

Universidad Austral de Chile

From the Selected Works of Fernando Muñoz

2013

Chile es una republica democratica

Fernando Muñoz



Available at: <https://works.bepress.com/fernandomunoz/25/>

“CHILE ES UNA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA”: LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO SALIDA A LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

*Fernando Muñoz León*¹

Las constituciones escritas tienen su causa, como todos los hechos. Esta causa puede estar en el espíritu mismo de la sociedad, i la constitución será entonces la expresión, la encarnación de ese espíritu; i puede estar en las ideas, en las pasiones, en los intereses de partido, de una fracción social; i entonces la constitución escrita no representará otra cosa que las ideas, las pasiones, los intereses de un cierto número de hombres que han emprendido organizar el poder público según sus propias inspiraciones.

Andrés Bello, 1848

El pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras.

Fray Camilo Henríquez, 1813

Resumen

El movimiento estudiantil ha logrado volver a poner en discusión la cuestión constitucional que afecta a Chile desde 1980: a saber, que la Constitución Política de la República tiene déficits insalvables en materia de democracia y republicanismo. Años de reformas parciales no han logrado subsanar ese déficit. ¿Debieran los reclamos por un nuevo orden constitucional someterse a los mismos procedimientos que hasta el momento han logrado obstaculizar el repudio del legado autoritario y neoliberal en materia constitucional? Este ensayo sostiene que no, fundándose en las premisas que sustentan al constitucionalismo moderno. Si Chile es una república democrática, ello significa que el pueblo detenta el poder constituyente. Por definición, tal poder no acepta como límites las decisiones constitucionales tomadas en el pasado, sea quien sea que las haya tomado. En consecuencia, la voluntad mayoritaria del pueblo basta hoy para activar el ejercicio del poder constituyente originario.

¹ Abogado, Universidad Católica de Chile. Master y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional e Historia del Derecho, Universidad Austral de Chile.

Sostengo que la forma más adecuada para formular dicha voluntad consiste en la convocatoria a un plebiscito en el que se consulte a la ciudadanía si está de acuerdo con la realización de una asamblea constituyente. Mi propuesta, entonces, involucra dos pasos: en primer lugar, un plebiscito; y, de triunfar en él la opción afirmativa, una asamblea constituyente. Debido a los problemas de acción colectiva que involucra el actuar del pueblo, la convocatoria a plebiscito –es decir, la formulación de la pregunta a ser respondida afirmativa o negativamente por el pueblo– debiera provenir de alguno de los órganos políticos actualmente existentes: esto es, del Congreso Nacional o del Presidente de la República. La ley simple o el decreto supremo que contuviera dicha convocatoria constituiría un acto preparatorio de la manifestación del poder constituyente originario, con el cual formaría un todo indivisible que, tal como el propio Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia rol N° 46 de 1987, no sería justiciable frente a dicho órgano. Una vez formulada la decisión de convocar a una asamblea constituyente, la responsabilidad de regular los detalles de dicha asamblea habría de recaer en los mismos órganos políticos, los que podrían satisfacer dicha responsabilidad mediante los instrumentos jurídicos ya indicados. Tal regulación tendría que respetar dos principios que surgen como corolarios de la potestad constituyente del pueblo: la igualdad política y la representatividad. Sostengo, adicionalmente, que la Constitución que emerja de ese proceso deberá tener por propósito hacer realidad, tanto en el plano político como en el plano social, la afirmación que sostiene que Chile es una república democrática.

Introducción: La politicidad de la cuestión constitucional

La Constitución Política de la República² hoy vigente debe ser derogada por el poder constituyente del pueblo, el que debe proceder a dictar en su reemplazo una Constitución surgida de una asamblea constituyente representativa de la sociedad chilena.

La anterior afirmación tiene, por supuesto, un evidente contenido político axiológico. Pero también lo tiene, aunque ello no sea tan evidente para algunos, señalar que hay que mantener la Constitución Política de la República tal como está o que no se debiera reemplazar abrupta y totalmente la Constitu-

2 Emplearé el término *Constitución Política de la República* para referirme al texto constitucional impuesto mediante decreto por la Junta Militar en 1980, bajo el supuesto de que aquel texto corresponde a aquello que Schmitt denomina “ley constitucional” y que, en su nomenclatura, es distinto de la Constitución en un sentido positivo, esto es, como decisión de conjunto sobre el contenido y forma de la unidad política.

ción Política de la República, sino modificarla mediante los procedimientos previstos por ella. Ninguna de estas posturas es “técnica” ni política o axiológicamente “neutral”. Quien, sosteniendo alguna de ellas, reclame para sí tal carácter técnico o tal neutralidad, o bien no comprende la actividad en la que está involucrado –la discusión sobre las reglas que organizan el proceso político y los principios que la guían– o argumenta de mala fe.

Es necesario dejar sentadas estas premisas debido a que, en la discusión pública general, y particularmente sobre la Constitución Política de la República, hay una cierta tendencia a negar o invisibilizar la existencia de diversas posiciones frente a preguntas del siguiente tenor: ¿debe estar permitida la negociación sindical interempresas?, ¿debe estar permitida la interrupción del embarazo no deseado?, ¿debe existir un sistema escolar al cual concurren todos los menores de edad, con independencia de la capacidad de pago y las inclinaciones de sus padres?

La diversidad de posiciones que dichas preguntas provoca es, ciertamente, expresiva de la existencia en nuestra sociedad de desacuerdos morales; esto es, de diversas concepciones sobre lo bueno y lo justo. Pero dicha diversidad de posiciones está también profundamente relacionada con la existencia de intereses divergentes, vinculados a las necesidades y expectativas de distintos sectores de la estructura social, y que a menudo se expresan en la forma de conflicto de clases. En otras palabras, tal como en toda sociedad compleja moderna, en la sociedad chilena existe desacuerdo moral y conflicto crático o de poder, fuentes de las que surge la *politicidad*. Una vez más, quien niegue su posicionamiento ante estas fracturas sociales, afirmando su “neutralidad” y “tecnicismo” en estas materias, o bien carece de una adecuada comprensión de la estructura social o argumenta de mala fe.

En este contexto, las posturas que los académicos tomen en materia constitucional estarán vinculadas con las posiciones que tomen ante dichos desacuerdos y conflictos. Desde luego, un académico podría responder a la cuestión constitucional –esto es, a la pregunta sobre la mantención o reemplazo del actual orden constitucional– con el silencio, lo que hasta cierto punto permitiría describir su postura como “neutral”.³ Solo quien así reaccione puede reclamar para sí aquella neutralidad que, tal como la paz perpetua, solo puede ser encontrada en la tumba; en este caso, en la tumba de la desvinculación con la sociedad. Por su parte, quien responda en algún sentido u otro deberá re-

3 Al menos, en abstracto. En concreto, tal silenciosa neutralidad significa una confirmación del orden de cosas existente. Los votos en blanco benefician siempre al ganador.

conocer su carácter de “intelectual orgánico” de algún grupo inserto en la estructura social;⁴ y quien honestamente reconozca su condición de tal, debiera ser capaz también de identificar las posiciones morales y cráticas defendidas al tomar postura frente a la cuestión constitucional.

Hago estas prevenciones no solo ante la tendencia a esconder el carácter partisano de las posiciones asumidas por cada quien en el debate público, sino también ante la actitud de algunos sectores de desconocer la diversidad de posiciones que acompaña consustancialmente a la politicidad. Para esos sectores, invariablemente conservadores, el estado actual de cosas responde al orden natural y los planteamientos que lo cuestionan son pura “ideología”, esto es, se fundan en representaciones (ontológicamente) equivocadas de la realidad. En estos casos, los arreglos sociales y las instituciones jurídicas existentes en un determinado momento de la historia cumplen una función “amnésica”, permitiéndoles a los poderosos y a sus intelectuales olvidar las luchas, con sus victoriosos y derrotados, que subyacen a todo arreglo institucional concreto ya todo orden social.

Desde luego, estas prevenciones están en sí mismas marcadas por una preocupación crática. Las posiciones de poder de los poderosos les facilitan el acceso a los espacios que dictaminan los contenidos del “sentido común” o, dicho en los términos de Gramsci, a los espacios que crean hegemonía. En consecuencia, en la medida en que el carácter “natural” del orden y de las instituciones existentes no sea cuestionado, será más creíble, a la luz del sentido común socialmente prevaleciente, la alegación de neutralidad presentada por quien defiende las creencias –y, con ello, los intereses– de los favorecidos por el statu quo, y las posturas por ellos defendidas resultarán más intuitivas y evidentes. Quien quiera cuestionar el estado de cosas existentes debe comenzar por poner en duda su naturalidad y obviedad, recordando en cambio su politicidad.

Tras estas breves consideraciones, explicaré mi postura en detalle. Dedicaré, en primer lugar, algunas palabras a la situación constitucional actual.⁵

4 Con esto no quiero decir ni más ni menos que lo que Gramsci entendía por tal. Según Gramsci, el error más frecuente al tratar de entender qué es un intelectual consiste en el buscar lo característico de dicha función “en lo intrínseco de la actividad intelectual y no, por el contrario, en el sistema de relaciones en el que ella (o el agrupamiento que la personifica) se viene a encontrar en el conjunto generalizado de las relaciones sociales”. Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Vol. 2, (Ediciones Era) 1981, p. 188. Como el propio Gramsci señala, todas las personas tienen capacidades intelectuales, pero no todas desempeñan funciones intelectuales. A su vez, la pregunta sobre la “organicidad” del intelectual depende de su vinculación con grupos sociales que participan efectivamente de la construcción de la historia.

5 No profundizaré en nuestra historia constitucional, particularmente en el golpismo militar que dio

Ordenaré mi exposición en torno a las deficiencias que nuestro orden constitucional presenta a la luz de los conceptos de república y de democracia. A continuación, delinearé los fundamentos teóricos de mi planteamiento, que giran en torno al poder constituyente del pueblo como piedra angular de todo orden democrático y republicano, para posteriormente plantear los mecanismos a través de los cuales dicho poder constituyente se podría manifestar y responder a algunas objeciones jurídicas o políticas que podrían presentarse.

1. Presente

La Constitución Política de la República tiene déficits en materia de democracia y republicanismo. Este problema, al que llamaremos aquí nuestra *cuestión constitucional*,⁶ solo puede ser solucionado mediante la intervención del poder constituyente.

