

# ¿Es necesaria una Nueva Constitución? \*\*

## *Is it necessary a new Constitution?*

### Resumen

Este trabajo se divide en tres partes. En la primera se analizan las once ventajas más relevantes esgrimidas para mantener la actual Constitución. En la segunda, se señalan las seis razones que justifican la elaboración de una Constitución democrática, la tercera parte procura despejar los obstáculos que deben superarse para alcanzar el objetivo precedente.

### Palabras Clave

Constitución otorgada, Constitución democrática, obstáculos.

### Abstract

This paper is divided into three parts. In the first analyzes eleven important advantages given for maintaining the current Constitution. In the second, it identifies six reasons for drawing up a democratic Constitution, the third party seeks to remove obstacles that must be overcome to achieve the foregoing objective

\* Profesor titular de la Universidad de Valparaíso, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. <lautarorios@estudios.cl>

\*\* Este trabajo corresponde al discurso inaugural de los v Encuentros regionales de derecho público, Universidad Andrés Bello, Viña del Mar. 6 y 7 de septiembre de 2012. Recibido el 10 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 7 de junio de 2013.

### Key Words

Constitution granted, democratic constitution obstacles.

La interrogante objeto de este trabajo: ¿es necesaria una nueva Constitución?, genera de inmediato en la ciudadanía chilena dos respuestas contradictorias: Hay quienes estiman que la Constitución vigente se ha legitimado y se ha venido consolidando por su constante aplicación tanto por los órganos de autoridad como por la propia ciudadanía

al invocarla en defensa de sus derechos; y que sustituirla por una nueva, cuya fisonomía se desconoce, desestabilizaría toda la institucionalidad que nos organiza como nación.

Hay otros, en cambio, que –considerando su origen espurio, es decir, su falta de generación democrática y, además, que ella representa la prolongación del régimen dictatorial que la dictó– están convencidos de la necesidad imperiosa e ineludible de dictar una nueva Constitución que emane del único poder legitimado para crearla: el depositario de la soberanía nacional, esto es, el poder constituyente originario perteneciente al pueblo.

Como en estas Jornadas tendremos que examinar ambas alternativas para poder contestar la pregunta que nos interpela, analizaremos las ventajas de mantener la Constitución Política de 1980, las razones que justifican el proyecto de una Constitución democrática y los eventuales obstáculos que podrían dificultar esta tarea.

## I. Ventajas de mantener la Constitución de 1980.

### *1. Larga preparación.*

Entre las fortalezas que se adjudican a la Carta del 80 se señala que ella fue el fruto del estudio más intenso y prolongado en toda la historia constitucional de la República. Este estudio, a corta distancia de producido el golpe militar, fue encomendado a tres instancias sucesivas: la primera, esencialmente académica, fue la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (C.E.N.C.), también conocida como “Comisión Ortúzar” (1); vino luego su revisión por una instancia político-gremial, el Consejo de Estado; encargándose su afinamiento final, en forma previa a su aprobación por el órgano que detentaba el poder constituyente, a una Comisión especialmente designada para ello. Sólo después de este proceso de estudio y decantación, el Presidente y la Junta de Gobierno procedieron a aprobarla por la unanimidad de sus miembros, sometiéndola posteriormente a su ratificación plebiscitaria.

Se afirma que nunca un Proyecto de Constitución fue estudiado con tanta prolijidad y esmero, a través de 417 sesiones de trabajo de la Comisión Ortúzar, la que funcionó durante 5 años, entre 1973 y 1978; prosiguió este estudio mediante 57 sesiones plenarios del Consejo de Estado, sin contar las sesiones de Comisión y las 150 indicaciones recibidas de distintos sectores de la ciudadanía, en que se emplearon 20 meses de labor. El anteproyecto final fue revisado por la Comisión Especial referida; por todo lo cual, el proceso de su gestación se prolongó por un lapso de siete años.

<sup>1</sup> La Comisión de Estudio fue creada oficialmente por D.S. N° 1.064 de Justicia, D.O. de 12-XI-1973; pero ella había iniciado su trabajo el 24-IX-1973 y el 26 del mismo mes había elaborado las “Metas Fundamentales de la Nueva Constitución”.

Se concluye que sería insensato privar de efectos a una Constitución que contó con tan ilustres colaboradores, significó tanto esfuerzo intelectual y tantos sacrificios y contó –gracias a ello– con la estimación pública manifestada en su aprobación plebiscitaria (2).

## 2. *Sólida estructura.*

Los órganos intervinientes en la elaboración de la Carta de 1980 tuvieron a la vista numerosas Constituciones democráticas dictadas –algunas de ellas– con cercanía cronológica a la nuestra. Así, consideraron la Constitución portuguesa de 1976, la Carta española de 1978, la Constitución francesa de 1958, el Código Político italiano de 1947 y la Grundgesetz alemana de 1949, entre otras.

La Constitución del 80 adoptó una estructura en que se mezcla la tradición constitucional chilena –especialmente las Cartas de 1833 y de 1925– y el importante aporte del neo constitucionalismo que privilegia a la persona como centro de imputación del derecho público, en sustitución del Estado, y enaltece su dignidad como cualidad definitoria de su trascendencia y como fuente de los derechos fundamentales que el Estado no otorga sino sólo reconoce. Además, estableció las “Bases de la Institucionalidad” en su primer capítulo, las que operan como los cimientos de todo el edificio constitucional.

