



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

“PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE 2020”

CONSTANZA SERRANO URQUIOLA

EDUARDO RUZ AHUMADA

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Guía: Gabriel Celis Danzinger

Santiago, Chile, 2020

INDICE

INTRODUCCION.....	7
--------------------------	----------

CAPÍTULO I. ANÁLISIS HISTORICO, SOCIAL Y JURÍDICO DE LOS PROCESOS

CONSTITUCIONALES EN CHILE. 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, Y 1925.....	10
---	-----------

I. ENSAYOS

CONSTITUCIONALES.....	12
- Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Provisoria de 1811.....	12
- Reglamento Constitucional Provisorio de 1812.....	12
- Reglamento de Gobierno Provisorio de 1814.....	13
- Constitución Política de 1822.....	13
- Constitución Política de 1823.....	13
- Proyecto Constitucional de 1826.....	14
- Constitución Política de 1828.....	14
- Constitución Política de 1833.....	15
- Constitución Política de 1925.....	20

CAPÍTULO II. ANÁLISIS HISTORICO, SOCIAL Y JURÍDICO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1980 Y SUS POSTERIORES MODIFICACIONES.....	25
---	-----------

I. FUENTES MATERIALES Y FORMALES QUE INTERVINIERON.....	23
--	-----------

II.	MODIFICACIONES IMPORTANTES A LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	35
-----	---	----

CAPÍTULO	III.	PROCESO CONSTITUYENTE CHILE	2020.....	37
-----------------	-------------	------------------------------------	------------------	-----------

I.	ANÁLISIS DE SUS FUENTES MATERIALES, FENÓMENO DENOMINADO ESTALLIDO SOCIAL DEL 24 DE OCTUBRE DE 2019.....	40
II.	PROCESOS CONSTITUYENTES COMPARADOS CONTEMPORANEOS.....	52
	A.). Mecanismos Utilizados en las Constituciones Comparadas.....	51
	A. Vía poder legislativo.....	51
	B. Asamblea Constituyente.....	52
	C. Variante: Congreso o parlamento constituyente.....	52
	D. Comisión constituyente o comisión de expertos.....	53
	E. Otros mecanismos: Tratados internacionales.....	53
	B.). Factores que Intervienen.....	54
	A. Participación ciudadana.....	54
	B. Manifestaciones e iniciativas de carácter social o popular.....	55

C. Elecciones Populares.....	56
D. Mecanismos consultivos y/o deliberativos.....	56
E. Ratificación del texto constitucional.....	57
F. Educación Cívica.....	57
 C). Principales Mecanismos Utilizados en las Constituciones Comparadas.....	58
 D). Cambios Constitucionales a través de Asambleas Constituyentes.....	59
 A. América Latina En América Latina.....	59
a.1) Constitución de Colombia de 1991	60
a-2). Constitución de Venezuela de 1999.....	61
 B. África	63
b.1). Constitución de Sudáfrica de 1996.....	63
 C. Asia y Pacífico	65
c.1). Constitución de India de 1950.....	65
c.2.) Constitución de Camboya de 1993.....	66
 D. Europa.....	67

d.1).	Constitución de Italia de 1947	67
d.2)	Proceso constituyente de Islandia	68

III.	FÓRMULAS PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE.....	73
------	--	----

A)	ASAMBLEA CONSTITUYENTE.....	81
----	--------------------------------	----

B)	CONVENCIÓN MIXTA CONSTITUYENTE.....	85
----	-------------------------------------	----

C)	CONVENCIÓN CONSTITUYENTE.....	85
----	-------------------------------	----

CONCLUSION.....	89
-----------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	92
-------------------	----

“la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto.” Hesse, 2011.

INTRODUCCIÓN

Los movimientos sociales han centrado su crítica en “el modelo” surgido de la Constitución de 1980. Dada la supuesta ilegitimidad, hermetismo y falencias democráticas de la Carta Fundamental, una convención constituyente sería la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Sin embargo, una mirada atenta de las experiencias constituyentes propiciadas por las izquierdas más extremas de América Latina en las últimas décadas muestra que ha sido un mecanismo para concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciando la democracia representativa y evitando los contrapesos institucionales. Pretenderlo para Chile sería renunciar al desarrollo institucional que ha fundado en la representación política y democrática para la adopción de decisiones políticas. No parece razonable, entonces, transitar ese camino.

El actual texto constitucional-legitimado de múltiples maneras, ha realizado aportes significativos a la estabilidad y gobernabilidad del país desde el retorno a la democracia. Uno de ellos fue incorporar mecanismos para que las mayorías no arrasen los derechos de las minorías, pues la finalidad de las constituciones es, precisamente, garantizar la libertad y la dignidad de todas las personas.

Pero, sin lugar a duda, Chile ya no es el mismo de antes, el 18 de octubre de 2019 fue clave para que el país tomará otro camino. Lo que mediáticamente ha sido llamado como “el estallido social”, vino a generar un cambio social, político y económico en el país y en la sociedad, pero aún más relevante, y desde nuestra perspectiva personal, vino a quebrantar de cierta forma el Estado de Derecho que regulaba la vida en sociedad.

Las demandas sociales que generaron este descontento y despertar social, estuvieron latentes durante las primeras semanas, y fueron las banderas que se enarbolaban en cada manifestación, en cada esquina, eran los argumentos que justificaban también, lo

injustificable, como lo fue el nivel de violencia que azotó a gran parte, por no decir a todo el país; y también fue el tema central del debate político en las sesiones express y extensas que al amparo de lo acontecido, debió celebrar el poder legislativo.

No obstante, aquello, el movimiento social sin olvidarse por completo de las demandas sociales comenzó a orientar su fuerza en la idea de cambiar la Constitución Política de la República, bajo los argumentos que es dicha carta fundamental la que opera como un obstáculo para la igualdad y equidad, siendo también un candado que no permite la modificación del ordenamiento jurídico relacionado con las demandas sociales que el movimiento pregona.

Sin lugar a duda, Chile a partir del 24 de octubre de 2019 cambió, y esa es la razón porque escogimos este tema de investigación, debido a los hechos acaecidos, surgió un interés por conocer de manera más profunda los orígenes de cada proceso constituyente, avocándonos no solo al enfoque jurídico que es lo que nos atañe, sino también desde un punto de vista social como fuente material de estas decisiones, y como finalmente desde el derecho se pudieron concretar los acuerdos en el marco de la regulación jurídica en la cual se sostuvo la sociedad chilena en cada una de las etapas de la historia.

Chile se encuentra en una enorme incertidumbre, porque no se sabe si una nueva carta fundamental sería la solución para apaciguar el descontento social. Para lograr responder esa pregunta es necesario en primer lugar presentar el debate que ha surgido en la esfera jurídico-política respecto al tema, esto para que el lector determine si es imperativo elaborarse o no una nueva Constitución y de ser así, tenemos que revisar los mecanismos que se utilizan en el mundo y cuál sería el más idóneo para el caso particular de Chile.

Encontramos que como equipo de investigación, siendo éste un tema totalmente susceptible de investigación, también es un tema que contingentemente es importante de investigar, conocer los orígenes jurídicos y sociales de cada Constitución, y particularmente la de 1980 con sus respectivas modificaciones, para revisar si en la práctica, los estigmas y prejuicios de haber sido dictadas en un estado de facto, son realmente impedimento para subsanar las

demandas sociales, y objetivamente era necesario iniciar este proceso constituyente que se nos aproxima.

Este trabajo busca que el lector se forme una opinión sobre el tema en comento y que a la vez, nosotros como autores también nos sintamos libres de expresar la nuestra, independiente si coincide o no.

CAPÍTULO PRIMERO

ANÁLISIS HISTÓRICO, SOCIAL Y JURÍDICO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN CHILE.

CONSTITUCIONES de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, y 1925.

Desde el inicio del proceso de independencia a comienzos del siglo XIX, en Chile se han implementado diferentes formas de organización del Estado, lo cual se expresa en la elaboración de constituciones políticas, considerada pieza fundamental de la modernidad política republicana.

La elaboración, implementación y crisis de una constitución –y su propio contenido-, solo es posible comprenderla dentro de un contexto histórico complejo, en el cual influyen múltiples variables coyunturales: los grupos políticos y sociales (civiles o militares) que están en el poder del Estado, el contexto político-ideológico nacional e internacional, los elementos económicos y la estructura social, entre otros, son parte de los factores que explican el surgimiento o la supresión de los distintos cuerpos constitucionales, así como también su propio contenido. Muchas veces, en efecto, las crisis políticas/institucionales tienen como consecuencia la dictación o la supresión de una Carta Fundamental.

Gran parte de las Constituciones chilenas–a excepción de las Leyes Federales de 1826- tienen como principio básico la definición de un Estado unitario, a la vez que enuncian los grandes principios de la modernidad política, dependiendo de la coyuntura histórica concreta: definición republicana, soberanía popular, ciudadanía y mecanismos de participación política, derechos y deberes fundamentales, división de poderes del Estado (encabezados por un Director Supremo y desde 1826 por un Presidente de la República)¹, tipo y/o forma de gobierno, función de los organismos públicos, entre otros elementos.

Desde este punto de vista, se distinguen dos grandes períodos históricos que pueden ayudar a comprender nuestra historia constitucional. El primero se podría extender entre 1811 y

¹ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

1833, período histórico de búsqueda y de ensayo de diferentes modelos constitucionales, predominando una cierta inestabilidad política que derivó en la dictación de varias constituciones (1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1826, 1828). En segundo lugar, se distingue un período que abarca desde 1833 a la actualidad, marcado por una mayor estabilidad constitucional y con escasas constituciones, caracterizadas por su capacidad de duración, flexibilidad y acomodo a las circunstancias históricas (1833, 1925 y 1980)².

Entre 1811 (pleno período de Independencia) y 1830 se suceden en nuestro país diversos intentos por reglamentar la convivencia nacional. Con posterioridad a 1818, el lapso comprendido entre 1823 a 1829 ha sido considerado como un período de “ensayos constitucionales” o de “organización de la República”. Con la Constitución de 1833 se estructura un Estado fuerte, con un régimen presidencial marcado en armonía con las necesidades de los grupos gobernantes de la sociedad.

Tradicionalmente se ha dicho que esta constitución inauguró un período de estabilidad institucional que dura casi un siglo, hasta 1924. Esta estabilidad habría sido inédita en el contexto latinoamericano, donde las constituciones y los gobiernos en general se sucedieron con mucha frecuencia. Con todo, esta última no es necesariamente sinónimo de estabilidad política.

La Guerra Civil de 1891 es un quiebre político institucional de gran envergadura, que tiene también una dimensión constitucional. Así, el argumento del sector opositor al presidente Balmaceda es que este habría violado las leyes periódicas establecidas en la Constitución de 1833.

En el siglo XX, la Constitución de 1925 consagró un régimen presidencialista puro y otorgó al Estado un rol importante en el desarrollo económico y social del país. Producto del golpe de Estado de 1973, la Constitución de 1925 pierde su vigencia, siendo reemplazada por bandos militares y decretos leyes (D.L. N.º 1 de 11 de septiembre de 1973), hasta el año 1980 en que se promulgó una nueva Constitución³.

² <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

³ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

Esta nueva Constitución sufrió importantes reformas durante los últimos 25 años, siendo las más importantes las de 1989 (principalmente la modificación del artículo 5º relativa a derechos fundamentales y la eliminación del artículo 8º), 2005 (que elimina algunos de los enclaves autoritarios) y 2015 (que termina con el sistema binominal). Dichas modificaciones también tuvieron un correlato en leyes orgánicas constitucionales y otras normas.

I. Ensayos Constitucionales

Posterior al establecimiento de la primera Junta de Gobierno de 1810, en el período conocido como Patria Vieja, surgen algunas normativas de carácter temporal, mientras se encuentra cautivo el Rey de España, Fernando VII. Estas son:

- Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Provisoria de 1811: también conocido como Reglamento Constitucional de 1811. Se dictó al año siguiente de haberse establecido la Primera Junta Nacional de Gobierno del 18 de septiembre de 1810, siendo promulgado el 14 de agosto de 1811. Ese texto estableció un Ejecutivo colegiado de tres miembros y un Congreso unicameral, con facultades propias del Ejecutivo. Un golpe militar encabezado por José Miguel Carrera, el 4 de noviembre de 1811, puso término a este reglamento⁴.
- Reglamento Constitucional Provisorio de 1812: promulgado por José Miguel Carrera el 27 de octubre de 1812, estableció un Ejecutivo a cargo de tres personas, un Legislativo unicameral (Senado Consultivo) y se reconoció la autoridad del Rey de España. Tuvo una corta duración, siendo derogado el 6 de octubre de 1813.

⁴<https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

- Reglamento de Gobierno Provisorio de 1814: fue promulgado el 17 de marzo de dicho año, correspondiendo históricamente a fines del período conocido como Patria Vieja. Instauró el título de Director Supremo con amplias facultades, en gran parte influenciado por la Guerra de la Independencia. Su cargo tenía una duración de 18 meses, al término de los cuales quedaba sujeto a juicio de residencia. Con este reglamento el Senado perdió su carácter representativo, transformándose en un organismo meramente consultivo. Fue suspendido en octubre de 1814 con la Reconquista.

Con la proclamación y jura de la independencia nacional, el 12 de febrero de 1818, se dio inicio a una nueva etapa para Chile: la Patria Nueva. Varios gobiernos, hasta 1831, coincidiendo con el inicio del gobierno de Joaquín Prieto, ensayan normas que regulen la convivencia de los chilenos a través de diversos textos constitucionales. Estos son:

- Constitución Provisoria de 1818: el Director Supremo, Bernardo O'Higgins, nombró una Comisión Constituyente, integrada por siete personas, con el propósito de redactar un Proyecto Constitucional. Este texto fue promulgado el 23 de octubre de 1818, después de un plebiscito nacional entre las localidades de Copiapó y Cauquenes. Se consagró el principio de soberanía nacional en cuanto la Nación tiene la facultad de instalar su gobierno y dictar las leyes que lo han de regir. El país quedó dividido en tres provincias: Coquimbo, Santiago y Concepción; se reconoció la separación de poderes; el Poder Ejecutivo era ejercido por el Director Supremo con amplias atribuciones; el Poder Legislativo estaba conformado por un Senado con cinco vocales designados por el Director Supremo (inusual en la tradición constitucional de división de poderes), y cuya función era velar por la observancia de la Constitución y las leyes; y, el Poder Judicial fue entregado a un Supremo Tribunal Judiciario y a una Corte de Apelaciones y juzgados subalternos.

- Constitución Política de 1822: el nuevo código político fue promulgado el 30 de octubre de 1822. En la redacción de este texto se trató de adaptar a la nueva forma de gobierno semi-republicano la Constitución de Cádiz de 1812, además de algunas disposiciones de la Constitución de 1818. Disponía que el Gobierno de Chile sería siempre representativo, compuesto por tres poderes independientes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Consagró las garantías individuales y declaró que todos los chilenos eran iguales ante la ley sin distinción de rango o privilegio. Lo novedoso de este texto constitucional fue la adopción de un sistema bicameral compuesto por una Cámara de Diputados, con miembros elegidos, y un Senado compuesto por distintas personalidades del mundo político, religioso y cultural, como los ex directores supremos, los miembros de la Corte de Representantes, los ministros de Estado, entre otros. Dejó de regir el 28 de enero de 1823, fecha de la abdicación de O'Higgins. Entre enero y diciembre de ese año se firma el Acta de Unión de las Provincias, una especie de constitución provisional.
- Constitución Política de 1823: su principal redactor fue Juan Egaña, quien presidió la comisión designada por el Congreso Constituyente. Fue promulgada el 29 de diciembre de 1823, siendo la primera constitución nacional aprobada por un Congreso Constituyente. En este texto se declararon los derechos fundamentales y sus garantías, la soberanía nacional, la separación de poderes y la figura del Director Supremo con amplias atribuciones. Sin embargo, la complejidad de las instituciones que en ella se establecían y el procedimiento engorroso para la tramitación de las leyes, como la intención de pretender reglamentar y valorar el comportamiento incluso privado de los ciudadanos por medio de la proposición de un “Código Moral” en la constitución, hicieron imposible ponerla en práctica. De allí que será conocida como la Constitución “moralista” de Egaña. Rigió hasta el 10 de enero de 1825. Desde ese momento, el Director Supremo, Ramón Freire Serrano, gobernó de facto⁵.

⁵ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

- Proyecto Constitucional de 1826: se dictó el 31 de enero de 1826 y corresponde al Reglamento del “Proyecto para la administración de las Provincias”. Luego se siguieron dictando leyes federales, pero nunca fue denominada propiamente como una constitución. Este proyecto tuvo sus orígenes en las ideas del federalismo propiciadas por José Miguel Infante. Sin embargo, este proyecto federalista no prosperó, debido a la escasez de recursos propios de cada provincia y a la falta de facultades concedidas al Ejecutivo. A lo anterior se sumó la autodisolución del Congreso, lo cual generó inestabilidad política. Un cambio muy importante ocurrió el 8 de julio de 1826 cuando se sustituye la figura del Director Supremo por el Presidente de la República, denominación que se emplea por primera vez para el Poder Ejecutivo.
- Constitución Política de 1828: ese año se formó un Congreso Constituyente acordando que la forma de gobierno fuera la “popular representativa republicana”. Se designó una comisión encargada de redactar un proyecto constitucional, que en la práctica quedó encargada al literato liberal español José Joaquín de Mora. Fue promulgada el 8 de agosto de 1828 y pretendía ser equidistante entre el fracasado esquema federalista y el autoritarismo centralizador que propiciaban algunos “pelucones” y “estanqueros”. En ella se estableció la institución del Vicepresidente. El Poder Legislativo residía en dos Cámaras: Senado y Cámara de Diputados. El Poder Judicial quedó integrado por ministros de la Corte Suprema de Justicia, nombrados por el Congreso, y los jueces designados por el Ejecutivo. Esta Constitución fue una de las más desarrolladas a la fecha de su promulgación, aunque como aquellas, se decía que no respondía a la realidad social y cultural del país. En

todo caso, sus disposiciones esenciales fueron la base para la Constitución Política de 1833⁶.

- Constitución Política de 1833: El período de Organización de la República recién vino a finalizar en el año 1830 con la Batalla de Lircay. En este combate se impuso el bando liberal-conservador por sobre el grupo liberal, asegurando el dominio de Santiago por sobre otras provincias, dando origen a la llamada República Conservadora que se extendería entre 1831 a 1861, fecha en la cual asume el Presidente Joaquín Prieto.

Fue durante este período que el Estado de Chile se conformó institucionalmente con la Constitución de 1833, promulgada el 25 de mayo de ese año, pese a que la Constitución de 1828 estableció que no podía ser modificada hasta 1836. Con esta nueva Carta, se estructuró al Estado según las necesidades de la élite social y política de aquel tiempo, otorgándole al país un período de cierta estabilidad importante para su desarrollo, inédito en la región, el que solo terminaría en el año 1924 con el llamado “ruido de sables”, con excepción, como se ha dicho, de la Guerra Civil de 1891.

El principal ideólogo de esta Carta fue Diego Portales, quien propuso la creación de un Poder Ejecutivo fuerte e impersonal, con un Gobierno apoyado bajo el principio de autoridad y el respeto a la Ley, destinados a preservar el orden público. Los redactores del texto fueron el liberal Manuel José Gandarillas y el conservador Mariano Egaña, quienes debieron ceder en sus posiciones ideológicas para llevar a buen término su cometido.

La Constitución constaba de 168 artículos, agrupados en 12 capítulos. En su preámbulo declaró que el régimen de gobierno era “popular representativo” y que “la soberanía residía esencialmente en la Nación, que delegaba su ejercicio en las autoridades que establece la Constitución”.

⁶ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

La religión del Estado era la católica apostólica romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra. En lo referido a la ciudadanía señalaba:

“Son ciudadanos activos con derecho a sufragio los chilenos que habiendo cumplido 25 años, si son solteros y 21, si son casados, y sabiendo leer y escribir, tengan alguno de los siguientes requisitos: una propiedad inmueble o un capital invertido en alguna especie de giro o industria y el ejercicio de una industria o arte, o el goce de algún empleo, renta o usufructo”⁷.

Se reconocían garantías constitucionales: igualdad ante la ley, igualdad en la admisión a todas las funciones públicas y empleos, igualdad en el reparto de los impuestos y contribuciones a proporción de los haberes, libertad de permanecer en cualquier punto de la República, inviolabilidad de todas las propiedades, derecho de petición, libertad de imprenta y mantención del régimen de mayorazgos con algunas salvedades. Cabe reflexionar sobre el alcance real de estas igualdades y libertades en un contexto donde la ciudadanía, como hemos visto, estaba limitada. La adquisición de la nacionalidad estaba condicionada a la posesión de capital o industria, residencia de diez años para los solteros, seis para los casados con extranjeras y tres para los casados con chilenas.

El Poder Ejecutivo recaía en un ciudadano con el título de Presidente de la República, quien administraba el Estado y era Jefe Supremo de la Nación. Para ser elegido debía haber nacido en el territorio nacional y tener no menos de 30 años de edad. Duraba en su cargo cinco años, pudiendo ser reelegido por un lapso igual de tiempo. Se elegía por electores designados por los departamentos en votación indirecta. Entre sus principales atribuciones estaban: designar a los Ministros de Estado, intendentes y gobernadores; ejercer el patronato y el exequátur; vetar por un año los proyectos de ley que le presentaba el Congreso y decretar el Estado de Sitio, entre otras.

Los ministros de Estado podían desempeñar simultáneamente cargos parlamentarios, pudiendo asistir a sesiones de las ramas del Congreso y participar en sus deliberaciones, aunque no tenían derecho a voto aquellos que no formaban parte de la respectiva Cámara. Los ministros podían ser acusados constitucionalmente por el Congreso, destituyéndolos de sus cargos.

⁷ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

La Constitución de 1833 estableció un Consejo de Estado compuesto por los Ministros de Estado y por funcionarios designados por el Presidente de la República, el que entre sus funciones incluía proponer ternas para ocupar los cargos del Poder Judicial y emitir su opinión frente a las consultas del Jefe de Estado.