Para comprender cabalmente la cuestión constitucional, es conveniente considerar la distinción realizada por Carl Schmitt entre el concepto absoluto de constitución y el concepto *relativo* de constitución. De acuerdo al primero, una constitución consiste en “la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”.⁷ En cambio, de acuerdo al segundo, la constitución es comprendida como “una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales”.⁸ La constitución positiva –o constitución a secas– es una *decisión*, la constitución relativa –o ley constitucional– es aquella norma que recoge dicha decisión.

La importancia del concepto positivo de constitución es que, así entendida, la constitución es la expresión de “la realidad específica inherente a la vida jurídica y contenida en la forma jurídica”.⁹

En consecuencia, el concepto relativo de constitución, que se fija en “características externas y accesorias, llamadas formales”,¹⁰ tales como la rela-

origen a la Constitución Política de la República de 1980, más de lo estrictamente necesario. Ello no porque las deficiencias históricas de nuestro constitucionalismo en materia de democracia y republicanismo sean poco importantes para la cuestión constitucional, sino precisamente por lo importantes que son. Su discusión apropiada sería materia de un libro en lugar de un ensayo.

6 Empleo esta denominación en el mismo sentido argumentativo en el que se hablaba antes de la *cuestión social*, no en el sentido técnico jurídico en que se habla de una *cuestión de constitucionalidad*.

7 Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza Editorial) 1982, p. 46.

8 *Ibíd.*, p. 37.

9 Schmitt, “Teología política I”, en *Carl Schmitt: Teólogo de la política*, (Fondo de Cultura Económica) 2004, p. 42.

10 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 37.

tiva rigidez de la ley constitucional, debe ser juzgado por quien desee comprender “la realidad de la vida jurídica”¹¹ en relación con el concepto positivo de constitución. Esto debido a que la “decisión política del titular del poder constituyente”¹² –la constitución positiva– no se encuentra necesariamente expresada en la ley constitucional –en nuestro caso, en la así llamada Constitución Política de la República–, la cual puede formular declaraciones inspiradoras pero que no se correspondan con la realidad de la unidad política en cuestión. Lo que importa en la realidad constitucional no es el acto locutivo del redactor de la ley constitucional, sino el acto ilocutivo del poder constituyente y sus efectos perlocutivos. Esto no significa, sin embargo, que la ley constitucional carezca de valor: por el contrario, ella tiene un alto valor epistémico, pues a través del estudio sistemático de los derechos, instituciones y procedimientos establecidos en la ley constitucional misma o en las leyes ordinarias formuladas por ella es posible entender cuál es la verdadera constitución de una comunidad política.

Lo anterior es particularmente relevante a la hora de analizar la correspondencia entre aquella disposición de nuestra ley constitucional que pareciera intentar caracterizar a nuestra unidad política, por un lado, y la realidad de nuestra vida jurídica y nuestro orden político, por otro. Si hubiésemos de creer en lo que nuestro texto constitucional dice de sí mismo, habríamos de concluir que en el caso de nuestra unidad política la decisión constituyente está contenida en su artículo 4º, el cual señala que Chile es una república democrática. Sin embargo, si dejamos de lado las declaraciones altisonantes y atendemos a la substancia de las instituciones, competencias y procedimientos establecidos por nuestra ley constitucional, concluiremos que la única forma de preservar dicha denominación es a costa de cualificarla con apellidos.

Chile no es una república democrática a secas; es una república democrática “protegida”, quizás incluso “autoritaria” o “neoliberal”.¹³ Esto no es casualidad: responde a los designios de quienes redactaron la actual Constitución, quienes deseaban establecer una “nueva democracia” que fuera “autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social”.¹⁴ Estas cualificaciones o condicionamientos de nuestra pretendida república demo-

11 Schmitt, “Teología política I”, op. cit., p. 42.

12 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 47.

13 Ruiz Tagle, Pablo y Cristi, Renato, *La República en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, (Lom) 2006, p. 130 y ss.

14 Pinochet, Augusto, *Patria y democracia*, (Editorial Andrés Bello) 1985, p. 86.

crática erosionan su condición de tal. Se evidencian en la consagración de amplias libertades negativas y derechos patrimoniales reforzados como límites a la acción colectiva redistributiva; en la concentración de potestades en manos del Presidente de la República a costa del resto del ordenamiento constitucional; en la regulación obstructiva del proceso legislativo; y en la creación de mecanismos de revisión de la conformidad de la legislación con el diseño constitucional original, particularmente a través del control preventivo y forzoso de la legislación supermayoritaria.¹⁵ En consecuencia, por sobre el artículo 4° de la Constitución, cualificándolo y condicionándolo, se encuentran los numerales 11, 12, 16, 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del artículo 19; los artículos 24 y 32; el artículo 66; y el artículo 93.¹⁶

¿Por qué es tan importante esta disonancia entre nuestra pretendida Constitución democrática y republicana, y nuestra deficitaria Constitución Política de la República? Sin duda, se trata de una cuestión *política*; esto es, una pregunta sobre las características de la comunidad a la cual pertenecemos. Y, precisamente por ello, es también una cuestión ética; esto es, una pregunta sobre el valor y el sentido de la vida, en este caso de la vida en común que nuestra comunidad política posibilita. Así puestas las cosas, la pregunta política es *más bien* descriptiva, mientras que la pregunta ética es más bien valorativa (cualifico en cursiva estas afirmaciones, ya que lo descriptivo y lo valorativo siempre tiende a entremezclarse). La interacción de ambas preguntas puede arrojar variadas conclusiones. Es posible concluir que vivimos en una oligarquía (el gobierno de los ricos) o en una olocracia (el desgobierno de la muchedumbre), y es posible sustentar creencias que lleven a concluir que vale la pena vivir en una oligarquía (uno vive en la Florencia de los Médici y valora intensamente la refinada cultura que surge allí) o en una olocracia (uno repudia tan intensamente los disvalores de la Francia de los Luises que considera que su único fin adecuado es sucumbir a manos del Terror). La pregunta que subyace, entonces, es la siguiente: ¿vale la pena vivir bajo la Constitución

15 El análisis que resumo aquí y en el que me explayaré más adelante coincide con el realizado, entre otros, por Couso, Javier y Coddou, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes, Claudio (ed.), *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2010, pp. 191-213.

16 No se sostiene aquí, por cierto, que la Constitución Política de la República contenga todas las decisiones que operativizan el programa político, social y económico de la Junta Militar que origina los déficits a que se alude en el texto principal. Una parte significativa de estas decisiones se encuentran en leyes preparadas por los mismos equipos jurídicos que redactaron la Constitución Política de la República y protegidas por mecanismos –quóruns supermayoritarios, sistema binominal, senadores designados hasta 2006– e instituciones –el Tribunal Constitucional– contenidos en la Constitución Política de la República.

Política de la República? Y quien diga que esta pregunta no forma parte de “los problemas reales de la gente”, (a) yerra, pues la Constitución Política de la República sí incide en la forma en que la vida social es ordenada, y, lo que es más grave, (b) demuestra no entender la especificidad ética de la vida en común (Hegel), con lo que se sitúa a sí mismo fuera de la ciudad, junto a las bestias (Aristóteles).

1.1. Chile, ¿república?

Sabemos que el artículo 4° de la Constitución Política de la República afirma que Chile es una república. ¿Guarda dicha afirmación algún correlato con la “realidad de la vida jurídica”? A fin de verificarlo, es necesario llevar a cabo una investigación conceptual e interpretativa de dicha expresión.¹⁷ ¿Cómo hemos de entender al republicanismo?

Una posible comprensión de dicha calificación consistiría en entender el republicanismo como aquella forma de organización del poder político orientada a evitar su concentración en pocas manos. A ello se refiere la noción, característica del discurso constitucional, de la división o separación de poderes o funciones. Esta organización no constituye un valor o bien en sí misma, por supuesto, sino que se presenta como conducente a la consecución de bienes ulteriores. Por esto, la comprensión “constitucionalista” del republicanismo depende de aquello que podríamos catalogar como una comprensión “filosófica” que entiende a la libertad como ausencia de arbitrariedad, y a la cual sirve la separación, equilibrio y control mutuo de los poderes públicos. Así, la dispersión del poder institucional es instrumental para la creación de un orden político en el cual no estemos sometidos al arbitrio de uno o de unos pocos. La ausencia de arbitrariedad, a su vez, involucra dos dimensiones: la ausencia de interferencia y la ausencia de dominación.¹⁸

En nuestro régimen político, la existencia misma de un sistema de normas de público conocimiento y aplicado por una burocracia profesional e independiente aseguran, desde una perspectiva estática, la vigencia de esta comprensión del republicanismo. Así, dado que vivimos en un Estado de Derecho, contamos con garantías que nos permiten saber que el gobierno no dispondrá arbitrariamente de nuestros destinos; que no interferirá arbitrariamente con

17 Estoy pensando en el rol que dentro de una teoría interpretativa tiene la pregunta sobre los contenidos específicos del principio de integridad. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, (Editorial Gedisa), 1988, p. 164 y ss.

18 Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, (Oxford University Press) 1997.

nuestra vida, propiedad, honra y derechos.¹⁹ Sin embargo, la respuesta cambia una vez que se considera nuestro orden constitucional desde una perspectiva dinámica; esto es, cuando se intenta localizar los centros de toma de decisiones, aquellos puntos a partir de los cuales pueden surgir acciones que intervengan la propia composición del orden constitucional y legal. Esto supone trasladarse de la pregunta sobre la interferencia arbitraria a la pregunta sobre la igual ciudadanía como negación de la dominación. ¿Está la capacidad de actuar distribuida homogéneamente dentro del orden político? ¿O hay algunos que son *más ciudadanos* que otros?

Es aquí donde el presidencialismo reforzado que caracteriza a la Constitución Política de la República se revela como un déficit republicano, pues concentra en manos del presidente una gran cantidad de poder a costa de otros espacios institucionales. Esto se expresa en dos ámbitos importantes de la estructura político gubernativa. Por un lado, la anómalamente amplia esfera de materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente lo convierten en la autoridad nomogenética por excelencia, el gran legislador. El Congreso, en materia de tramitación de la ley, tiene un rol secundario. Por otro, el nombramiento de intendentes y gobernadores centraliza en sus manos la conducción administrativa de todo el territorio nacional.