Bastaría examinar los sucesivos capítulos de la Constitución del 80 para advertir la sólida estructura dogmática e institucional que la caracteriza y que no debiéramos desperdiciar.

## 3. *Legitimación subsiguiente.*

Se sostiene que aun cuando la Carta del 80 hubiese tenido un origen ilegítimo –que no lo habría tenido gracias al plebiscito que la ratificó– ella fue legitimada de varias maneras antes y durante los gobiernos democráticos que sucedieron al Régimen Militar.

La primera muestra de su legitimación consistiría en que, tanto el gobierno que le dio origen como las fuerzas políticas opositoras a él, asumieron el compromiso tácito de someterse tanto a las reglas –establecidas en las Disposiciones Transitorias– como a los resultados del Plebiscito de 1988, celebrado con la participación de todas las fuerzas políticas existentes a esa fecha, en un proceso controlado –además– por el Tribunal Calificador de Elecciones, vigente y operante en dicho plebiscito. Este sometimiento a la Carta de 1980, cumplido por ambas partes, constituiría otra forma de legitimación de dicha Carta.

<sup>2</sup> El plebiscito de 1980 arrojó una aprobación del 67,04% (sumados a ella los votos en blanco) y un rechazo del 30,19%.

#### *4. Legitimación por su aplicación en la generación de las autoridades.*

Ella consiste en que, a partir de las elecciones presidencial y parlamentarias posteriores al triunfo del NO en 1988, la elección de todas las autoridades así como los actos electorales que dieron a éstas legitimidad democrática, se ciñeron a las normas de la Constitución; de tal manera que, desconocerla, sería desconocer el título en que se funda la investidura legítima de quienes fueron y son nuestros gobernantes, nuestros legisladores e –indirectamente– nuestros jueces.

#### *5. Legitimidad por el reconocimiento y protección de la Constitución a los derechos fundamentales.*

Las autoridades constituidas a su amparo han brindado protección a la ciudadanía y ésta ha venido ejercitando los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de 1980 y resguardados por las acciones constitucionales establecidas en ella.

Reclamar el amparo de la Constitución en el ejercicio de los derechos reconocidos en ella supone y requiere el reconocimiento de la legitimidad de la Constitución que es la fuente de los derechos cuyo respeto se invoca.

#### *6. Reconocimiento y aplicación de la Constitución tanto en el proceso legislativo como en las reformas constitucionales.*

Una forma específica de legitimación de la Carta de 1980 es la aplicación que ha venido haciendo –durante más de dos décadas– el legislador democrático, tanto de la forma de generar la ley como de las materias de dominio legal que ha venido desarrollando en el proceso legislativo.

Lo mismo ha venido ocurriendo en las numerosas reformas introducidas a la Constitución una vez restablecida la democracia. Ellas se han aprobado en conformidad a las normas constitucionales contenidas en ella.

Si se desconociera la legitimidad de la Constitución habría que anular toda la legislación establecida bajo sus normas, así como todas las reformas constitucionales que la han perfeccionado.

#### *7. Reconocimiento por su aplicación jurisdiccional.*

Todos los tribunales chilenos, es decir, los tribunales ordinarios unipersonales, los tribunales superiores de justicia, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y todos los tribunales especiales, han venido aplicando en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones, durante más de dos décadas, las normas de la Constitución vigente así como la legislación dictada en conformidad a ella. Tanto estos tribunales

como los sujetos –de carácter público o privado– que recurren a ellos han reconocido implícitamente la vigencia y validez de la Constitución y de las leyes que han invocado al ejercer las acciones judiciales respectivas.

Carecería de congruencia invocar la Constitución y las leyes para obtener la tutela judicial de un derecho y luego desconocer la validez de la fuente invocada.

#### *8. Reconocimiento por la enseñanza del derecho constitucional.*

Los profesores que imparten esta disciplina enseñan –entre otras materias afines– los principios y normas de la Constitución vigente. Cambiar la Constitución sería echar por tierra la enseñanza profesada a varias generaciones de estudiantes, de abogados y jueces, provocando en ellos una completa incertidumbre acerca de las nociones constitucionales aprendidas en la cátedra.

#### *9. Existencia de una jurisprudencia sistematizada de las normas de la Constitución.*

La aplicación jurisdiccional de las normas constitucionales ha generado una rica jurisprudencia de su normativa más importante. Esta jurisprudencia ha sido sistematizada por diferentes catálogos como son –a modo de ejemplo– la colección de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus índices, la compilada por la Revista de Derecho y Jurisprudencia, por la Gaceta Jurídica, por la Revista Fallos del Mes y por diversas obras especializadas que han catalogado esta jurisprudencia por artículos o por materias.

Elaborar los catálogos de jurisprudencia, sistematizarlos y aplicarlos cuando viene al caso es una tarea gigantesca que se desperdiciaría inútilmente si se cambia la Constitución.

#### *10. Existencia de estudios doctrinales y pedagógicos acerca de la Constitución de 1980.*

A partir de la vigencia de la Constitución –e inclusive desde antes– se han venido desarrollando diversas clases de estudios sobre ella.

Tales estudios abarcan su génesis histórica, sus bases políticas, los principios constitucionales, los valores que ella encarna y finalmente las materias comprendidas en los sucesivos capítulos de la Constitución. Sólo por poner un ejemplo, entre muchos otros destacables, cabe citar los XIII Tomos del Tratado de Derecho Constitucional emprendido por el Profesor Alejandro Silva Bascuñán. Pues bien, todos estos estudios quedarían obsoletos si se cambiara la Constitución que ellos explican, complementan y desarrollan.