El Poder Legislativo residía en un Congreso Nacional, compuesto por dos Cámaras: una de diputados, elegidos por los departamentos de votación directa (uno por cada 20.000 habitantes), y un Senado, integrado por 20 senadores nombrados por electores, que para este objeto designaban los departamentos en número triple al de los diputados.

La misión del Congreso consistía en discutir y aprobar las leyes, entre las cuales estaban las llamadas leyes periódicas (actualizables cada 18 meses), el cual era el único mecanismo con el que Congreso contaba, hasta 1870, para atenuar el poder del Presidente de la República. Dentro de estas leyes se incluían la ley de presupuesto (autorizaba los gastos del Estado), la Ley de Cobro de Contribuciones, y la ley referente a la existencia de Fuerzas Armadas de mar y de tierra. Entre las atribuciones exclusivas del Congreso estaban la de: “autorizar al Presidente de la República para que use de facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley”.

La Constitución establecía que no podían ejercer funciones judiciales ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional. Los tribunales establecidos eran los encargados de administrar justicia, decidiendo las controversias conforme al derecho vigente (que en aquella época aún tenía fuertes componentes del derecho español). Se estableció la inamovilidad de los jueces, salvo en casos especiales como cohecho, falta de observancia de las leyes o mala administración de justicia. Las Fuerzas Armadas eran una entidad obediente y no tenían derecho a deliberar en asuntos políticos y judiciales.

La Constitución de 1833 tuvo carácter presidencialista durante sus primeros cuatro decenios de vigencia. A partir de 1871, se dará comienzo a una serie de reformas constitucionales, sumado a prácticas políticas que contribuirán, hacia fines del siglo XIX y principios del XX, a la instauración en Chile de un régimen parlamentario o a un “parlamentarismo a la chilena” que existió hasta el año 1925.

Algunas de las principales reformas a la Constitución Política de 1833:

- La primera es la del 27 de julio de 1865. Se trata de una ley interpretativa del artículo N° 5, que permite la libertad de cultos alternativos al católico, permitiendo su práctica en recintos privados.
- El 8 agosto de 1871 se dispuso por ley que el Presidente de la República duraría en el ejercicio de sus funciones cinco años, sin poder ser reelegido para el siguiente período.
- El 25 de septiembre de 1873 se aprueba una ley que se refiere a los quórum que necesitan las cámaras para sesionar. El Senado sesionaría con la tercera parte y la Cámara con la cuarta parte de sus miembros.
- En 1874, se modifican las condiciones para la nacionalización por parte de los extranjeros: después de un año de residencia en el país se obtiene la nacionalidad. Por otra parte, se agregan a las garantías constitucionales el derecho a reunión sin permiso previo y sin armas, el derecho de asociación, el derecho de petición y la libertad de enseñanza. También ese año se reforma la manera de elección de los diputados y se dispone que los senadores se escogerían por votación directa en las provincias. Además, se aprueban varias leyes que otorgan mayores atribuciones al Congreso. Entre las más importantes está la ley que permite agilizar la acusación a los Ministros del gobierno de turno. Otra se refiere a otorgar al Ejecutivo un plazo no mayor a la de un año para restringir la libertad personal y la libertad de imprenta. Por otra parte, se disminuyeron las atribuciones del Poder Ejecutivo, principalmente en los casos de Estado de Sitio, y también se disminuyeron las atribuciones del Consejo de Estado y la Comisión Conservadora, ambos organismos asesores del presidente de la República.
- En enero de 1882 se establecieron nuevas normas para las reformas constitucionales. Entre otras reformas, la iniciativa de ley podía originarse ahora en ambas cámaras, y las leyes se aprueban con mayoría absoluta.
- El 19 de agosto de 1888, se amplía el universo elector, pues se dispone que son ciudadanos activos con derecho a sufragio los [hombres] chilenos que hubieren cumplido 21 años, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales. Ya no existe diferenciación entre solteros y casados, ni tampoco se exige

tener una propiedad inmueble o un capital invertido en alguna especie de giro o industria y el ejercicio de una industria o arte, o el goce de algún empleo, renta o usufructo. El 14 de diciembre de ese mismo año se dictó una ley de incompatibilidades parlamentarias, que impedía ser electo a una serie de funcionarios del Estado.

- El 26 de febrero de 1924 se introdujo una importante modificación al Texto Constitucional. Esta consistía en que los diputados podrían manifestar si los Ministros merecían o no la confianza del Poder Legislativo. Con esta modificación se consolidaba definitivamente el sistema parlamentario de gobierno⁸.
- Constitución Política de 1925: Este texto constitucional establece (o restablece) el presidencialismo como régimen de gobierno. Rige buena parte del siglo XX, otorgándole el Estado un papel fundamental en el desarrollo político, económico, social y cultural del país.

El 7 de abril de 1925, reasumiendo la presidencia de la República Arturo Alessandri Palma, decide convocar a una Comisión Consultiva de 122 personas, compuesta por hombres de los principales partidos políticos (de conservadores a comunistas que gozaran de su confianza), representantes de las organizaciones sociales y de la alta oficialidad del Ejército, con el objeto de preparar un proyecto constitucional que reemplazara a la Constitución de 1833. Esta comisión, sin embargo, no fue tan representativa y existe consenso en que se impuso la voluntad del Presidente Alessandri, modelando las características de la nueva carta política.

Se trataba de cambiar el sistema parlamentario por el presidencial, con el fin de que el Presidente pudiese designar libremente a sus Ministros y que estos no pudieran ser derribados por mayorías ocasionales en el Parlamento. En definitiva, se deseaba que el Presidente de la República fuera efectivamente el Poder Ejecutivo y que el Congreso Nacional se concentrara en su labor legislativa. El nuevo texto constitucional fue finalmente redactado por una

⁸ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

subcomisión de 15 personas, donde destacaron José Maza Fernández, Domingo Amunátegui y Carlos Estévez, y aprobado en un plebiscito en julio de 1925.

Cabe destacar que durante el período 1918-1925, un grupo de actores sociales como la Federación Obrera de Chile, los profesores, la Federación de Estudiantes de Chile, sectores industriales, las organizaciones de arrendatarios y la oficialidad joven del Ejército, los cuales organizaron la Asamblea Obrera de Alimentación Nacional (1918), generando asambleas legislativas sobre temas económicos, políticos y sociales para buscar reformas legislativas, y la búsqueda de una nueva constitución, por medio la denominada Asamblea Popular Constituyente (1925) demanda que resultó ignorada por el sistema político.

La carta de 1925 instituyó un Ejecutivo fuerte, con amplias atribuciones administrativas, sin desmedro de las libertades públicas y de las garantías individuales. El presidente es Jefe de Gobierno y de Estado. Nombra y remueve discrecionalmente a los ministros que deben gozar de su exclusiva confianza, ejerciendo importantes funciones colegisladoras y nombrando a los jueces de los Tribunales ordinarios de Justicia a proposiciones en ternas o quinas (grupos de tres o cinco) de las Cortes de Apelaciones o Corte Suprema según sea el caso. El presidente duraría en su cargo seis años, siendo elegido por sufragio universal directo. Se crea la incompatibilidad entre los cargos de parlamentario con la de Ministro de Estado⁹.

El Poder Legislativo lo conformaba un Congreso bicameral, compuesto por el Senado y la Cámara de Diputados. Los Diputados, que ejercen además de la función de fiscalización de los actos de gobierno y de la administración, podían acusar constitucionalmente ante el Senado al presidente de la República, los Ministros de Estado, generales y almirantes, intendentes y gobernadores, entre otros funcionarios por los delitos que la Constitución establecía. La forma del Estado era unitaria y establecía una cierta posibilidad de descentralización provincial. Hacia fines del período de vigencia de este texto constitucional, se fue consagrando un Estado Social de Derecho. Durante su vigencia, se estableció la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en lo que se refiere a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de

⁹ <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>

proporcionar a cada persona un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades básicas y a las de su familia.

Esta Constitución estableció la separación de la Iglesia del Estado y garantizó la más amplia libertad de conciencia y de cultos. Suprimió el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora que consagraba la Constitución del 1833 por carecer de justificaciones plausibles. Creó el Tribunal Calificador de Elecciones, reemplazando al sistema de la Constitución anterior, en el cual las propias cámaras calificaban las elecciones de sus miembros.

La Constitución de 1925 terminó con las leyes periódicas como fuente de presión política del Congreso hacia el Presidente de la República, disponiendo que si el Poder Legislativo no aprobaba las leyes de presupuesto presentadas por el Ejecutivo en un plazo fijado por la Constitución, regiría automáticamente el proyecto presidencial. A su vez, el texto de 1925 estableció un sistema de control de constitucionalidad de las leyes con efecto para el caso particular que conocía. Este se concretaba a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, el cual la jurisprudencia limitó a la inconstitucionalidad de fondo.

Esta es una de las razones que llevó a establecer, en 1970, un Tribunal Constitucional encargado de realizar un control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley, es decir, una revisión que se realiza antes de que sea promulgada. Recién con la reforma constitucional de 2005, tanto el control preventivo, como los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y de inconstitucionalidad (con efecto derogatorio), pasaron a ser competencia exclusiva del Tribunal Constitucional.

Esta Constitución, si bien ha recibido cuestionamientos en cuanto a su legitimidad de origen, fue legitimada por la práctica política del período que va entre 1925 a 1973. La Constitución de 1925 vio su fin con el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, donde se cesó la labor de las Cámaras del Congreso Nacional y se bombardeó el Palacio de La Moneda.

Los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y Carabineros impusieron el Decreto Ley N° 1, donde la Junta declaraba que “se respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de

los postulados que ella se propone”. Esta declaración, en los hechos, viene a poner por escrito lo que ya ocurría en la realidad, la Constitución y las leyes se encontraban subordinadas al poder militar.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS HISTORICO, SOCIAL Y JURÍDICO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1980 Y SUS POSTERIORES MODIFICACIONES

II.FUENTES MATERIALES E INFORMALES QUE INTERVINIERON EN SU REDACCIÓN.

Para comenzar este Capítulo es indispensable no referirse a salvador Allende, una figura que al igual que Augusto Pinochet despierta distintas emociones, que van desde el odio al amor. Personajes emblemáticos de la historia de Chile, que independiente la postura política de cada uno, han dejado su huella plasmada en nuestra historia

Salvador Allende fue el presidente que intentó instaurar el socialismo en Chile por la vía democrática. Nació en 1908, en el seno de una familia de la alta clase media de Valparaíso. Desde su época de estudiante en la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile mostró su vocación por el servicio público. En 1929 integró el grupo político universitario Avance y en 1933, cuando se fundó el Partido Socialista de Chile, Allende, con 25 años, fue su primer secretario regional. Médico, socialista y masón; poseía el perfil característico del político chileno progresista y laico de la primera mitad del siglo XX. Se tituló de médico cirujano y desde el comienzo de su carrera se dedicó a la medicina social, publicando diversos trabajos sobre salud pública, como *La realidad médico social chilena*. Ingresó muy joven a la masonería y perteneció a la famosa Gran Logia de Chile. Antes de cumplir 30 años fue elegido diputado por Valparaíso y Quillota. Participó activamente en la fundación del Frente Popular y fue nombrado Ministro de Salubridad, Previsión y Asistencia Social en el gobierno de Pedro Aguirre Cerda. En 1945 fue elegido senador y se mantuvo en este cargo hasta 1970. Cuatro veces fue candidato a la Presidencia de la República, representando a una alianza cuya base la conformaban los partidos socialista y comunista: 1952, 1958, 1964 y 1970. Fue en la última postulación, la de 1970, en la que Allende venció democráticamente y llegó a La

Moneda apoyado por una agrupación de partidos de izquierda, la Unidad Popular. En esas elecciones, Salvador Allende obtuvo la mayoría con el 36% de los votos y le siguió Alessandri con el 34,9% de los votos. Al no obtener mayoría absoluta el Congreso tuvo que ratificar el triunfo. El 24 de octubre de ese año "en el Congreso Pleno Salvador Allende fue elegido presidente con 153 votos contra 35 por Jorge Alessandri" ¹⁰.

Por primera vez en la historia, y causando expectación en el mundo entero, un político socialista y marxista llegaba al gobierno a través de la votación popular. El gobierno de Salvador Allende inició, entonces, una experiencia difícil y única]; llevar al país a transitar por una vía democrática hacía el socialismo. Allende, junto a un grupo importante de sus seguidores, estaba convencido de que el socialismo podía construirse sobre la base de las tradiciones democráticas chilenas. En este sentido, fue significativo que una de las pocas leyes aprobadas en el parlamento fue la nacionalización de la gran minería del cobre.

Sin embargo, la naturaleza radical del programa de gobierno despertó una frontal oposición, tanto en el interior del país como a nivel internacional. En medio de un contexto en que aun primaba la política de Guerra Fría, el gobierno norteamericano decidido utilizar todas las armas necesarias con el objetivo final de derrocar al gobierno chileno. Durante 1972, diversos gremios paralizaron sus actividades, entre ellos, la locomoción colectiva y el transporte. El desabastecimiento de artículos de primera necesidad y los persistentes rumores de golpe militar, contribuyeron a crear en la población una sensación colectiva de desgobierno.

El 11 de septiembre de 1973, el gobierno de la Unidad Popular fue derrocado por un Golpe de Estado encabezado por el General Augusto Pinochet. Luego de conformarse una Junta Militar, ésta emitió un primer comunicado solicitando al presidente Allende la entrega inmediata de su cargo a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Salvador Allende resistió junto a sus más leales colaboradores en el Palacio de La Moneda y advirtió a sus cercanos que moriría en el lugar donde lo había puesto el pueblo, como Presidente de Chile. Antes de ser bombardeada la casa de gobierno, dirigió sus últimas palabras y, a las dos de la tarde, antes de que los militares entraran al palacio, Salvador Allende se suicidó¹¹.

¹⁰ FERNANDOIS, Joaquín. La Revolución inconclusa, CEP, 2013, p.252).

¹¹ <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-799.html>

Derrocado el gobierno el 11 de septiembre de 1973, una Junta Militar toma el poder político, estableciendo un gobierno autoritario. Entre otras medidas inmediatas, decreta la clausura el Congreso Nacional, el receso a los partidos políticos e instaura el Estado de Sitio en todo el país. La Junta Militar gobernó el país hasta el 11 de marzo de 1990 y en sus comienzos estuvo integrada por el general Augusto Pinochet Ugarte, Comandante en Jefe del Ejército, general Gustavo Leigh Guzmán, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, almirante José Toribio Merino Castro, Comandante en Jefe de la Armada, y por el general César Mendoza Durán, General Director de Carabineros.

Entre 1973 y 1978, el general Pinochet consolida su poder por sobre los demás miembros de la Junta Militar, asumiendo de manera consecutiva los cargos de “Jefe Supremo de la Nación”, “Presidente de la República” y “Capitán General”, al tiempo que conserva el cargo de Comandante en Jefe del Ejército. A su vez, la Junta Militar reemplaza al Congreso en el ejercicio de la función legislativa, quedando investida de los poderes Legislativo y Constituyente, potestad que ejerce mediante la dictación de Decretos Leyes.

El régimen militar se caracterizó por practicar una amplia represión política, labor que estuvo en manos de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), desde 1973 hasta 1978. Esto derivó en abusos y atropellos a los Derechos Humanos: Miles de ciudadanos son detenidos, se producen allanamientos masivos y se cometen torturas, asesinatos y desapariciones de personas, que afectan principalmente a los militantes y simpatizantes de la depuesta Unidad Popular. En este contexto, un número considerable de chilenos se refugia en embajadas extranjeras o sale del país.

Económicamente, se produce una pugna entre los partidarios de un proyecto nacionalista y desarrollista y aquellos que sustentan la implementación de un esquema económico neoliberal, con énfasis en el protagonismo del sector privado y en el desarrollo de una estrategia de apertura del comercio exterior, la rebaja de los aranceles a la importación y la reducción del Estado con la venta o privatización de sus empresas, dejando a éste en un rol subsidiario.

Son éstos últimos quienes, desde 1975, logran imponer su proyecto económico, el que se aplica en Chile de manera extensiva y sin contrapesos, en vista de la desaparición de toda oposición. Asimismo, se instaura una legislación acorde, destacando la promulgación del

Plan Laboral, conjunto de textos legales que establecen el nuevo modelo normativo de las relaciones laborales, restringiendo fuertemente el poder de los sindicatos y las materias de negociación. La implementación de la política económica de los denominados “Chicago boys” logra frenar la inflación y da un importante impulso a las exportaciones de productos primarios, permitiendo asimismo el acceso a una variada gama de productos importados. Por otro lado, significa un duro golpe a la industria nacional, la que se ve sumergida en una aguda crisis desde la segunda mitad de la década de 1970¹².

Luego de revisar parte de la historia y cómo sucedieron los hechos y qué factores fueron los que nos llevaron al tema que nos convoca, creemos que es menester señalar que la Constitución de 1980, es por lejos uno de los textos más maravilloso-elaborados en nuestro país, ha sido la más longeva, con exactamente 40 años de vigencia, con modificaciones, por cierto, pero aun vigente, ha sido alabada y a la vez demonizada por su concepción histórica y por haber sido elaborada durante una Dictadura.

Lamentable, no podemos dejar de lado el contexto social y político que atravesó el país al momento de su concepción y elaboración, cuáles fueron las fuentes tanto materiales o formales que intervinieron. Fuente es una palabra que remite a procedencia u origen, y en algunas de sus distintas acepciones la expresión “*fuentes del derecho*” remite a su vez al origen o procedencia del derecho. Sin ir más lejos, fuentes formales del derecho— se relaciona muy directamente con la cuestión del origen de las normas en actos de producción de éstas que se hallan confiados a distintas autoridades y sujetos. “*Fuente del derecho, escribe Kelsen, es una expresión metafórica con más de un significado*”¹³.

Antes de adentrarnos en el tema, es necesario primeramente definir que es una Constitución esto para saber la importancia de este debate y se define como *la norma jurídica, escrita o no, de más alto rango en el ordenamiento jurídico de una sociedad y está destinada a regular los aspectos fundamentales de la vida política*. Por esto, la constitución de un Estado también

¹² https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1973-1990

¹³ SQUELLA, Narducci, Agustín, Fuentes Materiales y fuentes Formales del Derecho, pag. 284

es llamada Carta Magna o Fundamental y, en algunos textos nacionales más antiguos, Código Político.

Desde el punto de vista conceptual, la Constitución es el *“orden jurídico fundamental de la comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto.”*¹⁴

En ella se determina la estructura política del Estado, su funcionamiento, los órganos de poder, sus atribuciones y las relaciones entre ellos, los derechos y garantías de las personas y los cuerpos intermedios de la sociedad, los sistemas para hacer efectiva la supremacía constitucional y el procedimiento de reforma parcial o total de la Constitución. En nuestro sistema jurídico se complementa con las leyes orgánicas constitucionales y las leyes interpretativas de la Constitución. Las primeras son una categoría especial de normas dentro del ordenamiento jurídico chileno, establecidas por la Constitución de 1980, de carácter complementario que versa sobre materias expresamente previstas en el texto constitucional; las últimas se dictan con el fin de interpretar auténticamente sus preceptos.

Se dice que una constitución es legítima cuando refleja los valores, principios y las creencias aceptadas por la sociedad, por lo cual los pueblos democráticos pueden darse nuevas instituciones, si estiman que estas ya no reflejan sus principios y creencias. Esto pues, de acuerdo con el filósofo Jürgen Habermas, el derecho no puede basarse *“sólo [sic] en la contingencia de decisiones arbitrarias y discrecionales, esto es, no puede basarse sólo [sic] en la decisión, sin que ello redunde en pérdida de su capacidad de integración social”*. En este sentido, cuando existe (o se percibe) un déficit de legitimidad no quiere decir que las

¹⁴ Hesse, 2011.

*normas dejen de ser aplicables, sino que “el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad”*¹⁵

Entonces una Constitución es el techo de la pirámide según Kelsen, las leyes de un Estado dependen de ella, por lo tanto, son las reglas que tenemos para vivir como Estado, por eso existe lo que se conoce como el principio supraconstitucional en que ninguna Ley que se dicta puede contradecir a la Constitución o los principios de esta. De ahí que este debate genera tanta polémica, ya que una nueva Constitución podría significar nuevos principios, leyes y podría incluso dejar algunos fuera que pueden ser considerados fundamentales.

La Junta de Gobierno Militar que había designado el 24 de septiembre de 1973 una comisión encargada de preparar un anteproyecto de Constitución, la que quedó oficializada por el Decreto Supremo N° 1064 de 25 de octubre de 1973¹⁶, sufrirá una crisis por la renuncia en marzo de 1977 de los profesores de derecho constitucional Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra por considerar que la Junta de Gobierno no estaba orientada a restablecer el régimen democrático, sino a consolidar un régimen autoritario, al dictar el Decreto Ley 1.697 que disuelve los partidos políticos que no formaban parte del gobierno del Presidente Allende. En mayo del mismo año renuncia también el profesor Jorge Ovalle Quiroz. En su reemplazo, en junio de 1977, se nombrarán a doña Luz Bulnes A. y a los señores Raúl Bertelsen R., y Juan de Dios Carmona P.

Dicha Comisión originalmente denominada "Constituyente" y más tarde "de Estudios de la Nueva Constitución Política del Estado" funcionó entre el 24 de septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978, periodo dentro del cual realizó 417 sesiones, en las cuales debatió, aprobó y redactó un anteproyecto de Constitución Política.

La elaboración de la parte dogmática de la Constitución se desarrolló hasta marzo de 1978, fecha esta última, en la que se inicia el estudio y aprobación de la parte orgánica de la Constitución, vale decir, a la estructuración del poder estatal.

¹⁵ Habermas, 1998

¹⁶ Publicado en Diario Oficial N° 28.699 del 12 de noviembre de 1973.

