2012). “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX(2).

Zapata, P. (2014). “La Nueva Constitución y el Bien Común”. En Zúñiga, Francisco (coord.), *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates*. Santiago: LegalPublishing.

Zúñiga, F. (2015). “Cuestión I Potestad Constituyente (Apertura). Relación”. En Sierra, Lucas (ed.), *Diálogos Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.