También la ausencia de mecanismos de participación ciudadana directa implica un déficit de republicanismo, ya que imposibilita el involucramiento cívico. Dado que solo unos pocos ciudadanos forman parte de las instituciones representativas, una república debe crear espacios para la participación activa del ciudadano en la conducción de los asuntos comunes a todos. En nuestra Constitución no existen mecanismos de iniciativa popular de ley, ni referéndums revocatorios de mandatos, ni plebiscitos como procedimientos para resolución de algunos conflictos entre autoridades, ni presupuestos locales participativos, y las medidas de descentralización y desconcentración de la gestión pública están constreñidas por el contexto del presidencialismo santiaguino. Ni siquiera pueden los ciudadanos elegir a los reemplazantes de parlamentarios que, por muerte o por renuncia, hayan cesado en el cargo; o bien son irremplazables, en el caso de los parlamentarios elegidos como independientes, o bien son reemplazados por las directivas de los partidos políticos. Y, si bien la disparidad de participación entre representados y re-

19 A menos que uno pertenezca a una minoría desaventajada cuyos derechos el proceso político trate como meros intereses. Véase, Muñoz, Fernando, “‘Que hable ahora o calle para siempre’: La ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 24, 2011, pp. 9-30.

presentantes es de la esencia de un régimen representativo, esa disparidad adquiere un tinte nuevo cuando, como ocurre en nuestro sistema constitucional, la estructura de representación misma está marcada por la irrelevancia del cuerpo representativo colegiado frente al Ejecutivo.

Ahora bien, si el republicanismo consiste en la valoración del involucramiento ciudadano en los asuntos de la ciudad –la virtud cívica–, entonces también demanda el establecimiento de instituciones jurídicas y, con ellas, estructuras sociales que favorezcan el surgimiento de dicha disposición. Este razonamiento se encuentra, por ejemplo, en la justificación del derecho de propiedad que Waldron asocia con Hegel y que sostiene que “poseer propiedad contribuye inmensamente al desarrollo ético del individuo”.²⁰ Incluso más, Waldron concluye que el argumento de Hegel tiene implicancias igualitarias, puesto que no es posible argumentar “que tener propiedad es necesario para el desarrollo ético” y “permanecer indiferentes ante el predicamento moral y material de aquellos que no tienen nada”.²¹ La reforma constitucional contenida en la Ley 16.615, del 18 de enero de 1967, parecía responder a esta lógica al encomendarle al legislador hacer “accesible a todos” la propiedad, propendiendo “a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.

Ahora bien, la existencia de un sistema social estratificado genera una preocupación adicional. Si los principales espacios de socialización –es decir, de inserción del individuo en el tejido social– y de satisfacción de necesidades básicas están entregados a la capacidad de pago individual de cada sujeto, entonces no habrá espacios comunes entre quienes más tienen y quienes menos tienen. Difícilmente podrán reconocerse como iguales en tales circunstancias. Por esto, aquello que Thomas Marshall denominara como los elementos civil, político y social de la ciudadanía pueden ser vistos como componentes que se refuerzan mutuamente; en la medida en que una sociedad se tome en serio la idea de ciudadanía, sus instituciones fluirán hacia el reconocimiento de todos ellos.²²

20 Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, (Oxford University Press) 1988, p. 3. Véase también ibíd., p. 377: “Se sostiene [en Hegel] que poseer propiedad es importante para el individuo humano porque es solo a través de poseer y controlar propiedad que puede encarnar su voluntad en objetos externos y comenzar a trascender la subjetividad de su existencia inmediata. Al trabajar en un objeto, usarlo y tener control sobre él, el individuo confiere a su voluntad una estabilidad y madurez que no serían posibles de otra manera, y le permite establecer su lugar como integrante de una comunidad de tales voluntades”.

21 Ibid., p. 4.

22 Véase Marshall, Thomas, “Citizenship and Social Class”, en Pierson, Christopher y Castles, Francis (eds.), *The Welfare State Reader*, (Polity Press) 2006, pp. 30-39.

En cambio, allí donde “la Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”,²³ el florecimiento de la virtud cívica y la posibilidad del reconocimiento mutuo entre distintas clases sociales como iguales, y, en consecuencia, como políticamente iguales, se ve afectada. Por esto, constituye un socavamiento del carácter republicano de nuestro orden constitucional que en él el derecho a la educación y a la salud, por ejemplo, tomen la forma de subsidios estatales para quienes no pueden acceder a los bienes ofrecidos por el mercado. Estos derechos sociales “subsidiarios” funcionan como seguros contra la crueldad del mercado y como salvaguardas contra la miseria, pero no como espacios de comunidad.

Es en la transformación de lo que podrían ser espacios de comunidad en bienes de mercado –dicho en los términos del movimiento estudiantil– donde se confirma decisivamente el carácter no republicano de nuestro orden constitucional. El hecho de que la educación que los futuros ciudadanos reciben esté determinada por la capacidad de pago y los gustos subjetivos de los padres no solo permite la reproducción de la estratificación social; también hace posible que los individuos ubicados en distintos nichos de dicha estratificación crezcan en mundos que no se cruzan.

Nuestro orden constitucional, en su organización del poder político y en el tratamiento que da a los derechos sociales, evidencia severos déficits en materia de republicanism, al menos entendido como ausencia de dominación y como ciudadanía activa. ¿Hay, entonces, algún sentido del republicanism que esté reflejado en nuestro sistema constitucional? Efectivamente, lo hay. La existencia de numerosos “jugadores con veto”, esto es, instituciones que cuentan con la posibilidad de obstaculizar cambios al ordenamiento existente,²⁴ de alguna manera corresponde al concepto de republicanism ofrecido por James Madison en *El Federalista* (N° 10). Allí Madison distingue a las repúblicas de las democracias aseverando que las primeras adoptan mecanismos institucionales que dificultan o ralentizan la acción colectiva a fin de evitar la interferencia en la vida de los ciudadanos, y particularmente de proteger la

23 France, Anatole, *The Red Lily*, (John Lane Company) 1921, p. 95.

24 Tsebelis, George, *Veto Players: How Political Institutions Work*, (Princeton University Press) 2002, p. 19: “Son jugadores con veto aquellos actores individuales o colectivos cuyo asentimiento es necesario para un cambio en el statu quo. Se sigue de ello que un cambio en el statu quo requiere una decisión unánime de todos los jugadores con veto”. Entre nosotros, el concepto ha sido utilizado para describir nuestro arreglo institucional en Verdugo, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supramayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 39, 2012, pp. 395-434.

propiedad de aquellos. En su opinión, la democracia donde la acción colectiva se despliega sin frenos ni contenciones es “incompatible con la seguridad personal o los derechos de propiedad”;²⁵ y la creación de una república con pesos, contrapesos y vetos dificultará “proyectos inapropiados y perversos” tales como la “abolición de las deudas” o la “igual división de la propiedad”.²⁶ Tal concepción del republicanismo no se sostiene en sus propios términos, pues implica transformar al republicanismo, que es una teoría sobre el interés público o general, en un instrumento al servicio de una facción; esto es, de la facción de “aquellos que tienen”.²⁷ Así surge “un derecho enteramente unilateral y, por consiguiente, parcial, clasista, destinado a proteger los intereses de un sector reducido de la sociedad y que vela casi exclusivamente por estos”.²⁸ El concepto madisoniano de republicanismo, inconsistente y por lo tanto incorrecto en sí mismo, no sirve para dar justificación, articulación y coherencia a un sistema constitucional. Sin embargo, es el único que pareciera dar forma a las especiales protecciones para las libertades negativas y los derechos de propiedad y los quórums especiales para la legislación existentes en nuestro sistema. Una república así entendida solo vale la pena si es vivida desde el lujo. En otras palabras, no vale la pena.

1.2. Chile, ¿democrático?

Así como el artículo 4° de la Constitución Política de la República afirma que Chile es una república, califica también a esta república como democrática. Tal como en el caso anterior, comprobar o descartar la veracidad de esta afirmación requiere una elaboración interpretativa de dicho concepto. Dos concepciones de la democracia emergen inmediatamente: la democracia como expresión institucional de la igualdad política, y la democracia como proyección social de un orden político igualitario. Dado que la segunda se superpone significativamente con la exigencia republicana de ciudadanía social como precondition de la ciudadanía activa, me concentraré en la primera concepción identificada, la democracia *política*.²⁹

25 Cooke, Jacob, *The Federalist. The Definitive Edition of the Historic Essays by Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, Fully Annotated and Reproduced from the Original Newspaper Texts*, (Middletown, Wesleyan University Press) 1961, p. 61.

26 *Ibíd.*, p. 65.

27 *Ibíd.*, p. 59.

28 Novoa, Eduardo, *Derecho, política y democracia: Un punto de vista de izquierda*, (Editorial Temis) 1983, p. 97.

29 Mi exposición sigue parcialmente lo expuesto por mí en Muñoz, Fernando, “La Constitución de la

La democracia como orden político implica la idea de que la comunidad valora por igual los intereses y creencias de cada uno de sus integrantes. Por ello, sus mecanismos de toma de decisiones colectivas emplean la regla de mayoría, según la cual la voluntad de todos los integrantes de la comunidad cuenta por igual. La regla de mayoría es, en efecto, un reflejo de la idea de que cada individuo merece igual consideración y respeto.³⁰ El vínculo entre este principio y la *regla de mayoría* se explicita al considerar la hipótesis contraria; esto es, que la voluntad de uno, unos pocos o incluso de unos cuantos fuera eficaz para detener o revertir las decisiones de la mayoría. En tal caso, la voluntad de aquella o aquellas personas habría pesado, por decirlo metafóricamente, más que la de la mayoría; no habría existido igualdad sino desigualdad o jerarquía.³¹

Nuestro sistema político se aparta de este paradigma y opta por fórmulas diseñadas para restringir, encauzar y limitar la expresión electoral de la voluntad popular. Tales constreñimientos están inspirados en el diagnóstico de los partidarios del régimen militar según el cual, en palabras de Jaime Guzmán, “el sistema democrático basado en la generación de las autoridades por un sufragio popular realmente libre” constituye “un ideal” cuyo “ejercicio puede entrañar un grave peligro para la subsistencia de la libertad y la seguridad, como asimismo para el avance hacia el progreso”.³² De este diagnóstico surgió un diseño institucional orientado a transformar a Chile en una *democracia protegida*.

