

Luis Palacios Sanabria* (Venezuela)
Agustín Soto Gidi** (Chile)

El camino chileno hacia una nueva constitución

RESUMEN

Este artículo de investigación aborda el proceso constituyente chileno iniciado en noviembre de 2019 a partir de tres dimensiones. La primera se centra en la revisión de antecedentes que dan cuenta del prolongado debate sobre el cambio constitucional. La segunda atiende las reglas constitucionales para el reemplazo de la Constitución vigente, y la tercera presenta una mirada a las principales transformaciones contenidas en el primer borrador del proyecto de nueva constitución. Este texto pretende contribuir a la comprensión de las nociones básicas de la discusión constitucional y de las etapas del proceso que articula un eventual cambio del ordenamiento chileno.

Palabras clave: constitución; proceso constituyente; Chile.

The Chilean path towards a new Constitution

ABSTRACT

This research article addresses the Chilean Constituent Process initiated in November 2019, based on three dimensions. The first focuses on a review of the history that gave rise to the prolonged debate about constitutional change. The second addresses the constitutional rules for the replacement of the current Constitution. And the third looks at the main transformations contained in the first draft of the proposed new Constitution. The article aims to contribute to an understanding of the basic notions

* Docente investigador y director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Chile. Esta investigación contó con el apoyo de la Vicerrectoría de Investigación y Doctorado de la Universidad San Sebastián: Proyecto USS-FIN-23-DOCI-01. luis.palacios@uss.cl / código orcid: [0000-0003-0071-4321](https://orcid.org/0000-0003-0071-4321).

** Profesor ayudante de Instituciones Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad San Sebastián, Chile. asotog@correo.uss.cl / código orcid: [0000-0003-2707-9575](https://orcid.org/0000-0003-2707-9575).

of the constitutional discussion and the stages of the process that will eventually change the Chilean legal system.

Keywords: Constitution; Constituent Process; Chile.

Der chilenische Weg zu einer neuen Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Untersuchung beschäftigt sich in drei Dimensionen mit dem im November 2019 eingeleiteten Verfassungsgebungsprozess in Chile. Die erste Dimension konzentriert sich auf die Durchsicht der Vorgeschichte, aus der die Dauer der Debatte über die Verfassungsreform hervorgeht. Sowohl die zweite Dimension, die sich mit den in der Verfassung festgelegten Regeln für den Ersatz der geltenden Verfassung befasst, als auch die dritte gehen auf die wichtigsten, im ersten Entwurf der neuen Verfassung enthaltenen Transformationen ein. Der vorliegende Text beabsichtigt, einen Beitrag zum Verständnis der grundlegenden Fragen der Verfassungsdiskussion sowie zu den Etappen des Prozesses zu leisten, der die mögliche Änderung der chilenischen Grundordnung formuliert.

Schlagwörter: Verfassung; Verfassungsgebungsprozess; Chile.

1. Antecedentes

1.1. La (i)legitimidad de la Constitución Política de 1980

A la fecha de elaboración de esta investigación se presentó el primer borrador de la propuesta constitucional encomendada a la Convención Constitucional.¹ Esta actividad marca un hito relevante para el quehacer de este órgano, cuyas labores comenzaron el 4 de julio de 2021, por cuanto se estaría logrando sepultar el legado del régimen militar de acuerdo con la visión generalizada en el ámbito político. En efecto, se considera que la Constitución Política de la República vigente presenta un texto normativo incapaz de desligarse de su génesis.

Existe una noción que se enquistó en la norma fundamental chilena y que ha afectado su vigencia, incluso desde antes de ser promulgada, y se suele señalar hasta hoy: es la Constitución de Pinochet y Guzmán. Según cercanos y estudiosos de la biografía de Guzmán, aun cuando en la Constitución de 1980 participaron los miembros de la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado, la Junta de Gobierno y,

¹ Las facultades y el procedimiento para elaborar una nueva Constitución se encuentran contenidas en la Ley 21.200 que modifica el Capítulo XV de la CPR actual. Para más información se sugiere revisar la norma disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>.

además, luego fue plebiscitada, resulta innegable que la mano de Guzmán es parte sustancial del texto; aquí su célebre frase:

La Constitución debe procurar que, si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para ser extremadamente difícil lo contrario.²

En la misma línea, Castro sostiene que Guzmán no solo fue determinante en la discusión de los contenidos de la nueva carta fundamental, sino en una cuestión previa pero igualmente importante: la decisión de la Junta de Gobierno de promulgar una nueva constitución. La idea de Guzmán de que Chile necesitaba una nueva carta queda reflejada en un texto publicado en agosto de 1973 y firmado por la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Chile (FEUC) y la Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (FEUC-V) titulado “Hacia una nueva institucionalidad a través de la renuncia de Allende”. Guzmán ya planteaba un nuevo camino constitucional y no la restauración del orden quebrantado.

En concordancia con lo señalado es que se observa una relación indisoluble entre el mundo militar y civil en el origen de la Constitución chilena que hasta el presente sigue erosionando la legitimidad política del texto fundamental en nuestra institucionalidad. Pero, antes de seguir ahondando en esta idea es necesario hacer un breve repaso histórico, desde la instalación de la Junta en el poder, hasta la promulgación del texto.

1.2. Proceso constituyente chileno en la segunda mitad del siglo XX: reconstruyendo la institucionalidad quebrada

El 22 de agosto de 1973 se celebraron las sesiones 32 y 33 de la Cámara de Diputados de Chile. En aquellas se discutió la situación política y legal que afectaba al país en ese entonces. En ellas, por 81 votos a favor y 47 en contra –estos últimos correspondieron a los defensores de la posición del Gobierno–, se aprobó un proyecto de acuerdo, donde se detallan una serie de acciones desarrolladas por el Ejecutivo que, a juicio del Legislativo, constituyen abiertas y graves violaciones de los derechos de las personas, la Constitución y las leyes vigentes.

En la misma línea, incluso, se señala:

² Antonieta de la Fuente, “La influencia de Jaime Guzmán en la Constitución del ’80: mitos y verdades”, *Diario La Tercera*, 3 de abril de 2020, <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-influencia-de-jaime-guzman-en-la-constitucion-del-80-mitos-y-verdades/3DEDI7WOAFAULBTLN3W22MDQAE/>.

Es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar el poder total, con el evidente propósito de someter a todas las personas al más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr de ese modo la instauración de un sistema totalitario, absolutamente opuesto al sistema democrático representativo, que la Constitución establece.³

En el mismo acuerdo se conviene representar a distintas autoridades para que depongan sus actitudes contrarias al orden establecido y pongan fin a la ejecución de actos que quebrantan el orden institucional vigente. Entre las autoridades se encuentra el expresidente de la República Salvador Allende y los ministros de Estado, miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros.⁴ Con posterioridad a este llamado de atención al Gobierno, el país continuó polarizándose hasta un punto de no retorno que culmina el 11 de septiembre del mismo año, cuando se produce el golpe de Estado.