Constituye una etapa importante en la orientación de los trabajos de la Comisión el memorándum que le dirige el 10 de noviembre de 1977, el General Augusto Pinochet, quien a ese momento ya había asumido el título de Presidente de la República, en cuyo punto cuarto llama a la Comisión a configurar una *"nueva democracia, cuyos caracteres más importantes he sintetizado bajo los términos de autoritaria, protegida, integradora, y de auténtica participación social"*. En el punto quinto del memorándum subraya ciertas ideas básicas que plasman los criterios políticos-institucionales que orientan al gobierno militar, entre las que destacan la creación de un poder de seguridad que contemple la función de las Fuerzas Armadas en su tarea de garantizar la supervivencia del Estado y los principios básicos de la institucionalidad; el afianzamiento del sistema presidencial chileno a través de una autoridad fuerte, dotada de facultades necesarias para conducir la política económica y social al margen de indebidas interferencias parlamentarias; como equilibrio frente al poder presidencial, un conjunto de eficaces sistemas de control que eviten los excesos; la proscripción legal de la difusión y acción de doctrinas, grupos y personas de inspiración totalitaria; la creación de una instancia técnica independiente destinada a manejar la política económica y social al margen de acciones demagógicas, radicada en el Banco Central; el establecimiento de sistemas electorales que impidan a los partidos políticos convertirse en conductores monopólicos de la participación ciudadana; la revisión del sistema de elección del Presidente de la República para evitar que llegue al poder una persona con una votación minoritaria; una modificación substancial de la composición del futuro parlamento, incluyendo una cuota de legisladores por derecho propio o por designación; la profesionalización de la administración pública; la preservación de la autonomía de los cuerpos intermedios; el establecimiento de normas que impidan la intromisión de los grupos políticos en la generación y funcionamiento de las entidades gremiales, sindicales y sociales; y el robustecer constitucionalmente las bases de una estructura económico-social que refuercen la libertad, la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad privada de los bienes de producción como reglas generales.

La Comisión presenta el 17 de agosto de 1978 un informe con las ideas básicas y un anteproyecto articulado, constituido por 123 disposiciones permanentes y 11 transitorias, las cuales recogen las ideas esbozadas por el informe o memorándum que había enviado el General Pinochet con algunas matizaciones.

El anteproyecto fue entregado al Jefe de Estado, el cual lo remite al Consejo de Estado¹⁷ para su estudio, organismo integrado por personas de la confianza del régimen militar, el cual se negó a integrar el ex Presidente Eduardo Frei Montalva.

El 31 de octubre de 1978, el Jefe de Estado solicitó al Consejo de Estado su opinión sobre el anteproyecto de Constitución Política de la República que había elaborado la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. El estudio por parte del Consejo de Estado se efectuó entre noviembre de 1978 y julio de 1980 en 57 sesiones plenarias. El Consejo de Estado formuló un llamado para presentar observaciones y sugerencias a la ciudadanía, recibiendo aproximadamente 150 indicaciones.

El Consejo de Estado elaboró un anteproyecto con diferencias respecto del preparado por la Comisión anteriormente señalada, el cual fue acordado en sesión del Iº de julio de 1980, con opiniones disidentes y votos de minoría.

El proyecto fue entregado al Jefe de Estado y a la Junta de Gobierno, por el Presidente del Consejo de Estado, el ex Presidente de la República, Jorge Alessandri Rodríguez, en una audiencia el 8 de julio de 1980. El proyecto del Consejo de Estado genera las normas que rigen un periodo transitorio de 5 años, desde el momento de la aprobación del texto hasta su plena vigencia.

La Junta de Gobierno en quien se encontraba radicado el Poder Constituyente, designó un grupo de trabajo integrado por el entonces Ministro del Interior, Sergio Fernández E; la Ministra de Justicia, Mónica Madariaga G.; el Auditor General del Ejército, General Fernando Lyon; el Auditor General de la Armada, Almirante Aldo Montagna; el Auditor de la Fuerza Aérea, General Enrique Montero M.; el Auditor de Carabineros, Mayor Harry Gruenwald y el Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno, Mario Duvauchelle R.,

La Junta de Gobierno, sobre la base de los dos anteproyectos de Constitución antes señalados y con el apoyo del grupo de trabajo, aprobó un proyecto de Constitución, sin que existan

¹⁷ El Consejo de Estado había sido creado por el Decreto Ley 1.319, del 9 de enero de 1976, que dio vida al Acta Constitucional N° 1.

actas de los fundamentos de sus decisiones, optando por las disposiciones de algunos de los anteproyectos o modificando los artículos de éstos.

El proyecto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno contenía el proyecto definitivo de Constitución permanente en 120 artículos y 29 disposiciones transitorias que regulan un período de transición hacia la plena vigencia del orden constitucional que se consideró adecuado establecerlo en 8 años, al cabo del cual se presentaría a ratificación popular el nombre del Jefe de Estado que de ser aprobado en plebiscito concretaría el segundo periodo de 8 años, con el apoyo de las herramientas de un Estado de Excepción especial para el período que se encontraban contenidas en la disposición 24 transitoria.

El texto aprobado por la Junta de Gobierno y firmado por los Ministros de Estado fue promulgado por el Decreto Ley N° 3.464 el 8 de agosto de 1980. Con la misma fecha, se dicta el Decreto Ley N° 3.465, el que convoca a plebiscito para que el texto sea ratificado por la aprobación ciudadana.

El plebiscito fue convocado para el 11 de septiembre de 1980, el séptimo aniversario del golpe de Estado.

Se habilita para sufragar a los chilenos mayores de 18 años y los extranjeros mayores de dicha edad con residencia legal en Chile. La opción era votar sí o no respecto de la integridad del texto permanente de la Constitución, el periodo de transición y el mantenimiento del presidente de la República y la Junta de Gobierno por un período de al menos nueve años más.

El plebiscito se concreta en un clima de ausencia de libertad de expresión, con los partidos políticos disueltos, sin registros electorales, sin apoderados de las opciones en juego en las mesas receptoras de sufragios y sin Tribunal que pudiera pronunciarse sobre la legitimidad y legalidad del acto plebiscitario. La regulación del plebiscito había agregado que los votos en blanco debían contabilizarse a favor de la alternativa de aprobación del texto propuesto por la Junta de Gobierno.

El resultado del plebiscito no sorprendió a nadie. La opción Sí obtuvo 4.121.067 y el 65,71% de los sufragios emitidos, a los cuales debe agregarse 83.812 votos en blanco con 1,33% de los sufragios. La opción No obtuvo 1.893.420 y 30,19% de los sufragios. Los votos nulos fueron 173.569 con un 2,77% de los sufragios emitidos. Se estimó la abstención en alrededor del 6%.

El ex Presidente del Senado, Patricio Aylwin A., con otras 46 personalidades presentó un reclamo sobre ilegitimidad e ilegalidad del plebiscito aprobatorio de la Constitución pidiendo su anulación al Colegio Escrutador Nacional, el cual se basó en la falta de transparencia del escrutinio y la certificación de que las personas podían votar en dos o más mesas receptoras de sufragios, lo que establecía un clima de falta de garantías que distorsionaba el resultado electoral del plebiscito.

El Colegio Escrutador Nacional rechazó el reclamo señalando que no tenía competencia para pronunciarse en materia de calificación del plebiscito, sino solo para realizar el escrutinio nacional, sin perjuicio de lo cual realizó algunas consideraciones en apoyo del plebiscito realizado.

El texto aprobado fue promulgado por el Presidente de la República, General Augusto Pinochet U., con fecha 21 de octubre de 1980, el cual entraría en vigencia el 11 de marzo de 1981.

El texto aprobado consta de 14 capítulos en 120 artículos permanentes y 29 disposiciones transitorias. La estructura de la Carta Fundamental contempla como capítulo I: Bases de la Institucionalidad; Capítulo II: Nacionalidad y Ciudadanía; Capítulo III: Derechos y Deberes Constitucionales; Capítulo IV: Gobierno; Capítulo V: Congreso Nacional; Capítulo VI: Poder Judicial; Capítulo VII: Tribunal Constitucional; Capítulo VIII: Justicia Electoral; Capítulo IX: Contraloría General de la República; Capítulo X: Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública; Capítulo XI: Consejo de Seguridad Nacional; Capítulo XII: Banco Central; Capítulo XIII: Gobierno y Administración Interior del Estado; Capítulo XIV: Reforma de la Constitución.

Asimismo, la disidencia se aglutina en movimientos sociales y se comienzan a rearticular las fuerzas políticas con mayor fuerza después de las explosiones sociales de 1983, la Alianza Democrática (AD), de centro izquierda, y el Movimiento Democrático Popular (MDP), de izquierda, integrado por algunos sectores socialistas y los comunistas.

Las diversas vertientes políticas, socialistas, democracia cristiana, los sectores socialdemócratas y pequeños sectores liberales democráticos (republicanos), humanistas, mapu, izquierda cristiana, verdes, como un partido instrumental que aglutina a sectores de diversas vertientes doctrinales (liberales, socialdemócratas y socialistas) que será el Partido por la Democracia, se reunirán en la Concertación Democrática y luego en la Concertación de Partidos por la Democracia, que irán tomando consistencia y acordarán una estrategia concertada de derrota política del régimen militar; buscarán desplazarlo pacíficamente en el plebiscito de 1988, en el cual la Constitución de 1980 había establecido la necesidad de consultar al pueblo sobre la mantención en el poder por otros ocho años del General Pinochet, acto que se realizará con registros electorales, un mayor clima de libertad de expresión, partidos políticos reconstituidos, mesas electorales y apoderados de todos los sectores políticos.

En este nuevo clima, la Concertación de Partidos por la Democracia logra una victoria en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, el General Pinochet fue derrotado políticamente al obtener sólo un 43% de los votos que lo sostenían en su intención de permanecer en el poder por otros ocho años adicionales, lo que fue rechazado por el 54,7% de los votos y un 2,3% de blancos y nulos o abstención, todo lo cual abre el camino hacia la instalación de un gobierno democrático elegido por sufragio universal y un parlamento elegido, al menos mayoritariamente, en las elecciones competitivas de diciembre de 1989, ya que prácticamente un cuarto del Senado se integraría con senadores designados.¹⁸

¹⁸ NOGUEIRA, Alcalá Humberto, ARTÍCULOS DE DOCTRINA, LA EVOLUCIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE CHILE 1976-2005. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100011#4

III.MODIFICACIONES IMPORTANTES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980.

1. Ley N° 18.895, Modifica la Constitución Política de Chile el 17.08.1989, durante el Gobierno de Augusto Pinochet
2. Ley N° 19.055, Modifica la Constitución Política de la República el 01.04.1991, durante el Gobierno de Patricio Aylwin
3. Ley N° 19.097, Modifica la Constitución de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal, el 12.11.1991.
3. Ley N° 19.174 , Interpreta inciso segundo de la disposición trigésima tercera transitoria de la Constitución Política de la República, el 12.11.1992.
4. Ley N° 19.295, Modifica artículo 25 de la Constitución de la República, el 04.03.1994.
5. Ley N° 19.448, Incorpora disposición transitoria que indica a la Constitución Política de la República, el 20.02.1996. Durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle.
6. Ley N° 19.519, Crea el Ministerio Público, el 16.09.1997
7. Ley N° 19.526, Reforma Constitucional sobre administración comunal, el 17.11.1997
8. Ley N° 19.541, Reforma Constitucional relativa al Poder Judicial, el 22.12.1997
9. Ley N° 19.597, Modifica el artículo 74 de la Constitución Política de la república (Ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales), el 14.01.1999
10. Ley N° 19.611, Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres, el 16.06.1999

11. Ley N° 19.634, Reforma la Constitución de la República, estableciendo el reconocimiento de la educación parvularia, 02.10.199.
12. Ley N° 19.643, Introduce modificaciones a los artículos 26,27 y 84 de la Constitución Política de la República, sobre calificación de la elección de presidente de la República y Tribunal Calificador de Elecciones.
13. Ley N° 19.671, Reforma constitucional que modifica el artículo 117 de la Carta Fundamental, en lo relativo a la oportunidad en que han de reunirse las dos cámaras para aprobar una reforma constitucional, el 29.04.2000.
14. Ley N° 19.672, Reforma constitucional que modifica el artículo 30 de la Carta Fundamental, con el fin de establecer el estatuto de los ex Presidentes de la República, el 28.04.2000¹⁹.
15. Ley N° 19.742, Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, el 25.08.2001²⁰.
16. Ley N° 19.876, Reforma constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media, el 22.05.2003.
17. Ley N° 20.162, Reforma constitucional que establece la obligatoriedad de la educación parvularia en su segundo nivel de transición, el 16.02.2007. Durante el Gobierno de Michelle Bachelet.
18. Ley N° 20.193, Reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernandez, el 30.07.2007.

¹⁹ CARMONA, Santander Carlos, Profesor de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional, período 2009-2018, Las Reformas a la Constitución entre 1980 y 2013

²⁰ Carlos Carmona Santander, Profesor de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional, período 2009-2018 Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013

19. Ley N° 20.245, Reforma constitucional en virtud del cual las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento podrán fijar oportunidades diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del país, el 10.01.2008.
20. Ley N° 20.337, Reforma constitucional que modifica los artículos 15 y 18 de la Carta Fundamental con el objeto de consagrar el sufragio como un derecho de los ciudadanos y su inscripción automática en los Registros Electorales, el 04.04.2009.
21. Ley N° 20.346, Reforma constitucional en materia de asociacionismo municipal, el 14.05.2009.
22. Ley N° 20.352, Reforma constitucional que autoriza al estado de Chile para reconocer el Estado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el 30.05.2009.
23. Ley N° 20.354, Reforma constitucional que modifica la fecha de elección de presidente de la República, el 12.06.2009.
24. Ley N° 20.390, Reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional, el 28.10.2009
25. Ley N° 20.414, Reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del estado y calidad de la política, el 04.01.2010.
26. Ley N° 20.503, Reforma constitucional relativo a la supervigilancia y control de armas, el 27.04.2011.
- 27 Ley N° 20.515, Reforma constitucional para adecuar los plazos vinculados a las elecciones presidenciales, el 04.07.2011.
28. Ley N° 20.516, Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurársela por sí mismas, el 11.07.2011.

29. Ley N° 20.573, Reforma constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernandez, el 06.03.2012.
30. Ley N° 20.644, Reforma constitucional que establece un mecanismo transitorio para la elección de consejeros regionales, el 15.12.2012
31. Ley N° 20.710, Reforma constitucional que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor, el 11.12.2013²¹.
32. Ley N° 20725, Reforma en materia de integración de la Cámara de Diputados, eliminando de la constitución el guarismo de 120 diputados, paso previo a la reforma al sistema electoral binominal, del 15.02 2014
33. Ley N° 20748, Reforma que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país, del 03-05.2014.
34. Ley 20854, Reforma que establece la obligación del presidente del Senado y el presidente de la Cámara de Diputados de rendir una cuenta pública anual, del 21.06.2015
35. Ley N° 20860, Reforma que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, 20.10.2015.
36. Ley N° 20870, Reforma que otorga establece la cesación en los cargos de parlamentario, alcalde, consejero regional y concejal, por infracción grave a las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral, del 16.11.2015.
37. Ley N° 20990, Reforma que dispone la elección popular del órgano ejecutivo de los Gobiernos Regionales, creando para tal efecto las figuras del gobernador regional y de los delegados presidenciales regionales y provinciales, en reemplazo de los presidentes de

²¹ CARMONA, Santander Carlos, Profesor de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional, período 2009-2018, Las Reformas a la Constitución entre 1980 y 2013

los consejos regionales, los intendentes regionales y los gobernadores provinciales, del 05.01.2017

38. Ley N° 21011, Reforma que traslada la fecha de la cuenta pública del Presidente de la República ante el Congreso Pleno del 21 de mayo al 1 de junio del 04.05.2017.

39. Ley N° 21096, Reforma que consagra el derecho a protección de los datos personales, del 16.06.2018

40. Ley 21200, del 24 de diciembre de 2019, que modifica el capítulo XV, habilitando un mecanismo para iniciar el proceso para elaborar una nueva constitución, bajo las siguientes premisas, del 24.12.2019²².

²² https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_del_constitucionalismo_chileno

CAPÍTULO TERCERO

PROCESO CONSTITUYENTE CHILE 2020.

III. ANÁLISIS DE SUS FUENTES MATERIALES, FENÓMENO DENOMINADO ESTALLIDO SOCIAL EN CHILE.

Tras una maratónica jornada de reuniones en la sede de Santiago del Congreso Nacional, a 28 días del estallido social, la mayoría de las colectividades políticas presentes en el país concordaron en el mecanismo con el cual se llegará a redactar una nueva Carta Magna, el cual quedó plasmado en un Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución.

La resolución fue anunciada por todos los sectores en la Sala de Lectura y encabezada por el presidente del Senado, Jaime Quintana (PPD), quien remarcó que es un camino de profundización en democracia, para construir un verdadero contrato social y una “Constitución 100% democrática”.

La propuesta incluye un plebiscito ciudadano para abril de 2020, en el cual se harán dos consultas: si se quiere o no una nueva Constitución y qué tipo de órgano debiera redactarla: una Convención Constitucional (Asamblea Constituyente) o una Convención Mixta Constitucional.

Esta última instancia estaría conformada en un 50% por miembros elegidos por la ciudadanía y en 50% por parlamentarios, los cuales -de ser escogidos para esa instancia- cesarán de su cargo apenas el Servicio Electoral (Servel) acepte su candidatura a la asamblea.

Se estableció también que la opción que gane, sus miembros sean elegidos en el mes de octubre de 2020 juntamente con las elecciones regionales y municipales bajo sufragio universal con el mismo sistema electoral que rige en las elecciones de diputados en la proporción correspondiente.

El órgano constituyente elegido por la ciudadanía tendrá como único fin redactar la nueva Carta Fundamenta, sin afectar las competencias y atribuciones de los demás órganos de Estado. No podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos. Su plazo será de nueve meses, que podrá prorrogarse por una sola vez, por tres meses más. Una vez cumplida la tarea que le fue encomendada, este órgano se disolverá.

Asimismo, se definió que este órgano apruebe las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.

Se estipula en el acuerdo que, sesenta días posteriores a la devolución del nuevo texto constitucional por parte del órgano constituyente, se realizará un referéndum ratificatorio con sufragio universal obligatorio.

Finalmente, el o los proyectos de reforma constitucional o legal que emanan de este acuerdo serán sometidos a la aprobación del Congreso Nacional como un todo.

El documentos fue suscrito por la Democracia Cristiana, Revolución Democrática, Renovación Nacional, Comunes, Partido Socialista, Partido por la Democracia, Partido Liberal, Partido Radical, UDI, Evópoli y Gabriel Boric (IND). No suscribieron el texto el PC y la FRVS²³.

“Ante la grave crisis política y social del país, atendiendo la movilización de la ciudadanía y el llamado formulado por S.E. el presidente Sebastián Piñera, los partidos abajo firmantes han acordado una salida institucional cuyo objetivo es buscar la paz y la justicia social a través de un procedimiento inobjetablemente democrático.

²³ Cámara de Diputados de Chile, https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=138442

1. Los partidos que suscriben este acuerdo vienen a garantizar su compromiso con el restablecimiento de la paz y el orden público en Chile y el total respeto de los derechos humanos y la institucionalidad democrática vigente.

2. Se impulsará un Plebiscito en el mes de abril de 2020 que resuelva dos preguntas:

a) ¿Quiere usted una nueva Constitución? Apruebo o Rechazo

b) ¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución? Convención

Mixta Constitucional o Convención Constitucional.

3. La Convención Mixta Constitucional será integrada en partes iguales por miembros electos para el efecto, y parlamentarios y parlamentarias en ejercicio.

4. En el caso de la Convención Constitucional sus integrantes serán electos

íntegramente para este efecto. La elección de los miembros de ambas instancias se realizará en el mes de octubre de 2020 juntamente con las elecciones regionales y municipales bajo sufragio universal con el mismo sistema electoral que rige en las elecciones de Diputados en la proporción correspondiente.

5. El órgano constituyente que en definitiva sea elegido por la ciudadanía, tendrá por único objeto redactar la nueva Constitución, no afectando las competencias y atribuciones de los demás órganos y poderes del Estado y se disolverá una vez cumplida la tarea que le fue encomendada. Adicionalmente no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos.

6. El órgano constituyente deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.

7. La Nueva Constitución regirá en el momento de su promulgación y publicación derogándose orgánicamente la Constitución actual.

8. Una vez redactada la nueva Carta Fundamental por el órgano constituyente ésta será sometida a un plebiscito ratificatorio. Esta votación se realizará mediante sufragio universal obligatorio.

9. Las personas que actualmente ocupan cargos públicos y de elección popular cesarán en su cargo por el sólo ministerio de la ley al momento de ser aceptada su candidatura por el Servicio Electoral al órgano constituyente. Los miembros del órgano constitucional tendrán una inhabilidad sobreviniente para ser candidatos y candidatas a cargos de elección popular por un año desde que cesen en su mandato.

10. Los partidos que suscriben el presente acuerdo designarán una Comisión Técnica, que se abocará a la determinación de todos los aspectos indispensables para materializar lo antes señalado. La designación de los miembros de esta Comisión será paritaria entre la oposición y el oficialismo.

11. El plazo de funcionamiento del órgano constituyente será de hasta nueve meses, prorrogable una sola vez por tres meses. Sesenta días posteriores a la devolución del nuevo texto constitucional por parte del órgano constituyente se realizará un referéndum ratificatorio con sufragio universal obligatorio. En ningún caso éste podrá realizarse sesenta días antes ni después de una votación popular.

12. El o los proyectos de reforma constitucional y o legal que emanan de este Acuerdo serán sometidos a la aprobación del Congreso Nacional como un todo. Para dicha votación los partidos abajo firmantes comprometen su aprobación’’²⁴.

*Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución, 15 de noviembre,
2019*

Después de haber llegado a acuerdo el Gobierno con la oposición y de haber ratificado y firmado el Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución mucha gente está optimista con la forma en que se está comenzado a resolver la crisis social que ha estallado en Chile. Se ha señalado que al fin se ve la salida al “modelo neoliberal” imperante en nuestro país. Pero la verdad sea dicha es que desde hace algunos años que Chile cambio dicho modelo a favor de uno más bien populista. Los modelos populistas se caracterizan por señalar que se centran en políticas redistributivas, pero en realidad lo que buscan es el asirse férreamente con el poder,

²⁴ Cámara de Diputados de Chile, https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=138442

para ello basta con ver lo que ha pasado en países como Argentina, Ecuador y Venezuela. Así las cosas, precisamente a raíz de las políticas populistas -desarrolladas en el gobierno de Bachelet-, el país registra un magro crecimiento durante los últimos 6 años. Una economía capitalista, como la chilena, sólo es sostenible a tasas de crecimiento sobre el 5%. Precisamente la promesa incumplida del presidente Piñera, por el veto de la izquierda, fue el retomar la senda del crecimiento. Ante el estancamiento de las reformas una parte del país ha caído en el engaño populista, de creer que Chile es un país extremadamente desigual (tienen GINI peor que Chile: Brasil, Colombia, Panamá, Honduras, Costa Rica y Guatemala). El posible malestar de la población –en torno a que no le alcanza lo que gana para vivir- tiene mucho que ver con las políticas aprobadas los últimos años, que con el fenecido modelo capitalista post segundo gobierno de Bachelet. Esto explica de mucho mejor manera el malestar de la población, que ve como su futuro se ha comenzado a diluir. Por ello es por lo que será un error de proporciones profundizar el modelo “neo-populista”, que se está comenzando a imponer sin un mayor análisis²⁵.

El Acuerdo sobre una eventual nueva constitución, logrado mediante la amenaza de la fuerza, profundizará el problema social. Y en este sentido la izquierda, y los medios de comunicación que los alimentan, ha sido muy hábil porque en realidad el gobierno de Bachelet tiene mucho que ver con la sensación de precariedad social que ha alegado parte de la ciudadanía. A ello se suma el que el Estado como elaborador y ejecutor de las políticas sociales no ha estado a la altura de las circunstancias. Fíjese en la ironía, el Estado en las tres grandes reformas sociales impulsadas los últimos años ha fracasado: Transantiago, reformas a las cárceles y reforma universitaria; pero la solución que se proponen, desde los sectores populistas, es más Estado. Por eso, de una forma sensata, muchos economistas han estado proponiendo previamente al desarrollo de las políticas sociales una importante reforma al Estado (que exige la salida de la administración de una pléyade de operadores políticos).

En este contexto el plebiscito sobre la nueva constitución, aunque se vea como la moneda a pagar por “paz social”, -como si el fenómeno de destrucción violenta del país no pudiese repetirse en cualquier momento-, merece una discusión en serio sobre la conveniencia de votar que “NO”. Ante ello es necesario establecer claramente los mínimos que deben

²⁵ BARCIA, Lehman, Rodrigo, Prof. Dr. en Derecho y Magister en Economía. La necesidad de discutir en serio porque votar que no a la Nueva Constitución.

respetarse a nivel constitucional, dada nuestra experiencia reciente. A ello se suman dos temas fundamentales como lo son el impulsar una fuerte modificación del Estado, y lograr aumentar la participación ciudadana en los partidos políticos. Esto último es fundamental para reconducir la discusión democrática en los partidos políticos y no en la calle, mediante la quema de supermercados, farmacias y bombas de bencina²⁶.

Convengamos que si bien en el caso particular de Chile, nuestra actual Constitución es la que establece la base normativa de la institucionalidad pública del país, la forma de gobierno, la distribución del poder y el catálogo de derechos individuales y sus garantías siempre ha estado bajo la lupa y ha sido objeto de constante debate y cuestionamiento desde el momento en que fuera aprobada en 1980 por un plebiscito organizado por el régimen militar. A pesar de las múltiples reformas realizadas durante las últimas tres décadas, y siendo la Constitución más reformada en la historia de la República, diversos sectores mantienen el cuestionamiento respecto a su legitimidad de origen, toda vez que no fue producto de la deliberación democrática con participación ciudadana directa, aunque en las actas de la Comisión Ortúzar si se señala que hubo participación y que no hubo en su momento garantías democráticas esenciales.

Por otra parte, e independientemente de su legitimidad de origen, diversos sectores políticos y sociales concuerdan que la actual carta fundamental ya no proporciona un marco normativo adecuado para los desafíos sociales, económicos y políticos que enfrenta la sociedad chilena hoy. Cuestionan en forma específica los bloqueos que ésta impone para que el sistema político pueda dar respuestas adecuadas a nuevas demandas sociales y políticas por mayor igualdad y mejor representación específicamente en tanto el diseño institucional contiene fuertes sesgos contra mayoritarios que dificultan la traducción de preferencias electorales en implementación de programas.

Nuestra Carta Magna que rige hace más de 33 años, hasta la fecha contempla más de 100 modificaciones lo que a nuestro parecer hablar de una Constitución que naciera en un

²⁶ BARCIA, Lehman, Rodrigo, Prof. Dr. en Derecho y Magister en Economía. La necesidad de discutir en serio por que votar que no a la Nueva Constitución.

Gobierno Militar o Dictadura, ya hace mucho tiempo que dejó ser así, ya que a partir del año 2005 fue objeto de principales reformas, durante el Gobierno de Ricardo Lagos, después muchas más como ; la cuenta pública, el SERVEL, el voto en el extranjero, territorios especiales, elecciones regionales, plazos electorales , defensa penal, probidad y transparencia, Corte Penal Internacional, modificaciones al registro electoral y voto obligatorio, fechas procesales ,educación parvularia, figura del expresidente, Unión de cámaras para Reforma Constitucional, segunda vuelta presidencial, reducción periodo presidencial y en materia de terrorismo.

Sin embargo, no todas las modificaciones han sido sustantivas, lo sabemos, pero se han modificado grandes aspectos fundamentales de la Constitución. Igualmente, hay ciertas materias que debido a los altos quórum que se necesita para modificar elementos de ella, hacen que sea difícil su modificación y esto se refleja en los acuerdos transversales del mundo político o una voluntad política decidida.

Podemos darnos cuenta de que la Constitución de 1989, ha tenido enormes reformas y ya no es la de origen, estas reformas se han hecho sin necesidad de eliminar de manera completa la constitución vigente, por lo que invertir tiempo, recursos en una Nueva Reforma no es necesario, basta con modificar el quorum que se requiere para ciertas materias. Los problemas sociales que han estado en la palestra estos últimos meses no son resultados de la Constitución, no ha habido interés en mejorar ciertos derechos que son indispensables y necesarios para la población, se debe principalmente a la falta de legislación por parte del Congreso. El país venía en un apabullante crecimiento en el primer Gobierno del Presidente Piñera, pero para el segundo Gobierno de Bachelet, debido a las políticas populistas mediante la concesión de bonos y reformas como la tributaria, generó incertidumbre en el sector inmobiliario y en la inversión extranjera lo que se ve reflejado en el bajo crecimiento y además aumento la deuda interna.

Las políticas que se han tomado últimamente y las reformas en el ámbito económico no han beneficiado al país ni a su crecimiento económico, sino todo lo contrario inversionistas extranjero han visto que Chile cada día más se convierte en un país inestable e inseguro, y peor aún, ha tenido un paupérrimo crecimiento por debajo de lo estimado por los

economistas, tras el estallido social se agudizó más aun, lo que se traduce en que sin inversión y un arca fiscal en cuenta cero es imposible dar soluciones y cumplir con las exigencias sociales que por lo demás son legítimas, y un país con una economía sólida debe ir de la mano con niveles de vida acorde a la situación actual, lamentablemente está lejos de ser.

Retomando la idea principal de este Capítulo, tanto en la teoría política como constitucional, la abrumadora mayoría de los análisis sobre la creación de constituciones toma como perspectiva la idea de un nuevo comienzo político, sea que refiera a la revolución que funda el primer gobierno republicano en un país, o a la transición de un régimen autoritario a uno democrático. Sin embargo, es posible que un proceso constituyente irrumpa dentro de un orden democrático ya constituido. Esto puede ocurrir porque aspectos básicos de la constitución vigente se han tornado disfuncionales en una coyuntura histórica dada o porque la sociedad ha experimentado cambios que hacen cuestionable el origen y la orientación política del texto constitucional.

Es intuitivo pensar que en un régimen democrático establecido el proceso constituyente debiera ser distinto al que tendría lugar en una revolución o en una transición a la democracia. Específicamente, sería de esperar que en el contexto de una democracia constitucional la creación de una nueva constitución se hiciera de acuerdo con reglas preestablecidas. Sin embargo, la mayor parte de las constituciones excluyen esta posibilidad al dejar sin regular su propio reemplazo y no permitir a la ciudadanía petitionarlo. Esta situación genera un dilema legal y político en todo país donde se cuestionan los principios fundamentales de la constitución vigente y se exige el involucramiento de los ciudadanos en la definición del nuevo orden constitucional.

Asimismo, la discusión constituyente se ha instalado actualmente en países como Chile a raíz del estallido social junto con la demanda de una Nueva Carta Fundamental, sin tintes dictatoriales. Chile junto a otros países transitaron hacia la democracia con constituciones redactadas dictaduras y que lógicamente no fueron pensadas para ser reemplazadas fácilmente.

El estallido social en Chile ocurrió y dejó a todos perplejo, jamás se imaginó siquiera la idea de una movilización tan numerosa como la ocurrida el viernes 25 de octubre de 2019 en Plaza Italia, la que movilizó a miles de personas, con el objetivo de hacer oídas por las autoridades las demandas sociales que por años ha afectado a los más desfavorecidos.

La desigualdad económica que se da en Chile es una situación crítica y es una realidad, no se puede negar ni mucho menos desconocer que existe una enorme brecha económica entre los chilenos. El sueldo mínimo es irrisorio, la salud, educación son derechos básicos a los que todas las personas solo por el hecho de ser tenemos acceso y ese derecho debe ser garantizado y concedido por el Estado, ya que es el quien debe garantizar el bienestar de todos los chilenos. Pero todo este conjunto de situaciones no se debe a que Chile cuenta con una mala Constitución ni mucho menos que sea la causante de todos los problemas que demanda la sociedad en estos días, se debe más bien, políticas y leyes en los distintos ámbitos que no han logrado satisfacer las necesidades de la población.

No obstante, estar de acuerdo el Gobierno con todas estas demandas y exigencias sociales, el estallido fue escalando y generando enormes discrepancias entre las bancadas políticas en la forma de abordar todas estas exigencias. En un comienzo se creyó que la idea era únicamente dar cumplimiento a mejorar los derechos básicos que eran reclamados por parte de la población, pero después el movimiento tomó otra tónica, la idea de una Nueva Constitución comenzó a hacerse latente entre las bancadas de la oposición y la calle que pedía a gritos una Nueva Constitución, hasta que el Gobierno decidió abrirse a la posibilidad de hacer una nueva Carta Magna. La pregunta que ha surgido es si realmente la Nueva Constitución pone fin a todos los problemas sociales por los que atraviesa Chile. La respuesta definitiva es un tajante no, no va a solucionar los problemas de desigualdad, difícil acceso a la educación, salud, para eso necesitamos leyes no una Constitución.

Históricamente Chile se ha caracterizado por contar con una estabilidad constitucional sin precedentes en Latinoamérica. Esta tendencia a la estabilidad política se prolonga durante al período post Gobierno Militar y al sistema institucional impuesto por la Constitución de 1980 vigente hasta la fecha. Esto a pesar de haberse aprobado más de treinta enmiendas en 242 artículos y contar con más de 100 reformas en distintos temas, lo que la convierte en la Constitución más reformada en la historia constitucional chilena. No obstante, buena parte

de la doctrina concuerda en que dichas modificaciones han sido cosméticas y no alteran sustancialmente el modelo institucional instaurado por la dictadura. En este sentido, Ruiz-Tagle señala que estamos ante una "Constitución Gatopardo", que mientras más se reforma, más retiene sus rasgos originarios²⁷.

Desde la década de los noventa se evidencia, sin embargo, una crisis de legitimidad del sistema institucional chileno, que se manifiesta primero en una actitud desafectada de los jóvenes por participar políticamente, para dar paso a una serie de movilizaciones sociales aisladas²⁸. Un punto de inflexión se da el año 2006, con el movimiento de los estudiantes secundarios que desencadena sucesivas manifestaciones vinculadas a temas medioambientales, locales y estudiantiles que tienen su mayor fuerza el año 2011. Hoy en Chile se puede identificar un movimiento social y político mucho más masivo y extenso que se une en una crítica al sistema institucional, demandando su cambio estructural²⁹.

En Chile el debate, antes que orientarse a las características que debería tener una eventual Asamblea Constituyente, se ha detenido fundamentalmente en la elaboración de alternativas que legitimen mecanismos diferentes a los previstos en el capítulo XV de la actual Constitución. Dichos procedimientos exigen contar con "súper mayorías" que son necesarias para aprobar la reforma constitucional que en algunos casos se elevan por sobre el 60 o 66 por ciento de diputados y senadores en ejercicio, haciendo imposible los cambios constitucionales que no cuenten con el consenso del Congreso y, por ende, con el beneplácito de la derecha chilena.

Para escapar de dicho procedimiento, algunos autores se han manifestado por la alternativa de que sea el presidente de la República, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el que llame a un referéndum constitucional para consultar sobre la pertinencia de convocar a una Asamblea Constituyente. Aunque esta alternativa no se encuentra prevista en la actual Constitución, se ha argumentado sobre la legitimidad de esta opción. Muñoz considera que la *praxis* constitucional en Chile se ha caracterizado por cambios "desde fuera" de los procedimientos instituidos (menciona como ejemplo la propia declaración de Independencia

²⁷ Ruiz-Tagle y Cristi (2006), pp. 198-201

²⁸ Posner (1999), pp. 59-85.

²⁹ Mayol (2012).

y las Constituciones de 1833, 1925 y 1980), por tanto, esta práctica estaría dotada de una legitimidad que tendría fundamento en una costumbre constitucional³⁰

Por otra parte, Atria considera que, si bien la fórmula del referéndum constitucional no se encuentra explícitamente establecida en nuestra Carta, podría implementarse si el Tribunal Constitucional no fuese requerido para resolver su inconstitucionalidad por el presidente de la República o algunas de las Cámaras del Congreso (según lo establece el artículo 93 N° 5 de la Constitución). Desde este punto de vista, bastaría un acuerdo entre las máximas autoridades representativas para permitir la convocatoria de una AC mediante referéndum constitucional³¹

La alternativa propuesta por Atria no se sustenta en un análisis sistemático de los órganos que ejercen el control constitucional en Chile. El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 93 N° 16, puede de oficio resolver sobre la constitucionalidad de decretos supremos, cuando se vean afectadas las materias reservadas a la ley, según lo establecido en el artículo 63, lo que le otorga un amplio margen de intervención. Y aunque admitiéramos la hipótesis de concierto del presidente de la República con los presidentes de ambas Cámaras, de todas maneras, subsisten otros órganos que ejercen control sobre los actos del Ejecutivo. Por ejemplo, la Contraloría General de la República podría determinar la inconstitucionalidad del decreto supremo que llamare a referéndum constitucional y, en esta eventualidad, el presidente de la República no podría ni siquiera insistir, por lo que sólo contaría con la alternativa de recurrir al Tribunal Constitucional (según lo establece el artículo 99 inciso 3° de la Constitución)³².

Atria adicionalmente hace extensivo de manera laxa el concepto de Asamblea Constituyente a todo proceso de reforma que no sea el previsto en el comentado capítulo XV de la Carta de 1980. Un proceso constituyente, dice este autor, para ser tal, no debe estar atado a las decisiones constitucionales anteriores. En el caso particular de Chile, la necesidad de optar por una fórmula alternativa se acrecentaría por las que denomina "trampas de la Constitución

³⁰ MUÑOZ, Fernando, "Chile es una República Democrática": la Asamblea Constituyente como salida a la cuestión constitucional", en Anuario de Derecho Público 2013, pp. 70-94.

³¹ ATRIA, Fernando, "La Constitución Incorregible" Punto Final, edición 784, (2013b)

³² ORÓSTICA, Amaro "El nudo gordiano del cambio constitucional" [Elmostrador.cl, 14 de junio, fecha de consulta: 3 de octubre de 2013.

pinochetista". Vale decir, dispositivos establecidos en la Constitución de 1980 para neutralizar una eventual mayoría reformista (por ejemplo, el sistema binominal de elección en Chile, las leyes orgánicas constitucionales, sus quórum de aprobación y el control preventivo del Tribunal Constitucional). Lo tramposo, según Atria, estaría en que dichas fórmulas constitucionales harían de las elecciones algo irrelevante en cuanto al objetivo de reformar sustancialmente la Constitución. Por tanto, la búsqueda de mecanismos de cambios de naturaleza constituyente se circunscribiría a dos alternativas: eliminar las "trampas" que impiden la reforma por la vía institucional o explorar otras alternativas institucionales. En definitiva, esos dos caminos serían una forma de entender la AC³³.

Aunque Atria propone varias alternativas para avanzar en una nueva Constitución, ya revisamos su propuesta sobre referéndum constitucional, en lo referido a su mirada sobre la figura de la A.C., que considera que es posible recrear esta institución dotando de contenido constituyente a una elección de autoridades representativas. Aquí identifica la elección de concejales que, junto con los alcaldes, conforman la administración municipal en Chile. Su opción parece sustentarse en que los concejales son las únicas autoridades electas mediante una fórmula proporcional. Pues bien, este autor considera que se pasaría *de facto* a un proceso constituyente si el presidente de la República realizara un llamado a la ciudadanía para que, junto con elegir concejales municipales, posteriormente considerasen que ellos serán requeridos para elaborar un nuevo texto constitucional³⁴.

Palma plantea otro camino para convocar a una AC utilizando la figura de un referéndum constitucional. Esta alternativa supone que el Congreso apruebe una normativa transitoria para establecer un procedimiento constituyente que, según este autor, debería ser aprobado mediante plebiscito³⁵. Aquí sí nos encontramos con una fórmula utilizada en nuestra tradición constitucional. Todas las consultas realizadas en los últimos treinta años surgen en el período en que rige la normativa transitoria prevista en la Constitución de 1980 y no por las normas que regulan el plebiscito nacional. Así se aprobó la actual Carta Fundamental (septiembre de

³³ ATRIA, Fernando, "Participación y alienación política en Chile", en Revista Mensaje (Santiago, diciembre), pp. 584 a 587. 2008) pp. 163-190 y "La Constitución Incorregible" (2013b)

³⁴ ATRIA, Fernando, "La Constitución Incorregible", 2013 y "El problema constitucional tendrá que resolverse por las buenas o por las malas" 2013

³⁵ PALMA, Eric, "Un plebiscito, dos constituciones" 2013

1980); se definió la continuidad del gobierno del general Augusto Pinochet (octubre de 1988) y se establecieron las reformas que permitieron dar inicio a la transición democrática (junio de 1989).

Algunos autores chilenos también se han animado a reflexionar sobre las características que debiera reunir una AC en el Chile actual, como es el caso de Gabriel Salazar, quien opta por dicho modelo institucional a partir de una reflexión histórica, que se remonta a la sociedad colonial chilena del siglo XVII, amparada en el "Derecho de los Pueblos"³⁶. Desde esta perspectiva, la "Asamblea Nacional-Constituyente", se conformaría como una alternativa institucional al modelo liberal dominador, que habría enajenado el ejercicio de la soberanía popular a través del sistema representativo sustentado en los partidos políticos, de origen y carácter netamente oligárquicos³⁷. En este contexto identifica al "Estado Neoliberal de 1980" como la máxima expresión de crisis del modelo liberal en Chile: " (...) nació ilegítimo, no ha sido socialmente eficiente y carece de credibilidad y representatividad". Por su parte, la Asamblea Nacional-Constituyente, que integraría también a los grupos medios y a la elite empresarial, se sustenta en procesos deliberativos y mayoritarios y en dicha institución la ciudadanía se expresaría regularmente a través de "comicios" (asambleas locales) o en "las sedes de los actores sociales de presencia nacional (el caso de los trabajadores, los profesores, los empleados públicos y los estudiantes, sobre todo)"³⁸.

II. PROCESOS CONSTITUYENTES COMPARADOS CONTEMPORANEOS.

³⁶ SALAZAR, Gabriel, Construcción de Estado en Chile (1760-1860) Democracia de Los pueblos, Militarismo Ciudadano, Golpismo oligárquico (Santiago, Editorial Sudamericana) (2005), p. 41.

³⁷ SALAZAR, Gabriel, "Del Poder Constituyente de Asalariados e Intelectuales, Chile, siglos XXy XXI" (Santiago, LOM Ediciones) (2009), p. 25

³⁸ SALAZAR, Gabriel, En el nombre del poder popular constituyente, Chile, siglo XXI (Santiago, LOM Ediciones). (2011), p. 80.

Hoy en día, el debate público no se centra ya en si es apropiado reformar o no la Constitución, si no en el tipo de cambios que se requieren y la forma para realizarlos. Para cualquier sociedad es un enorme desafío poder impulsar procesos que permitan elaborar nuevas constituciones. Desafío en términos jurídicos, políticos y sociales; de ahí la relevancia de conocer y aprender de experiencias de procesos constituyentes realizadas a nivel internacional. Entender de experiencias exitosas y de fracasos en países con trayectorias similares o disimiles permite identificar factores claves, identificar actores que participan, conocer distintos procesos, instituciones y facilitadores y bloqueos para llevar adelante un proceso constituyente de manera exitosa.