Si bien (recientemente) han sido eliminados algunos de los enclaves autoritarios que hacían realidad este concepto, tales como la existencia de senadores designados, aún subsisten en lo electoral y legislativo mecanismos que se apartan del paradigma democrático. Por una parte, existe un diseño de distritos electorales tramposo, orientado a sobrerrepresentar geográficamente a los lugares donde la Junta Militar obtuvo un mejor resultado en el plebiscito de 1988, unido a un sistema electoral diseñado para asegurarle la mitad de la representación parlamentaria a los defensores del legado de la Junta. Por otra, hay un diseño del proceso legislativo que, a través de los quórum supermayoritarios de las leyes orgánicas constitucionales, entrega un veto a esos mismos sectores para detener cualquier modificación al legado económico,

desigualdad”, en Muñoz, Fernando (ed.), *Igualdad, inclusión y Derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (Lom) en preparación.

30 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, (Editorial Ariel) 1997.

31 Dahl, Robert, *La igualdad política*, (Fondo de Cultura Económica) 2008.

32 Guzmán, Jaime, “El sufragio universal y la nueva institucionalidad”, en *Revista Realidad*, I, 1979, p. 43.

social y político de la Junta.³³ Ese legado está así protegido mediante una serie de candados que operan distorsionando la expresión política de las mayorías.

Los elementos electorales de esta estrategia de distorsión del paradigma democrático fueron introducidos por la Junta Militar mediante una reforma a la Ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios, promulgada el 16 de mayo de 1989, tras nueve meses de tramitación. Dicho proyecto de ley resolvió dos dudas centrales que aún pendían en materia de organización política: primero, cuál sería la división geográfica del electorado para efectos de la integración de la Cámara de Diputados y el Senado; y, segundo, cuál sería el sistema electoral mediante el cual dichas autoridades serían elegidas. En ese momento, la Junta ya contaba con un indicador respecto de la tónica electoral del futuro cercano, proporcionado por los resultados del plebiscito de 1988. En otros términos, estaba jugando con las cartas marcadas.³⁴ Así las cosas, la Junta resolvió estas dos preguntas de una manera funcional a su interés por preservar su “modelo”, sobrerrepresentando a las zonas políticamente conservadoras y dificultando la traducción de las mayorías electorales en mayorías parlamentarias. Ambas iniciativas tendían a blindar políticamente el programa social, político y económico implementado durante la dictadura.

Este caso permite también visualizar el rol jugado por el Tribunal Constitucional en la preservación del modelo de democracia protegida. Por tratarse de una materia orgánica constitucional, el proyecto de ley antes señalado fue remitido al Tribunal Constitucional para su revisión. En ese contexto, los profesores universitarios Carlos Geywitz, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Germán Urzúa y Mario Verdugo hicieron llegar al Tribunal, con fecha 18 de agosto de 1989, una presentación en la que sostenían que la organización de los distritos electorales infringía los artículos 1, 4, 5, 6, 15, 19 N° 2, y 19 N° 26 del texto constitucional. “Las disposiciones así recordadas,” escribieron, “constituyen la base esencial del ejercicio de la soberanía en una República democrática y el carácter igualitario del sufragio, se ve como una de las expresiones más capitales de aquel deber del Estado y todos sus órganos que se consagra en las Bases de la Institucionalidad”, consistente en “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en

33 Me he referido anteriormente a esto en Muñoz, Fernando, “Leyes orgánico-constitucionales: Insatisfactoria rigidización de la democracia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. 12, 2006, pp. 115-129.

34 Véase Geisse, Francisco y Ramírez, José Antonio, *La reforma constitucional*, (Ediciones ChileAmérica CESOC) 1989, pp. 84-87.

la vida nacional”. En contraste con ello, y analizando los distritos electorales diseñados por el legislador –esto es, por la Junta Militar–, los peticionarios observaron que “la diferencia del valor del sufragio de un distrito electoral a otro en el proyecto de ley en examen varía de 1 a 5,58, vale decir, un 558%”.

Con fecha 12 de mayo de 1989, en su sentencia Rol N° 67, el Tribunal Constitucional emitió su pronunciamiento respecto a la constitucionalidad del proyecto de ley de la Junta Militar. El Tribunal resumió la petición antes reseñada de la siguiente manera: “el fundamento esencial de la objeción consiste en que no solo no hay igualdad, sino tangibles diferencias en su conformación, lo que implicaría la infracción de aquellos preceptos de la Carta que tratan de la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, la igualdad ante la ley, el sufragio igualitario”. La respuesta del Tribunal fue sostener que dicho reparo de constitucionalidad “carece de todo fundamento, ya que el constituyente entregó al legislador de la ley orgánica constitucional respectiva la determinación de los distritos electorales”. En opinión del Tribunal, la Constitución dejó “amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales” y no le fijó “criterios o pautas”, disponiendo el legislador de “libertad para considerar factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc.” El Tribunal, convenientemente, hizo caso omiso de los “criterios o pautas” explícitamente contenidos en los artículos 1°, 4°, y 15 de la Constitución, que proclaman sin ambigüedades la igualdad política y la concretizan en el sufragio igualitario.

2. Futuro

Las falencias y déficits de la Constitución Política de la República antes mencionados son absolutamente esperables considerando el contexto en que fue redactada. “Lójico es, i mui lójico”, concluía Bello, “que un déspota, en la constitución que otorga, sacrifique los intereses de la libertad a su engrandecimiento personal i el de su familia. Lójico es que donde es corto el número de los hombres que piensan, el pensamiento que dirige i organiza esté reducido a una esfera estrechísima”.³⁵ La pregunta, más bien, es cómo salir de este predicamento. ¿Qué caminos hay para resolver nuestra cuestión constitucional?

Patricio Aylwin formuló una pregunta similar en un importante seminario realizado en 1984 entre personalidades de diversos sectores del arco político, cuya temática era la discusión sobre “una salida político constitucional

35 Bello, Andrés, “Constituciones”, en *Opúsculos literarios i críticos, publicados en diversos periódicos desde el año de 1834 hasta 1849*, (B.I.M. Editores) 1850, p. 165.

para Chile”. Su respuesta fue simple: “lo primero es dejar de mano (sic) la famosa disputa sobre la “legitimidad” del régimen y de su Constitución”,³⁶ controversia que Aylwin calificó como “insuperable, porque se plantea como cuestión de principios, que compromete la conciencia y el honor de unos y otros, motivo por el cual nadie está dispuesto a ceder”.³⁷ Por supuesto, los términos empleados por Aylwin no recogían con toda claridad el contexto de aquella discusión: el asunto no era de principios, esto es, de razones imparciales abiertas por su propia naturaleza al escrutinio y la discusión, sino de *poder*; más específicamente, de *poder militar*. La Junta –a diferencia de la oposición– lo tenía y demostró en todo momento estar dispuesta a emplearlo sin remilgos.³⁸

Sea como sea, la solución planteada por Aylwin contenía el germen de un programa político: “eludir deliberadamente el tema de la legitimidad”, a fin de llegar “a un texto constitucional que sea aceptable para oficialistas y disidentes”.³⁹ El problema fue que dicho proceso, cuando se dio, siguió marcado por el problema de la desigual capacidad para desatar violencia. Esa circunstancia imposibilitó en todo momento la realización de un *diálogo* propiamente tal; lo que hubo fue *negociación*, esto es, transacciones determinadas por la correlación de fuerzas entre las partes negociantes. Por un lado, tras el plebiscito de 1988, Aylwin tenía la certeza de transformarse en el próximo Presidente; por el otro, Pinochet tenía de su lado la legalidad constitucional, el apoyo de un sector político y, hasta bastante entrados los noventa, las armas. No es casualidad, entonces, que los cientistas políticos Juan Linz y Alfred Stepan concluyan en su estudio sobre los problemas de las transiciones y consolidaciones democráticas que “[p]olíticamente, la democracia en Chile comenzó bajo circunstancias constitucionales más restringidas que en el caso de cualquiera de los países de Sudamérica o de Europa del Sur que hayamos estudiado”.⁴⁰

A partir del 11 de marzo de 1990, ocurre un fenómeno fascinante. Por una parte, la sombra del poder de Pinochet va paulatinamente encogiéndose y

36 Por todos Aylwin, Patricio, *Una salida político constitucional para Chile*, (Instituto Chileno de Estudios Humanísticos) 1985, p. 147.

37 *Ibíd.*, p. 148.

38 Incluso en esas circunstancias, Aylwin expresó su creencia de que “la generación de una asamblea constituyente, por sufragio universal, libre, secreto e informado, es el mejor procedimiento para elaborar una constitución democrática”. *Ibíd.*, p. 149.

39 *Ibíd.*

40 Linz, Juan y Stepan, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, (The John Hopkins University Press) 1996, p. 211.

esfumándose, hasta quedar transformada en la figura retorcida y vergonzosa que es hoy incluso para la derecha. Por otra, la legalidad constitucional, desechado deliberadamente por Aylwin el cuestionamiento a su legitimidad, va ganando arraigo al calor de una de las fuerzas más irresistibles de la política: la normalidad. Solo las protestas estudiantiles en 2006 y 2011 logran apuntar con el dedo, primero, a una de sus hijas bastardas, la famosa y tan vilipendiada LOCE y, después, al propio huevo de la serpiente: la Constitución Política de la República. Y es así como resurge la cuestión constitucional: ¿debe la generación actual obedecer las decisiones tomadas por las generaciones anteriores? Si los hombres de la transición continúan “transiciendo”, como se decía en *Plan Z*, ¿debe la generación actual seguirlos, emprendiendo una marcha de tres mil trescientos millones de años de transición?

La respuesta, como un asunto de principios—discutible, pero no transable—, es *no*. En este caso, sí que se trata de un asunto de principios, pues lo que está en juego es precisamente el principio sobre el cual reposa la idea misma de república democrática: el principio de soberanía popular y, con él, la idea de poder constituyente del pueblo. Como dijera Thomas Jefferson, “el principio de que la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos es de la más extensiva aplicación y consecuencias en todos los países”.⁴¹ O, como dijera Fray Camilo Henríquez, “[e]l pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su Constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras”.⁴²

2.1. El poder constituyente, no constituido, del pueblo

En algún momento me pareció que el camino para reemplazar el actual texto constitucional por uno nuevo implicaba reformar el capítulo XV de la Constitución Política de la República para incluir allí la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente. Sin embargo, he llegado a la conclusión de que, a la luz de los presupuestos conceptuales del constitucionalismo moderno, yo estaba equivocado.