### *11. Posibilidad abierta de perfeccionar la Constitución vigente.*

Todas las razones anteriores que abogan por la preservación de la Carta de 1980 no obstan a las modificaciones, adaptaciones y reformas que decida introducir el Poder Constituyente derivado conforme a las normas previstas para ello por la propia Constitución, como ha venido ocurriendo pacíficamente hasta ahora.

No sería necesaria una nueva Constitución para perfeccionar la vigente.

## II. Razones que justifican la elaboración de una constitución democrática.

### *1. Naturaleza del tránsito de la Constitución de 1925 a la de 1980.*

La Carta Fundamental de 1925 consultaba, en su capítulo X, el órgano, el procedimiento, y el quórum necesario para su reforma. Ninguno de estos requisitos esenciales fue respetado al originar la Constitución de 1980.

#### *i. Incompetencia del órgano y nulidad de su actuación.*

La Carta del 80, en lugar de ser aprobada por ambas Cámaras, por el Congreso Pleno y por el Presidente de la República como prescribía la Carta de 1925, fue sancionada por un órgano ilegítimo –el Gobierno Militar– que no sólo carecía de la autoridad y competencia para dictarla, conforme al Art. 4º de la CPR de 1925, sino que además había incurrido en el delito de sedición previsto en el Art. 3º de ésta y en el Art. 121 del Código Penal.

De consiguiente, por expresa disposición de la oración final del Art. 4º de la Constitución de 1925 –que los Comandantes en Jefe de las FF.AA. y el General Director de Carabineros juraron respetar– la Carta de 1980 es absolutamente nula por incompetencia del órgano que la dictó, por la forma irregular en que fue elaborada y por el carácter antijurídico de la Junta de Gobierno (Arts. 3º y 4º - CPR de 1925).

#### *ii. Carácter inconstitucional del procedimiento que dio origen a la Carta del 80.*

La Constitución de 1925, en sus Arts. 108 al 110, señalaba un procedimiento perfectamente acotado en que intervenían las dos Cámaras legislativas, su reunión en un Congreso Pleno, la aprobación a las observaciones del Presidente de la República y la eventual consulta a la ciudadanía mediante un plebiscito cuando un proyecto de reforma constitucional presentado por éste fuera rechazado totalmente por el Congreso o cuando éste hubiera rechazado total o parcialmente las observaciones que aquél hubiera formulado al texto aprobado por el Congreso.

El procedimiento seguido por la Junta de Gobierno Militar fue auto instituirse en poder constituyente originario (3) –bajo el pretexto de la refundación de la República– tomando las medidas necesarias para llegar al resultado, previsto de antemano, de la supuesta ratificación plebiscitaria del proyecto aprobado por aquél. Para lograr este designio se tomaron todas las medidas adecuadas, incluida la ausencia de un padrón electoral, el control de las mesas receptoras de sufragio y la inexistencia de un Tribunal Calificador de Elecciones, que había sido disuelto.

En estas circunstancias, la Constitución así aprobada es también absolutamente nula por vicios esenciales del procedimiento utilizado y por contravenir las normas expresamente establecidas en la Carta de 1925 acerca de su reforma.

### *iii. Ausencia de debate democrático.*

La reforma de la Constitución y, particularmente, el establecimiento de una nueva Carta Fundamental, requiere esencialmente de un debate entre todas las corrientes democráticas y un acotado control de las decisiones que se adopten.

A este objetivo esencial se dirigía, tanto el debate de la reforma en cada Cámara como el quórum de aprobación de las modificaciones propuestas, así como el trámite y la aprobación del Congreso Pleno y la sanción final del Presidente de la República, con todas sus variables, incluida la eventualidad de un plebiscito.

Todo este debate fue sustituido por el voto conforme de los cuatro miembros de la Junta de Gobierno más el voto del auto instituido Presidente de la República. La falta de esta deliberación –esencial en una reforma democrática– contribuyen a viciar de nulidad el resultado toda vez que éste se obtuvo mediante la infracción radical de las normas previstas para este efecto en la Carta de 1925.

Por consiguiente, la Carta de 1980 naufraga en la más absoluta nulidad de derecho público por la falta de competencia de sus órganos generadores, por la falta de observancia del proceso establecido para reformar la Constitución en la Carta de 1925 y por la falta del debate democrático indispensable para legitimarla (4).

## *2. Forma en que la Constitución de 1980 se nos impuso.*

La Carta del 80 fue estudiada por un sector de la ciudadanía adicto al Régimen Militar, con absoluta prescindencia de la opinión del resto de los chilenos. Se intentó darle

<sup>3</sup> Ver Arts. 1º y 3º del D.L. N° 128 (D.O. de 16-XI-1973) y Arts. 1º, 4º y 7º del D.L. N° 527 (D.O. de 26-VI-1974).

<sup>4</sup> Ver nuestra Ponencia “Razón y Fuerza en la Constitución de 1980”, presentada en las XIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 23-25 de noviembre de 1988. Publicada en la “Revista Chilena de Derecho” de la Fac. de Derecho de la misma Universidad, Vol.16, N° 2, 1989, pgs. 325 y ss.

aparición democrática mediante una consulta plebiscitaria que adoleció de numerosas irregularidades: La votación se efectuó sin los registros electorales, que habían sido destruidos; las mesas receptoras de sufragios fueron designadas por los Alcaldes nombrados por el Régimen Militar y estaban compuestas sólo por personas de la absoluta confianza de éste; el recuento de los votos se hizo sin apoderados de los opositores al texto aprobado por el Gobierno y sin que nadie pudiera constatar la autenticidad del recuento de los sufragios emitidos.

Cuando personeros calificados de la oposición quisieron denunciar las numerosas irregularidades cometidas, tanto en la votación como en el conteo de los votos, se estrellaron contra la falta de competencia de la Comisión Escrutadora para resolver cualquiera reclamación en contra del proceso.

En estas circunstancias, la Carta de 1980 se impuso por la fuerza del gobierno de facto que dirigía el país, sin posibilidad alguna de participar en su elaboración, lo que es incompatible con el espíritu republicano y democrático.

### *3. Necesidad de que un país democrático se rija por una Carta democrática.*

Resulta sorprendente constatar que, después de incurrir en los graves vicios antidemocráticos que hemos descrito, la Constitución de 1980 proclame, en su Art. 4º, que “Chile es una República democrática”.

Sólo es “República democrática” aquélla que acoge en igualdad de condiciones a todos sus miembros; es decir, que pertenece a todos (res publica) y que –por ende– no ha excluido ni desterrado a nadie para constituirse y que, además, ha dictado sus normas de convivencia mediante decisiones consensuadas entre los representantes de todos.

Siendo así que los chilenos nos miramos y somos mirados desde el extranjero como un pueblo de raíces y de convicción democrática, resulta inconcebible –por no decir vergonzoso– que en doscientos años de vida independiente no hayamos sido capaces de darnos siquiera una sola Constitución generada democráticamente.

No es el justificado repudio a la Constitución de 1980, ni a la forma en que ella fue elaborada, ni a la manera en que se nos impuso, ni a los contenidos autoritarios que subsisten en ella, lo que justifica el anhelo de elaborar una nueva Constitución. Es la necesidad que nace desde lo más profundo de nuestras raíces democráticas lo que nos impulsa a hacer realidad este sueño insatisfecho.

Se ha dicho recientemente en el Editorial de un diario de circulación nacional que nuestro mundo político estaría afectado por “la tentación del asambleísmo plebiscitario”. Y se ha justificado este decir porque “Tras el asambleísmo se esconde casi siempre la voluntad de imponer a una parte del país una decisión para la cual no existe consenso; por eso, se trata de una estrategia radicalmente antidemocrática” (5). Parece no haberse

<sup>5</sup> Ver Editorial de “El Mercurio” de Santiago del martes 21 de agosto de 2012, pg. A-3.

percatado el editorialista de que lo que afirma en el párrafo anterior es precisamente lo que hizo la Constitución de 1980 –imponer al país una decisión para la cual no existía consenso– y es lo que las asambleas democráticamente elegidas tratan de evitar.

Nunca debe olvidarse que fueron las Asambleas Constituyentes las que dieron nacimiento a las democracias de Occidente.

Las Constituciones del medioevo –y hasta comienzos del s. XIX– eran Cartas “otorgadas” por los monarcas absolutos. Así nació la célebre Magna Carta Libertatis concedida a los nobles en 1215 por Juan I de Inglaterra. Así también Luis XVIII proclamó ante los franceses: “Concedemos y otorgamos a nuestros súbditos en nuestro nombre y en el de nuestros sucesores...” la Constitución del año 1814.

En cambio, la venerable Constitución norteamericana de 1787 comienza diciendo: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos la presente Constitución ...” En Francia, los Estados Generales, transformados en Asamblea Constituyente, dieron nacimiento a su primera Carta de 1791.

Fue Emmanuel Sieyès quien concibió la idea del Poder Constituyente, para diferenciarlo del Poder Legislativo (6). Dice el Prof. Alejandro Silva Bascuñán que “Se denomina Poder Constituyente la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia Ley Fundamental” (7). Este poder radica en el depositario de la Soberanía, que es el pueblo.

Muchos países de la América Latina se han dado una nueva Constitución originada en una Asamblea Constituyente. No sólo es el caso de Venezuela, de Ecuador o de Bolivia, que algunos señalan –inapropiadamente– como nacidas de gobiernos populistas. También vio la luz, en una Asamblea Nacional Constituyente, el Código Político de Costa Rica de 1949. La Constitución Política del Perú de 1979 tuvo su origen en una Asamblea Nacional Constituyente. Así nació también la Ley Fundamental de Colombia de 1991, por determinación de una Asamblea Nacional Constituyente. Una Convención Nacional Constituyente aprobó, en 1992, la Constitución de Paraguay. La Carta de Venezuela de 1999 se elaboró, en ejercicio del Poder Constituyente originario, otorgado por el pueblo a la Asamblea Nacional Constituyente. Lo mismo ocurrió con la Constitución de Ecuador, elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Montecristi, entre los años 2007 y 2008 y aprobada por referéndum del 28-IX-2008. También la Nueva Constitución de Bolivia de 2009 fue aprobada en Sucre por una Asamblea Constituyente en 2007 y luego ratificada por el referéndum popular de 21-X-2008.