A nivel internacional, una gran cantidad de países han cambiado sus constituciones en las últimas décadas. La mayoría de ellas “mueren jóvenes y sólo un puñado ha durado más de 50 años. De hecho, la esperanza de vida de una constitución nacional es 19 años”³⁹ Para ello, se han utilizado diferentes mecanismos para la elaboración de un nuevo texto constitucional; uno de ellos es la conformación de órganos específicos con el mandato de redactar un texto constitucional, como las asambleas o convenciones constituyentes compuestas por personas electas directa o indirectamente para ese propósito; también se ha encargado esta función a los miembros del Poder Legislativo en ejercicio; o a ciertos expertos designados por la institucionalidad vigente. Además, estos procesos han evidenciado una gran heterogeneidad en los momentos, tipos y formas en que se puede incluir a la ciudadanía, actores de la sociedad civil y expertos en un proceso constituyente.

La experiencia internacional de los procesos constituyentes muestra distintos mecanismos que han sido utilizados para la elaboración de cartas fundamentales, dependiendo de las circunstancias políticas, de las tradiciones político-institucionales de cada país y también de los mecanismos que las mismas Constituciones vigentes contemplan para dicho proceso.

Describiremos los distintos mecanismos y procedimientos que se han utilizado a nivel mundial para la discusión y redacción de un nuevo texto constitucional. Es importante indicar, que en muchas ocasiones las experiencias a nivel nacional reflejan una combinación de procedimientos utilizados. El objetivo de esta sección es, por tanto, diferenciar un mecanismo de otro como categorías o tipos ideales, y en ese mismo sentido, la clasificación

³⁹ Ginsburg, Melton & Elkins, 2010: 1-2

de cada uno de los países que aquí se estudian, ha sido determinada por los elementos e instituciones que tuvieron una mayor relevancia o incidencia en ese proceso en particular.

A). Mecanismos Utilizados en las Constituciones Comparadas

a). Vía poder legislativo

Esta denominación se usa para referirse a aquellos casos en los que el órgano principal a cargo de elaborar y aprobar el nuevo texto constitucional es el congreso o parlamento. En este caso, se forma también un órgano para ejercer el poder constituyente, sin embargo, quienes lo conforman son ciudadanos/as que habían sido electos/as de manera previa para ejercer el poder legislativo (no el constituyente) y bajo las reglas constitucionales que se quieren reemplazar. En este caso, es importante tener en consideración si los miembros de la legislatura son representativos de todos los grupos de la población, y si existen grupos no representados o subrepresentados dentro de ella.

Este mecanismo puede adoptar diferentes modalidades, por ejemplo, el Congreso en su totalidad podría ejercer el poder constituyente (Brasil 1988, El Salvador 1992, Corea 1987). Podría también formarse una comisión o un comité compuesto por un número determinado de parlamentarios, de una o ambas cámaras elegidos por ellos mismos, con dedicación exclusiva a la elaboración de la nueva Constitución (Bolivia 1994, Nicaragua 1995, Angola 2010, Croacia 2000, Grecia 1975, Polonia 1997, República Checa 1993). Redactado y acordado el nuevo texto, el borrador necesitará de su ratificación, que podría ser dada por el Congreso pleno, por la ciudadanía o bien ambos

b). Asamblea Constituyente

Una asamblea constituyente o asamblea nacional constituyente, es un órgano colegiado conformado por un grupo de ciudadanos y ciudadanas electos por sufragio popular para discutir y diseñar exclusivamente un nuevo texto y orden constitucional; y no para ejercer facultades legislativas. Como consecuencia de lo anterior, una vez que cumple con su

cometido debe disolverse, para dar paso al ejercicio de los poderes constituidos. En el último tiempo, la tendencia ha sido que los textos constitucionales decididos y aprobados por asambleas constituyentes han sido ratificados por la ciudadanía a través de un referéndum.

Los miembros que componen la asamblea constituyente actúan como representantes extraordinarios del resto de la nación y, por tanto, en este grupo deben estar representados la mayor cantidad de sectores y grupos de la sociedad (Nogueira, 2009). En algunos países se han utilizado mecanismos de acción afirmativa como cuotas electorales o escaños reservados⁴⁰ para asegurar que las asambleas sean inclusivas y representativas de toda la sociedad⁴⁰.

c). Variante: Congreso o parlamento constituyente

Una variante de este mecanismo, más cercano a la idea de elegir una instancia específicamente para la definición constitucional, son aquellos congresos o parlamentos que han sido electos por voto popular con el mandato especial de ejercer el poder constituyente originario. En algunos casos, este congreso constituyente ejerce en primer lugar y de manera exclusiva su función de elaborar una nueva Constitución, y una vez finalizada, empieza a ejercer el poder legislativo (Camboya 1993). En otros, cumple ambas funciones constituyentes y legislativas de manera simultánea. En esos casos el parlamento se puede dividir en dos (Sudáfrica 1996), o bien formar una o más comisiones especialmente dedicadas a la redacción constitucional (Túnez 2014), para que posteriormente sea toda la asamblea o congreso constituyente quien la apruebe⁴¹.

d). Comisión constituyente o comisión de expertos

Este tipo de mecanismo se refiere a aquellos casos en que la institución a cargo de la discusión de los contenidos y de la elaboración del nuevo texto constitucional corresponde a un grupo

⁴⁰ Bisarya, 2014

⁴¹ Ghai, 2006

de expertos y personas consideradas como notables en una determinada sociedad, que generalmente incluye abogados y/u otros profesionales relacionados con el área del derecho constitucional o las ciencias sociales. Estos podrían ser expertos nacionales y/o extranjeros, e incluso miembros de distintos poderes del Estado.

A diferencia de la Asamblea Constituyente, la comisión está conformada por personas designadas y no electas vía sufragio popular. Esa designación por lo general la realiza el poder ejecutivo.

A la comisión constituyente o de expertos se le entrega la facultad de discutir los contenidos de la nueva carta fundamental y la elaboración del texto de la misma, el que luego debe ser ratificado, ya sea por la autoridad u órganos que la designaron, por el poder legislativo, por la ciudadanía mediante plebiscito o referéndum, o por más de uno de ellos.

e). Otros mecanismos: Tratados internacionales

En la experiencia internacional es posible encontrar también otros mecanismos constituyentes diferentes de los anteriormente descritos. En la mayoría de los casos, estos han tenido lugar durante el proceso de finalización de conflictos armados y el establecimiento de paz de los territorios involucrados. Estas experiencias son bastante únicas, sin embargo, el factor común en ellas es la fuerte intervención de la comunidad internacional, o de determinados gobiernos extranjeros, en el proceso constituyente, restringiéndose o eliminándose la participación de la comunidad política nacional en la elaboración de la nueva constitución.

Un ejemplo de este tipo de casos es Bosnia-Herzegovina (1995) cuyo proceso constituyente estuvo bajo el control de un grupo de gobiernos extranjeros. La Constitución fue redactada como uno de los anexos del Acuerdo de Paz de Dayton que puso término a varios años de conflicto armado.

B). Factores que Intervienen

a). Participación Ciudadana

Otro factor importante, es la participación ciudadana en los procesos constituyentes. La participación ciudadana es un proceso amplio que contempla el involucramiento en los asuntos públicos o colectivos a nivel comunitario o nacional, en los diversos niveles de gobierno y la sociedad en su conjunto. A nivel internacional, en el último tiempo se ha observado una tendencia creciente a incorporar formas de participación ciudadana más directa en los procesos de reforma o cambio constitucional⁴² Estas formas varían en las actividades utilizadas, el alcance de la inclusión pública, su carácter vinculante o no, la legitimidad percibida del proceso y el impacto definitivo que éstas tienen en el sistema político⁴³ Además, los ciudadanos/as pueden ser incluidos/as y jugar un rol activo en las distintas etapas del diseño constitucional por separado o en su conjunto.

b). Manifestaciones e iniciativas de carácter social o popular

Este tipo de participación ciudadana tiene lugar en la etapa preliminar u originaria del proceso constituyente. Se trata de una forma de participación expresada en acciones o iniciativas, como protestas callejeras, formación de movimientos sociales, o campañas electorales, entre otras que instalan en la agenda nacional la necesidad de cambio constitucional.

Esta es una forma de participación no institucional, ya que nace de forma de movilización social y política autónoma, sin utilizar necesariamente los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico vigente. Como consecuencia de lo anterior, los efectos de la misma no son vinculantes para el poder político gobernante, pero sin embargo tienen claros efectos políticos, actuando como fuerza motora para dar inicio al proceso constituyente, y con distintos impactos posteriormente en dicho proceso.

Algunos ejemplos son las masivas protestas y movilizaciones sociales que dieron origen a los procesos constituyentes de Bolivia a partir del año 2000, en Ecuador también desde comienzos de siglo, en Islandia durante el 2008, en Túnez a partir del 2010 (y otros países

⁴² Ginsburg, Elkins & Blount, 2009; Bisarya, 2015

⁴³ Moehler, 2006

que formaron parte de la “Primavera Árabe”), y la campaña “Séptima Papeleta” en Colombia en 1990.

Distintos grados y formas de movilización ciudadana pueden mantenerse en todo el proceso constituyente dependiendo de factores políticos e institucionales, de la existencia de organizaciones ciudadanas formales, su capacidad de convocatoria y relación con autoridades e instituciones del Estado.

c). Elecciones Populares

Todavía en una etapa inicial pero más avanzada del proceso constituyente, la ciudadanía también puede participar a través de elecciones populares. En este caso, ella podría ser consultada (usualmente a través de un referéndum) sobre la necesidad del cambio constitucional y del mecanismo a utilizar. Luego, también podrá participar eligiendo a los miembros que forman parte del órgano constituyente, ya sea una asamblea constituyente en sentido estricto o los nuevos miembros del parlamento a los que se otorgan especiales facultades constituyentes.

Se trata de una forma de participación institucional, pero puede o no ser vinculante dependiendo de si se trata de una consulta ciudadana o un plebiscito/ referéndum. Ejemplos de este tipo de participación se encuentran en Colombia (1991) donde un movimiento popular estudiantil llamó a un plebiscito no oficial para autorizar la reforma de la constitución por medio de una asamblea constituyente. El apoyo a esta alternativa fue tan fuerte que el entonces Presidente Virgilio Barco llamó a un nuevo plebiscito, esta vez oficial para convocar a una asamblea constituyente⁴⁴ Elecciones populares para la elección de los miembros del órgano constituyente se han realizado también en Sudáfrica (1996), Uganda (1995), Italia (1947), Portugal (1978), Camboya (1993), entre otros.

d). Mecanismos consultivos y/o deliberativos

Los mecanismos consultivos y/o deliberativos pueden tener lugar de manera previa y/o paralela al funcionamiento del mecanismo que haya sido escogido para la elaboración del

⁴⁴ Negretto, 2013: 175

texto constitucional. Las modalidades utilizadas en este caso son variadas. Puede tratarse de mesas redondas de discusión de temas constitucionales, la realización de asambleas territoriales o foros nacionales para discutir el texto constitucional, consultas ciudadanas y también la elaboración de informes y/u observaciones por parte de diferentes organizaciones de la sociedad civil, movimientos políticos, e incluso instituciones gubernamentales respecto al contenido del nuevo texto constitucional que son enviadas a la asamblea constitucional, al comité de expertos o al congreso, cuando corresponda, para su consideración.

En este caso, los ciudadanos y ciudadanas pueden expresar sus opiniones, observaciones y consultas en relación al proceso y el contenido del texto constitucional. Se trata de mecanismos de tipo consultivo e informativo, pero que también pueden abrir espacios para la deliberación. Ahora bien, sus efectos no serán necesariamente vinculantes para el órgano a cargo de la elaboración de la carta fundamental.

Por tanto, en este tipo de mecanismos resulta fundamental cuán efectivas son estas reuniones y asambleas en generar insumos para el proceso.

La realización de este tipo de mecanismos es común en aquellos países que han optado por asambleas constituyentes. Sin embargo, también han tenido lugar en procesos constituyentes dirigidos por comisiones designadas por el poder ejecutivo como por ejemplo en Argelia (1976), Afganistán (1987), Fiyi (1997), Rusia (1993), Suiza (1999), Ruanda (2003), y Marruecos (2011), y en otros en que el cambio constitucional fue vía el Poder Legislativo como en Turquía (Constitución 1982), Croacia (1990), Bolivia (1994).

e). Ratificación del texto constitucional

Una vez elaborado el nuevo texto constitucional, la participación ciudadana puede tener cabida nuevamente, esta vez a través de la ratificación de dicho documento. Este espacio de participación es de relevancia, puesto que constituirá un mecanismo de control ciudadano (accountability) sobre aquellos a quienes se les otorgó el mandato de ejercer el poder constituyente. Existe por tanto una intervención directa en el proceso, que en la mayoría de los casos es vinculante. No obstante, este tipo de participación no es sustitutivo de la deliberación pública que otros mecanismos pueden fomentar de mejor manera ya que no

permite una incidencia en el contenido del texto constitucional. En tal sentido puede servir como un paso altamente deseable para finalizar un proceso constituyente con un alto grado de legitimidad, pero no asegura el involucramiento de la ciudadanía en las otras fases del proceso constituyente.

Este mecanismo de participación ciudadana es el más habitual en el proceso de diseño constitucional⁴⁵ y se ha desarrollado en procesos constituyentes muy disímiles. Así, por ejemplo, la ratificación del texto elaborado por sus respectivas asambleas constituyentes ha ocurrido en Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) e Islandia (2012).

Países que han elegido una comisión constituyente o que el cambio ha sido vía el parlamento, que han ratificado el texto popularmente y donde además han operado otros mecanismos participativos son Turquía (1982), Rusia (1993), Polonia (1997), Suiza (1999), Ruanda (2003) y Marruecos (2011).

Finalmente, entre los países donde la única oportunidad de participación ciudadana se ha dado a través de la ratificación del texto final que ha sido elaborado por un comité designado destacan Francia (1958), Filipinas (1987), y Argelia (1996).

f). Educación Cívica

Finalmente, un mecanismo de participación ciudadana que puede ser gatillado transversalmente en todas las etapas de un proceso constituyente, es la educación cívica que se entrega a la comunidad. Los contenidos de ella pueden decir relación con qué es una Constitución, cuál es su importancia, la necesidad del cambio constitucional, con el trabajo que realiza el órgano a cargo de elaborar la nueva Constitución, y finalmente en relación a la implementación del texto aprobado. Se trata de una modalidad de participación pasiva y de carácter informativo, pero que a la vez puede detonar una participación más directa y activa en otros espacios. La educación cívica podría estar a cargo del propio Gobierno, de la asamblea o congreso constituyentes, de los partidos políticos, organismos internacionales, y/o de organizaciones o movimientos ciudadanos, entre otros⁴⁶.

⁴⁵ Ginsburg, Elkins & Blount, 2008

⁴⁶ Ghai, 2006

C). Principales Mecanismos Utilizados en las Constituciones Comparadas

Los procesos de cambio constitucional a nivel mundial que se produjeron a partir de la segunda mitad del Siglo XX. En particular, se revisan los principales mecanismos utilizados, analizando estos resultados por región geográfica, subperíodo histórico y régimen político imperante al momento en el que se realizó cada proceso constituyente. En total, se sistematizaron 95 procesos constituyentes realizados entre 1947 y 2015. Estos procesos conforman un subconjunto de los 239 procesos constituyentes que se han realizado en el mundo a partir de 1947

En términos globales, el principal mecanismo utilizado en los procesos constituyentes estudiados en el período es la comisión de expertos (36%). Luego le sigue la asamblea constituyente (26%). Cabe destacar que solo en un quinto de los procesos constituyentes estudiados, es el mismo parlamento que existía antes de iniciar el proceso constituyente el que se encarga de elaborar la nueva constitución.

Sin embargo, existen importantes diferencias si se analiza este período en profundidad. En América Latina, casi la mitad de los 28 cambios constitucionales realizados a partir de 1947 han sido a través de una Asamblea Constituyente (46%). En esta región, la comisión de expertos se ha utilizado muy poco (11%). A la vez, la comisión de expertos predomina, principalmente, en los 22 procesos constituyentes de África y en los 29 de Asia-Pacífico, 50% y 48% respectivamente.

A la vez, al analizar los mecanismos utilizados en los procesos constituyentes por subperiodos históricos, apreciamos que, en los últimos quince años, la mayoría de los cambios constitucionales se ha realizado a través de una asamblea constituyente (41%). Esta situación es similar a lo sucedido entre 1947 y 1965. Por el contrario, en el período que va de 1966 a 1989, predominan las comisiones de expertos (45%).

La evidencia muestra, además, que los mecanismos utilizados para impulsar cambios constitucionales están relacionados con el contexto político y social de cada país y con los momentos históricos cuando se producen. De este modo, entre las décadas de 1960 y 1990 se produjeron la mayor cantidad de cambios constitucionales (65 de 95), muchos de ellos

teniendo lugar en contextos de regímenes autoritarios o transiciones de esos regímenes a la democracia. En este sentido, a medida que se consolidan regímenes efectivamente democráticos, aumenta la probabilidad que el cambio constitucional se produzca a través de una asamblea constituyente. En cambio, a medida que la democracia se restringe, aumenta la probabilidad que el proceso constituyente sea a través de una comisión de expertos

De esta forma, contextualizar histórica y políticamente los mecanismos utilizados para cambiar las constituciones, resulta sumamente relevante. Más aun teniendo en cuenta que el 44% de los procesos constitucionales realizados en el período analizado, ocurrieron bajo regímenes autoritarios (principalmente en África), mientras que un 31% fue realizado bajo regímenes democráticos (principalmente en Europa).

D). Cambios Constitucionales a través de Asambleas Constituyentes

a). América Latina En América Latina

Particularmente América del Sur, los procesos constituyentes realizados a través de Asambleas Constituyentes más relevantes comienzan en la década de los 90. Los casos a los que se hace referencia a continuación son: Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009). Particularmente estos tres últimos, forman parte de lo que se ha denominado procesos constituyentes de tercera generación⁴⁷ caracterizados por tener su origen en el rechazo a las políticas neoliberales y privatizadoras impuestas en las últimas décadas y la deslegitimación de las elites políticas que las habían promovido y como contrapartida, el surgimiento de movimientos populares y políticos que exigían una opción constituyente y no meramente de reforma política⁴⁸.

a.1) Constitución de Colombia de 1991

El proceso constituyente colombiano que finalizó con la promulgación de la Constitución de 1991 tuvo su origen en una crisis institucional acompañada de una importante violencia

⁴⁷ Pisarello, 2014: 108

⁴⁸ Pisarello, 2014: 108

política⁴⁹En rechazo a esa violencia, la corrupción política y la situación de descomposición social, surgió un movimiento ciudadano liderado por estudiantes universitarios y profesores que presionó por el cambio constitucional.

Para ello, y considerando que la institucionalidad vigente no contemplaba un mecanismo democrático de cambio constitucional, el movimiento ideó y promovió la campaña “Séptima Papeleta”. Ella consistía en que, en las elecciones municipales y legislativas de 1990, los ciudadanos debían depositar una papeleta extra en las urnas demandando la convocatoria a una Asamblea Constituyente. Como resultado, más de dos millones de votos fueron contados a favor de la propuesta.

Este fuerte apoyo a favor de la asamblea constituyente llevó a que el Presidente Barco, por medio de un decreto, llamara a un plebiscito oficial. Como la constitución no estipulaba el mecanismo propuesto de cambio constitucional, el decreto fue puesto en duda en términos constitucionales. No obstante, la Corte Suprema, encargada de ejercer el control constitucional durante ese período, apoyó el decreto y declaró la constitucionalidad del plebiscito, donde se preguntó si la ciudadanía apoyaba la convocatoria de una asamblea constituyente⁵⁰. Más aún, la Corte Suprema también le otorgó un mandato y facultades de reformas mucho más amplias a la asamblea constituyente que las que tenía contempladas originalmente⁵¹. La Constitución fue adoptada por la Asamblea en julio de 1991.

a-2). Constitución de Venezuela de 1999

El contexto político venezolano que precedió a la elaboración de la Constitución de 1999 se caracterizó por ser un período colmado de protestas y movilizaciones populares de amplios sectores de la sociedad, que manifestaban su descontento con la corrupción política existente y las políticas de los años 90 que habían llevado a una importante crisis económica. Existía,

⁴⁹ Pisarello, 2014:108

⁵⁰ Negretto, 2013: 175

⁵¹ Restrepo, 2002

además, una creciente deslegitimación de la Constitución de 1961 originada en el Pacto de Punto Fijo, acordado por los principales partidos políticos y ratificada luego por el Congreso.

Bajo esas circunstancias y una inhabilidad de los partidos políticos tradicionales de cumplir sus promesas de campañas, se abrió el espacio para competir en las elecciones de 1998 a políticos fuera del sistema de partidos⁵² lo que permitió la elección de Hugo Chávez como presidente en diciembre de ese año. Chávez había recogido durante su campaña el descontento ciudadano y había prometido el cambio constitucional a través del ejercicio del poder constituyente popular. Como la Constitución de 1961 no contemplaba el cambio constitucional a través de una Asamblea Constituyente, se discutió ante la Corte Suprema la necesidad de una reforma constitucional previa para que ello tuviera lugar. El máximo tribunal se manifestó a favor de la posibilidad de llamar a un referéndum popular para decidir la formación de una asamblea constituyente.

En febrero de 1999, Chávez dictó un decreto convocando a dicho referéndum, medida que nuevamente fue impugnada por la oposición ante la Corte Suprema, sin éxito. El Presidente Chávez había fundado la convocatoria en dos normas vigentes, el artículo 4 de la propia Constitución de 1961 que señalaba que “la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante sufragio, por los órganos del poder público”⁵³, y en la atribución presidencial contenida en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que le confería “la iniciativa para convocar a un referéndum, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”⁵⁴ En el caso venezolano, al igual que en el caso colombiano, destaca el rol de la Corte Suprema, que dirimió a favor de llevar adelante la convocatoria a la asamblea constituyente, declarándola constitucional⁵⁵

El referendo se realizó en abril de 1999 y se realizaron 2 preguntas, la primera sobre la aprobación o no de la creación de una asamblea constituyente para escribir una nueva constitución, y la segunda sobre la aprobación o no de las bases propuestas por el Ejecutivo para la convocatoria. La primera pregunta obtuvo un 87,9% de apoyo y la segunda un 81,9%; no obstante, el porcentaje de abstención fue de 62,1%

⁵² King, 2013: 372

⁵³ Pisarello, 2014: 113

⁵⁴ Jarufe, 2012

⁵⁵ Brewer-Carías, 2010

En julio de 1999 se realizaron las elecciones de los 131 miembros de la asamblea. De ellos, 104 fueron electos en base a circunscripciones regionales, 24 en base a una circunscripción nacional y 3 cupos quedaban reservados para representantes de pueblos indígenas, que fueron escogidos por Hugo Chávez⁵⁶. A pesar de los intentos de la oposición, que se presentó por partidos políticos o de manera independiente, pero en coalición, los adherentes al Presidente Chávez obtuvieron una mayoría abrumadora: 126 electos, constituyendo el 95,3% de los escaños definidos por la elección⁵⁷. Esto le permitió a la asamblea declararse poder originario y plenipotenciario, aún en contra de decisiones anteriores del Tribunal Supremo, y además emitir decretos de reorganización del poder judicial y legislativo.