Mi error surgía del olvido —si no teórico, al menos práctico— de la teoría del poder constituyente del pueblo; un olvido muy explicable, dada su postergación histórica entre nosotros.⁴³ La distinción fundamental de dicha teoría es

41 Jefferson, Thomas, *The Declaration of Independence*, (Verso) 2007, p. 57.

42 Henríquez, Camilo, “Catecismo de los patriotas”, en *Antología*, (Editorial Andrés Bello) 1970, p. 204.

43 Véase Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente*, (Lom) 2011.

aquella entre *poder constituyente*, del cual es titular el pueblo,⁴⁴ y *poder constituido*, detentado por “las autoridades que esta Constitución establece”, al decir del artículo 5° de nuestra ley constitucional.

La praxis chilena ha oscurecido esta distinción, destacando aquella entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Esta distinción permite recobrar un cierto sentido de la dignidad a un pueblo que nunca ha ejercido directamente el poder constituyente *originario* y que, al menos, siente que, al haber sido ejercido a *través de sus representantes* el poder constituyente derivado, ha sido reivindicado. El concepto de poder constituyente derivado, sin embargo, resulta contradictorio, pues un poder constituyente que es ejercido de acuerdo a parámetros predeterminados no constituye nada; ya está constituido.

El poder constituyente del pueblo es la fuente de la legalidad allí donde el pueblo es soberano; por lo tanto, está por sobre toda normación y condicionamiento. Su ejercicio no requiere de habilitaciones legales, las cuales, por definición, lo reducirían a un tipo de poder constituido. En palabras de Emmanuel Joseph Sieyès, “[s]ería ridículo suponer que la nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios”.⁴⁵ La misma caracterización sigue hoy en pie; como señala Ernst-Wolfgang Böckenförde, “[c]omo *pouvoir constituant* que precede a la Constitución jurídica, el poder constituyente del pueblo no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse, precisamente como magnitud política”.⁴⁶ Por ello, basta con la voluntad mayoritaria del pueblo para acabar con la vigencia de la ley constitucional que nos rige. Como agrega Böckenförde, “[s]i el poder constituyente del pueblo tiene por sí mismo la fuerza de legitimar la Constitución jurídica –y se puede apelar a él para ello–, entonces hay que reconocer que tiene también la fuerza de cancelar esta legitimación, ya sea por completo y de forma abrupta (eliminación de la Constitución), ya sea por partes y sucesivamente (vaciamiento de la Constitución)”.⁴⁷

44 Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 234: “El pueblo es, en la democracia, sujeto del poder constituyente”.

45 Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, (Alianza Editorial) 2008, pp. 144-145.

46 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (Trotta) 2000, p. 167.

47 *Ibíd.*, p. 169.

No es posible insistir demasiado en que la teoría del poder constituyente es una teoría sobre el poder *constituyente* del pueblo, no sobre el poder *constituido* del pueblo, ni mucho menos sobre el poder constituyente de los *representantes* del pueblo. Por ello, el pueblo no necesita seguir las prescripciones contenidas en la ley constitucional vigente para formular su voluntad constituyente, ni tampoco necesita preguntar a sus representantes si les parece o no dar inicio a un proceso constituyente. El pueblo detenta el derecho colectivo, de carácter inalienable en todo régimen que declare estar sustentado en la soberanía popular, a darse una constitución. La ley constitucional podría explícitamente negar esa posibilidad, pero dicha declaración carecería absolutamente de legitimidad frente a la magnitud de la cual precisamente deriva su legitimidad el orden constitucional; esto es, frente a la voluntad constituyente del pueblo.

Reformar el Capítulo XV de la Constitución Política de la República para convocar a una asamblea constituyente del pueblo implica concentrar la atención en los representantes del pueblo, en sus acciones y sus opiniones, así como en sus correlaciones de poder, las que están determinadas por desigualdades históricas de acceso a financiamiento electoral, por el diseño electoral de la dictadura, y por las victorias y derrotas del ciclo político vivido bajo instituciones antidemocráticas. Sería “ridículo”, como dijera Sieyès, plantear que una decisión de la envergadura de la activación del poder constituyente del pueblo hubiese de depender, por ejemplo, de cuánto dinero más que sus competidores gastó en su campaña un senador en ejercicio.

A su vez, negar la legitimidad del poder constituyente –no constituido– del pueblo, ya sea en abstracto o en el caso concreto del aquí y ahora, equivale o bien a negar el carácter democrático de la unidad política en cuestión o a cometer el máximo acto de sedición contra el soberano: negar su existencia misma. Quien sostenga que, ante los actuales cuestionamientos a la Constitución Política de la República lo que hay que hacer es reformarla de acuerdo a los procedimientos por ella previstos, está negando en términos prácticos la forma democrática y republicana de nuestra unidad política.

2.2. ¿Cómo consultar la voluntad constituyente del pueblo?

Schmitt sostenía que “[e]l *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política”.⁴⁸ Esta afirmación fija en amplios términos el horizonte de posibili-

⁴⁸ Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 99.

dades de expresión para el poder constituyente. Pero en la praxis constituyente emergerá inevitablemente esta pregunta: ¿cómo activar en el aquí y ahora del caso concreto el ejercicio del poder constituyente?

Sostengo que la forma más indicada para ello en Chile hoy es que el Presidente o el Congreso Nacional realicen una convocatoria a un plebiscito, donde la ciudadanía responda afirmativa o negativamente a la siguiente pregunta: “¿Desea usted que se realice una Asamblea Constituyente para dictar una nueva Constitución Política de la República?”. Así, la voluntad popular equivaldría al resultado de dicho plebiscito.

Mi planteamiento de que sea el Congreso Nacional o el Presidente quienes tomen la iniciativa de consultar la voluntad popular podría despertar suspicacias o, derechamente, oposición. Intentaré explicar, en primer lugar, porque creo que es *conveniente* que alguno de estos órganos formule la convocatoria a plebiscito para, a continuación, explicar porqué dicha intervención sería *legítima*.

En primer lugar, analizaré la conveniencia de que alguno de los órganos políticos realice la convocatoria. Planteo en estos términos la cuestión porque el fundamento último de mi propuesta en esta materia no se encuentra en el plano de los principios, sino en el de la eficiencia. En efecto, el pueblo, un colectivo compuesto por un altísimo número de individuos dispersos a lo largo del territorio nacional, enfrenta numerosos problemas de acción colectiva, incluyendo altísimos costos de organización y la indefinición de su agenda. Como observara Schmitt, el hecho de que el pueblo no sea “una instancia firme, organizada”,⁴⁹ se traduce tanto en una fortaleza como en una debilidad: por un lado, “es superior a toda formalidad y normación”,⁵⁰ por lo que de hecho sirve como fundamento a estas; por el otro, el pueblo se ve en la necesidad de “decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo”.⁵¹ “Por eso”, explica, “*pueden desconocerse, interpretarse mal o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad*”.⁵² A este respecto, cabe agregar que una consulta plebiscitaria redactada en los términos que he propuesto más arriba tendría la ventaja de reducir las posibilidades de malinterpretación o tergiversación de la voluntad popular que existen cuando son los propios órganos políticos –como en 1831 y 1925– o algún grupo más reducido actuando mediante vías de hecho –como en 1973– quienes toman la decisión, *en nombre*

49 Ibid., p. 99.

50 Ibid., p. 100.

51 Ibid.

52 Ibid. Énfasis agregado.

del pueblo, de iniciar un proceso constituyente. Una convocatoria a plebiscito transformaría la cuestión constitucional en un asunto de discusión pública, y permitiría que todos los chilenos se involucraran en la decisión sobre el futuro de nuestra comunidad política.

A mi juicio, entonces, sería altamente conveniente que alguno de estos dos órganos políticos formulara al pueblo la pregunta sobre su voluntad constitucional mediante una convocatoria a plebiscito, pues de esta forma podrían solucionarse exitosamente los problemas de acción colectiva que enfrenta el pueblo por sí mismo. Como diría Álvaro D’Ors, *pregunta el que puede; responde el que sabe*.⁵³ En este caso, los órganos políticos están en una situación de posibilidad fáctica, mientras que el pueblo está en una situación de saber político, no epistémico; su autoridad para responder, más que estar fundada en la auctoritas, lo está en su *maiestas*.

Abordaremos ahora la *legitimidad* de la intervención de los órganos políticos. ¿No estarían el Presidente o el Congreso Nacional violando la Constitución Política de la República al realizar dicha convocatoria a plebiscito? Pues, si bien la Constitución Política de la República dice que el ejercicio de la soberanía “se realiza por el pueblo a través del plebiscito” (artículo 5°), también señala que “[s]olo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución” (artículo 15, inciso 2°). Y, en términos de la propia teoría del poder constituyente, si bien es cierto que el pueblo es el poder constituyente, no es menos cierto que el Presidente y el Congreso son poderes constituidos. En palabras de Sieyès, “[e]l gobierno solo ejerce un poder real porque es constitucional; solo es legal porque es fiel a las leyes que le han sido impuestas”.⁵⁴

En efecto, de convocar el Presidente o el Congreso Nacional un plebiscito estarían actuando al margen de la Constitución Política de la República, esto es, al margen de nuestra ley constitucional. Sin embargo, *no estarían violando la Constitución, la cual no consiste en aquel texto conocido como Constitución Política de la República sino en la decisión de depositar en manos del pueblo la titularidad del poder constituyente*. Al convocar al pueblo para pronunciarse directamente sobre la cuestión constitucional, *el Presidente o el Congreso Nacional estarían cumpliendo la Constitución*. Por supuesto, en este caso, los poderes constituidos —el Presidente y el Congreso Nacional— no estarían ejerciendo potestades propias, esto

53 Domingo, Rafael, *Teoría de la “auctoritas”*, (Eunsa) 1987, p. 17.

54 Sieyès, op. cit., p. 145.

es, potestades que le hayan sido conferidas por la Constitución Política de la República, sino sirviendo de verdaderos ayudas de cámara del soberano.⁵⁵ Por esto, su actuar tendría una legitimidad derivada de la legitimidad misma del pueblo. Ello por cuanto la ley simple o decreto supremo que convocara al pueblo a pronunciarse sobre la cuestión constitucional constituiría un acto preparatorio de la manifestación del poder constituyente, formando un todo indivisible con esta.

Por cierto, de convocar a un plebiscito en el que el pueblo se pronunciara afirmativa o negativamente sobre el ejercicio del poder constituyente, el Presidente y el Congreso Nacional no estarían ejerciendo más atribuciones que las que ejercieron sus antecesores.