Y si estos pueblos han sabido reconocer la insuficiencia de las Constituciones por las cuales se regían para resolver sus problemas ancestrales así como los nuevos requeri-

<sup>6</sup> SIEYÈS, Emmanuel: “¿Qué es el Estado Llano?”, Instituto de Estudios Políticos (traducción de José Rico), Madrid, 1950, pgs. 147-148.

<sup>7</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1997, T. I, pg. 99.

mientos de un mundo en constante evolución, no vemos por qué nosotros, con nuestra madurez democrática, con la sabiduría que caracteriza a nuestro pueblo para distinguir lo esencial de lo prescindible, y con la vocación por participar en nuestro destino que se ha venido despertando vigorosamente, tanto a raíz de nuestros progresos como de nuestros retrasos, no seamos capaces de darnos una Constitución a la medida de nuestro nivel cultural, de nuestras aspiraciones, de nuestros recursos, y de nuestras posibilidades.

*4. Necesidad de desbaratar todos los enclaves autoritarios que aceptamos por la fuerza y que debemos eliminar por la razón.*

Se ha dicho que la Constitución de 1980 es una camisa de fuerza que nos impuso la dictadura militar para cumplir su designio de establecer en Chile su modelo de “*democracia protegida*”, de tal manera que se nos hiciera casi imposible modificarla. “*De esta Constitución no se moverá ni una coma*”, había pronosticado su principal artífice, el General Augusto Pinochet.

Para lograr este propósito, la Carta instituyó, como poder fiscalizador de la observancia de la Constitución, al Consejo de Seguridad Nacional (Capítulo XI) –conformado mayoritariamente por los Comandantes en Jefe de las FFAA. y el General Director de Carabineros–, el que, además, podía designar a cuatro senadores (Art. 45- d) y a dos miembros del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su intervención decisiva en la declaratoria de todos los estados de excepción constitucional. La Carta estableció como normas de desarrollo de las materias claves de la Constitución las leyes orgánicas constitucionales que requerían, para ser modificadas o derogadas, el quórum de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio. La Junta de Gobierno se esmeró en dictar, hasta un día antes de la entrega del poder, la casi totalidad de estas leyes de amarre. Y así dejó atado al Congreso no sólo por la ignominiosa institución de los senadores vitalicios y designados (8), que componían alrededor del 30% del Senado (Art. 45), sino también por la virtual imposibilidad de alcanzar el quórum necesario para modificar o derogar dichas leyes que atraviesan de punta a cabo la Carta del 80. La conformación de las circunscripciones y los distritos electorales –calcados sobre el mapa electoral que reveló el plebiscito de 1988–, el sistema electoral binominal, las odiosas restricciones a los derechos fundamentales y a su defensa en los Estados de Excepción (9), son otras de las numerosas ataduras que heredó nuestro sistema constitucional del Régimen Militar. Su afán de control de todo el poder no sólo se revela en la disminución del poder del Congreso y su intervención aguda en su generación sino hasta en medidas absurdas, como la facultad del Presidente de la República de

<sup>8</sup> Esta institución espuria hizo decir al ex Senador Francisco Bulnes Sanfuentes: “Creo que un Senado mutilado, como el que nos ofrece la Constitución del 80, nos expondrá a un autoritarismo sin freno, a una verdadera dictadura legal”: “El Senado en las Constituciones de 1925 y 1980”. Discurso de incorporación a la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Edit. Universitaria, Stgo. 1986, pg. 27.

<sup>9</sup> Ver el Art. 41 de la C.P.R. original, especialmente sus numerales 3° y 7°.

disolver la Cámara de Diputados –prevista en el Art. 32 N° 5º–, la que no se condice con el régimen presidencial (10).

Es cierto que varios de estos enclaves autoritarios fueron morigerados en la reforma constitucional de 1989 y otros desaparecieron con las modificaciones introducidas a la Carta del año 2005. Pero quedan importantes vestigios de la “democracia encamisada” que nos legó el Régimen Militar, los que ahogan la democracia auténtica que deseamos y merecemos y nos impiden abrir los cauces de la participación política, elegir a nuestras autoridades conforme a un sistema representativo y proporcional de las diversas corrientes de opinión y sentirnos libres de ataduras que resultan insostenibles después de transcurridos 24 años desde el grito libertario que nos restituyó algún vestigio de democracia.

##### *5. El poder electoral y la forma de ejercerlo en democracia.*

Ha dicho Georges BURDEAU que el Cuerpo Electoral es “El primero de los poderes”. Ha señalado que “En el mecanismo de la Constitución de 1958 el cuerpo electoral constituye el órgano más importante del Estado”. Y ha justificado su apreciación añadiendo que “Si todos los demás poderes parecen colocados sobre éste (citando a Orlolán: “De la souveraineté du peuple”, 1848) es porque éste los sostiene a todos” (11).

Entre nosotros, don Jorge HUNEEUS había recalcado –a fines del s. XIX– que el Poder Electoral (es) “el primero y el más importante de todos, puesto que designa a las personas llamadas a desempeñar el Poder Legislativo, al Jefe del Ejecutivo y a los Municipales. Designa igualmente a aquellas que ejercen el Poder Constituyente... etc.” (12).

Poca importancia se ha dado entre nosotros al cuerpo electoral, llamado a ejercer la soberanía en nombre de la Nación. El Gobierno Militar lo excluyó absolutamente de la vida política. Actualmente, a raíz de la conversión del sufragio obligatorio en voto voluntario, su trascendencia se ha visto degradada. Se convoca a elecciones, sufragan los que quieren hacerlo y luego el cuerpo electoral queda relegado en el desván hasta la próxima elección.

El cuerpo electoral no es considerado para ejercer el referéndum ni en la aprobación de ciertas leyes de trascendencia para el futuro de la Nación ni para sancionar las reformas que se introducen en la Constitución.

El plebiscito nacional –con carácter vinculante– sólo es considerado como un trámite marginal en el proceso de reforma de la Constitución, en el caso excepcional contem-

<sup>10</sup> Ver nuestra Ponencia “Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática”, presentada en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en noviembre de 1987 en la Universidad de Concepción y publicada aparte en la Revista de Derecho N° 183 de 1988, de dicha Universidad.

<sup>11</sup> BURDEAU (1981), p. 593.

<sup>12</sup> HUNEEUS (1890), T. I, p. 66.

plado en el inc. 4º del Art. 128 de la Carta; sin perjuicio de los plebiscitos de nivel comunal que consulta el inc. 5º de su Art. 118.

De la iniciativa popular legislativa, es decir, en la elaboración de las leyes, no existen vestigios, siendo así que ella es particularmente necesaria para llenar lagunas legales o mandatos del constituyente que a veces resultan incumplidos por el legislador. Tampoco es necesario abundar en la inexistencia de la iniciativa popular constituyente, sea para la reforma o para el cambio de la Constitución, o la aprobación de tratados internacionales de especial relevancia para el futuro del país, como se consulta –a modo de ejemplo– en la Constitución Federal de Suiza (13).

Las naciones, al delegar el ejercicio de su soberanía en autoridades elegidas por ellas, no están condenadas a soportar su ineficiencia o su descrédito por todo el período que dura su mandato. Para remediar tales equivocaciones existe la revocación de éste mediante la institución del recall, tal como se aplica en algunos Estados de Norteamérica y en Suiza, donde tiene vigencia en Berna y en Argovia. También se aplica en el Perú conforme al Art. 31 de su Constitución. Sería oportuno instituir la remoción popular de las autoridades indeseables en una nueva Constitución.

Resulta curioso que teniendo Chile un índice de democratización que sitúa a nuestro país en el quinto lugar, a continuación de Canadá, Inglaterra, EE.UU. y Suiza, pero antecediendo a naciones como Francia, Italia y Alemania (14), no hayamos sido capaces todavía de incorporar progresivamente la participación política de la ciudadanía en nuestras instituciones constitucionales. Ella debe adquirir especial relevancia en una nueva Constitución.

#### *6. La inserción de Chile en el mundo y, especialmente, en Latinoamérica. La delegación de soberanía.*

La Constitución de 1980 concibe a Chile como una Nación aislada del resto del mundo, sin ninguna referencia al derecho internacional como fuente jurídica, sin ninguna apertura a la comunidad latinoamericana o suramericana de naciones, sin expresión de una voluntad de incorporarse a ella y con escasas referencias a los tratados internacionales que vinculan a Chile con el resto del mundo (15).

Vemos cómo, en el panorama internacional, los países se han ido integrando en grandes uniones o comunidades de Estados –como la Unión Europea, la Unión de Estados Sudafricanos, la Asociación de Estados del Sudeste Asiático– que tienen como objetivo unir sus recursos y su poder político para mejorar su influencia económica y la calidad de vida de sus miembros. América Latina no ha sido ajena a estos movimientos y hemos podido asistir a la creación de la OEA (Organización de los Estados Americanos),

<sup>13</sup> Ver, al efecto, los Arts. 138 al 142 de la Constitución Federal de Suiza de 1999.

<sup>14</sup> Ver GUTIÉRREZ OLIVOS (1986), p. 35-36.

<sup>15</sup> Ver nuestra Ponencia conjunta con el Prof. Manuel Núñez Poblete. NÚÑEZ POBLETE (1998), p. 229-236.

de la Comunidad Andina, del CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), del MERCOSUR, de UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) y la Alianza del Pacífico (Chile, Perú, Colombia y México) creada en diciembre de 2011.

Para dar vida a estas organizaciones no basta con crearlas en el papel sino que es necesario dinamizarlas a partir de la voluntad real de los pueblos que las componen, de las acciones de los organismos creados para materializar sus fines y de la incorporación de esa voluntad a las respectivas Constituciones Políticas.

En América Latina, las Cartas de Brasil (Art. 4º, párrafo final), de Colombia (Art. 9º, inc. 2º), de Argentina (Art. 75, N° 24), de Venezuela (Art. 153º), de Perú (Art. 44º, inc. 2º), de Uruguay (Art. 6º, inc. 2º), de Ecuador (Art. 4º), de Paraguay (Art. 145) y de Bolivia (Art. 265º), promueven vigorosamente la integración de los pueblos de América Latina con la visión de crear una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

La Constitución de la República Argentina va más allá: otorga al Congreso la facultad de “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes” (Art. 75, N° 24).

En Chile, para poder reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional aprobada por el tratado de Roma de 17-VII-1998, se tuvo que recurrir al curioso mecanismo de introducir la Disposición Transitoria Vigésimo Cuarta a la Constitución vigente.

Hemos sostenido que la única manera de poner término a la inferioridad económica de América Latina –proveedora de materias primas al resto del mundo e importadora de tecnología y productos elaborados en el exterior– y de superar las absurdas y desgastadoras rencillas que nos separan –contendidas fronterizas, carrera armamentista, desigualdades económicas y culturales inconcebibles– sería la creación de un gran Estado Suramericano asentado sobre un rico territorio de 17.800.000 km<sup>2</sup>., con una población de 400 millones de habitantes y con un PIB estimado, en el año 2011, en más de cuatro billones de dólares (16).

Para crear esa Federación de Estados es necesario que la voluntad política de sellar la unión entre todos los pueblos de Suramérica esté manifestada en las respectivas Cartas Fundamentales, como ya ocurre con la mayoría de ellas pero con la exclusión de Chile y de otros países del área. Sería necesario también que las Constituciones Políticas de estos países consideraran –como ocurre en el caso argentino– dar facultad al Poder Legislativo para aprobar tratados de integración regional que contemplen la delegación de competencias y de jurisdicción a las organizaciones supraestatales que deban crearse. Con todo, lo más importante es despertar la conciencia de todos nuestros pueblos acerca de la conveniencia de encarar unidos nuestro destino continental.

<sup>16</sup> Ver Ponencia sobre “Bases Fundamentales para una Constitución Política de los Estados de América del Sur” presentada al Congreso Internacional organizado por la Universidad de Valparaíso (junio de 2011) para celebrar el Centenario de la fundación de la Escuela de Derecho (publicación pendiente).

En la nueva Constitución deberá considerarse al Derecho Internacional como una fuente de nuestro derecho interno; completar la regulación de los tratados internacionales y su jerarquía en el sistema de fuentes; esclarecer el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos; conectar a Chile con el resto de América y comprometerlo con el destino de ésta. En resumen, abrir a Chile políticamente hacia el mundo que le circunda y no mantenerlo como si fuese una isla dentro del continente.

### III. Obstáculos que dificultan la elaboración de una nueva constitución.

#### *1. Falta de interés de la población en cambiar la Constitución.*

Se ha venido repitiendo, majaderamente, que entre las necesidades y aspiraciones que motivan a la población chilena, no se encuentra el cambio constitucional. Que hay problemas mucho más acuciantes que la preocupan, como el desempleo, las falencias en salud, el déficit de viviendas, la baja calidad de la educación, el aumento de la delincuencia y la inseguridad personal reinante.

Sin desconocer la evidente preocupación por estos asuntos, cabe señalar que se trata de problemas inmediatos o de corto plazo; la elaboración de una nueva Constitución es una perspectiva proyectable a varias décadas, es decir, de una visión a largo plazo que no es incompatible con la necesidad de subsanar los problemas inmediatos.

No obstante lo dicho, preciso es recalcar que la opción por una nueva Constitución no está ausente ni es ajena a la inquietud pública. A fines del año 2009 el Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales (ICSO) de la Universidad Diego Portales organizó una minuciosa encuesta acerca de este tema (17). En los rubros: “Opinión sobre nueva Constitución”, “Relevancia del debate constitucional” y “Legitimidad de la Constitución del 80 y sus reformas”, los resultados se indican en los cuadros siguientes:

Opinión sobre nueva Constitución	De acuerdo / Muy de acuerdo	En desacuerdo / Muy desacuerdo	NS/NC
Una democracia requiere que la ciudadanía pueda ratificar una Constitución.	85 %	9 %	6 %
Chile requiere de una nueva Constitución aprobada democráticamente por la voluntad de la ciudadanía.	61 %	39 %	-

<sup>17</sup> Ver sus resultados al final del artículo “Elites, opinión pública y cambio constitucional” de don Claudio Fuentes, Director del ICSO, en “En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile”, Heinrich Böll Stiftung, Ed. Böll Cono Sur, Imp. Salesianos, Santiago, 2010, pgs. 45-84.

En su opinión personal ¿sería pertinente o adecuado establecer una nueva Constitución en Chile?	Sí 59 %	No 41 %	-
---	------------	------------	---

Relevancia del debate constitucional	De acuerdo / Muy de acuerdo	En desacuerdo / Muy desacuerdo	NS/NC
Existen otras prioridades más relevantes que la de establecer una nueva Constitución para Chile.	55 %	45 %	-
El debate constitucional es un tema irrelevante para la opinión pública.	50 %	48 %	2 %
A la gente común no le interesa el tema de la Constitución.	46 %	48 %	6 %
Una nueva Constitución permitiría reducir la brecha entre la población y el sistema político.	57 %	37 %	6 %
No existe el consenso político suficiente para abordar el tema constitucional en el país.	46 %	48 %	6%

Legitimidad de Constitución del 80 y sus reformas	De acuerdo	En desacuerdo	NS/NC
Las reformas a la Constitución en 1989 y 2005 eliminaron su carácter de antidemocrática.	39 %	52 %	9 %

Finalmente, en la importante materia de los mecanismos para promover una nueva Constitución, los resultados fueron los siguientes:

Mecanismos consultados	De acuerdo	En desacuerdo	NS/NC
Reformas parciales en el Congreso.	36 %	59 %	5 %
Reforma en el Congreso para permitir referéndum.	41 %	54 %	5 %
Comisión presidencial que discuta el tema.	25 %	67 %	8 %
Consulta ciudadana no vinculante.	38 %	57 %	5 %
Convocatoria a Asamblea Constituyente.	52 %	41 %	7 %

De los resultados del primer cuadro se deduce que una notoria mayoría concuerda en que sería pertinente o adecuado establecer una nueva Constitución en Chile.

Del segundo cuadro se desprende que, si bien existen otras prioridades más relevantes, un alto porcentaje de los consultados estima que es de interés establecer una nueva Constitución y que el debate constitucional es un tema relevante.

Del tercer cuadro se infiere que existe un acuerdo mayoritario en que las reformas hechas a la Carta de 1980 no eliminaron su carácter antidemocrático.

Y del último cuadro puede concluirse que, entre los mecanismos consultados para promover una nueva Constitución, tiene el más amplio respaldo la convocatoria a una asamblea constituyente.

### *2. Falta de interés del mundo político en el cambio constitucional.*

Es cierto que la clase política, generalmente, está mucho más preocupada de la coyuntura cotidiana que del futuro político del país.

Sin embargo, en ocasiones relevantes para la marcha del Estado –como son los cambios de gobierno– afloran preocupaciones trascendentes como es la que protagoniza este encuentro académico.

No debe olvidarse que, en la última elección presidencial, tres de las cuatro candidaturas al gobierno del país, plantearan en sus programas el cambio de la Constitución. Así lo hicieron, en efecto, los candidatos Sres. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Jorge Arrate Mac-Niven, y Marco Enríquez-Ominami Gumucio.

Ahora bien, si la mayoría de los consultados en la encuesta parcialmente reproducida en el punto anterior y tres de los cuatro postulantes al gobierno de Chile se pronunciaron por una nueva Constitución, pareciera haber llegado el momento de iniciar el debate acerca de su contenido, en vez de continuar estancados en la falsa creencia que el tema no interesa a la ciudadanía ni a la clase política.

### *3. Dispersión de las alternativas de cambios.*

Otro obstáculo que se ha señalado consiste en las numerosas y contradictorias alternativas que se ofrecen para materializar los cambios.

Así, por ejemplo, respecto al sistema de gobierno, unos están conformes con el sistema presidencial existente, con alguna reducción de sus poderes en beneficio del Congreso Nacional. Otros son fervientes partidarios del gobierno semipresidencial, con un Jefe de Estado distinto del Jefe de Gobierno que sería políticamente responsable. Otros preconizan un cambio substancial al sistema parlamentario.

Es evidente que una nueva Constitución despertará numerosas controversias que sería interminable describir. Sin embargo, todas ellas no sólo son necesarias sino deseables a la hora de elaborar una Constitución a la medida de Chile, con resguardo de lo esencial de sus tradiciones políticas pero con la vista puesta en el futuro mucho más que en el pasado. No se debe temer a la abundancia del debate; lo que sí se debe temer es que subsistan en la nueva Constitución temas que quedaron sin debatir o sin una clara definición.

#### 4. *Dificultades para la implementación del procedimiento de la reforma.*

Tal vez sea éste el problema más arduo que se presente para proceder a la reforma. Sin embargo, ello va a depender de la alternativa que se adopte entre las que tienen mayor número de partidarios. Así, es distinto el procedimiento necesario para una reforma practicada por el Congreso Nacional transformado en Asamblea Constituyente, con referéndum popular posterior, del procedimiento consistente en la designación de una Comisión preparatoria –sea ella de iniciativa presidencial o parlamentaria– que redacte un proyecto con alternativas, para ser ellas discutidas sea en el Congreso o en una Asamblea Constituyente; o del procedimiento adecuado para convocar directamente a una Asamblea Constituyente que estudie y resuelva soberanamente las bases y el contenido de la nueva Constitución.

En cualquier caso, las dificultades que debe abordar el procedimiento de reforma no pueden constituir un pretexto válido para eludir dicha reforma si ello es la voluntad ampliamente mayoritaria del cuerpo electoral.

Hemos intentado exponer un cuadro general de las ventajas e inconvenientes de mantener la Constitución heredada del Régimen Militar, en contraposición con la necesidad de una República democrática de darse una Carta Fundamental elaborada mediante un procedimiento, con unas instituciones y con una participación dignas de su espíritu democrático.

#### IV. Referencias bibliográficas

- BURDEAU, Georges (1981): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Traducción de Ramón Falcon Tello), Edit. Nacional, Madrid, p. 593.
- GUTIÉRREZ OLIVOS, Sergio (1986): *Discurso de recepción a don Francisco Bulnes Sanfuentes a la Academia Chilena de Ciencias Sociales*. Ed. Universitaria, Santiago., pp. 35-36.
- HUNEEUS, Jorge (1890): *“La Constitución ante el Congreso”*, Imp. Cervantes, Stgo., T. I, pg. 66.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1988): *Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática*, presentada en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en noviembre de 1987 en la Universidad de Concepción y publicada aparte en la Revista de Derecho N° 183 de 1988, de dicha Universidad.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1989): *Razón y Fuerza en la Constitución de 1980*, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, pp. 325 y ss.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: “Bases Fundamentales para una Constitución Política de los Estados de América del Sur”. Publicado en: Tomo I del Congreso Internacional de la Universidad de Valparaíso, pg. 331, y en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 16, Madrid (2012), págs. 285-304.

- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro y NÚÑEZ POBLETE, Manuel (1998): “Chile, una Constitución insular”, en: *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 229-236.
- SIEYÈS, Emmanuel (1950): *¿Qué es el Estado Llano?*, Instituto de Estudios Políticos (traducción de José Rico), Madrid, pp. 147-148.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., T. I, pp. 99.