La Asamblea Constituyente trabajó por un periodo de aproximadamente 4 meses. Se formaron una veintena de comités para la preparación del texto, se recibieron borradores de distintos grupos de la ciudadanía y se realizaron asambleas regionales para su discusión.

El texto final fue sometido a referéndum nacional en diciembre de 1999, en el que participó casi el 45% de los electores, siendo aprobado por más del 71% de votantes.

b). África

b.1). Constitución de Sudáfrica de 1996

El proceso constituyente sudafricano que concluye con la promulgación de la Constitución de 1996 formó parte del largo y complejo proceso de transición a la democracia de un país que había vivido bajo las leyes del Apartheid durante más de cuatro décadas. Por lo mismo, se trata de un proceso con características muy particulares, en el que diversos actores cumplieron un rol central en la promulgación del nuevo texto constitucional, entre ellos el Tribunal Constitucional y la comunidad internacional.

⁵⁶ Bejarano & Segura, 2008).

⁵⁷ El alto nivel de abstención (53,8%), el sistema electoral, la desorganización de la oposición y las tácticas de campaña influyeron en este resultado (Bejarano & Segura, 2008). Respecto al sistema electoral, este permitió que con un 62,1% de las preferencias a los adherentes a Hugo Chávez, se lograra el 95,3% de los puestos. Según Coppedge (2002), dos fueron los elementos que afectaron este resultado. El primero fue que los candidatos podían inscribirse por partido, movimiento social o como independientes. El bloque oficialista fue capaz de ir en una gran lista del partido (previas negociaciones internas), mientras que todos los candidatos de oposición corrieron como independientes, compitiendo unos con otros por los votos de oposición. El segundo elemento se complementó al primero en el sentido que los votantes tenían tantas preferencias como puestos en juego en su circunscripción electoral, siendo electos los candidatos con las primeras mayorías.

La presión internacional, las acciones de las fuerzas revolucionarias sudafricanas y movimientos democráticos existentes en otros países africanos, fueron factores que determinaron que en 1990 el gobierno del Partido Nacionalista dejara sin efecto la prohibición que existía respecto de las organizaciones políticas, como el Congreso Nacional Africano y la liberación del líder opositor, Nelson Mandela, que había estado 27 años en prisión.

A partir de esa fecha, y en un contexto de intensa violencia política, se inicia un periodo de arduas negociaciones entre el Partido Nacionalista, el Congreso Nacional Africano y otras organizaciones políticas, que se desarrollaron conforme a los acuerdos alcanzados en la Convención para una Sudáfrica Democrática. Las partes acordaron redactar una Constitución Provisional. Estos acuerdos fueron sometidos a referéndum exclusivamente para la población blanca, y fueron aprobados por el 60% de los votos.

La Constitución Provisoria de 1993 estableció un gobierno de unidad nacional, y consagró 34 principios fundamentales que deberían ser respetados por la asamblea constituyente en la redacción que ésta hiciera de la nueva constitución. Bajo la vigencia de esta carta transitoria en abril de 1994 se celebraron las primeras elecciones no raciales, resultando elegido por el Congreso Nacional Africano Nelson Mandela como Presidente, con una participación electoral del 86,9% (IPU, 1994).

En estas elecciones se eligieron además a los representantes de ambas Cámaras del Parlamento, quienes cumplirían además el rol de asamblea constituyente. De esta manera, el Parlamento se dividió en dos, formando un comité constitucional con representantes de ambas cámaras para asumir la redacción del nuevo texto⁵⁸

El nuevo parlamento estaba conformado por 490 miembros: 400 representantes de la Cámara Baja, elegidos en un sistema de representación proporcional mediante el uso de listas nacionales y provinciales de candidatos; y 90 representantes del Senado, 10 para cada una de las 9 provincias (posteriormente renombrado como Consejo Nacional de Provincias). Respecto a la composición, siete partidos lograron representación, liderando el Congreso Nacional Africano con el 63% de los asientos, seguido por el Partido Nacionalista con el 20%

⁵⁸ Ghai, 2006

de los escaños y el Inkatha Freedom Party con el 10%. Los otros cuatro partidos lograron cerca del 6% de los puestos restantes. El Congreso Nacional Africano logró a su vez una amplia mayoría en el Senado, controlando 7 de las 9 provincias (IPU, 2015). A pesar del éxito electoral del Congreso Nacional Africano, éste no logró los dos tercios de los escaños necesarios para aprobar la constitución y tuvo que negociar con los otros partidos políticos.

Se formaron además seis comités técnicos temáticos, y se recogieron las opiniones de los partidos políticos, los cuales recogieron las demandas e inquietudes de sus militantes y de la comunidad en general. El Estado sudafricano organizó diversas actividades y campañas de difusión para motivar la participación de los ciudadanos y ciudadanas a través de diversos medios como por ejemplo grupos y mesas de trabajo; además el primer borrador se distribuyó a la población junto con documentos informativos y gráficos. No obstante, esta participación siempre estuvo mediada por los partidos políticos y por los reportes que sistematizaban la opinión ciudadana, no a través de un contacto directo de la ciudadanía con la asamblea⁵⁹

En mayo de 1996, con una aprobación del 86%, la asamblea constituyente aprobó el texto final, que contó con una difusión de 7 millones de copias en los once idiomas oficiales del país. El texto fue remitido al Tribunal Constitucional para verificar que cumpliera con los principios constitucionales establecidos en la Constitución Provisoria. El Tribunal Constitucional devolvió el texto a la asamblea para su revisión, ésta hizo modificaciones y finalmente el texto fue aprobado en diciembre de 1996. El Presidente Nelson Mandela promulgó la nueva constitución a fines de 1996 y entró en vigencia a comienzos de 1997.

c). Asia y Pacífico

c.1). Constitución de India de 1950

Durante 1946, Gran Bretaña decide iniciar el proceso de independencia de India, enviando a este país una comisión para negociar los términos del traspaso de poder. En agosto de 1946 se realizaron las elecciones para formar la Asamblea Constituyente, de acuerdo a las recomendaciones hechas por la Misión Gabinete (Cabinet Mission en inglés) enviada por el

⁵⁹ Barnes & de Klerk, 2002

Reino Unido para discutir el traspaso de poder (Parliament of India, s.f.). De acuerdo con estas recomendaciones, la Asamblea Constitucional quedó formada por 389 miembros, de los cuales 292 fueron electos indirectamente por las 11 Asambleas Legislativas Provinciales de la India Británica (de manera proporcional a su población), 93 fueron nominados por los gobernantes de los Estados Nativos de la India⁶⁰ (Indian Princely States en inglés) y 4 nominados por las provincias de Deli, Ajmer-Mewar, Coorg y las Islas Nicobar y Andaman respectivamente⁶¹. Este número se redujo a 299 luego de que algunos miembros se retiraran luego de la secesión de Pakistán en 1947.

Los partidos representados en ella fueron el Partido del Congreso que ocupaba más de dos tercios de los asientos (202 puestos), la Liga Musulmana, segunda mayoría con 73 puestos, la Federación de Castas Registradas, el Partido Comunista de la India y el Partido de la Unión, que en total alcanzaron 15 puestos., *“si bien los líderes del Partido del Congreso se encargaron de representar a las minorías al interior de la Asamblea Constituyente, la composición de ésta no representaba completamente a la sociedad india. Las castas superiores estaban sobrerrepresentadas, así como las personas con altos niveles de formación académica⁶², la población urbana y los profesionales. Al mismo tiempo, solo 15% de los miembros de la Asamblea Constituyentes eran mujeres. Por otro lado, 200 miembros (más de la mitad) ocupaban algún cargo en otra legislatura al momento de la elección y 61 miembros servían como ministros a nivel provincial o central”*⁶³

La asamblea funcionaba con diferentes comités temáticos, pero la redacción final del texto estaba encargada a un Comité Redactor, quien presentó el proyecto final para la aprobación de la asamblea constituyente en febrero de 1948.

La Constitución entró en vigor en enero de 1950 luego de ser ratificada por la asamblea, que a su vez se convirtió en un Parlamento provisional.

⁶⁰ Estados indios que durante la colonia británica contaban con mayores niveles de autonomía y autogobierno

⁶¹ Johari, 2004).

⁶² Para ese año, se estima que cerca de un sexto de la población sabía leer y escribir. Por su parte, 68% de los miembros de la Asamblea Constituyente se había graduado y el 18% tenía estudios en la educación superior (Chiriyankandath, 2008).

⁶³ Chiriyankandath, 2008

c.2.) Constitución de Camboya de 1993

El proceso constituyente de Camboya se enmarca dentro de un proceso de restablecimiento de la paz y de reconciliación nacional, que precedió a los sangrientos años de gobierno comunista de Pol Pot y los jemeres rojos (1975-1978), donde más de un millar de camboyanos murieron víctimas de genocidio; y a la posterior invasión vietnamita que puso término a ese gobierno.

En el marco de los Acuerdos de París, tratado internacional celebrado en 1991 para restablecer la paz y fundar las bases de un Estado democrático, Camboya quedó bajo la autoridad transitoria de las Naciones Unidas (UNTAC, United Nations Transitional Authority in Cambodia). La UNTAC gobernó hasta la elección de una asamblea constituyente, que luego de promulgar la Constitución se constituyó en el Poder Legislativo o Asamblea Nacional.

Los 120 miembros de la asamblea constituyente fueron elegidos mediante un mecanismo de representación proporcional en una elección monitoreada internacionalmente. Estaba compuesta por 58 representantes del partido monárquico “Frente Unido Nacional por una Camboya independiente, neutral, pacífica y cooperativa”, 51 del Partido Popular de Camboya, 10 del Partido Budista Liberal Democrático, y 1 del Movimiento de Liberación Nacional de Kampuchea.

Una vez establecida, la asamblea designó un Drafting Committee de 12 miembros (6 representantes del Frente Unido Nacional, 5 del Partido Popular de Camboya, y 1 del Partido Budista Liberal Democrático) para elaborar la Constitución. Si bien el comité trabajó aparentemente de manera autónoma, la Asamblea en su conjunto no era completamente independiente de los dos partidos mayoritarios⁶⁴. Es más, se le presentaron dos proyectos al Príncipe Sihanouk para su aprobación, uno producto de la Asamblea, con características más republicanas, y otro elaborado exclusivamente por el Frente Unido Nacional, restaurando la monarquía. El Príncipe hizo algunos cambios a este último anteproyecto y lo envió de vuelta

⁶⁴ Marks, 2010).

a la asamblea constituyente para su aprobación, lo que ocurrió en septiembre de 1993 con 113 votos a favor, 5 en contra y 2 abstenciones⁶⁵.

d). Europa

d.1). Constitución de Italia de 1947

Tras la derrota de Italia en la Segunda Guerra Mundial, fue nombrado un Gobierno transitorio; sin embargo, la impopularidad de la monarquía obligó a convocar a dos votaciones ciudadanas paralelas. En la primera, los electores debían decidir la continuidad del sistema monárquico o su reemplazo por un sistema republicano de gobierno. Y en la segunda, debían elegir a los representantes de la asamblea constituyente que redactaría la nueva Constitución. El 54% de la ciudadanía votó a favor de la instauración de una República.

Los 556 miembros de la asamblea constituyente fueron elegidos mediante un sistema de representación proporcional, en base a 32 colegios electorales. La mayoría de los escaños fueron ocupados por los partidos que habían participado del Comité de Liberación Nacional¹², siendo la primera mayoría la Democracia Cristiana con un 35,2%, seguida por el Partido Socialista con un 20,7% y el Partido Comunista con un 18,7%, los que pactaron la mayoría de los aspectos constitucionales. Si bien el principal mandato otorgado a la asamblea era la redacción del nuevo texto constitucional, también se le reconocieron ciertas facultades legislativas⁶⁶

Para la elaboración del texto, la asamblea eligió una Comisión Constitucional compuesta por 75 de sus miembros, la que a su vez se dividió en tres comisiones temáticas. La Comisión presentó un texto que sometió al debate de la Asamblea en enero de 1947, y ésta finalmente la aprobó en diciembre de 1947, sin ratificación ciudadana posterior.

⁶⁵ Marks, 2010

⁶⁶ Pisarello, 2014

Cumplido su mandato, la asamblea constituyente se disolvió el 31 de enero de 1948, siendo reemplazada por el nuevo Parlamento italiano elegido conforme a las nuevas reglas constitucionales⁶⁷.

d.2) Proceso constituyente de Islandia

El proceso constituyente islandés ha sido reconocido como uno de los procesos más innovadores y participativos a nivel mundial⁶⁸, en el cual “en casi cada etapa del proceso, el público estuvo involucrado y a menudo muy activamente”⁶⁹ tanto en seleccionar a los que diseñarían la Constitución, en diálogos con ellos y votando en un referendo.

Este proceso se origina en 2008 impulsado por la ciudadanía en respuesta a una grave crisis económica y política. En términos económicos, en 2008 colapsó el sistema bancario, estallando una crisis financiera que condujo a una deslegitimación de todo el sistema político. Miles de islandeses salieron a la calle para exigir la dimisión del gobierno y una nueva Constitución. A fines de ese año, el primer ministro Gier H. Haarde, del Partido de la Independencia, presentó su renuncia y a comienzos de 2009 se formó un nuevo gobierno de coalición integrado por la Alianza Socialdemócrata (AS) y el Partido de Izquierda Verde, apoyado por el Partido Progresista⁷⁰

Después de un intento fallido, los partidos de la coalición decidieron enviar una propuesta al Parlamento que proponía una asamblea constituyente, la cual fue aprobada, especificando el período en que ella debería funcionar, su mandato. Además, se estableció la creación de una Análisis desde la experiencia comparada 39 Comisión Constitucional que precediera y facilitara el trabajo de la asamblea. No obstante, este diseño no fue llevado de tal forma a la práctica.

Así, se nombró la comisión constitucional de 7 miembros quienes convocaron un Foro Nacional, en el que se discutiría la necesidad de una nueva Constitución y las materias claves que debían estar contenidas en ella. El Foro Nacional se realizó el 6 de noviembre 2010, con

⁶⁷ Jarufe, 2012

⁶⁸ Elkins, Ginsburg & Melton, 2012

⁶⁹ Meuwese, 2013:470

⁷⁰ Meuwese, 2013: 477).

la participación de 950 ciudadanos (0,3% de la población total) elegidos por sorteo del registro electoral, bajo ciertos criterios que permitieran respetar la diversidad territorial y de género⁷¹ Finalizado el Foro, la Comisión Constitucional recogió sus conclusiones, aportó nuevas ideas, y elaboró un borrador indicando las principales orientaciones que debía contener la nueva Constitución.

Paralelamente, se llamó a elecciones para conformar una asamblea constituyente, proceso que se realizó el 27 de noviembre del mismo año. Se usó un nuevo mecanismo de elección individual, usando al territorio nacional como única circunscripción electoral por medio de un voto único transferible. El porcentaje de participación en estas elecciones alcanzó el 36% y se eligieron 25 representantes (10 mujeres y 15 hombres).

Los resultados de las elecciones fueron impugnados ante la Corte Suprema, alegando el incumplimiento de ciertas normas técnicas en las votaciones. El máximo tribunal acogió los reclamos, y declaró nulas las elecciones. En respuesta, el Gobierno, con el acuerdo del Parlamento, decidió sustituir la asamblea por un Consejo Constitucional para cumplir el mismo mandato, nombrando sus miembros a los mismos 25 ciudadanos que habían sido elegidos en las elecciones anuladas. Al término de sus funciones, el Consejo debía entregar al Parlamento sus conclusiones a través de un proyecto constitucional.

El Consejo Constitucional trabajó durante 4 meses, donde sus miembros debían trabajar a tiempo completo, recibiendo el mismo salario que el de los miembros del Parlamento; además, debían establecer ellos mismos los procedimientos y la organización de su trabajo⁷² Al finalizar este período, aprobaron un texto en forma unánime que enviaron al Parlamento en julio de 2011. El proyecto constitucional incorporó la mayoría de las conclusiones del Foro Nacional, y además consideró las opiniones de expertos en diversas áreas y las observaciones que realizaban directamente los ciudadanos que podían participar a través de sesiones destinadas para ello, de la página web (<http://stjornlagarad.is/english>) y de las redes sociales (Facebook y Twitter). No obstante, y dado que el Consejo se propuso escuchar a todos los ciudadanos por igual, sin acceso privilegiado de ningún grupo o persona, no cooperó ni negoció con el Parlamento ni con los partidos políticos, considerándose esta una

⁷¹ Meuwese, 2013

⁷² Meuwese, 2013: 482

de las principales razones de la fría recepción que tuvo este proyecto constitucional en el Parlamento⁷³

Entregado el proyecto, el Consejo Constitucional se disolvió y el Parlamento quedó a cargo del proceso. Luego de meses de debates en el Parlamento, éste aprobó la realización de un referéndum nacional para la ratificación del proyecto del Consejo como la base del proyecto constitucional parlamentario. Este se realizó en octubre de 2012 con un porcentaje de participación ciudadana del 48%, donde un 66% de los electores votó favorablemente por esta propuesta. Además, en dicha consulta se realizaron 5 preguntas más sobre materias específicas del proyecto constitucional. Sin embargo, el referéndum no tenía carácter vinculante, y conforme a la Constitución vigente de 1944, para que poder realizar una reforma constitucional era necesario el voto conforme de dos parlamentos consecutivos, lo que no ha ocurrido hasta hoy⁷⁴

El parlamento anterior, cuya mayoría de representantes estaba abiertamente a favor de la nueva Constitución, no logró aprobar el proyecto debido a tácticas políticas de la oposición y falta de voluntad política de aquellos que buscaban aprobarla⁷⁵ (Respecto al Parlamento actual, tras las elecciones de 2013 se formó un gobierno de coalición formado por el conservador Partido de la Independencia y el Partido Progresista, quienes evitaron el tema del cambio constitucional en sus campañas y más bien concentraron sus promesas en la solución de cuestiones económicas concretas de la población⁷⁶ Así, el proceso se encuentra paralizado desde fines del 2012, ya que ha sido imposible lograr la ratificación del nuevo texto constitucional en el Parlamento.

Un debate recurrente en los Estados latinoamericanos ha sido la generación de nuevas constituciones a través de la gura de la Asamblea Constituyente (en adelante AC). El común denominador por esta opción se encuentra en la búsqueda de refundar sistemas institucionales fuertemente deslegitimados a través del cambio constitucional. Nos encontramos frente a procesos que se extienden, en la mayoría de los casos, por varios años y que suponen la

⁷³ Meuwese, 2013: 486

⁷⁴ Gylfason, 2012

⁷⁵ Gyfalson, 2013

⁷⁶ Pisarello, 2014: 132

conformación de una asamblea elegida con el fin único de redactar una nueva constitución. Dichas fórmulas adicionan mecanismos para que las organizaciones sociales participen del proceso deliberativo y cuyo resultado final, deba ser ratificado por la ciudadanía a través de referéndum constitucional”. En nuestro contexto, como se afirmó con anterioridad, la asamblea constituyente no es ajena a nuestra historia constitucional, así lo demuestra, aunque con matices, el origen de la Constitución de 1925, que en virtud de varios decretos supremos (que en realidad eran decretos leyes) se convocó a personalidades de variadas corrientes políticas para integrar una gran Convención Consultiva [...] dotada de la competencia para decidir el contenido de la nueva carta fundamental y el procedimiento destinado a ponerla en práctica. El trabajo de la convención, formada por unos ciento cincuenta miembros de todas las posiciones políticas, se realizó en un período aproximado de cuatro meses, sesionando en el Palacio de La Moneda.

Desde la perspectiva comparada, la asamblea constituyente es un mecanismo que no ha estado ajena a la dictación de los ordenamientos constitucionales, el caso más reciente es el de Islandia, que se encuentra en un proceso de redacción de una nueva Constitución, a través de una asamblea constituyente que esta encuentra conformada por un grupo de veinticinco delegados elegidos libremente por la ciudadanía, los que a su turno ejercen su actividad con sesiones públicas y recaban las opiniones de ciudadanos que se identifiquen, por medio de redes sociales. Otro caso se desprende del preámbulo y las disposiciones transitorias de la Constitución Italiana de 1947; el preámbulo de la Constitución Portuguesa de 1976, y del preámbulo de la Constitución Brasileira de 1988. Entre las Constituciones latinoamericanas reformadas más recientemente, Colombia, Paraguay, Venezuela y Bolivia consagran en sus disposiciones normativas permanentes, la Asamblea Constituyente como un órgano competente para la redacción de un nuevo orden constitucional. Así, la Constitución de Colombia establece en su artículo 374: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.”. Además, el artículo 376 prevé “Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine”. En Paraguay, a propósito de las enmiendas a la constitución el artículo 291 señala que: “La Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes

constituidos. Se limitará, durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato”. En el caso de Venezuela, el art. 347 dispone que “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”, luego en materia de convocatoria señala el artículo 348.

La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de estos; y el quince por ciento de los electores inscritos y electoras en el registro electoral”. En el caso Boliviano, la Constitución de 2007 señala en su apartado I del artículo 411 que “La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio”. Por su parte un reciente estudio del PNUD, en una perspectiva comparada, “El análisis de los casos estudiados muestra que la mayoría de los países han optado por utilizar sistemas electorales diferentes para la elección de los miembros de las asambleas constituyentes respecto de la elección de los miembros del Parlamento, ya sea en cuanto al tipo de sistema, el distritales o ambos. Sudáfrica y Camboya constituyen excepciones a la tendencia general”⁷⁷.

No obstante, ser la Asamblea Constituyente el mecanismo más utilizado para elaborar una nueva Carta Fundamental, en el caso de Chile, se le denomina Convención Constituyente, es

⁷⁷PNUD, “Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada”. Septiembre, 2015.

sólo un tema de cambio de nombre, es en realidad lo mismo y desconocemos porque no se quiso emplear el término “asamblea constituyente”.

En el marco o mas bien contexto en que se comenzó a abordar la idea de una Nueva Constitución, no fue el mas propicio e idóneo, ya existía por parte de la administración de Bachelet y de hecho formó parte de su agenda de campaña y presidencial pero no tuvo asidero y se presentó casi a últimos días del término de su Gobierno. Quizás, muchos llegarían a la misma conclusión que las cosas con premura no funcionan bien. Por la crisis actual que atraviesa el país, la idea del rechazo ha ido imponiéndose, y es principalmente, porque es un capricho de la izquierda.

III.FÓRMULAS PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE.

Antes de describir los distintos tipos de mecanismos para elaborar una nueva Constitución, es importante hacer referencia al concepto de poder constituyente. Este concepto guarda relación con el instrumento de génesis constitucional y corresponde a una potestad originaria que no deriva de ninguna previa, sino que directamente del cuerpo político de la sociedad. En el ejercicio de ese poder, el pueblo tiene la libertad política para darse un nuevo orden jurídico a través de la Constitución, teniendo como única limitación el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Este poder pre-jurídico es de carácter extraordinario, ya que opera solamente cuando su titular, el pueblo, demanda la necesidad de un nuevo orden constitucional fundado en la existencia de profundos cambios políticos, sociales o de otra índole, que podrían darse como consecuencia, por ejemplo, de un proceso revolucionario, de un golpe de Estado o también por una decisión pacífica de la sociedad⁷⁸

Este poder constituyente originario, se diferencia de los poderes instituidos, constituidos o derivados, que son aquellos establecidos por la propia Constitución y que operan de manera

⁷⁸Nogueira, 2009: 233

permanente durante la vigencia de la carta fundamental (Nogueira, 2009). Una reforma constitucional corresponde, entonces, a una forma de ejercicio del poder constituido y no forma parte de un proceso constituyente. La reforma constitucional opera de acuerdo a procedimientos previstos en el orden constitucional, en cambio el proceso constituyente opera de acuerdo a nuevas reglas.

Por otro lado, es necesario hacer mención del concepto de proceso constituyente, el cual es utilizado en este documento en un carácter amplio, entendiéndolo como el conjunto de actos que conducen a la creación de una nueva Constitución⁷⁹. Es decir, cuando se habla de proceso constituyente, se está haciendo referencia a todo aquel conjunto de hechos, actos e instituciones que intervienen y dan origen a un nuevo orden constitucional.

De esta forma, también forman parte del proceso constituyente una serie de acontecimientos que tienen lugar incluso antes de la elección del mecanismo de elaboración constitucional, y que pueden consistir en cambios tanto no jurídicos como jurídicos⁸⁰.

Los cambios no jurídicos se refieren, en primer término, a la formación de fuerzas o movimientos dentro de la comunidad política que impulsen la necesidad del cambio constitucional. La creación de esta fuerza puede estar dada por diversas circunstancias, como el derrocamiento de un régimen dictatorial, el surgimiento de un movimiento de independencia nacional, o una crisis económica, entre otras.

Cualquiera sea su origen, esa fuerza será relevante para que surja lo que Bruce Ackerman denominó *“momento constitucional”*⁸¹ es decir, *un período específico en donde un actor político (persona, partido, institución, entre otros) significa o promueve un desafío para el status quo constitucional vigente, y se caracteriza por venir acompañados de una intensa movilización popular y una ciudadanía involucrada políticamente; y también porque sentará las bases de la identificación que esa comunidad política pueda llegar a tener con la nueva carta fundamental que se elabore.*

⁷⁹ Pisarello, 2014: 11

⁸⁰ Pisarello, 2014 Sin perjuicio de lo anterior, en relación a la legitimidad es necesario indicar que, a nivel de teoría constitucional para algunos autores, un proceso sólo puede calificarse como constituyente cuando éste es legítimo, es decir, cuando consigue obtener la aceptación libre de la sociedad. Dicha legitimidad además estaría dada por el hecho que el proceso constituyente que da origen a una nueva Constitución tiene como única fuente al poder constituyente que reside exclusivamente en el pueblo, es decir, en el cuerpo político de una sociedad.

⁸¹ Taylor, 2013

Un cambio constitucional, según Ackerman, ocurre cuando *el antiguo status quo constitucional es modificado, ya sea a través del proceso institucional vigente o por medio de medidas diferentes para llevarlos a cabo*⁸². Esta etapa previa es de gran importancia ya que se trata de un proceso complejo y que puede hacer surgir muchas divisiones, especialmente cuando hay aspectos étnicos y/o religiosos involucrados⁸³. Estas negociaciones por tanto dicen relación con alcanzar acuerdos básicos entre todos los sectores de la sociedad en torno a los objetivos y alcances del nuevo texto constitucional, lo que en algunos países se ha hecho mediante la realización de conferencias nacionales o mesas redondas.

En cambio, cuando hablamos de modificaciones jurídicas, por su parte, se refieren al conjunto de cambios en el ordenamiento jurídico e institucional vigente que sirven para transitar desde un antiguo orden constitucional a un nuevo orden constitucional. Estos cambios pueden tener como base los acuerdos antes descritos, ser el resultado de decisiones adoptadas por una elite política, y en algunos casos también estar influenciados por la participación de la comunidad internacional. Algunos ejemplos de esto son la elaboración de una Constitución provisional que rija el periodo en que esté en funcionamiento el mecanismo de cambio constitucional, Sudáfrica 1996; o el establecimiento de un gobierno transitorio como sucedió el año 1993 en Camboya.

Tanto los acuerdos básicos, así como los cambios jurídicos que se adopten en esta etapa previa van a influir en la determinación del mecanismo de elaboración constitucional a utilizar, en el éxito del proceso constituyente en general, y en el grado de adhesión social que logrará el texto constitucional que se adopte⁸⁴.

Un principio central del constitucionalismo moderno es que la legitimidad y la validez de una constitución deriva de haber sido creada con la autorización o el consentimiento de los gobernados⁸⁵. Sin embargo, y quizás paradójicamente, la mayoría de las constituciones del

⁸² Taylor, 2013

⁸³ Ghai, 2006: 17

⁸⁴ Ghai, 2006

⁸⁵ PAINE, Thomas, Paine sintetizó muy bien este principio al afirmar que la constitución de un país "no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye a su gobierno". Ver Paine (1791) [1995]: 468

mundo contradicen este principio y sus propios fundamentos democráticos al negar al pueblo la capacidad legal de decidir directamente sobre la vigencia y contenido de la carta fundamental. Casi todas las constituciones incluyen un procedimiento especial para su revisión parcial por medio de la asamblea legislativa. Algunas pocas permiten ser reformadas en su totalidad por la legislatura ordinaria o por una convención especial. Pero curiosamente es muy raro encontrar constituciones que autoricen a los ciudadanos a activar o ratificar un proceso constituyente dirigido a reemplazarlas.

La idea de que el poder constituyente del pueblo da validez y autoridad a una constitución, pero que luego del acto fundacional debe desaparecer y ser reemplazado por los órganos constituidos fue articulada con claridad en la teoría constitucional de James Madison. En el *Federalista*, Madison argumentó que la legitimidad de la constitución de Filadelfia no residía en haber sido aprobada siguiendo los procedimientos establecidos por la constitución entonces vigente (que a todas luces fueron violados), sino en su eventual ratificación por el pueblo reunido en convenciones estatales elegidas al efecto. Según Madison, esto es así pues toda vez que grandes cambios son necesarios, un apego estricto a las formas legales podría hacer imposible ejercitar el "trascendente y precioso derecho" del pueblo de abolir o alterar sus gobiernos como mejor le convenga⁸⁶. En todo caso, cualquier posible irregularidad quedaría subsanada por el consentimiento del pueblo, que es el único autor legítimo de la constitución.

Frente al argumento de que la validez de la nueva constitución descansaba en el derecho inalienable del pueblo a crear o abolir su forma de gobierno, podría pensarse entonces que el cuerpo ciudadano retendría la prerrogativa de actuar para proteger la constitución contra los abusos de sus representantes, de petitionar su alteración o reemplazo, o de consentir estos cambios cuando sean propuestos por los poderes constituidos. Sin embargo, como lo deja en claro Madison en *El Federalista* #49, semejante conclusión pondría en riesgo la estabilidad futura de la constitución. Por ello, el modelo de gobierno constitucional propuesto por los Federalistas buscó hacer innecesaria la participación del pueblo para corregir abusos constitucionales por medio de un sistema autorregulado de frenos y contrapesos y relegó el

⁸⁶ MADISON, Hamilton and Jay (1788 [1987]): 264

derecho colectivo del pueblo a alterar o reemplazar la constitución a momentos de excepción que no deben ser previstos por la constitución.

Esta filosofía quedó reflejada en el artículo V de la constitución estadounidense, el cual puso exclusivamente en manos de los poderes legislativos constituidos, federales o locales, la capacidad de proponer enmiendas a la constitución. Aunque dicho artículo prevé el llamado a una convención, esta no puede ser convocada, sino por dos terceras partes de las legislaturas de los estados. En distintas variantes, este sistema se trasladó a la mayor parte de las constituciones del mundo y el positivismo legal lo reafirmó, relegando el ejercicio del poder constituyente a un acto cuyo sustento es puramente fáctico y por tanto no puede ser regulado de antemano y de manera general por la constitución vigente.

Curiosamente, la teoría constitucional liberal tradicional se emparenta en este punto con la teoría populista del poder constituyente, representada por Sieyès y Carl Schmitt. Según estos autores, el poder constituyente, en tanto que creador de normatividad, es un poder anterior y superior a la constitución que no puede ser regulado legalmente. Esta teoría confunde la atribución del poder constituyente al pueblo, que en su origen no deriva de una norma legal, con la expresión y manifestación de dicho poder, que necesariamente depende de canales institucionales que podrían ser establecidos con anterioridad a su aparición⁸⁷. En cualquier caso, esta teoría coincide con la teoría constitucional tradicional en relegar el ejercicio del poder constituyente a un momento excepcional y revolucionario de necesaria ruptura con la legalidad precedente.

Cabe mencionar que, a pesar de la posición hegemónica del constitucionalismo occidental sobre este tema, un grupo reducido de constituciones en el mundo han buscado escapar al problema que representa tener un vacío legal en materia de reemplazos a la constitución. Algunas constituciones, particularmente en el contexto de regímenes parlamentarios, permiten que la legislatura ordinaria apruebe tanto reformas parciales como totales a la

⁸⁷ Böckenförde (2000: 169). Carl Schmitt distingue entre la activación de la voluntad constituyente del pueblo, que depende de una decisión política que no puede ser mediada ni organizada por reglas constitucionales, de la ejecución de esa voluntad, que puede ser sujeta a procedimientos. A pesar de esta distinción, Schmitt considera que los procedimientos bajo los que se ejecuta la voluntad constituyente son establecidos basándose en prácticas históricas cambiantes que no corresponde reglamentar en la constitución. Ver Schmitt (1982: 93-103)

constitución, a veces estableciendo un procedimiento distinto para esto último.⁸⁸ Sin embargo, hay dos escenarios en que esta salida podría no ofrecer una real solución. El primero es aquel en que la legislatura se opone al reemplazo de la constitución y la ciudadanía carece de instrumentos propios, como una iniciativa popular, para impulsar el proceso.

El segundo es aquel en que la legislatura favorece el cambio, pero este cuerpo no goza de legitimidad ante la ciudadanía. Por otra parte, hay también algunas constituciones, particularmente en América Latina, que prevén el llamado a una convención especial para el caso de reforma total o reemplazo de la constitución. Estas constituciones sí permiten una salida en el caso de que se requiera de un cuerpo constituyente especial, aunque es preciso observar que varias de estas mismas constituciones fueron en su momento creadas en ausencia de una previsión constitucional.

En el caso común en el que no hay regulación legal del proceso, esto no impide que el mismo sea implementado. Una vez que la demanda por una nueva constitución se expande entre la ciudadanía y permea a sectores relevantes de la elite política, tarde o temprano se dará inicio al proceso de elaboración de una nueva constitución. En este contexto, es obviamente insuficiente (y a menudo contraproducente) apelar al poder constituyente del pueblo como receta mágica para resolver los distintos desafíos que plantea esta situación. El involucramiento de los ciudadanos necesita de canales institucionales y las formas que se adopten pueden tener consecuencias muy relevantes tanto para la legitimidad de la nueva constitución como para la calidad y desempeño futuro del régimen democrático.

Un proceso constituyente democrático implica varias etapas, que combinan distintas instancias de representación y de participación ciudadana. El primer momento consiste normalmente en la expresión de apoyo popular al reemplazo de la constitución. Esta expresión puede ser directa, por ejemplo, votando a favor de iniciar el proceso en un referendo convocado por las autoridades, o indirecta, por medio del apoyo electoral mayoritario a un partido o coalición que propone sustituir la constitución vigente. Por otra parte, la expresión de apoyo popular al proceso puede ser formal, como es el caso de un referendo convocado utilizando mecanismos preexistentes, o informal, como sería una

movilización social masiva a favor de reemplazar la constitución. Sea cual fuere el caso, la manifestación de una voluntad constituyente deber ser seguida de su ejecución por vías institucionales. Estas refieren a los mecanismos que se utilizarán para la discusión de los lineamientos o propuestas generales de reforma, la elaboración de un nuevo texto constitucional, y la aprobación y eventual ratificación del mismo.

En el caso específico y particular de Chile, a raíz del estallido social, la idea de una nueva constitución fue tomando fuerzas en las calles, el Gobierno consideró en un principio la idea de un congreso Constituyente, pero al dejar afuera este mecanismo la participación ciudadana fue desechada. Hasta el momento, los mecanismos propuestos tanto como la Convención Constituyente y Convención Mixta Constituyente han sido los que mas fuerte han sonado dentro de las opciones. Para el 26 de abril esta convocado el plebiscito y quedara entregado a la voluntad de la ciudadanía decir si aprueba o rechaza la idea de una nueva constitución, y que, además, escojan el mecanismo que mas los representa, ya sea Convención Mixta Constituyente o Convención Constituyente.

Lo que ha generado divisiones y criticas dentro de los partidos políticos es el quorum que tendrán las resoluciones del órgano constituyente, ya que se requiere el 2/3 de aprobación de sus integrantes. Este alto quorum es para que la Constitución sea perdurable en el tiempo, y, además, le brinda más certeza jurídica. La constitución debiera ser intocable, e incluso estar vigente por años, decir que debe actualizarse a la época y demandas nos parece es un error desproporcional. Son las leyes las que deben ir a la vanguardia y adecuando su ordenamiento jurídico a los tratados internacionales en las distintas materias que ha suscrito.

En el caso de Inglaterra no cuentan con una Constitución codificada, el Parlamento aprueba leyes sin que se tenga que modificar la Constitución porque no tienen, esto se conoce como soberanía parlamentaria, al no estar escrita o codificada se compone sus leyes de tratados internacionales, decisiones y resoluciones judiciales, estatutos y convenciones parlamentarias. La jurisprudencia de todas ellas formaría una constitución.

Israel se diferencia del resto del mundo civilizado en muchísimos aspectos que le dan al Estado Judío características especiales. Hasta ahora, no tienen constitución. Han concebido las leyes fundamentalmente basados en la decencia de las enseñanzas de la Torah, no

necesariamente en aspectos religiosos, sino de respeto a los derechos del otro, leyes fundamentales con el objetivo de incorporarlas, eventualmente, en la Constitución. Muchos religiosos judíos se oponen a la Constitución porque piensan que la máxima ley nunca debe ser terrenal, pues las leyes básicas son la Torá, el Tanaj, el Talmud y el Shulján Aruj⁸⁹.

Al mencionar estos países como ejemplo de no regirse por una Carta Magna, no queremos decir que Chile debe seguir esta misma línea, sino hacer hincapié y algo tajante en señalar que la idea de una Nueva Constitución no solucionará los problemas sociales.

Una vez que se haya aprobado la idea de contar con una Nueva Constitución y esté designado el mecanismo, será la ley orgánica constitucional la que definirá aspectos como el número de integrantes de la Convención, la forma de elección, determinados quóruns, los plazos de funcionamiento, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, sobre la base de acuerdos previos que faciliten la fluidez de una tarea que no puede ser sino la de mayor interés e importancia en cualquier comunidad política y, especialmente hoy para Chile.

Para asegurar la participación efectiva del cuerpo electoral, el plebiscito deberá exigir el voto ciudadano obligatorio tanto para la aprobación del procedimiento como para la aprobación del texto final.

En el derecho comparado son muy variados los mecanismos para estos efectos, pero en una democracia es requisito indispensable la efectiva participación ciudadana dentro de la institucionalidad y los acuerdos tanto en el procedimiento como en los contenidos de la nueva Constitución. Será conveniente, entonces, actuar valorando lo bueno que existe, modificando lo inútil y sustituyendo lo que nos ha dividido, de modo que los acuerdos reflejen un pacto legítimo que, si bien no tendrá el efecto inmediato de resolver los problemas sociales que nos afectan, sí contribuirá al mejor funcionamiento de nuestro sistema político, a la más pronta satisfacción de las demandas ciudadanas y al restablecimiento de la paz social.

Sin embargo, consideramos que de aprobarse una Nueva Constitución que nos represente a todos como chilenos, no podemos como sociedad demonizar a la Constitución de 1980,

⁸⁹ <http://porisrael.org/2018/07/20/las-leyes-basicas-de-israel/>

independiente que haya sido elaborada en una Dictadura, a la fecha se ha modificado en numerosos artículos, perdurando mas bien su origen en una época que genero bastante divisiones y discrepancias.

A continuación, revisaremos los dos mecanismos que, de aprobarse la idea de modificar nuestra actual Constitución, serían los idóneos. Recordemos que la Asamblea Constituyente es el equivalente a la Convención Constituyente

ASAMBLEA CONSTITUYENTE.

En el derecho constitucional occidental, el mecanismo tradicional para canalizar institucionalmente el ejercicio del poder constituyente ha sido la convocatoria de una convención o asamblea, independiente de la legislatura ordinaria, cuya exclusiva función es la redacción y aprobación de un nuevo texto constitucional. Mientras que en el derecho constitucional americano la denominación clásica de este cuerpo ha sido la de convención constitucional (*constitutional convention*), en el derecho francés y europeo se la ha llamado asamblea constituyente (*assemblée constituante*). En América Latina, que es una de las regiones del mundo que más ha recurrido históricamente a estos cuerpos, se utiliza frecuentemente el nombre de asamblea o convención constituyente⁹⁰.

La justificación de la asamblea constituyente es clara y está fundada en la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Debido a que la constitución es una creación del pueblo para actuar por medio de ella y para proteger sus derechos, la misma no puede ser alterada en lo fundamental por la legislatura ordinaria, sino por un cuerpo especial que represente a las preferencias ciudadanas en cuanto al contenido de la nueva constitución. Tanto por este mandato popular como por su posible integración, una Asamblea Constituyente puede generar varias ventajas desde el punto de vista de las credenciales democráticas de la nueva constitución.

⁹⁰ En una muestra de 160 procesos constituyentes celebrados entre 1780 y 2000, Mendez y Wheatley (2013: 28) encuentran que América Latina es la región que más frecuentemente ha usado asambleas constituyentes en el mundo.

Debido a que la AC tiene como responsabilidad exclusiva redactar una constitución, la elección directa de sus miembros (una modalidad común de integración en contextos democráticos) permite que los ciudadanos elijan delegados basándose en propuestas específicas de reforma y no solo siguiendo programas partidarios de carácter general. Por otra parte, una AC admite métodos de selección de delegados que pueden darle a esta un carácter más incluyente y plural que el que normalmente tiene una legislatura ordinaria. Por ejemplo, a diferencia de la naturaleza eminentemente partidaria que tienen las asambleas legislativas, es posible que en una AC se elijan o designen delegados independientes y se dé cabida a grupos excluidos o miembros de la sociedad civil que carecen de pertenencia partidaria⁹¹. También es posible que la asamblea adquiera un carácter directamente "ciudadano" haciendo que la totalidad o parte de sus miembros sean seleccionados de manera aleatoria de una muestra representativa de la sociedad.

Sin embargo, en contextos de débil institucionalidad, una AC puede convertirse en un instrumento de desestabilización política e incluso de erosión del régimen democrático. Por ejemplo, debido a que la AC puede reclamar una legitimidad democrática superior a la de la legislatura, su coexistencia con esta última podría dar lugar a serios conflictos de competencia. Más aún, si la asamblea se autoproclama soberana podría incluso intervenir o usurpar funciones no solo de la legislatura, sino del poder judicial y otras instituciones independientes de control. De esta manera, una AC legitimada por el voto popular pero controlada por una única fuerza política podría servir para encubrir una captura arbitraria del poder estatal.

Que la AC cumpla un papel positivo o negativo para la creación de una constitución democrática depende fundamentalmente de la forma en que se resuelve su convocatoria, la selección de sus miembros y la regulación de sus funciones. Ante la falta de previsión de estos cuerpos en la constitución, las decisiones sobre estos puntos suelen suscitar intensos conflictos políticos y legales que involucran a todas las ramas del poder. La experiencia latinoamericana reciente nos ofrece un mapa de alternativas ante esta situación, que se

⁹¹ Por ejemplo, la convención constituyente elegida en 2010 en Islandia fue escogida sobre la base de candidatos ciudadanos sin apoyo partidario. En Colombia, si bien la asamblea elegida en 1990 se compuso mayoritariamente de candidatos de origen partidario, se reservaron cuatro asientos para miembros designados por grupos guerrilleros que abandonaron la lucha armada

pueden agrupar conceptualmente de acuerdo con la fuente de la que surge la regulación legal de la asamblea. La principal disyuntiva es si la regulación se hará por medio de una enmienda al procedimiento de reforma de la constitución vigente o por la creación de un procedimiento paralelo. Este procedimiento paralelo puede, a su vez, ser establecido por un acuerdo institucional entre el ejecutivo y la legislatura, un acuerdo político entre el gobierno y los principales partidos, o por decisión unilateral del ejecutivo.

La fuente de regulación legal de la AC muestra el grado de continuidad o ruptura que se buscó respecto de la constitución vigente y la colaboración que en su regulación tuvieron los distintos actores institucionales y políticos. El caso de Bolivia ejemplifica la salida más legalista. El proceso inició formalmente con una enmienda del año 2004 al procedimiento de reforma, con el fin de autorizar a la legislatura a convocar una constituyente y regular su funcionamiento y atribuciones en casos de reforma "total"⁹². Con base en esta enmienda, la legislatura sancionó en 2006 una ley de convocatoria donde se especificaba el mecanismo de elección, las funciones y atribuciones de la asamblea, e incluso su procedimiento de decisión⁹³. Un mayor grado de ruptura con la legalidad precedente lo representan los casos de Ecuador entre 1997 y 1998 y Colombia entre 1990 y 1991⁹⁴.

En Ecuador el proceso comienza con una consulta popular convocada por el presidente interino, en uso de facultades propias y con acuerdo del Congreso, para que la ciudadanía decida si autorizaba o no la convocatoria de una AC. Como resultado del apoyo popular a la asamblea, el Congreso aprobó una cláusula transitoria que se añadió a la constitución para regular la elección y funcionamiento de la constituyente. En el caso de Colombia, el proceso se inició con una convocatoria del gobierno, de dudosa legalidad y sin participación del Congreso, a una consulta popular para autorizar la elección de una AC. No obstante, una vez que la ciudadanía aprobó el llamado a la constituyente, el presidente recién elegido realizó un acuerdo con los líderes de todos los principales partidos con el fin de decidir en común los procedimientos de elección y funcionamiento de la asamblea.

⁹² Hasta ese momento la constitución solo permitía reformas parciales a la constitución por medio de un procedimiento especial de aprobación parlamentaria

⁹³ Para una comparación de los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela, ver Sánchez Sandoval y Welp (2013)

⁹⁴ Negretto (2013)

Por último, tenemos los casos de Perú 1992-1993, Venezuela 1998-1999 y Ecuador 2007-2008. Estos fueron episodios no solo de ruptura legal radical, sino también de falta de acuerdo entre los actores políticos e institucionales acerca de la regulación de la asamblea. A diferencia del caso peruano y similar al caso de Colombia, en Ecuador y Venezuela el proceso comienza con una consulta popular, de cuestionable legalidad. Sin embargo, un elemento común a todos los casos de ruptura radical fue que el ejecutivo decidió unilateralmente el procedimiento de elección y el funcionamiento de la asamblea y lo hizo de modo tal de beneficiar exclusivamente a su partido. Luego se sometió la nueva constitución a un referendo como forma de subsanar las irregularidades del proceso.

La diferencia clave entre los distintos episodios fue la existencia o no de un acuerdo institucional o político según el cual se reguló el proceso. Allí donde dicho acuerdo no existió, la AC fue cooptada por el partido de gobierno y se convirtió en su instrumento. Una característica compartida por los casos de ruptura radical fue que el partido del presidente carecía de apoyo significativo en la legislatura y la AC fue precisamente la plataforma utilizada para cambiar la distribución de fuerzas. En algún caso (Perú) la asamblea reemplazó directamente al Congreso, mientras que en otros (Ecuador y Venezuela) lo intervino y asumió sus funciones legislativas. No es casual que en todos estos casos la democracia representativa fue suspendida y resultó seriamente erosionada como consecuencia del proceso constituyente.

Para el Profesor de Derecho Constitucional, Arturo Fernandois, sobre la posibilidad de formar una asamblea constituyente, cree que *"el ciudadano chileno, sensato, que no está ideologizado extremadamente, puede ser garantía de moderación de una eventual asamblea". Pero que las experiencias en América Latina no son buenas (salvo Colombia) pues que "todo el poder se concentre en un órgano plenipotenciario, ilimitado, tiene el riesgo de que se arrase con las minorías de manera muy fácil"*⁹⁵ *"Tenemos la tentación de una especie probable de totalitarismo del que tiene un voto más en la asamblea", añadió, pero*

⁹⁵ FERNANDOISE, Arturo, <https://www.pauta.cl/politica/arturo-ferandois-orden-publico-asamblea-constituyente-congreso>

aclaró que "una asamblea constituyente depende del mecanismo que se seleccione para elegirla, su estatuto de cómo va a operar. Finalmente, cómo se va a constituir".

CONVENCIÓN MIXTA CONSTITUYENTE.

Es uno del mecanismo que se contemplan para modificar nuestra Constitución Política. De los instrumentos propuesto para una reforma constitucional, creemos que es el que mas se ajusta y concede participación ciudadana, ya que ambos asambleístas tendrán esta enorme tarea.

Si se aprueba el mecanismo de la Convención Mixta Constituyente, contará con la participación de 86 parlamentarios y 86 ciudadanos, es decir 172 personas a cargo. El número 86 corresponde a los distritos

CONVENCIÓN CONSTITUYENTE.

Se le llama convención constituyente a un grupo de miembros del Congreso y de personas electas específicamente para integrar una convención que está a cargo de diseñar una nueva Constitución. El texto propuesto por esta convención debe ratificarse a través de un plebiscito. Ha sido el mecanismo que más aceptación ha atenido entre aquellos que están a favor de una Nueva Constitución. A diferencia del anterior, acá todos los miembros serán electos por la ciudadanía. Estará integrada por 155 miembros, es el mismo numero que la Ley señala para los diputados.

Los conceptos de asamblea o convención constituyente son utilizados de manera similar por muchos autores, con diferencias muy sutiles. En Chile, en cambio, les estamos dando una connotación distinta, lo que es muy común. No existen criterios o parámetros fijos para diseñar sistemas de convenciones o asambleas constituyentes. Usualmente van variando según los acuerdos políticos y realidades nacionales, pero hay algunos elementos comunes.

Por ejemplo, tanto en la asamblea constituyente como en la convención constituyente entendemos que se requiere de una ratificación del texto constitucional a través de un plebiscito"⁹⁶.

El Profesor, Arturo Fernandois, señala que aunque le parece correcto que el Gobierno plantee un cronograma de inmediato para la discusión de una nueva Constitución, considera peligroso que el mecanismo, sea cual sea, opere con manifestaciones y violencia en las calles porque va a ser *“una herida que va a perseguir a la Constitución nueva y le va a producir los mismos problemas que le atribuyen a la actual: alguien se va a sentir pisoteado, alguien se va a sentir el día de mañana que no fue representado, que no había la suficiente serenidad para discutir la Constitución. Por eso el reestablecimiento del orden público es absolutamente vital”*⁹⁷, sentenció.

Abril será la fecha decisiva para aquellos que están por el Apruebo o Rechazo de una Nueva Constitución. Tenemos la enorme labor de tomar una decisión que será transversal y decisoria para nuestro país. Como señalamos anteriormente, de inclinarse por la Convención Constitucional integrada en su totalidad por delegados electos democráticamente, en su totalidad 155 constituyentes: o por una Convención Mixta Constituyente compuesta por 172 correspondiente a parlamentarios y a ciudadanos escogidos para tal efecto.

No obstante, esta intención por parte de la población de modificar nuestra actual Carta Magna, los resultados de las encuestas no han definido de manera concisa cual sería el mecanismo que estaría ganando adeptos dentro de la población. Quizás se debe a que aun la gente aún no tiene claridad de que se trata cada opción y las confunde.

Aquellos que están por el Apruebo, creen que una Convención Constitucional es el mecanismo más representativo y democrático por varias razones. Primero, la Convención Constituyente no estará integrada por parlamentarios lo cual garantiza que los constituyentes no tendrán intereses corporativos que los favorezcan, y además, en la Convención

⁹⁶ ALLIENDE, Bravo, Felipe, Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Católica. <https://www.pauta.cl/nacional/asamblea-constituyente-congreso-constituyente-constitucion-crisis-social>

⁹⁷ FERNANDOISE, Arturo, <https://www.pauta.cl/politica/arturo-fermandois-orden-publico-asamblea-constituyente-congreso>

Constituyente todos los electos tendrán inhabilidad de 1 año para postular a otro cargo público, mientras que en la Convención Mixta Constituyente los parlamentarios no tendrán limitante pudiendo usar su función constituyente en favor de su reelección; tercero, en la Convención Constitucional todos los integrantes tendrán dedicación exclusiva a la redacción de la Constitución; en la Convención Mixta Constituyente los parlamentarios mantendrán su labor legislativa y además participarán en la redacción de la Constitución, lo cual augura un problema de quórum para sesionar y dificultades para la tramitación de proyectos y las tareas de fiscalización que se realizan al Ejecutivo; cuarto, en la Convención Constitucional todos los electos tendrán igualdad de condiciones para el ejercicio de sus funciones; en la Convención Mixta Constituyente los parlamentarios seguirán gozando el privilegio de tener asesores pagados por el Congreso y otras asignaciones.

En cambio, aquellos que votarán Rechazo, no se inclinan por ninguno de los mecanismos propuestos. La razón se fundamenta en que no es necesaria una Nueva Constitución. Esto obedece nada más a una prerrogativa por parte de la oposición y todo el descontento que existe entre la población y a esa idea generalizada de considerar la Constitución como un vestigio de la Dictadura, ese es el motivo principal que induce a la ciudadanía, y obviamente, por primera vez, en nuestra historia republicana, una constitución que exprese la voluntad auténtica del pueblo chileno con respecto a los valores y principios que regirán su vida ciudadana, los derechos y deberes reconocidos a sus miembros, la organización y las potestades que se atribuyan a los órganos del Estado que ella establezca y, en fin, las demás normas que regulen la vida interna de la nación así como sus relaciones con los demás Estados y organizaciones internacionales del mundo.

Fernando Atria señala que para implementar una asamblea constituyente consistiría en que el Presidente de la República dicte un decreto supremo dentro de su potestad reglamentaria autónoma, llamando a un plebiscito donde se consulte a la ciudadanía si desea la creación de una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente. Así la constitucionalidad de dicho decreto sólo puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, a requerimiento de alguna de las Cámaras del Congreso. Por lo tanto, si el presidente de la República tuviese mayoría en ambas cámaras, el Tribunal Constitucional no tendría competencia para determinar la inconstitucionalidad del decreto en cuestión. Incluso si uno concediera esta

forma de interpretar la Constitución. Cabe señalar que esta propuesta tiene el defecto práctico de que en último término depende de la interpretación que el Tribunal Constitucional haga de sus propias competencias para revisar la constitucionalidad de un decreto supremo dictado por el Presidente de la República en materias de potestad reglamentaria autónoma. Porque, incluso si el Presidente tuviese mayoría en ambas cámaras, una minoría parlamentaria que se oponga al plebiscito podría requerir al Tribunal Constitucional y, como en último término es este Tribunal quien interpretará si tiene o no competencia para resolver, y dado su historial conservador, muy probablemente se declararía competente y acogería la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del decreto en cuestión⁹⁸.

Una de las formas entonces podría ser los parlamentarios de que están en contra de una Nueva Constitución se opongan al plebiscito y así declarar inconstitucional el decreto.

⁹⁸ ATRIA, LEMAITRE, Fernando, *La Constitución tramposa*, Santiago, Chile, 2013, 161 págs.

CONCLUSIÓN

Los riesgos de la nueva constitución no son menores. Ello se debe básicamente a dos aspectos. El primero es que, lo más probable, que ocurra es que esta nueva constitución hará que se transite de una Constitución contra mayoritaria a una contra minoritaria. Y esto se debe a que la Nueva Constitución será de mínimos: una Constitución centrada en el liberalismo clásico y eventualmente en un desarrollo más o menos programático de los derechos fundamentales. pero lo realmente negativo de la nueva constitución es que habrá un leve rayado de cancha (con pesos y contrapesos muy limitados). Esto se debe a qué poniendo las cosas en forma radical, la Constitución señalará que Chile es una república democrática y un poco más. Este escenario se potenciará por la crisis de los partidos políticos de centro, la presión de la calle y a la diferente visión de sociedad que tienen los extremos políticos, lo que hará muy difícil el establecimiento de pesos y contrapesos.

A ello se suma una opinión generalizada que no debería existir un modelo económico, social y cultural a nivel constitucional. Una constitución de mínimos, salvo una interpretación muy laxa de la Nueva Carta Magna, hará que las decisiones relevantes no estén sujetas a una revisión de constitucionalidad.

De esta forma al no adoptarse “un modelo económico y social”, mayorías circunstanciales podrían cambiar radicalmente el rumbo del país cada cierto tiempo. No habría defensas constitucionales contra mayorías, por lo que mayorías provisionales –que sea dicho de paso son cada vez más recurrente- podrían realizar reformas radicales

El segundo aspecto es que el poder se traspasara del mundo fáctico al jurídico (entendido como la estructura de la ley). Dicho de otra forma, nos vamos a acercar peligrosamente a la dictadura. Ello se debe a que el sistema jurídico entrará en una lucha intestina contra minorías poderosas. Esto pareciera positivo, pero esto es el germen de la caída de los regímenes, desde que el ordenamiento jurídico no puede desconocer o no reconocer a los grupos de poder. Un

ordenamiento jurídico eficiente permite un tránsito ordenado hacia el poder de la mayoría, pero reconociendo a las minorías. Si una minoría poderosa no es reconocida comenzará a desestabilizar a la democracia. Por ende, las conclusiones en torno al segundo punto tampoco son auspiciosas.

Para finalizar se puede concluir que los peligros no son pocos, y que la tarea –de aprobarse la idea de votar una nueva constitución- no será fácil. Por ello hay que evidenciar estos dos problemas. Ellos deberían ser discutidos en los dos plebiscitos que este proceso generará. En el de entrada para los efectos de poder llegar a un acuerdo que soslaye estos problemas (que básicamente se hace determinando cuáles serán los aspectos mínimos institucionales que se asegurarán) y en el ratificatorio para desechar la Nueva Constitución en la medida que la solución que se ofrezca a estos dos problemas no sea satisfactoria.

Como señalaba el Profesor Fernandois, en la forma que se gestó esta idea de reforma constitucional, con movilizaciones masivas y violentas, saqueos, destrozo e incendios de infraestructura tanto privada como pública y vulneración del Estado de Derecho, va a ser una herida que va a perseguir a la Constitución nueva y le va a producir los mismos problemas que le atribuyen a la actual: alguien se va a sentir pisoteado, alguien se va a sentir el día de mañana que no fue representado, que no había la suficiente serenidad para discutir la Constitución. Por eso el reestablecimiento del orden público es absolutamente vital.

Es de esperar que la experiencia en el derecho comparado sea de gran ayuda y guía para el proceso que enfrentará el País si se aprueba la idea de redactar una Nueva Constitución y el mecanismo. Los aprendizajes a nivel mundial pueden contribuir a orientar las decisiones y rumbo del proceso constituyente que se ha iniciado en Chile. Muestran que es posible un rango de innovación en materia de mecanismos y participación ciudadana mucho más amplio de lo que el debate público ha reconocido hasta ahora. Ratifica además la importancia de involucrar a todos los actores sociales, políticos e institucionales, para definir estrategias que permitan orientar el proceso y dotarlo de la legitimidad necesaria para que sea exitoso.

Desde la perspectiva de las demandas de la ciudadanía el llamado es claro y categórico, piden que se lleven a cabo reformas y un cambio a la Constitución. Más aún, los ciudadanos creen que estas reformas deben ser profundas y realizadas por procesos participativos e inclusivos de la ciudadanía. En la medida que se ha venido agudizando la desconfianza en las instituciones y actores formales como el Congreso y los partidos aumenta el rechazo para

que sean estos actores quienes realicen los procesos de cambio constitucional. Por lo que el proceso constituyente tendría que ser inclusivo y democrático, en el cual todos los chilenos y chilenas se sientan no sólo partícipes, sino que actores protagónicos.

BIBLIOGRAFÍA

I. AUTORES

- LASALLE, Ferdinand (2016). ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?. ALEMANIA: VALLETTA EDICIONES.
- ATRIA, LEMAITRE, Fernando, La Constitución tramposa, Santiago, Chile, 2013, 161 págs.
- CAMPOS HARIERT, Fernando. (2016). HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE. CHILE: EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE.
- ALLIENDE, BRAVO, Felipe, Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Católica.<https://www.pauta.cl/nacional/asamblea-constituyente-congreso-constituyente-constitucion-crisis-social>
- FERNANDOISE, Arturo, <https://www.pauta.cl/politica/arturo-fermandois-orden-publico-asamblea-constituyente-congreso>
- BARCIA, LEHMAN, Rodrigo, Prof. Dr. en Derecho y Magister en Economía. La necesidad de discutir en serio porque votar que no a la Nueva Constitución.
- FERNANDOIS, Joaquín. La Revolución inconclusa, CEP, 2013, p.252).

- BISARYA, S. (2014). Presentación sobre cambios constituyentes. Taller sobre experiencias constitucionales comparadas: procesos constituyentes y participación ciudadana. Montevideo: Banco Interamericano de Desarrollo.
- BISARYA S. (2015). Presentación sobre cambio constitucional. Seminario Internacional: Cambio Constitucional en Democracia. Santiago: SEGPRES; Banco Interamericano de Desarrollo; IDEA Internacional & PNUD.
- MARKS, S. (2010). The Process of Creating a New Constitution in Cambodia. En L. Miller, Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making (págs. 207-244). Washington D.C.: United States Institute of Peace Press
- RUIZ-TAGLE y CRISTI (2006), pp. 198-201
- SALAZAR, Gabriel, Construcción de Estado en Chile (1760-1860) Democracia de Los pueblos, Militarismo Ciudadano, Golpismo oligárquico (Santiago, Editorial Sudamericana) (2005), p. 41.
- SALAZAR, Gabriel, “Del Poder Constituyente de Asalariados e Intelectuales, Chile, siglos XX y XXI” (Santiago, LOM Ediciones) (2009), p. 25
- SALAZAR, Gabriel, En el nombre del poder popular constituyente, Chile, siglo XXI (Santiago, LOM Ediciones). (2011), p. 80.
- POSNER (1999), pp. 59-85.
- MAYOL (2012).

- JARUFE, J, 2012 Asambleas Nacionales Constituyentes: Francia, Italia, España, Venezuela, Bolivia y Finlandia. Obtenido de Asambleas Constituyentes:
- CARMONA, Santander Carlos, Profesor de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional, período 2009-2018, Las Reformas a la Constitución entre 1980 y 2013.
- NEGRETTO, G. (1999). Constitution-Making and Institutional Design: The Transformations of Presidentialism in Argentina. Archives Européenes de Sociologie, 40(2), 193-233.
- NEGRETTO, G. (2009). Paradojas de la Reforma Constitucional en América Latina. Journal of Democracy en español, 1(1), 38-54.
- NOGUEIRA, ALCALÁ, Humberto, ARTÍCULOS DE DOCTRINA, LA EVOLUCIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE CHILE 1976-2005.
- GHAI, J. (2006). La Asamblea Constituyente en la elaboración de la Constitución Política. Estocolmo: International IDEA.
- MUÑOZ, Fernando, “Chile es una República Democrática”: la Asamblea Constituyente como salida a la cuestión constitucional”, en Anuario de Derecho Público 2013, pp. 70-94.
- ATRIA, Fernando, “La Constitución Incorregible” Punto Final, edición 784, (2013b)
- ORÓSTICA, Amaro “El nudo gordiano del cambio constitucional” [Elmostrador.cl, 14 de junio, fecha de consulta: 3 de octubre de 2013.

- PALMA, Eric, "Un plebiscito, dos constituciones" 2013
- PISARELLO, G, 2014: 108, Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta.
- RESTREPO, E, 2002, Reforma Constitucional y Progreso Social: La "Constitucionalización de la Vida Cotidiana" en Colombia. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política.
- PAINE, Thomas, (1791) [1995]: 468
- SOTO BARRIENTO, Francisco, ASAMBLEA CONSTITUYENTE: LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA Y EL ACTUAL DEBATE EN CHILE, Estudios constitucionales, *versión On-line* ISSN 0718-5200.
- SQUELLA, NARDUCCI, Agustín, Fuentes Materiales y fuentes Formales del Derecho, pag. 284.
- ONU, MECANISMOS DE CAMBIO CONSTITUCIONAL EN EL MUNDO, Análisis desde la experiencia comparada. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.http://www.onu.cl/es/wpcontent/uploads/2016/06/undp_cl_gobernabilidad_INFORME_Mecanismos_cambio_constitucional.pdf.

II. **PAGINAS WEB**

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012a). Las Asambleas Nacionales Constituyentes: concepto y formas de implementación. Santiago: Serie Informes.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012). Asambleas Constituyentes a nivel mundial: paradigmas más recientes. Santiago: Serie Informes.

II. **LINKS**

- http://www.onu.cl/es/wpcontent/uploads/2016/06/undp_cl_gobernabilidad_INFOME_Mecanismos_cambio_constitucional.pdf
- http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/02_Jaraquemada_Mery.pdf
- file:///C:/Users/Recepcion_24/Downloads/31676-1-106895-1-10-20140618.pdf

- https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718090X2015000100010#nb1
- <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-799.html>
- <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>
- https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1973-1990.
- Cámara de Diputados de Chile,
https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=138442
- <http://porisrael.org/2018/07/20/las-leyes-basicas-de-israel/>