En los orígenes de la Constitución de 1833 se encuentra una ley simple presentada por un senador que activó el ejercicio del poder constituyente originario. Así, el 8 de junio de 1831 el Senador Manuel José Gandarillas Guzmán presentó en dicha cámara una moción con un proyecto de ley orientado a convocar una Convención que modificara a la Constitución Política de la República de 1828, *contra texto expreso de la misma*, que proveía expresamente que dicha Convención sería convocada en 1836. Ello no impidió que ambas cámaras discutieran el proyecto de ley del Senador Gandarillas y finalmente lo aprobaran, ni tampoco que el Presidente de la República lo promulgara el 1 de octubre del mismo año. Fue en virtud de esta ley que la Gran Convención discutió y finalmente aprobó el texto constitucional promulgado por el Presidente el 25 de mayo de 1833.

A su vez, en los orígenes de la Constitución de 1925 hay un decreto supremo dictado por el Presidente de la República, que activó el ejercicio del poder constituyente originario. En efecto, Arturo Alessandri tampoco consultó las atribuciones que el texto constitucional vigente le ofrecía; sencillamente dictó el decreto supremo N° 1.422, del 7 de abril de 1925, designando a los integrantes de una comisión consultiva encargada de informar al gobierno sobre la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente –cuerpo que el propio Alessandri posteriormente rechazó convocar, una vez que estuvo redactado un texto constitucional a su gusto–, decreto que complementó con otros de 22 de abril, 17 de julio, y 23 de julio del mismo año, agregando nuevos integrantes a dicha comisión consultiva.⁵⁶

55 “Según el diccionario de la Academia, ayuda de cámara del rey es ‘el criado que sirve en la cámara de S.M. para ayudarle á vestirse y otros usos’”. Arrazola, Lorenzo, (Por todos), *Enciclopedia Española de Derecho y Administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias*, Tomo VII, (Imprenta de Díaz y Compañía), 1853, voz “Cámara (ayuda de)”.

56 Por cierto, tampoco detuvo a Pinochet y sus secuaces en la sedición del 11 de septiembre de 1973 que el texto de la Constitución Política del Estado estableciera en su artículo 23 que toda decisión

El argumento de Gandarillas no era *jurídico*, esto es, un argumento sobre los poderes constituidos del Congreso; fue un argumento *constituyente*, consistente en que “[l]a nación entera ha manifestado su voluntad de que se reforme el Código Constitucional”.⁵⁷ Lo mismo ocurrió con Alessandri, quien tampoco invocó sus potestades expresas, sino que afirmó que “hay necesidad imprescindible de consultar las distintas corrientes en que se divide la opinión del país, para organizar, de acuerdo con ellas, una Asamblea Nacional Constituyente”.⁵⁸

Sería interesante complementar este punto con la observación de una discusión similar en el contexto norteamericano. Bruce Ackerman y Neal Katyal han observado que la Constitución de 1787 surgió de un acto de ruptura con el orden constitucional previo, contenido en los “Artículos de Federación” de 1777, que establecían que su reforma requeriría del acuerdo del Congreso de los Estados Unidos y de las legislaturas de todos y cada uno de los Estados. La Convención de Filadelfia, sin embargo, elaboró un nuevo texto, la Constitución actualmente vigente, señalando que la ratificación de tan solo nueve estados bastaría para su entrada en vigencia.

La pregunta que Ackerman y Katyal se plantean ante ello, y que responden latamente en su artículo, es la siguiente: “¿cómo lograron los Padres Fundadores ganar aceptación para su pretensión de hablar en nombre del Pueblo al mismo tiempo que trasgredían las reglas del juego?”.⁵⁹ Su respuesta consiste en un análisis detallado de los argumentos (políticos) y las acciones (políticas) desplegadas en el marco del proceso de ratificación de la Constitución de 1787. La conclusión central de Ackerman y Katyal es que las acciones de los Federalistas, esto es, de los partidarios de la ratificación de la Constitución de 1787, “crearon patrones de argumentación y acción que quedarían disponibles para las futuras generaciones de norteamericanos mientras confrontaban las más graves crisis en la historia de la República. En respuesta a la Guerra Civil y la Gran Depresión, los Republicanos de la era de la Reconstrucción y los Demócratas de la

política acordada “a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada” que desobedeciere a las autoridades “es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”. Y, ante el tenor de esta disposición, es imposible no preguntarse: ¿estaría de acuerdo Eduardo Soto Kloss en declarar la imprescriptibilidad, la insaneabilidad y la plena operatividad *ipso iure* de la nulidad de derecho público de la Constitución Política de la República de 1980?

57 Letelier, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile, 1811 a 1845*, Tomo 19, (Imprenta Cervantes) 1898, p. 90.

58 Ministerio del Interior, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, p. 727.

59 Ackerman, Bruce y Katyal, Neal, “Our Unconventional Founding”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, pp. 476-477.

era del *New Deal* se encontraron una y otra vez reviviendo y transformando el precedente federalista: rompiendo con el sistema establecido de reforma constitucional, pero adaptando democráticamente instituciones preexistentes para ganar un mandato del pueblo”.⁶⁰

Este argumento, como se ve, apela a la existencia de una praxis constituyente dentro de una tradición constitucional: la norteamericana. Esto resulta particularmente interesante para el caso actualmente en discusión, pues lo que sostengo aquí, al citar los ejemplos de Gandarillas y Alessandri, es que existen en nuestra tradición constitucional dos importantes precedentes para la activación del poder constituyente originario a través de leyes simples y decretos. Lo innovador, de ser invocado este precedente hoy, es que –al menos en mi propuesta–, dicho ejercicio sería realizado incorporando directamente a la ciudadanía en tres etapas: primero, a través de un plebiscito; después, mediante la elección de diputados constituyentes; y, finalmente, en el momento de ratificación de la nueva Constitución.

El Presidente o el Congreso, entonces, no estarían ejerciendo ninguna atribución ajena a nuestra tradición constitucional al convocar a un plebiscito para resolver sobre la realización de una Asamblea Constituyente. Incluso más, estarían actuando con más legitimidad que la que caracterizó a sus antecesores, quienes no convocaron al pueblo a expresar directamente su asentimiento sobre la activación del poder constituyente originario, ni tampoco lo hicieron participar en la conformación del órgano encargado de la preparación de la nueva ley constitucional. En consecuencia, si estamos dispuestos a reconocerle *validez* a las leyes constitucionales de 1833 y 1925 –y qué decir a la de 1980–, entonces debemos reconocer *legitimidad* a una eventual convocatoria a plebiscito por el Presidente o el Congreso Nacional.

2.3. La no justiciabilidad de la decisión constituyente

Nuestra propuesta podría enfrentarse a un obstáculo: que el Tribunal Constitucional interviniera declarando inconstitucional la convocatoria a plebiscito iniciada por el Congreso Nacional o el Presidente. Tal acción nos sacaría del plano de la legitimidad, en el que he estado argumentando, y nos regresaría al de la legalidad, condenando la convocatoria al fracaso.

Esta posibilidad ya ha sido considerada por Fernando Atria. Discutiendo el evidente bloqueo que representa el doble candado del sistema binominal

60 Ibid., p. 478.

y las leyes orgánicas constitucionales, y que permite que “todavía 20 años después, el sistema educacional (y el laboral, y el tributario, y el de salud, etc.) responda a la voluntad de la dictadura y no del pueblo”,⁶¹ Atria ha planteado como solución la realización de un plebiscito convocado por el Presidente con el apoyo de la mayoría de los miembros de ambas cámaras. Dado que la competencia de declarar inconstitucional una convocatoria a plebiscito radica en el Tribunal Constitucional exclusivamente a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, si la mayoría de los parlamentarios apoya la convocatoria, “ni la Cámara ni el Senado podrán requerir la intervención del tribunal, y por consiguiente nadie podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria”.⁶²

Me parece que la argumentación procedimental de Atria resulta innecesaria, puesto que existen razones substantivas que impedirían la intervención del Tribunal Constitucional. Ellas giran en torno a la premisa central del sistema de gobierno que la Constitución Política de la República dice establecer: la soberanía del pueblo, titular del poder constituyente. Como se ha recordado, el poder constituyente del pueblo no admite circunstancias ni condiciones de ningún cuerpo instituido o poder del Estado y menos de un órgano esencialmente llamado a escuchar la voz constituyente del pueblo a fin de hacerla cumplir, esto es, el Tribunal Constitucional.

Por esta razón, órganos jurisdiccionales donde se discuten conflictos de constitucionalidad han reconocido que hay materias donde su jurisdicción cesa en razón de la radical politicidad de las disputas en cuestión. En Estados Unidos, por ejemplo, esto ha sido denominado como la *doctrina de la cuestión política* (“political question doctrine”), la que califica a los conflictos que ella identifica como no justiciables. La Corte Suprema ha señalado que entre las circunstancias que permiten caracterizar a un asunto como tal se encuentra “la inusual necesidad de una adhesión sin reservas a una decisión política ya hecha”.⁶³ Pues bien, ninguna decisión política reviste tal condición de manera más intensa que la decisión constituyente. Por ello, esta no es justiciable ante un órgano jurisdiccional, no justiciabilidad que se extiende a cada uno de sus elementos integrantes.

La doctrina de la cuestión política no es una teoría foránea, sino que ha

61 Atria, Fernando, *La mala educación*, (Catalonia) 2012, p. 30.

62 *Ibid.*, p. 30.