La Junta de Gobierno, mediante los decretos leyes 1, 128, 788, 1064 y 1319, se había atribuido la potestad constituyente, derogando de facto la Constitución de 1925 y el sistema institucional que la acompañaba. En efecto, las normativas citadas establecen las bases para la reconfiguración del orden interno del país mientras que, al mismo tiempo, se crea una nueva institucionalidad. Es importante que estudiemos someramente los decretos señalados:

Decreto Ley 1. Promulgado el 11 de septiembre de 1973: en sus considerandos establece que la Fuerza Pública, formada constitucionalmente por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y el Cuerpo de Carabineros representa la organización que el Estado se ha dado para el resguardo y la defensa de su integridad física y moral, y de su identidad histórico-cultural. Establece además la constitución de la Junta de Gobierno, la cual asume el mando supremo de la nación, planteando, según detallada el Decreto, el compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen por los caminos

³ Biblioteca del Congreso Nacional, “Proyecto de Acuerdo”, Cámara de Diputados, Legislatura 1973, <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=792441>.

⁴ Puntos Primero y Segundo de la parte resolutive del acuerdo sobre el “Grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República”, adoptado por la Cámara de Diputados. Consta en Acta de sesión ordinaria 33 de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodo_detalle?inicio=1973-05-21&fin=1973-09-10&periodo=1925-1973&cam=Diputados.

que la dinámica de los tiempos actuales exige a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte.⁵

Decreto Ley 128. Promulgado el 12 de noviembre de 1973: su fin principal es aclarar el sentido y alcance del Decreto 1 en cuanto deja expresa constancia de que la Junta de Gobierno ha asumido el ejercicio del poder constituyente, Ejecutivo y Legislativo. Además, fija reglas de derogación de las disposiciones constitucionales vigentes y la forma en que los gobernantes ejercerán el poder.⁶

Decreto Ley 788. Promulgado el 2 de diciembre de 1974: esta disposición dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Ratifica que en la Junta radica esta facultad, cuya materialización, junto a la potestad legislativa, se realiza mediante la expedición de decretos ley con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y cuando estos lo estimen conveniente con la de el o los ministros respectivos.

Por último, detalla una serie de criterios a través de los cuales se desarrolla y ejecuta la facultad constituyente, es decir, normas de derogación, interpretaciones, entre otros.⁷

Decreto Ley 1064. Promulgado el 25 de octubre de 1973: designa una Comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución política del Estado y de sus leyes complementarias. Esta comisión se relacionaría con el Gobierno mediante el Ministerio de Justicia e indica a sus integrantes: Sr. Sergio Diez Urzúa, Sr. Enrique Evans de la Cuadra, Sr. Jaime Guzmán Errázuriz, Sr. Gustavo Lorca Rojas, Sr. Enrique Ortúzar Escobar, Sr. Jorge Ovalle Quiroz y Sr. Alejandro Silva Bascuñán. Asimismo, establece algunas normas generales respecto con el funcionamiento de esta Comisión.⁸

Decreto Ley 1319. Promulgado el 31 de diciembre de 1975: esta norma dispone la creación del Consejo de Estado cuyo rol consiste en ser el supremo cuerpo consultivo del presidente de la República en asuntos de gobierno y administración civil. Para esto enlista una serie cualidades necesarias para integrar este cuerpo y dispone algunas reglas generales para su funcionamiento.

El presidente de la República podía solicitar la opinión del Consejo de Estado en los siguientes asuntos: a) proyectos de reforma constitucional; b) proyectos de

⁵ Decreto Ley 1, promulgado el 11 de septiembre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897>.

⁶ Decreto Ley 128, promulgado el 12 de noviembre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787&idVersion=1973-11-16&idParte=8255801>.

⁷ Decreto Ley 788, promulgado el 02 de diciembre de 1974, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=204417>.

⁸ Decreto Ley 1064, promulgado el 25 de octubre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 19 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=279115>.

decreto ley o aspectos determinados de los mismos relativos a materias de importancia de carácter económico, financiero, tributario, administrativo o social; c) celebración de tratados o convenios internacionales de gran significación para el país; d) convenios, contratos y negociaciones que, por su naturaleza, puedan comprometer el crédito o los intereses del Estado, y e) en cualquier otro asunto de trascendencia para la nación.⁹

Teniendo presente los cuerpos normativos que hicieron posible la elaboración de un nuevo texto constitucional podemos percatarnos de que se conjugan tres actores relevantes: la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (CENC) –conocida popularmente como la Comisión Ortúzar–, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno.

1.3. Ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980

Dentro de las diversas críticas que existen en contra de la Constitución vigente se encuentran algunas que destacan, particularmente, por el origen y hermetismo en el cual se gestó. Pasaremos a exponer aquellas que suelen ser repetidas con mayor fuerza en el ámbito político para enervar la eficacia de esta norma.

Para abordar este aspecto son útiles algunas nociones teóricas sobre el poder constituyente –cómo y quiénes lo ejercen– a fin de entender la razón de ser de este talón de Aquiles. Para esto nos basaremos, someramente, en lo señalado por Bassa,¹⁰ quien es crítico del proceso de gestación de la Constitución de 1980 y de su contenido.

En su artículo, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”¹¹ parte de la idea de que es el pueblo quien, en un momento determinado de su historia, asume la función política de fijar el marco jurídico dentro del cual se desempeñará como comunidad estatal, en tanto sujeto activo de su regulación. Además señala que, en definitiva, es la voluntad del pueblo la única vía legítima para delegar el ejercicio del poder constituyente y fijar las actuaciones de los cuerpos públicos, con el fin de evitar que su ejercicio se torne perjudicial para sus comitentes.

Continúa señalando que la racionalidad del proceso constituyente y su aceptación por parte de la comunidad son elementos que determinan su legitimidad. Sin perjuicio de ello existe una amplitud de formas, que no se encuentran previamente establecidas, respecto a la forma y posibilidad para concretar la participación de la comunidad en el proceso. Esto admite la posibilidad de que, en caso de que la

⁹ Decreto Ley 1319, promulgado el 31 de diciembre de 1975, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 19 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567&idVersion=1976-01-09&idParte=>.

¹⁰ Integrante de la Convención Constitucional en representación del 7° Distrito, Región de Valparaíso. Vicepresidente de la Mesa de la Convención Constitucional entre el 4 de julio de 2021 y el 5 de enero de 2022, acceso el 19 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/conventionales_constituyentes/ficha/Jaime_Bassa_Mercado.

¹¹ Jaime Bassa Mercado, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, *Revista Nomos*, n.º 1 (2008): 41-71.

comunidad no haya participado directamente en el proceso, pueda manifestarse mediante sistemas plebiscitarios ratificatorios.¹²

Concluye la idea anterior señalando que los procesos constituyentes que no representen directa o indirectamente la voluntad popular carecen de legitimidad democrática para imponer el nuevo ordenamiento jurídico. Y es precisamente esta noción la que consideramos relevante y que abordaremos prontamente. Sostiene, en concordancia con lo dicho, que hay dos elementos que caracterizan al poder constituyente como uno democrático y legítimo: 1) el órgano que redacte la constitución debe ser representativo del pueblo y reflejar el pluralismo político y social de la comunidad, aun cuando no haya sido elegido para este efecto; 2) el proyecto constitucional debe contar con la aprobación mayoritaria de la comunidad política, ya sea mediante referéndum ratificatorio o mediante algún sistema equivalente.¹³

Expuesto lo anterior, podemos relacionar esta base teórica con el proceso constituyente hasta ahora descrito. En efecto, bajo este prisma puede alegarse la ilegitimidad de origen de la Constitución chilena vigente por cuanto la Junta de Gobierno, a través de distintos decretos, ejerció la potestad constituyente. Fue además un proceso de elaboración que, en primera instancia, no tuvo participación ciudadana y donde se designaron los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

Por su parte, Atria Lemaitre sostiene:

Yo creo que hay un problema grave de legitimidad en la constitución de 1980, no es un problema moral, que en su origen haya habido un acto inmoral de abuso, es un problema que está dado por su contenido y configura –esto yo creo que la define– tiene la finalidad de neutralizar al pueblo, de impedir que a través de la política se pueda cambiar el modelo político económico de la dictadura. Por esto, no es como una constitución democrática que permite habilitar al pueblo para actuar, es al contrario es una constitución que pretende neutralizar al pueblo. Ante la pregunta por qué la constitución tiene este contenido que la hace enteramente inaceptable, la respuesta evidentemente está en su origen, porque fue una constitución escrita por un conjunto de juristas convocados por un dictador. Hay una conexión entre el problema de la constitución y su origen, pero no es una conexión por así decirlo moral, que como el origen fue abusivo eso la hace insanablemente nula, no es eso, como el origen fue un origen abusivo su contenido es un abuso y como su contenido es un abuso, entonces hoy es tramposa.¹⁴

Si bien hemos podido percatarnos de que existe consenso en el mundo académico respecto a la ilegitimidad de la Constitución de 1980, es posible sostener un argumento alternativo, utilizando la misma base teórica.

¹² Bassa Mercado, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 65.

¹³ Bassa Mercado, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 64.

¹⁴ Atria Lemaitre, entrevista por J. P. Cárdenas, 17 de octubre de 2013.

En primer lugar, y ocupando la misma idea que Bassa, la legitimidad puede ser construida considerando que no fue solamente la Comisión “Ortúzar” la que redactó la Constitución de manera aislada ni, mucho menos, la que tuvo la última palabra. Lo anterior se ratifica a través del hecho de que el Consejo de Estado –recordemos que este organismo participó en la elaboración de la propuesta constitucional– estaba compuesto por distintos actores que constituían diversos pensamientos. Dentro de ellos se encontraban los expresidentes de la República –hay que recordar que todos fueron elegidos democráticamente–; a) un expresidente de la Corte Suprema; b) un excontralor general de la República; c) un excomandante en jefe del Ejército; d) un excomandante en jefe de la Armada; e) un excomandante en jefe de la Fuerza Aérea; f) un exgeneral director de Carabineros; g) un exministro de Estado; h) un exdiplomático con categoría o rango de embajador; i) un exrector de las universidades del Estado o de algunas de las reconocidas por este; j) un profesor o exprofesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de cualesquiera de las universidades indicadas en el literal precedente; k) un profesor o exprofesor de la Facultad de Ciencias Económicas de cualesquiera de las universidades indicadas en el literal i); l) una persona representativa de las actividades profesionales colegiadas; ll) una persona representativa de la actividad empresarial; m) un trabajador, empleado u obrero, representativo de la actividad laboral; n) un representante de una organización femenina, y ñ) un representante de la juventud.¹⁵

En concordancia con lo señalado, se destaca el hecho de que el Consejo de Estado y la Comisión de Estudios presentaron una propuesta de nueva Constitución a la Junta de Gobierno. Esto quiere decir que ninguno de estos cuerpos colegiados se atribuyó la potestad constituyente. Fernández adhiere a esta idea y señala que la Comisión tenía la misión de elaborar un anteproyecto de nueva constitución, por lo cual era presumible suponer que este texto sería objeto de alteraciones hasta llegar a ser revisado y aprobado por el poder constituyente que recaía en la Junta de Gobierno. Esto permite evidenciar que ni la Comisión ni el Consejo de Estado gozaban de la potestad constituyente. Estos solo fueron designados para la misión ya señalada.¹⁶

Cabe destacar, además, que ya entregada la propuesta a la Junta de Gobierno, esta decide someter a plebiscito el texto finalizado. Esto se materializa a través de la expedición del Decreto Ley 3465 de 1980. Esta norma convoca al acto ratificatorio y fija las reglas para su ejecución. Ciertamente, el plebiscito en cuestión no ha estado exento de críticas. Este proponía que, ante la ausencia del Tribunal Calificador de Elecciones y la Dirección de Registro Electoral, los alcaldes (designados por la autoridad política), tendrían un rol fundamental en el control del proceso de votación, lo que hizo cuestionable tanto el proceso electoral como los resultados finales. Con un

¹⁵ Artículo 2º del Decreto Ley 1319 que crea el Consejo de Estado, acceso el 19 de mayo de 2022, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567&idVersion=1976-01-09&idParte=>

¹⁶ Miguel Ángel Fernández, “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXII (2001): 321-340.

65,71% de los sufragios a favor, los resultados del plebiscito dieron por aprobada la nueva carta fundamental. El texto constaba de 120 artículos permanentes –incluidos en 14 capítulos– y 29 disposiciones transitorias.¹⁷

Fernández concuerda con el punto anterior señalando que no existían registros electorales, que la individualización del votante no resultaba certera ni fidedigna, que no existían mecanismos de impugnación y que, además, se había efectuado bajo estado de emergencia, un mecanismo de excepción constitucional que plantea restricciones a las libertades. En la misma línea, Fernández, recuerda lo señalado por la directiva del Partido Demócrata Cristiano en aquel momento histórico: que el plebiscito carecía de toda validez. Asimismo, todos los actos que se ejecutaran en el ejercicio de los poderes emanados del texto aprobado eran igualmente ilegítimos y sin valor.¹⁸

Con todo, si bien las críticas al plebiscito de 1980 dan cuenta de un proceso plagado de vicios contra la integridad electoral, es correcto también considerar los actos posteriores que implicaron una auténtica ratificación popular de la Constitución vigente. Esto último en referencia a las posteriores reformas que se sucedieron en el marco de la ruta política trazada para la transición hacia la democracia. En este camino, la norma propuesta por la dictadura sufre importantes reformas incluso antes de su plena vigencia, las cuales fueron aprobadas mediante plebiscito por una amplia mayoría del electorado en julio de 1989. Según la mirada de Bassa, dicho acto es manifestación de una titularidad del poder constituyente que fue retenida por el pueblo en 1973 y retomada para su auténtico ejercicio en 1989, mediante el acto de ratificación democrática de las reformas acordadas y el posterior juramento a la Constitución que realiza el nuevo presidente de la República en 1990.¹⁹

Esta idea parece hacer notar que la difícil cuestión de la legitimidad tiene mucho del contexto histórico político, el cual va dando cuenta de los contornos de interacción entre las disposiciones constitucionales y sus destinatarios. La lectura de la tradición constitucional chilena a partir de 1973 no puede omitir la compleja relación con el origen de su Constitución actual, pero eso también pasa por reconocer los actos posteriores de ratificación democrática mediante mecanismos directos o a través de representantes con suficiente legitimidad política.²⁰

Por último, cabe destacar la crítica generalizada a los enclaves autoritarios y la democracia protegida. Nos referimos entonces a ciertas disposiciones constitucionales que aseguraban una cuota de poder en la esfera de decisiones políticas a determinados grupos. En efecto, se consagraba el rol tutelar de las Fuerzas Armadas y Carabineros para garantizar el orden institucional de la República, la proscripción

¹⁷ Plebiscito aprueba nueva Constitución Política, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 20 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63186&periodo=1973-1990.

¹⁸ Fernández, “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”, 321-340.

¹⁹ Hermann Heller, *Teoría del Estado. México* (México: Fondo de Cultura Económica, 1971), 316.

²⁰ Bassa Mercado, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 67.

de todo partido político que coincidiera con determinados rasgos distintivos –se alude indirectamente al Partido Comunista y similares–, senadores designados y vitalicios y el Consejo de Seguridad Nacional (Cosena).²¹

Para finalizar el desarrollo de la (i)legitimidad de la Constitución de 1980, es necesario hacer algunas breves reflexiones.

En primer lugar, toda la institucionalidad ha desarrollado y ejecutado sus funciones en virtud de la Constitución vigente, por lo tanto, no tiene sentido seguir promoviendo la idea sobre su ilegitimidad. Si tenemos presente la teoría del árbol envenenado, entonces, todo lo que conocemos está viciado y adolece de nulidad. Incluyendo todas las elecciones, gobiernos, Congreso, leyes y demás autoridades que han desempeñado funciones desde la entrada en vigor de la carta magna, e incluso la misma Convención Constituyente. Sin perjuicio de que hoy se arrogan la potestad constituyente originaria.

En segundo lugar, es importante tener presente que todos aquellos elementos que componían la denominada “democracia protegida” –enclaves autoritarios– ya no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Recordemos que son parte sustancial de las críticas hechas al cuerpo normativo fundamental.

Por último, teniendo presentes las mismas ideas de Bassa, fue el pueblo quien manifestó la voluntad de ratificar las reformas del texto constitucional en el plebiscito de 1989. Es decir, fue una de las tantas formas en las cuales el pueblo podía manifestar la potestad constituyente que en él recae.

Si bien no es el propósito de este artículo argumentar la legitimidad de la Constitución de 1980, sí se considera importante formular una visión distinta, dado que sirve de base para un diálogo cívico sano y enriquecedor de la cuestión constitucional.

1.4. La demanda por una nueva constitución

Ya analizamos materias y normas sumamente relevantes para entender el camino chileno a un nuevo pacto social. Abordamos parte de la discusión sobre la legitimidad de la norma fundamental y las posiciones encontradas al respecto. Así mismo, analizamos las fuentes normativas que dieron lugar a la génesis del texto de 1980. Sin perjuicio de ello, no revisaremos en este apartado, con minuciosidad, la Ley 21.200 que reforma el Capítulo XV del texto actual y que permite el proceso constituyente en curso, por cuanto se estudiará en detalle en el próximo apartado de esta investigación.

Mucho se ha dicho en la discusión pública respecto al momento en que se intensificó el deseo de Chile por una nueva carta magna. Este tomó un poco de fuerza recién terminando la administración de la Concertación en el Gobierno. Fue la Nueva Mayoría, presidida por la expresidenta Michelle Bachelet, quien puso el tema

²¹ Se sugiere revisar la versión original del texto Constitucional, acceso el 20 de mayo de 2022, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>.

en la mesa. Culmina la administración de Bachelet II, y en su último aire, ingresa un proyecto de reforma constitucional al Congreso.

“No fumemos opio, no generemos una falsa expectativa. No generemos sueños que no se puedan cumplir. Yo no soy de las personas que les gusta hacer demagogia. Yo sé que mi franqueza a muchos no les gusta”.²² Esas fueron parte de las declaraciones del expresidente del Senado, Escalona, el año 2012 frente a la idea de establecer una Asamblea Constituyente para que redactara una nueva Constitución. Llama la atención que, incluso representantes de la en ese entonces mayor coalición de izquierda, no tenían como prioridad el cambio de la Constitución.

Para ratificar la idea plasmada quisiéramos destacar aquellas materias prioritarias para los chilenos que eran arrojadas en las encuestas de Agenda Ciudadana de Criteria Research²³ y Pulso Ciudadano de Activa Research.²⁴ Es importante señalar que la información entregada no se considera exhaustiva, pero sí configura una idea del comportamiento en la opinión de la población en el lapso temporal que abarca.

La encuesta Agenda Ciudadana, en su estudio del mes de diciembre de 2018, concluye que las cinco primeras prioridades de los chilenos son: salud, educación, pensiones/jubilación y delincuencia. En ningún caso figura una reforma constitucional. En el mes de marzo de 2019 no existe variación en las primeras cuatro prioridades. Se agrega la necesidad de una reforma tributaria y laboral. Tampoco figura la reforma constitucional.

Ya en octubre del mismo año recién aparece el concepto de nuevo pacto social. Al ser consultados por el significado atribuido a un nuevo pacto social, los términos más recurrentes son: mentira, equidad, salud y pensiones. Luego, aparecen los conceptos: mejoras, constitución, sueldos, educación y corrupción. Es decir, dentro de diversas ideas, entremedio, recién surge la idea de cambiar el texto fundamental.

Por su parte, en el estudio del mes de julio de 2019 de Pulso Ciudadano de Activa Research, de un total de 22 temas relevantes, los primeros cinco coinciden casi en su totalidad con lo señalado por la encuesta anterior. En ningún caso figura el texto fundamental. En septiembre del mismo año vuelven a figurar los mismos temas relevantes para la ciudadanía, pero en distinto orden de prelación: delincuencia, salud, pensiones/jubilación, desempleo y corrupción. Sigue sin aparecer una reforma constitucional.

El estudio de octubre fue realizado entre el 10 y el 30 de ese mes y su lanzamiento fue en noviembre. Ahí tampoco figura la opción constitucional como una prioridad ciudadana. Ahora bien, se realizó un estudio especial de la crisis social, cuya fecha

²² Camilo Escalona, “No fumemos Opio”, *24 Horas*, 3 de septiembre de 2012, acceso el 20 de mayo de 2022, <https://www.24horas.cl/politica/escalona-y-asamblea-constituyente-no-fumemos-opio-294005>.

²³ Encuestas e información completa en <https://www.criteria.cl/wp-content/uploads/2019/05/ACC-Diciembre-2018.pdf>.

²⁴ Encuestas e información en <https://chile.activasite.com/wp-content/uploads/2020/01/Pulso-Ciudadano-Julio.pdf>.

de realización fue entre el 22 y 23 de octubre de 2019. Recién ahí, frente al planteamiento “Medidas que debería tomar el Gobierno para superar la situación actual” (estallido social), es cuando en cuarto lugar de preferencias aparece proceso constituyente y nueva constitución.

Para cerrar esta idea destacamos las declaraciones de Sutil, las cuales pueden resultar muy ilustrativas para explicar el motivo de la baja adherencia a la opción de una nueva constitución, hasta los eventos de octubre de 2019:

En medio de este debate, la mayoría de los que proponen la idea de una nueva Constitución nada dicen, aún, acerca de su contenido, y los pocos que se refieren a ello propugnan sus propios ideales y no pocas veces incurrir en un mal muy latinoamericano: el de impulsar las últimas y efímeras ideas en boga en los seminarios internacionales de teoría constitucional y filosofía política, olvidando auscultar los ideales de la comunidad política; como si hacer una nueva Constitución no exigiera debatir, en procesos de rica y abierta deliberación de ideas y de máxima participación y apelación a la soberanía popular, las reglas esenciales que servirán para resolver mañana las legítimas diferencias y las inevitables polémicas que generan los asuntos públicos, de modo que todos puedan aceptar como razonablemente justas y representativas las decisiones que se adopten conforme a la Constitución.²⁵

Sin perjuicio de lo anterior, el proceso constituyente en curso daría su puntapié inicial mediante el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”²⁶ celebrado el 15 de noviembre de 2019, concretándose mediante la publicación de la Ley 21.200 que reforma el Capítulo XV de la Constitución y fija el procedimiento para elaboración de una nueva Constitución.

2. La Ley 21.200 como cláusula de reemplazo de la Constitución vigente

2.1. Regulación constitucional del proceso constituyente

El 15 de noviembre de 2019, producto de las numerosas movilizaciones de la ciudadanía, las fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional suscribieron el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. Dicho acuerdo representa un

²⁵ Jorge Correa Sutil, “¿Ha llegado la hora de una nueva constitución?”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013), 21-35.

²⁶ Se sugiere revisar el documento en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 20 de mayo de 2022, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

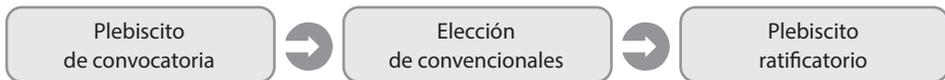
hito político fundamental, al establecer las bases para avanzar en una reforma a la Constitución vigente, consistente en la definición e incorporación de una cláusula de reemplazo constitucional mediante el procedimiento de una convención constituyente.

El Acuerdo estableció el marco de actuación del órgano constituyente y el compromiso de superar la Constitución de 1980 a través de un procedimiento democrático. Es decir, se deja de lado el camino de las reformas sustanciales al texto actual y se emprende un camino innovador centrado en la elaboración de una nueva norma fundamental que parta de una “hoja en blanco”. En palabras de Contreras, para este proceso no existe una norma por defecto.²⁷

Adicionalmente, el Acuerdo estableció las reglas generales y los límites a partir de los cuales operaría la Convención, los cuales fueron posteriormente constitucionalizados a través de la Ley 21.200 de Reforma Constitucional, incorporando al Capítulo XV el conjunto de enunciados normativos que conforman la cláusula de reemplazo constitucional.

Dicha cláusula considera al menos tres etapas centrales del proceso: primero, el plebiscito de convocatoria (entrada); segundo, la elección de los representantes a la Convención y, tercero, el plebiscito ratificadorio (salida).

Etapas centrales del proceso constituyente



Fuentes: Elaboración propia.

Igualmente, la referida cláusula aborda las normas de constitución, instalación y funcionamiento del órgano constituyente, y señala que a tales fines se optó por un órgano de naturaleza asamblearia y representativo, denominado Convención Constitucional. A continuación, se explican los elementos centrales del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la República conforme a lo establecido en los artículos 130 y siguientes, e igualmente se da cuenta de la concreción de cada una de las etapas.

2.2. Convocatoria y plebiscito

El artículo 130 refiere la convocatoria al Plebiscito Nacional, que correspondió al presidente de la República realizarla tres días después de la entrada en vigor del artículo. Conforme al segundo y tercer apartados del citado artículo, el plebiscito

²⁷ Pablo Contreras, “¿Cómo haremos una nueva constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?”, en Rocío Lorca, Pablo Marshall, Nicole Selamé, *La hoja en blanco, claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago de Chile: La Pollera Ediciones, 2020), 170.

realizado el domingo 25 de octubre convocó a los electores habilitados para resolver si aprobaban o rechazaban la sustitución de la Constitución actual a través de la pregunta formulada en la primera papeleta: ¿Quiere usted una nueva Constitución? Acto seguido, mediante la segunda papeleta, debían pronunciarse sobre el tipo de órgano llamado a redactar la nueva Constitución. Al respecto, fueron propuestas dos alternativas: la Convención Mixta Constitucional o la Convención Constitucional.

La primera, la mixta constitucional, se integraría en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejercicio y, la segunda, la Convención Constitucional (sin apellido), se integraría exclusivamente por miembros elegidos popularmente. En el plebiscito, con una histórica participación, los electores aprobaron la convocatoria al proceso constituyente y optaron por una convención integrada exclusivamente por miembros elegidos popularmente.²⁸

Resulta especialmente ilustrativo el cuadro desarrollado por Fuentes y Lovera para distinguir entre la Convención Mixta Constitucional y la Convención Constitucional en cuanto sistema de estructura del órgano constituyente.

Cuadro comparativo entre la Convención Mixta Constitucional y la Convención Constitucional

	Mixta Constitucional	Convención Constitucional
Número de integrantes	172	155
Composición	50% congresistas 50% electos popularmente	100% electos popularmente
Función congresistas actuales	Congresista que integran la Convención podían cumplir doble función: legislativa y escribir la constitución	En el caso de congresistas deben renunciar a su cargo si desean competir para participar en la Convención
Dieta	Congresistas mantienen dieta actual Convencionales electos reciben 50 unidades tributarias mensuales	Convencionales reciben 50 unidades tributarias mensuales
Campañas electorales	Congresistas que son convencionales podrán competir por su reelección al Congreso y hacer campaña mientras participan en la Convención	Convencionales no podrían participar en campañas electorales para cargos de representación
Inhabilidad	No existe inhabilidad	Existe inhabilidad. No pueden competir por cargos de representación popular por un año

Fuente: Claudio Fuentes y Domingo Lovera, *Manual para la ciudadanía constituyente* (Santiago de Chile: Catalonia, 2020), 15-135.

²⁸ En esta elección votaron 7.569.082 electores, lo que representa el 50,95% del padrón electoral. La opción “Apruebo” obtuvo el 78,28 % de los votos y la opción “Convención Constitucional” el 79%.

2.3. Estatuto Electoral Constituyente e integración del órgano

Resuelta la convocatoria mediante el plebiscito de entrada, conforme a lo establecido en el último apartado del artículo 130, el presidente de la República convocó mediante decreto supremo exento, dentro de los 5 días siguientes a la comunicación del Tribunal Calificador de Elecciones, a la elección de los miembros de la Convención Constitucional, la cual se realizó el sábado 15 y el domingo 16 de mayo de 2021. Sobre el particular, resulta atípica la realización del acto electoral en dos jornadas continuas, lo cual respondió al contexto pandémico y a la incorporación de la elección de convencionales en el proceso electoral para elegir a las autoridades regionales y locales.

Igualmente, resultó atípico el estatuto electoral definido para el proceso, el cual, si bien replicó el sistema electoral propio de la Cámara de Diputados, consideró algunas innovaciones para potenciar la representación de grupos tradicionalmente excluidos del debate público y asegurar con ello la más amplia representación en el órgano. A tales efectos, hay que considerar que según el artículo 132 de la Constitución Política de la República (CPR), la edad mínima para postular al cargo de convencional fue de 18 años y ser titular de los derechos que otorga la ciudadanía, sin otro requisito, inhabilidad o prohibición, salvo las establecidas en la propia norma constitucional o en la Ley Orgánica sobre Votaciones Populares y Escrutinios.²⁹

La Convención Constitucional está integrada por 155 ciudadanos electos, que representan a 28 distritos electorales.³⁰ Conforme a la regla de paridad desarrollada para este proceso, debió asegurarse un equilibrio entre hombres y mujeres, lo cual significó que a las mujeres se adjudicaran 77 escaños y a los hombres 78.³¹ Igualmente, en una decisión histórica, se aseguró la representación de los pueblos originarios, mediante la reserva de 17 de los 155 escaños.³² En los mismos términos, se fijaron reglas especiales para potenciar la elección de independientes.³³

Hombres	Mujeres	Pueblos originarios	Independientes	Independientes postulados por partidos
78	77	17	48	40

Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio Electoral, elección de convencionales constituyentes.

²⁹ Para mayor información sobre los requisitos de postulación e integración del órgano convencional, véase <https://www.worklegal.cl/post/requisitos-para-ser-convencional-constituyente>.

³⁰ Artículo 141 de la Constitución Política de la República.

³¹ Disposición Transitoria Trigésima y Trigésima Primera de la Constitución Política de la República.

³² Disposición Transitoria Cuadragésima Tercera de la Constitución Política de la República.

³³ Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la Constitución Política de la República.

2.4. Funcionamiento de la Convención Constitucional

La sesión de instalación de la Convención Constitucional se realizó el 4 de julio de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución. Según la norma, en la primera sesión, la Convención elegirá entre sus miembros y por mayoría absoluta, a un presidente y a un vicepresidente. Este mandato se concretó con la elección de los convencionales Elisa Loncón y Jaime Bassa.

De la misma norma se desprende una importante regla que tiene antecedentes en el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, referida al *quorum* de aprobación de las normas, tanto aquellas relativas a sus reglamentos de funcionamiento interno como las que se van a incorporar en la propuesta constitucional. Se optó por un *quorum* supramayoritario de dos tercios, es decir, para aprobar las normas se requiere el voto favorable de por lo menos 103 de los 155 convencionales. Para Contreras, esta regla permitirá que la propuesta constitucional no sea de una facción o sector.³⁴

Igualmente, se definió un marco temporal para el funcionamiento de la Convención. El artículo 137, en su primer apartado, establece un periodo de funcionamiento de nueve meses, el cual podrá prorrogarse por tres meses adicionales.

Además del límite temporal, también se observan límites robustecidos que dan cuenta de un poder constituyente constitucionalizado que ha de preservar ciertos principios característicos de la tradición constitucional chilena.³⁵ Sobre esto hay que considerar las disposiciones especiales del artículo 135 que señala la única competencia del órgano constitucional: producir la propuesta del texto constitucional, sin afectar el funcionamiento de los órganos constituidos. En los mismos términos, se ratifica la vigencia de la Constitución de 1980 hasta la aprobación del nuevo texto constitucional, destacando la conservación de la soberanía, del régimen republicano y democrático, y el reconocimiento de las sentencias judiciales firmes y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado que se encuentren vigentes. Esto plantea un marco de principios que rigió el funcionamiento de la Convención.

2.5. Rol de la Corte Suprema de Justicia

Para el actual proceso se definió un mecanismo de control judicial cuya competencia corresponde a la Corte Suprema. La norma del artículo 136 dota a la Corte de la competencia para conocer las reclamaciones por infracciones a las reglas de procedimiento establecidas en la Constitución y en sus acuerdos y reglamentos.

³⁴ Contreras, “Cómo haremos una nueva constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?”, 178.

³⁵ Pablo Ruiz Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado* (Santiago de Chile: Lom Editores), 2016, 23-54.

Sobre el particular, la Corte Suprema dictó el Auto Acordado 75-2021 que regula la tramitación de la reclamación de los procedimientos de la Convención Constitucional y establece un procedimiento de única instancia, cuya legitimidad procesal corresponde al menos a un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención, quienes deben suscribir la interposición del reclamo.

Este reclamo no podrá versar sobre el contenido de los textos en elaboración y conocerán del mismo cinco ministros de la Corte Suprema designados mediante sorteo.

Al admitirse el reclamo, le será requerido informe a quien presida la Convención y a quienes sostienen la moción reclamada, con un plazo de dos días para formularlo. Por su carácter sumario, una vez concluye el plazo del informe, el mismo día o el hábil siguiente se realizará la audiencia y, una vez verificada, la sentencia deberá dictarse dentro del plazo de tres días contados desde la conclusión de la vista de la causa.³⁶

El efecto de declararse a lugar la reclamación es la anulación solo del acto impugnado.

3. Claves actuales de la discusión constituyente: entre la conservación y la refundación

Como se señaló al inicio de esta investigación, ya fue presentado el primer borrador del trabajo encomendado a la Convención Constitucional, sin perjuicio de que aún se encuentra en proceso de armonización y estructuración para llegar a ser un texto normativo coherente.³⁷ Por ello es que plantearemos las principales características y normas relativas a cuatro ejes fundamentales: forma de Estado, sistema político, régimen económico y derechos fundamentales.

3.1. Forma de Estado³⁸

El borrador constitucional establece que Chile será un Estado plurinacional e intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de

³⁶ El tribunal deberá resolver la reclamación dentro de los diez días siguientes al momento en que tuvo conocimiento del asunto.

³⁷ Este documento es un consolidado que reúne las normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional, ordenadas por comisión. La relación de números de los artículos obedece a lo dispuesto en los respectivos informes y no es el orden definitivo, ya que ese proceso deberá ser realizado por la Comisión de Armonización (actualizado el 14 de mayo de 2022). Documento oficial de la Convención Constitucional, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>.

³⁸ Revisar los puntos 5, 6, 142, 143, 144 y 146 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 4º, 5º, 1º, 2º, 3º y 5º respectivamente, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>.

la unidad del Estado. Al mismo tiempo, enuncia un listado de pueblos y naciones que son reconocidos por el Estado y permite que la ley pueda incluir otros con posterioridad. Establece que los pueblos y las naciones reconocidos tendrán derecho a autodeterminarse y autogobernarse. Además, tendrán derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, siendo un deber del Estado chileno el promover y garantizar tales facultades.

En la misma línea, y de forma paralela, se establece que Chile será un Estado regional, plurinacional e intercultural, formado por entidades regionales autónomas. Ello en un marco de solidaridad y equidad entre ellas, conservando y preservando la unidad e integridad del Estado.

Estas entidades territoriales se clasifican en regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales. Ellas poseen personalidad jurídica y patrimonio propio. Al mismo tiempo, se establece que Chile forma un territorio único e indivisible.

Para la prosecución de sus fines e interés, la referida autonomía tiene relación con el ámbito político, administrativo y financiero; pero en ningún caso el ejercicio de esta facultad puede implicar un atentado al carácter único e indivisible del Estado chileno, y menos su secesión territorial.

Frente a lo expuesto es importante hacer algunas reflexiones que permiten dilucidar ciertas incongruencias que escapan a la labor de la Comisión de Armonización, dado que son asuntos de fondo. En primer lugar, existe una constante pugna –en la teoría y probablemente se manifieste en la práctica– entre la unidad y el separatismo. Esto se demuestra con el gran y robusto reconocimiento, junto al superposicionamiento, que el Estado reconoce a los pueblos indígenas por sobre los chilenos, que se manifiesta a través de la capacidad para autodeterminarse y autogobernarse, permitiendo incluso la generación de tribunales indígenas y un derecho propio. Sin perjuicio de que el mismo texto fundamental establece las limitaciones para todos los casos de grupos y territorios autónomos, asegura y consagra el deber garantizar el pleno ejercicio de los derechos a los pueblos y naciones reconocidos por la Constitución y las leyes.

Es importante destacar que varias disposiciones además aluden a la autonomía de las regiones, comunas y territorios especiales, en lo administrativo, económico y político. Habiendo expuesto lo anterior, ¿qué ocurre frente a la voluntad indígena de desligarse del Estado chileno, tal como muchas comunidades demandan? ¿Qué prevalece, la autonomía reconocida a estos grupos o el carácter indivisible del Estado? ¿Es más importante la autonomía territorial o las decisiones centralizadas que hacen parte de las políticas de Estado?

Es importante realizar estas preguntas y sobre todo tener respuestas concretas y útiles. No parece compatible el espíritu autonomista que consagra esta propuesta con los límites establecidos que más bien parece huincha de papel intentado sujetar una pared de ladrillos.

3.2. Sistema político³⁹

En este aspecto, la Convención Constitucional innova, ello por cuanto elimina al Senado y además establece un régimen político denominado “presidencialismo atenuado y bicameralismo asimétrico”.⁴⁰

La propuesta establece que el Poder Legislativo se compone del Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones. El primero será un órgano deliberativo, paritario y plurinacional que representa al pueblo. Interviene, además, en la formación de las leyes y ejercerá las demás facultades y atribuciones que le encomienden la Constitución y las leyes. Por su parte, la Cámara de las regiones posee las mismas características y, además, representa a las regiones e interviene en la formación de leyes de acuerdo regional junto con ejercer las demás facultades encomendadas por la norma fundamental.

Por su parte, el presidente de la República tendrá la potestad de dictar aquellos reglamentos, decretos e instrucciones que crea necesarios para la ejecución de las leyes. Además, tendrá la facultad para “concurrir” a la formación de leyes que recaigan en determinadas materias.⁴¹ Cabe destacar que también se consagra un catálogo de atribuciones, y aquí me quiero detener brevemente. Las atribuciones, por definición, son cada una de las facultades o poderes que corresponden a cada parte de una organización pública o privada según las normas que las ordenen.⁴² Dicho de otro modo, es la posibilidad que tiene una autoridad de hacer o no hacer algo de acuerdo con su voluntad. Por ello es que llama la atención que la primera atribución del presidente de la República sea “cumplir y hacer cumplir esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones”. Queda abierta así una puerta para que quien ostente el cargo pueda hacer y deshacer con total autoridad. Debería ser entonces un mandato inexcusable antes que una facultad.

Ahora bien, frente a las leyes que exigen concurrencia del presidente en su tramitación, es necesario manifestar que de acuerdo con lo revisado no se han establecido mecanismos ni sanciones para aquellas autoridades que eludan tal norma. Esto lo destacamos en virtud de lo vivenciado con los retiros anticipados de los fondos

³⁹ Revisar los puntos 7, 8, 11, 27, 30 y 56 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 5° bis, 5° ter, 9°, 23°, 26° y 48° respectivamente, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>.

⁴⁰ Rodolfo Carrasco, “¿Qué implica el acuerdo para un presidencialismo atenuado y un bicameralismo asimétrico?”, *Diario Financiero*, 29 de marzo de 2022, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.df.cl/df-constitucional/que-implica-el-acuerdo-para-un-presidencialismo-atenuado-y-un->.

⁴¹ En términos teóricos, es sinónimo de la facultad exclusiva del presidente en algunas materias de ley que se encuentran en la Constitución vigente.

⁴² Definición obtenida de Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Espasa, 2014), acceso el 27 de mayo de 2022, <https://dle.rae.es/atribucion>.

previsionales en los que, mediante disposiciones transitorias, algunos diputados promovieron una ley que escapaba de sus atribuciones, por cuanto todas las materias relativas a seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la República. Ello advierte desde ya la apertura de un flanco para posibles elusiones normativas.

Por último, se destaca el hecho de que la propuesta de Constitución promueva la autogobernanza de los distintos pueblos originarios y la consagración de su autonomía respecto al Estado de Chile, mientras que al mismo tiempo les entrega escaños reservados en todas las instancias de elección popular. Lo anterior es contradictorio con la idea fundamental de permitir que algunos pueblos/nación tengan autonomía política, financiera, administrativa y judicial.

3.3. Régimen económico⁴³

La propuesta constitucional establece para todas las personas la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas siempre que estas sean compatibles con los derechos consagrados en la misma Constitución y con protección de la naturaleza.⁴⁴ Se señala que el contenido y los límites de ese derecho serán determinados por leyes que regulen su ejercicio; manifiesta, además, una especial protección a las empresas de menor tamaño y a los consumidores.

Por otra parte, fija el derecho de propiedad para todas las personas, en todas sus especies y sobre toda clase de bienes. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica. En la misma línea, dispone que el Estado reconoce la función social, económica y productiva de las cooperativas, conforme al principio de ayuda mutua, correspondiéndole fomentar su desarrollo.

Se establece el mecanismo para llevar a cabo las expropiaciones por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador. Corresponde indemnización previa por el justo precio del bien. En cualquier caso, se establece la necesidad de que la expropiación sea debidamente fundada.

El Estado reconoce y garantiza, conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y las naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos. Se fija además una especial protección de la cual gozará la propiedad indígena; asimismo, se deben establecer instrumentos jurídicos eficaces para el catastro, así como para su regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

⁴³ Revisar los puntos 251, 255, 256, 257, 265, 331 y 332 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 14°, 18°, 20°, 21°, 46°, 32° y 34° respectivamente, acceso el 28 de mayo de 2022, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>.

⁴⁴ A diferencia del texto constitucional vigente, que establece el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado podrá participar en la economía para cumplir con los objetivos establecidos en la Constitución. Además, tendrá iniciativa pública en la actividad económica y para desarrollar actividades empresariales.⁴⁵ El rol económico se fundará en los principios de solidaridad, diversificación productiva, economía social y solidaria, y pluralismo económico. El Estado regulará, fiscalizará, fomentará y desarrollará actividades económicas, disponiendo de sus potestades públicas, en el marco de sus atribuciones y competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución.

Corresponde señalar que se aprecia una regulación escueta y discriminatoria respecto a la Constitución vigente. Ello se manifiesta en la menor cantidad de artículos destinados a organizar el régimen económico, y a la poca protección entregada a las personas y organizaciones frente a la acción u omisión del Estado, como también en el hecho de que se fijan disposiciones discriminatorias a favor de los pueblos indígenas por sobre el resto de la población. Los primeros gozan de especial protección, mientras que los segundos están sujetos a la regulación y limitación que establece el Estado a través de las leyes que fijan el contenido del derecho de propiedad y el desarrollo de actividades económicas.

3.4. Derechos fundamentales⁴⁶

La propuesta constitucional señala que los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. El Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales como también adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que puedan limitar su realización.

Se fija el principio de progresividad y no regresión de los derechos fundamentales, es decir, se deben adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva su plena satisfacción. Ninguna medida podrá tener carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio. Asimismo, propenderá a la progresividad el financiamiento de estos derechos.

Las personas naturales son titulares de los derechos fundamentales y estos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente. Los pueblos y las naciones indígenas serán titulares de derechos fundamentales colectivos. Por último, la naturaleza será titular de los derechos reconocidos por la Constitución.

⁴⁵ Su creación y régimen jurídico deberá ser establecido por una ley. Debido a que no existe distinción, suponemos una ley ordinaria cuya aprobación sea por simple mayoría.

⁴⁶ Revisar los puntos 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 284, 289 y 290 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 21º, 23º, 24º, 44º, 45, 47º, 50º, 1º, 2º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 13º, 14º, 15º, 19º, 21º y 22º respectivamente, acceso el 28 de mayo de 2022, <https://www.chileconvention.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>.

El catálogo de derechos fundamentales fijados por el borrador constitucional incluye los derechos y las libertades clásicas y avanza en innovaciones como los derechos sexuales y reproductivos; el derecho a la educación sexual integral; el derecho a la tierra, los territorios y los recursos; los derechos de los chilenos en el exterior; el derecho de reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos; el derecho a la vivienda; el derecho a la ciudad y al territorio; el derecho al trabajo decente, al cuidado; el derecho humano al agua, a la recreación; los derechos de la naturaleza, así como nuevos alcances de los derechos a la salud, la educación, la sindicalización y la consulta indígena.

Es importante destacar que estos derechos estarán tutelados por la acción de tutela de derechos fundamentales. Ella será útil frente a cualquier acto u omisión que amenace, perturbe o prive el legítimo ejercicio de estos derechos; podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley. Esta acción tendrá preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal. Trátese de derechos medioambientales y de la naturaleza podrán ejercer la acción defensoría de la naturaleza como cualquier persona o grupo.

Asimismo, la acción de amparo tutelar que las personas arrestadas, detenidas o presas con infracción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, puedan concurrir por sí o por cualquiera persona a su nombre, sin formalidades, ante la magistratura que establezca la ley, a fin de que esta adopte de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la persona afectada.

Frente a lo expuesto resulta positiva la conservación, en su esencia y con algunas modificaciones importantes, de dos de las acciones constitucionales hoy vigentes. Sin perjuicio de ello creemos que es importante revisar la extensión de la acción de tutela, a diferencia de la acción de protección vigente que garantiza algunos numerales del artículo 19°, puesto que podría presentar dificultades prácticas a la hora de asegurar todos y cada uno de los derechos consagrados.

Conclusiones

Chile optó por la sustitución de su actual norma constitucional. Como se evidencia en su prolongada tradición constitucional, el cambio se produce luego de un periodo de crisis política e institucional. Es innegable la relación entre las múltiples demandas ciudadanas que se expresaron a partir de octubre de 2019 y el posterior proceso que canalizaría el descontento ciudadano.

El camino chileno hacia una nueva Constitución se forjó considerando la robustez democrática que exhibe el país y el deseo de transformación reivindicado por generaciones jóvenes. En tal sentido, el proceso está mediado por instancias de participación que buscan dotarlo de una legitimidad que pueda contribuir a la prolongación de la vigencia del que pretende ser un nuevo pacto de convivencia política y social.

Es innegable que hoy, al conocer algunas de las propuestas que emanan del proyecto formulado por la Convención, estamos frente a una declaración constitucional que incorpora a los grupos tradicionalmente excluidos y asume el desafío complejo de superar los rasgos estructurales de desigualdad. Sin embargo, ese noble propósito genera enormes expectativas en la ciudadanía que ha confiado en este proceso como el medio para alcanzar mejores condiciones de vida y reconocimiento de sus derechos.

En la práctica, la compleja existencia de la Constitución de 1980 nos deja algunas lecciones que resultan ineludibles: la producción de normas fundamentales se dota de la legitimidad que su propio proceso de formación le provee; en palabras de Bellolio, “la forma es el fondo”.⁴⁷ Pese a los éxitos en materia de desarrollo y democracia que exhibió Chile en el último tiempo, esa manifestación clara de estabilidad y bienestar no pudo superar el contexto histórico en el cual nace el texto de 1980, ni resolver las heridas profundas que supuso la afectación de las libertades durante la dictadura.

La gradual transformación de la Constitución vigente representó más de cincuenta reformas, algunas de las cuales modificaron elementos centrales del ideario constitucional de la dictadura, pero de ese camino caracterizado por los amplios acuerdos saltamos al de la disrupción planteada por el proceso constituyente.

La propuesta nos presenta un Estado mucho más complejo en su estructura, dotado de un mayor número de reparticiones públicas. También, propone una nueva relación de poder entre el gobierno central y las regiones, avanzando en mayor autonomía para estas. Como cuestión central del discurso constituyente, se amplía el catálogo de derechos reconocidos y se incorporan innovaciones que nos llevan a la consideración de nuevos sujetos de derechos, y la lógica prestacional se ve aumentada al consagrar la cláusula del Estado social.

Estas son solo algunas referencias relevantes que nos dan coordenadas sobre el nuevo ADN constitucional e institucional que ha sido construido por la Convención. Esta arquitectura, a la fecha de redacción de esta conclusión, debe ser aprobada por la ciudadanía en ejercicio de soberanía y autodeterminación trascendente.

Bibliografía

- ATRIA LEMAITRE, Fernando. “La constitución del 80 tiene la finalidad de impedir el cambio del modelo político económico de la dictadura”. *Diario UCHILE*, 17 de octubre de 2013.
- BASSA MERCADO, Jaime. “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”. *Nomos*, n.º 1 (2008): 41-71.

⁴⁷ Cristóbal Bellolio, *Pinochet, Lagos y nosotros* (Santiago de Chile: Penguin Random House, Grupo Editorial Chile, 2015), 1-100.

- BELLOLIO, Cristóbal. *Pinochet, Lagos y nosotros*. Santiago de Chile: Penguin Random House - Grupo Editorial Chile, 2015.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Proyecto de Acuerdo”, Cámara de Diputados, Legislatura 1973. <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=792441>.
- BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. Historia política. *Plebiscito aprueba nueva Constitución Política*. 11 de septiembre de 1980. https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63186&periodo=1973-1990.
- CARRASCO, Rodolfo. “¿Qué implica el acuerdo para un presidencialismo atenuado y un bicameralismo asimétrico?”. *Diario Financiero*, 29 de marzo de 2022. Acceso el 27 de mayo de 2022. <https://www.df.cl/df-constitucional/que-implica-el-acuerdo-para-un-presidencialismo-atenuado-y-un>.
- CONTRERAS, Pablo. “Cómo haremos una nueva constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?”. *La Tercera*, 15 de octubre 2020.
- CORREA SUTIL, Jorge. “¿Ha llegado la hora de una nueva constitución?”. En *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013.
- DE LA FUENTE, Antonieta. “La influencia de Jaime Guzmán en la Constitución del ‘80: mitos y verdades”. *La Tercera*, 3 de abril 2020.
- ESCALONA, Camilo. “No fumemos Opio”. *24 Horas*, 3 de septiembre de 2012, acceso el 20 de mayo de 2022, <https://www.24horas.cl/politica/escalona-y-asamblea-constituyente-no-fumemos-opio-294005>.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXII (2001): 321-340.
- FUENTES, Claudio y Domingo, LOVERA. *Manual para la ciudadanía constituyente*, 15-135. Santiago de Chile: Catalonia, 2020.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado. México*, 1-298. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- LORCA, Rocío, Pablo MARSHALL, Nicole SELAMÉ y Matías GUILOFF. *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*, 1-320. Santiago de Chile: La Pollera Ediciones, 2020.
- OSSA, Juan. *Chile Constitucional*, 1-301. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2020.
- RUIZ TAGLE, Pablo. *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*, 23-54. Santiago de Chile: Lom Editores, 2016.