63 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217: “an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made”.

sido aceptada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en causa Rol N° 46, del 21 de diciembre de 1987. En dicha sentencia, a petición del Ministerio del Interior, el Tribunal Constitucional aplicó a Clodomiro Almeyda las sanciones previstas por el antiguo artículo 8° de la Constitución Política de la República. Esta disposición, recordemos, declaraba como “contrario al ordenamiento institucional de la República” todo “acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas” que propugnaran “una concepción de la sociedad” “fundada en la lucha de clases”, contemplando para el sancionado, entre otros castigos, la privación del derecho “a optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal” y de ser “dirigentes de organizaciones políticas”. Las sanciones a Almeyda fueron dejadas sin efecto mediante sentencia Rol N° 113, del 14 de agosto de 1990, por haber sido derogado el artículo 8° por la Ley de Reforma Constitucional 18.825. Sin embargo, el núcleo argumental allí contenido en materia de no justiciabilidad de la decisión que da origen a una Constitución, mantiene su vigencia al estar sustentado en la distinción clásica entre poder constituyente y poder constituido. Debido a la relevancia de dicha argumentación para estos efectos, transcribiré a continuación el texto de la sentencia en lo que atañe a esta materia:

- 31) Que se afirma, en seguida, por el requerido, que el artículo 8°, “no solamente es ilegítimo en sí mismo y por ello ineficaz, sino también porque está inserto en un cuerpo de normas ilegítimas por su origen”. Se argumenta al efecto que el pueblo no tuvo participación en la elaboración del texto de la Constitución Política, que no hubo en el acto plebiscitario alternativa al texto aprobado por la Junta de Gobierno y, en fin, “que el procedimiento del llamado plebiscito no reunió las mínimas garantías para hacer confiable el resultado oficialmente anunciado”. A lo anterior, se agrega que, además, la Constitución de 1980 adolecería de ilegitimidad substancial “porque niega la democracia y desconoce los derechos humanos” y “por la gestión que ha hecho de los negocios públicos el régimen actual”, lo que se demostraría especialmente con la implantación del actual modelo económico, con la actitud asumida en materia de derechos humanos y con el estado actual de las relaciones exteriores de Chile.
- 32) Que, como puede apreciarse, el requerido plantea la ilegitimidad e ineficacia del artículo 8° de la Carta Fundamental por formar parte de la Constitución Política de 1980, a la cual le imputa una ilegítimi-

dad de origen, por una parte, y por la otra una ilegitimidad substancial derivada de su contenido y “de la gestión de Gobierno realizada por el régimen actual”.

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

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

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

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

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

Como se ve, el interés de esta sentencia para esta materia es doble, puesto que Almeyda cuestiona la legitimidad y eficacia de la Constitución Política de la República con los mismos argumentos aquí expuestos. Es probable que los integrantes del Tribunal Constitucional hayan estado subjetivamente satisfechos con la existencia de la Constitución Política de la República.⁶⁴ Sin perjuicio de ello, la respuesta que entregaron fue adecuada: no puede un poder constituido juzgar al poder constituyente. Solo al titular de dicho poder le es posible reconsiderar y revocar las decisiones constituyentes pasadas. Así, si en algún momento llega a discutirse la justiciabilidad de una convocatoria a plebiscito al margen de la Constitución Política de la República, la memoria de Clodomiro Almeyda será reivindicada de una forma paradójica: la propia sentencia que lo sancionó servirá para dejar fuera de la discusión al Tribunal Constitucional.⁶⁵

3. La Asamblea Constituyente

Las mismas características que dificultan la acción colectiva del pueblo hacen necesaria la conformación de un órgano que traduzca su voluntad en disposiciones constitucionales. Así lo observaba Sieyès, señalando que “[p]uesto que una gran nación no puede reunirse en realidad cada vez que pudieran exigirlo las circunstancias fuera de lo común, necesita confiar a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones”.⁶⁶

64 El Tribunal estaba en ese momento presidido por José María Eyzaguirre Echeverría e integrado por Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo, Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa y Eduardo Urzúa Merino. Las simpatías de Eyzaguirre, Ortúzar y Philippi por la Junta Militar son conocidas de sobra, así como el rol de Valenzuela en desmantelar desde el Tribunal algunas de las iniciativas de la Junta Militar.

65 El mismo argumento valdría frente a la Contraloría General de la República, que podría rechazar la toma de razón de los decretos que operativizaran la convocatoria a plebiscito y la organización de la Asamblea Constituyente. La Contraloría, tal como el Tribunal Constitucional, no puede intentar “situarse por sobre el Poder Constituyente originario” cuando aquel ha entrado en funcionamiento. Intentar someter a condiciones al poder constituyente en formación sería un acto de sedición por parte de cualquiera de estos órganos, pues estarían arrogándose la representación del pueblo—la custodia de instituciones hechas en nombre del pueblo— en circunstancias que el pueblo está en vías de expresarse por sí mismo.

De más está decir que lo mismo aplica respecto a las Fuerzas Armadas y de Orden, pese a las pretensiones pretorianas de erigirlas en “garantes de la institucionalidad”, articuladas por Jaime Guzmán durante la Unidad Popular y, a instancias de la Junta Militar, recogidas hasta el 2005 en la Constitución Política de la República. Solo en una tiranía militar, jamás en un régimen constitucional y menos aun en una república democrática, pueden las Fuerzas Armadas pretender intervenir en las decisiones del poder constituyente del pueblo. Sobre el pretorianismo de Jaime Guzmán, véase Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Una biografía intelectual*, (Lom) 2011, pp. 203-230. Sobre el concepto de tiranía, véase Atria, “Sobre la soberanía y lo político”, en *Derecho y Humanidades*, Vol. 12, 2006, pp. 60-67.

66 Sieyès, op. cit., p. 148.

Dichos representantes han de ser *extraordinarios*, particularmente en el contexto actual. Tanto por razones de principio –el pueblo ha de iniciar directamente el proceso constituyente– como de conveniencia –el Congreso Nacional está cuestionado, y dicho cuestionamiento pareciera tener mucho que ver con su estructura binominal–, el Congreso Nacional no puede servir como espacio de elaboración de una nueva propuesta constitucional. Mucho más conveniente es que dicha propuesta surja de un cuerpo elegido explícitamente con ese propósito, mediante reglas electorales que no estén afectadas por las distorsiones introducidas por la Junta Militar. Por esto, sostengo que nuestra nueva Constitución Política de la República tendría que ser generada mediante un procedimiento democrático y participativo.

Que dicho procedimiento sea democrático significa que la nueva Constitución debe ser redactada por una Asamblea Constituyente conformada por diputados constituyentes elegidos por cada circunscripción de manera proporcional al número de electores que allí residan. Como vimos, el gran problema con la distribución de diputados hecha por la dictadura en 1989 es que entrega el mismo número de diputados y senadores a circunscripciones y distritos que tienen significativas diferencias en cuanto al tamaño de su población. Por esto, me parece que es posible, para efectos de la elección de diputados constituyentes, emplear el diseño actual de distritos, pero asignándole a cada uno de ellos una cantidad de diputados constituyentes en función de su número de habitantes. Me parece que sería razonable que hubiese un diputado constituyente cada 50.000 habitantes o una fracción superior a 25.000, lo que resultaría en una asamblea compuesta por unos 340 diputados.⁶⁷ Así, por ejemplo, el distrito 59⁶⁸ tendría dos diputados constituyentes; el distrito 11,⁶⁹ cinco diputados constituyentes; y el distrito 29,⁷⁰ 14.⁷¹ Adicionalmente, el sistema debiera ser mayoritario y sin listas, a fin de colocar en una situación objetiva de igualdad a todos los candidatos, resultando en cada distrito electas las primeras mayorías.

67 Me parece preferible esta solución a la de asignar diputados en función de la cantidad de electores que efectivamente acudan a la votación. Es, además, la que nuestro constitucionalismo empleó históricamente hasta 1973.

68 Compuesto por las comunas de Coihaique, Lago Verde, Aisén, Cisnes, Guaitecas, Chile Chico, Río Ibáñez, Cochrane, O'Higgins y Tortel.

69 Compuesto por las comunas de Los Andes, San Esteban, Calle Larga, Rinconada, San Felipe, Putaendo, Santa María, Panquehue, Llaillay y Catemu.

70 Compuesto por las comunas de Puente Alto, Pirque, San José de Maipo y La Pintana.

71 Mis cálculos emplean los números del Censo 2002.

Que dicho procedimiento sea participativo significa que la Asamblea Constituyente deberá dividirse en comisiones temáticas, a cuyas sesiones deberán ser invitadas a exponer todas las organizaciones sociales y personas que así lo soliciten. Debiera contemplar la existencia de mecanismos para la presentación de propuestas ciudadanas y la realización, por parte de los diputados constituyentes, de consultas en sus distritos.

El proceso constituyente, por supuesto, tendría que concluir con la realización de un plebiscito donde la ciudadanía ratificara su nueva Constitución o, eventualmente, votara entre las distintas propuestas que hubiesen surgido. Tal como en los primeros años de nuestra república, este proceso constituyente podría concluir con el juramento de fidelidad a nuestra nueva Constitución, una genuina Constitución Política de la República de Chile.

4. Una nueva Constitución

Para concluir mi exposición, quisiera delinear las características centrales de lo que, a mi juicio, debiera ser el contenido de una nueva Constitución.

Me parece que esta debiera estar animada por la preocupación de incorporar un rango más amplio de intereses sociales bajo su esfera protectora. Recordemos que los derechos constitucionales consisten en un mecanismo jurídico de protección de intereses. La estructura lógica de los derechos, en efecto, involucra la identificación de un cierto interés social a través de una descripción abstracta de los supuestos de hecho que desencadenarán su protección por parte de los organismos administrativos y judiciales del Estado. Hoy en día, la Constitución Política de la República protege con particular énfasis los intereses de quienes cuentan con recursos propios para acceder a diversos bienes –educación, emprendimiento, defensa judicial, expresión– pero ignora los intereses de quienes carecen de recursos propios para acceder a los mismos bienes. También ignora otros intereses que escapan a la lógica materialista de la propiedad, tales como el interés en la participación femenina en espacios públicos o en la protección y promoción de la diversidad como una forma de disminuir la discriminación en nuestra sociedad. Si nuestra Constitución actual gira en torno a la libertad económica y el derecho de propiedad, una nueva Constitución debe proclamar un conjunto nuevo de derechos sociales y económicos, y mandar al legislador para que satisfaga dichos derechos.

Ahora bien, una nueva Constitución no debe ser capturada por la ilusión de que es posible satisfacer todas las expectativas y resolver todos los conflic-

tos mediante un texto constitucional. Por ello, una nueva Constitución debería asumir que su propósito habrá de ser el de institucionalizar la democracia y la participación, eliminando las trabas que actualmente existen en el proceso político. Esto significa, como mínimo, la eliminación de los quórum supermayoritarios establecidos en la Constitución de 1980; el reemplazo del binominal; la desconstitucionalización de organismos tales como el Consejo de Seguridad Nacional y el Banco Central; la determinación de que cada diez años se actualice el número de parlamentarios con que contará cada circunscripción electoral; y, desde luego, la redacción de la propia Constitución en términos que establezcan principios generales y conceptos abiertos que entreguen la configuración de los detalles al legislador.

Por último, los poderes públicos deberán ser organizados de forma tal de favorecer la democracia y la participación. Autoridades regionales elegidas democráticamente, presupuestos regionales participativos, iniciativa popular de ley, revocación de mandatos parlamentarios, disminución o derechamente eliminación de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, reducción de las atribuciones del Tribunal Constitucional, revisión de la relación entre Ejecutivo y Parlamento, son algunas ideas que favorecerían dicha organización democrática y participativa del poder político.

5. Despejando algunas objeciones

Un lector que no hubiese seguido atentamente las premisas de mi argumentación ni el desarrollo que de ellas he hecho, podría responderme de la siguiente manera: “En Chile, el poder constituyente originario solo se ha ejercido ante situaciones de colapso de la institucionalidad preexistente; así ocurrió tras el triunfo de Lircay en 1829, tras el cierre del Congreso en 1924, y tras los sucesos de 1973. Sostener que estamos en una situación de caos político o social similar al existente en aquellos momentos es, a todas luces, equivocado. En consecuencia, no se hace necesario convocar a una asamblea constituyente; basta con (x)”. Este argumento podría ser escuchado de labios de personeros del actual y del anterior gobierno, por cierto, así como de algunos académicos. Dependiendo de la identidad del hablante en cuestión, (x) consistiría en responder a algunas demandas sociales mediante políticas públicas “focalizadas” (más inversión en educación; más recursos para las regiones), o en reformas políticas también “focalizadas” (crear nuevos distritos parlamentarios; modificar el binominal para los más atrevidos) o, incluso, simplemente, en un “cambio en el equipo” (sale Piñera, entra Bachelet).

Debo señalar que quien haya pensado en esta objeción no ha entendido mi argumentación y haría bien en volver a leer este ensayo. El punto de partida de esta discusión no es ni una crisis de la institucionalidad, ni el caos social y político, ni las demandas sociales en proliferación, ni el desprestigio de la clase política. Todo ello, sin duda, es relevante, pero en el sentido en que son relevantes los *efectos* para conocer a su *causa*. El punto de partida de esta discusión es que la Constitución Política de la República tiene déficits democráticos y republicanos. Dicho en forma más simple, en el “lenguaje de la calle”: ni es democrática, ni es republicana. La solución no ha de ser “focalizada” sino constitutiva: constituyente.⁷²

Alguien podría insistir en el punto anterior desde otro ángulo, señalando lo siguiente: “los procesos constituyentes que dieron origen a las Constituciones de 1833, 1925 y 1980 fueron todos fruto de “quiebres de la institucionalidad”, los cuales incluyeron diversas formas de intervención de los militares en política. Tal conjunción de eventos, ciertamente, parece distante en el presente”. Debo confesar que alguna vez pensé de forma parecida. Sin embargo, paulatinamente he llegado a ver el pasado de una forma distinta, lo cual me ha llevado también a apreciar el presente de manera diferente.

Cada uno de los eventos de crisis, agitación o quiebre que ocurrieron en el pasado sirvieron solo de contexto para actos constituyentes, en los que sujetos de la élite ocuparon el espacio público para reclamar discursivamente un nuevo orden constitucional. Si Gandarillas adujo al presentar su moción que “la nación entera ha manifestado su voluntad de que se reforme el Código Constitucional”, Alessandri afirmó que “hay necesidad imprescindible de consultar las distintas corrientes en que se divide la opinión del país, para organizar, de acuerdo con ellas, una Asamblea Nacional Constituyente”. Los momentos constituyentes fueron esos, no los preludios de violencia que les precedieron.

A eso habría que añadir que los actos de violencia y exclusión que precedieron a 1833, 1925 y 1980 se explican en retrospectiva *precisamente* por sus resultados excluyentes. El poder constituyente del pueblo no necesita hoy estar precedido por un acto de violencia y exclusión, *pues aspira a ser constitutivamente incluyente*. Las movilizaciones sociales de los últimos años servirían

⁷² Habría que agregar que, quien creyera que las crisis de hoy no son comparables a las del pasado, haría bien en redimensionar sus parámetros comparativos. Ni el pasado estuvo tan mal, ni el presente está tan bien. Las percepciones históricas están moldeadas por sujetos concretos con intereses determinados. El juicio sobre el nivel de crisis o de caos del pasado no puede ser resuelto apelando a los manuales escolares de historia de Francisco Antonio Encina, así como el juicio sobre el nivel de crisis del presente no puede ser zanjado leyendo las editoriales de El Mercurio.

entonces como el contexto adecuado para un ejercicio del poder constituyente del pueblo. No necesitamos quiebres de la institucionalidad para ello.

Otra posible objeción a la que imagino son proclives sectores que no se oponen en principio a la idea de una asamblea constituyente⁷³ es la de señalar respecto de tal que “sabemos dónde empieza, pero no dónde termina”. Estoy seguro de haber escuchado esta objeción, pero todavía no logro entender qué *significa*. Es decir, en qué sentido esta propiedad de las asambleas constituyentes, lo que podríamos llamar su *contingencia*, las distingue de otros fenómenos humanos. ¿Podemos saber de antemano dónde terminará una asamblea constituyente, es decir, cuáles serán sus resultados? Por supuesto que no, así como tampoco podemos saber de antemano cuáles serán los resultados de una elección presidencial o de un partido de fútbol *a menos que no sean competitivos y los resultados estén arreglados*. Y pareciera ser que el imaginario concertacionista se ha acostumbrado a los resultados arreglados debido a su disciplinamiento binominal de más de dos décadas.

Entonces, a quien objete a la idea de una asamblea constituyente que no sabemos cuál será su resultado, esto es, cuáles serán las ideas que prevalecerán en ella, habrá que responderle: ¡por supuesto! Es más, no podemos saber cuál sería el resultado de un plebiscito sobre la idea misma de convocar una asamblea constituyente. Quizás resulta que una mayoría de los chilenos cree que la Constitución Política de la República, pese a sus déficits democráticos y republicanos, es la norma política adecuada para nuestra realidad. Ya lo dije antes: estas son discusiones éticas, sobre el valor de la vida en común, y quizás los chilenos han encontrado otras fuentes de sentido fuera del espacio común de la política. Yo podría decir, entonces, que sabemos dónde empieza un plebiscito pero no sabemos dónde termina. ¿Es eso, bajo alguna de las formas existentes de argumentación racional, un argumento para que yo me opusiera a la realización de un plebiscito? Por supuesto que no. Sería el equivalente político del niño que, cuando su equipo de fútbol va perdiendo, interrumpe el partido y declara “la pelota es mía”. Ese niño no acepta como resultado posible la derrota y, por lo tanto, no se ha comprometido sincera y genuinamente con la lógica inmanente del *procedimiento competitivo*. Sería el equivalente, por cierto, del candidato a parlamentario que exigiera ser acom-

73 Aquí se encontrarían, probablemente, aquellos herederos políticos de Frei y Aylwin que hayan creído en los setenta u ochenta en la necesidad de una asamblea constituyente, pero que al calor de la normalidad transicional se acostumbraron al panorama constitucional. También los antiguos allendistas que, desde sus actuales posiciones de poder, miran hoy sus ideales de juventud como ensoñaciones opiáceas.

pañado por un compañero de lista desconocido o, peor, correr solo. Ejemplos de la vida real no faltan.

En consecuencia, que quede claro que no subordino mi propuesta sobre la realización de un plebiscito a la convicción de que triunfe la opción SÍ, ni tampoco subordino mi propuesta sobre la realización de una asamblea constituyente a la expectativa de que en ella triunfen las ideas democráticas y republicanas que acá he expuesto. Eso me permite exigirle a los demás que se comprometan a lo mismo y que los únicos mecanismos de acción sean la capacidad de deliberar y persuadir, no las ventajas de poder que se tengan – escaños parlamentarios, acceso a medios de comunicación, ¿cercanía con las Fuerzas Armadas?– o la capacidad de bloqueo que de ellas deriven. En definitiva, lo constitucionalmente importante es que el pueblo exprese su voluntad en estas materias, no las expectativas con las que cada actor llegue al proceso.

Conclusión: El valor histórico del disenso

Un mínimo de realismo exige tener presente que, pese a las demandas sociales y las movilizaciones estudiantiles, y pese a los argumentos entregados aquí y por otros académicos en otros espacios, es altamente probable que los conductores del proceso político en los próximos años no lleven a cabo este programa de democratización republicana. ¿Qué valor puede tener, entonces, estructurar un discurso programático aunque su destino probable sea la derrota?

La respuesta pasa por revisar la noción de “derrota” contenida en tal afirmación. El disenso, entendido como la defensa de posibilidades no realizadas históricamente, tiene un valor propio, específico, que le permite no solo no imaginarse subjetivamente como derrota –el espejismo de la “victoria moral”– sino pensarse como instrumento de acción política futura.

El mejor ejemplo de dicho valor lo ofrece el último discurso de Salvador Allende, durante la mañana del 11 de septiembre de 1973. Consciente de la posibilidad de su próxima muerte, Allende afirma con resolución que, si lo asesinan, “el pueblo seguirá su ruta”. “El proceso social no va a desaparecer porque desaparece un dirigente. Podrá demorarse, podrá prolongarse, pero a la postre no podrá detenerse”. Es precisamente en la proclama de nuevas oportunidades en el futuro para realizar los sueños del pasado, que el disenso del presente se transforma en un momento preñado de victoria.

El disenso logra este objetivo evidenciando la posibilidad de otros mundos. Si detrás de la convocatoria a plebiscito para realizar una asamblea constituyente y redactar así una nueva Constitución no hubiese argumentos, sino

mero capricho o la defensa parcial del interés propio, entonces en cuanto acto de disenso sería estéril y no tendría el potencial de movilizar políticamente a nadie, ni hoy ni mañana. La elaboración de argumentos que permitan explicar no solo su legitimidad sino también su factibilidad permite darle esa función movilizadora. Por esto es importante contar con estos argumentos; porque, aun cuando no ocurra en dos ni en cinco años, algún día las fuerzas populares habrán logrado el impulso necesario para revertir décadas de postergación. Como dijera Sieyès en una coyuntura similar, hace doscientos veinticuatro años, el pueblo “debe ser consciente, en medio de la evolución de mentalidades y de asuntos políticos, de que solo puede contar con su razón y su valor. La lógica y la justicia están de su lado; tiene que asegurarse de todas sus fuerzas”.⁷⁴

74 Sieyès, op. cit., p. 159.

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2013
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas
Alberto Coddou
Luis Cordero
Jorge Correa Sutil
Javier Couso
Rodolfo Figueroa
Matías Guiloff
Judith Schönsteiner
Tomás Vial

Director

Javier Couso

Secretaria de Redacción

Tamara Carrera

Editor de Estilo

Sergio Missana



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES