

SOBRE EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL Y EL MECANISMO IDÓNEO Y PERTINENTE

*Fernando Atria*¹

Los editores de este libro pidieron a cada autor que “describa y explique con todo detalle y precisión el método que podría conducir a un cambio de la Constitución, y que considere el más idóneo y pertinente. Lo que nos importa es que el método sea preciso, se describan incluso los plazos, pero también los posibles problemas que se podrían suscitar internamente (por ejemplo al interior de una Asamblea) o externamente (por ejemplo en la sociedad o en el sistema político)”.

La invitación me pareció extraordinariamente oportuna, por lo que no dudé en aceptarla. Pero al mismo tiempo me parece que lo que ellos piden no es lo que es necesario en este momento. Creo que es importante detenerse en estas dos cosas: por qué es una invitación extraordinariamente oportuna, y por qué lo que sigue no responde exactamente a los términos de la invitación.

Es extraordinariamente oportuna porque es precisamente lo que el proceso constituyente necesita hoy: que discutamos sobre el mecanismo que cada participante “considera más idóneo y pertinente”. Entiendo “idóneo” como “adecuado y apropiado para algo”, y “pertinente” como “que viene a propósito”, es decir, relevante en el momento, atendidas las condiciones y el problema de que se trate. Mientras la “idoneidad” del meca-

¹ La idea central de este artículo fue desarrollada originalmente en un comentario radial para Radio Bío-Bío. Agradezco a Diego Espinoza, que transcribió ese comentario y preparó una primera versión editada del mismo, sobre la cual se construye este artículo. Agradezco también a los editores, Claudio Fuentes y Alfredo Joignant, cuyos comentarios enriquecieron el resultado.

nismo es una determinada relación entre este y el problema que pretende solucionar, su “pertinencia” es su adecuación a las condiciones en las que ha de ser desplegado.

La invitación es a discutir mecanismos que sean a la vez idóneos y pertinentes. Es decir, no podemos restringir la discusión a los mecanismos pertinentes sin preguntarnos si esos mecanismos pertinentes son también idóneos. Es en principio posible que no haya mecanismos que satisfagan las dos características. Esta es una posibilidad que no se puede excluir por un mero acto de voluntad. Por consiguiente, el hecho de mostrar que un mecanismo es el único pertinente no implica haber mostrado que es idóneo, así como el mostrar que es idóneo no implica mostrar que es pertinente.

Estas cuestiones no suelen distinguirse. Patricio Zapata e Ignacio Walker, por ejemplo, han sugerido un mecanismo que ellos denominan “Convención Constituyente”.² Dicho mecanismo “supone”, nos dicen, “que se modifique el Capítulo XV de la Constitución, sobre reforma, por el quórum allí establecido, de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio”.³ En términos de lo que llevamos dicho, lo que aquí Walker y Zapata están diciendo es que solo un mecanismo que sea acordado por los procedimientos del Capítulo XV es “pertinente”. Eso podrá o no ser el caso, pero lo que me importa aquí es destacar que, incluso si eso fuera correcto, ello no implica nada respecto de la idoneidad de su “convención constituyente”. La idoneidad del mecanismo no depende de si respeta el derecho o es de *fair play* o alguna otra razón moral de este tipo, sino de la correspondencia entre él y el problema que pretende solucionar. Y, por cierto, ellos no se preocupan de explicar cuál es, a su juicio, el problema.⁴

En otras palabras: no es suficiente decir, por ejemplo, que la Asamblea Constituyente es el único mecanismo “legítimo” (y entonces idóneo) para darnos la nueva Constitución, sin ocuparse de si es en las condiciones de la política concreta pertinente. Recíprocamente, es impertinente

² Walker y Zapata, “Una convención constituyente para el bicentenario”. Esta “convención” estaría compuesta por 60 miembros designados por el Congreso Nacional. Zapata y Walker no explican por qué es mejor designarlos de este modo que elegirlos por sufragio universal.

³ *Ibídem*.

⁴ En una especie de caricatura de la caricatura de la ambigüedad demócrata cristiana de la que se reía ácidamente Víctor Jara, explican que “la actual Constitución, con ser legítima, carece de una legitimidad suficiente” (en *El Mercurio*, 20 de julio 2015).

rasgar vestiduras por “la legalidad”, predicando sobre el deber moral de seguir puntiliosamente todos los procedimientos de reforma constitucional sin preguntarse si esos procedimientos son idóneos para solucionar el problema.

Nótese cuidadosamente lo que está dicho en el párrafo anterior. No estoy aquí manifestando ninguna opinión sobre si el moralista que nos llama a seguir puntiliosamente todos los procedimientos de reforma tiene razón o no. Lo que estoy diciendo es que es irresponsable de su parte hacer ese llamado sin defender una opinión sobre si esos mecanismos son idóneos para solucionar el problema. Solo si hace eso podremos saber qué es aquello por lo que está abogando. Quizás, dadas las características del problema, los mecanismos “institucionales” son idóneos para solucionarlo; entonces habremos de decir que su defensa de esos mecanismos no es incompatible con la solución del problema. Pero quizás los mecanismos “institucionales” no son idóneos para solucionar el problema. Si esto es así, el que nos llama a usar solo esos mecanismos nos está llamando a dejar, al menos por ahora, el problema sin solución; nos está diciendo, en otros términos, que es preferible abandonar la expectativa de solucionar el problema a buscar mecanismos distintos a los que él llama “institucionales”. La cuestión importante por ahora no es si este llamado ha de ser acogido o no. Es que si nos llama a eso ha de ofrecernos razones que justifiquen ese llamado. Lo que es inaceptable es que nos llame a usar esos mecanismos de su preferencia sin manifestar opinión alguna sobre su idoneidad para solucionar el problema.

El test que uno podría aplicar aquí es el de la fallida “Constitución de 2005”. Yo sugeriría la siguiente formulación de ese test: todo el que proponga un mecanismo nos debe una explicación del problema que ese mecanismo quiere solucionar. Y si el problema es que es necesaria una nueva Constitución, pese a lo que se nos dijo en 2005, nos debe una explicación de por qué el mecanismo que propone no será una repetición de ese fallido intento de solucionar el problema. Es hoy irresponsable defender un mecanismo “institucional” sin asumir la carga de explicar por qué no se va a repetir la experiencia de 2005.

La experiencia del 2005 fue la de la promulgación de una reforma constitucional que se presentó al país como si fuera una nueva Constitución. Desde entonces, nos dijo el Presidente Lagos, la Constitución dejaba de ser algo que nos dividía y pasaba a ser un “ piso institucional compartido”. Ya no se trataba de la Constitución de ellos, los vencedores del 11 de

septiembre, sino de todos, de nosotros. Y pocos años después la demanda por nueva Constitución resurgiría con más fuerza. Este error de diagnóstico, en el que incurrieron desde el Presidente Lagos hasta los más conspicuos juristas de la Concertación, mostró la incapacidad del sistema político y de la reflexión académica para identificar el problema y solucionarlo (o reconocer qué contaba como una solución y qué no). Repetir ese error en 2016, 2017 o 2018 puede tener consecuencias mucho más graves para una institucionalidad que enfrenta una progresiva pérdida de legitimación. Por eso, el que nos llama hoy a hacer lo mismo que el 2005 está exponiendo los poderes institucionales al ridículo de tropezar de nuevo con la misma piedra. Si no hace siquiera un esfuerzo por explicarnos por qué lo mismo que en 2005 no solucionó el problema constitucional “ahora sí que sí” lo va a solucionar, el que nos llama a hacer reformas constitucionales actúa con frivolidad irresponsable.

Eso es lo que hace esta invitación para discutir mecanismos idóneos y pertinentes algo tan extraordinariamente oportuno. Pero es oportuna precisamente porque hoy es demasiado pronto para discutir mecanismos precisos, “plazos incluidos”. El foco en una descripción pormenorizada del procedimiento puede desandar el camino anterior y devolvernos a una discusión que oscila entre pura normatividad y cálculo político. En mi intento por responder la pregunta de los editores intentaré evitar estas dos posibilidades, al precio de no describir un mecanismo con la “precisión” que nos han pedido. Porque el sentido de describir un mecanismo no es proveer una plantilla procedimental, sino mostrar la conexión entre la comprensión del problema y la del mecanismo que es idóneo para solucionarlo. Esto debería llevarnos a identificar las características generales de cualquier mecanismo que corresponda al problema y sea en este sentido idóneo. Hecho esto, podremos preguntarnos por el más pertinente.

Sobre por qué hay una tensión entre lo “democrático y participativo” y lo “institucional” del mecanismo

Como se recordará, el programa de gobierno de la Nueva Mayoría anunciaba que el mecanismo de cambio constitucional sería “democrático, participativo e institucional”. La discusión se centró en la compatibilidad entre las dos primeras y la tercera característica.

La cuestión no ha progresado mucho, y nos encontramos todavía enfrentados a esta tensión, entre lo democrático y participativo y lo institucional. En efecto, en su discurso del 21 de mayo de 2015, la Presidenta sostuvo que el proceso constituyente tendría como elemento central una “participación ciudadana realmente incidente” y que se manifestaría a través de una “forma institucional legítima y confiable”. “Realmente incidente”, por cierto, se opone a “nominalmente incidente”; y un proceso institucional “legítimo y confiable” se opone a uno que es incapaz de dotar de legitimidad a la decisión porque no es confiable. Que no sea confiable quiere decir que está bajo sospecha. La sospecha correspondiente a una participación nominalmente incidente: que se repita lo de 2005. Es decir, que la “clase política” llegue a un “gran acuerdo” que los deje ufanos y autosatisfechos pero que a poco andar se revele totalmente insuficiente.

¿Qué quiere decir esto? ¿Qué significa el hecho de que hoy los procedimientos “institucionales” estén bajo sospecha de que ellos permiten participación, pero participación no incidente, falsa? Es importante detenerse en la significación de estas cosas antes de saltar a predicar acerca de la importancia de las instituciones. ¿Por qué la participación conforme a la institucionalidad política arriesga ser puramente nominal? ¿Por qué un procedimiento institucional debe cuidarse de la acusación de no ser confiable? Necesitamos tener al menos respuestas de trabajo para estas preguntas, porque sin ellas no podemos entender qué es lo que se está diciendo, impugnando o defendiendo cuando se afirma que el proceso constituyente debe ser “institucional”. Y si esto no está claro, ¿cómo es posible tomar partido, como es posible decir sí a algo y no a otra cosa?

Tenemos que comenzar aclarando qué quiere decir aquí “institucional”. Para eso, podemos recurrir a la respuesta que ya hemos mencionado: es institucional un mecanismo si se somete a los quórum de reforma constitucional contenidos en el Capítulo XV del texto constitucional, tres quintos o dos tercios de senadores y diputados en ejercicio.⁵

⁵ Es curiosa la comprensión de lo “institucional” que se ha generalizado en estos momentos de “realismo sin renuncia”. Uno pensaría, en principio, que “institucional” quiere decir “conforme a los procedimientos establecidos en el texto constitucional”. Pero en esta nueva comprensión ni siquiera eso es suficiente. Hoy algunos insisten (véase la n. 3) que para que un mecanismo sea “institucional” no basta que recurra a los procedimientos fijados en la Constitución, sino que cuente con el respaldo de dos tercios de los votos para cualquier cambio. La diferencia entre estas dos explicaciones de qué es “institucional” aparece al considerar posi-

Sobre cómo la discusión sobre los quórum de reforma constitucional ha sido hasta ahora absurda

Si uno pregunta qué justifica estas exigentes condiciones para la reforma constitucional, la respuesta estándar es que la nueva Constitución ha de ser fruto de un “gran acuerdo”, y la necesidad de que sea fruto de un gran acuerdo se manifiesta institucionalmente en la exigencia de que no sea aprobada por una mayoría “circunstancial”. Lo opuesto a una mayoría circunstancial es una mayoría “amplia”, como por ejemplo de dos tercios (es curiosa esta idea de que las mayorías grandes podrían no ser “circunstanciales”⁶).

bilidades que descansan en la modificación de disposiciones constitucionales que según el propio texto constitucional requieren (solo) tres quintos de los votos. Un ejemplo de esto es el proyecto actualmente en tramitación que, modificando el artículo 15, autoriza al legislador para convocar a elecciones y plebiscitos. El art. 15 está en el Capítulo II del texto constitucional, cuya modificación requiere, por disposición expresa del art. 127, tres quintos de los votos. Esta posibilidad de modificar el art. 15 es lo que el ministro del Interior llamó un “atajo raro”, y que Patricio Zapata, en su contribución a este volumen, llama una “pillería”. Entonces resulta que para ellos “institucional” no quiere decir “conforme al texto constitucional”, sino “con los votos de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio”, incluso en los casos en que el texto constitucional exige algo distinto. Es para mí un misterio qué es lo que justifica una comprensión tan excéntrica y ad hoc de “institucional”. Ellos, por supuesto, no dan razón alguna, solo descalifican: “atajo (raro)”, “pillería”, “avivada”, “resquicio”, etc.

⁶ Por supuesto, en rigor, la idea designada con la etiqueta “mayoría circunstancial” no hace referencia al tamaño de la mayoría, sino a su estabilidad: una mayoría no sería “circunstancial” si ella es persistente. Pero la diferencia entre mayorías “circunstanciales” y mayorías “no circunstanciales” no es compatible con la lógica democrática, porque en esta la idea fundamental es que no hay mayoría que no pueda cambiar o ser impugnada. Es de la esencia de la idea democrática, entonces, que institucionalmente todas las mayorías son siempre tratadas como circunstanciales. Esto no quiere decir que una mayoría “puede hacer” cualquier cosa, “a su antojo”. Es también parte de la idea democrática que quien tiene el poder no puede aprovecharse de él para obstaculizar el ejercicio del poder por quien lo tenga en el futuro, precisamente porque todas las mayorías son siempre tratadas como circunstanciales. Es decir, es contra la lógica democrática hacer precisamente lo que la Constitución de 1980 pretendió hacer y logró: neutralizar la acción política, de modo que las decisiones de la dictadura mantuvieran su vigencia una vez desvanecido su poder. Lo anterior no quiere decir que no se justifique nunca proteger decisiones constitucionales de ser negadas por decisiones políticas ordinarias. Pero si eso se justifica, lo que lo justifica no es la idea de que las mayorías, si no son circunstanciales, pueden cambiar las cosas “a su antojo”. En ese caso la justificación será que ciertas cuestiones no deben ser modificadas. La justificación

El argumento no podría ser más trillado, lo hemos escuchado una y mil veces. La siguiente afirmación puede contar por todas, porque se esmera en usar todos y cada uno de los eslóganes y lugares comunes que infectan esta discusión:

Las constituciones no son para una mayoría circunstancial. Las constituciones deben hacerse para buscar amplios acuerdos, porque son normativas que rigen al país como una política de Estado. Aquí una mayoría circunstancial, ni hoy ni mañana, puede darse el gusto de hacer una reforma constitucional a su antojo.⁷

Es curioso que el senador Zaldívar omita el hecho, del que no parece tener consciencia, de que sus dichos implican precisamente lo contrario de lo que está diciendo. Porque como lo ha notado Francisco Zúñiga, los quórum de reforma constitucional del Capítulo XV:

operan formalmente como una garantía normativa de la híper-rigidez de la Carta, pero en la realidad son una herramienta para el bloqueo decisonal y los vetos de contenido en la reforma constitucional.⁸

Es decir: los quórum se justifican normativamente apelando a la retórica del “gran acuerdo”, de la “unidad” de “la comunidad” etc., pero en los hechos funcionan como vetos de la minoría. Esto, por supuesto, es exactamente lo contrario de su justificación normativa: si una regla que hoy existe está protegida por un veto de la minoría, ella seguirá rigiendo mientras esa mayoría la apoye. Nada podría estar más lejos de la idea de que esa regla refleje un “gran acuerdo”. ¿Cómo es posible que una regla que permite que la Constitución siga rigiendo aunque no tenga siquiera el apoyo de la mayoría se justifique apelando a la retórica de las “políticas de Estado” que descansan en “amplios acuerdos”?

para que sea difícil modificar el art. 1º, que dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, no reside en que ese artículo puede ser negado si hay una mayoría suficientemente grande, sino que no será negado. El hecho de que el texto de la Constitución de 1980 haya sido tan modificada como lo ha sido, muestra que en ese caso la rigidez del texto constitucional no tiene el sentido de impedir su reforma, sino neutralizar: no es en absoluto problemático cambiar el texto constitucional, siempre que la derecha esté de acuerdo.

⁷ Andrés Zaldívar, en La Tercera, 5 de julio de 2015.

⁸ Zúñiga, “Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales”, p.39.

Y lo más insólito no es esto. Es que esta cuestión nunca aparece en la discusión. Los que defienden la necesidad de alcanzar quórum altos para la nueva Constitución apelando a la retórica de los “grandes acuerdos” no se sienten obligados a explicar cómo es que lo que ellos recomiendan lleva precisamente a lo contrario de lo que ellos mismos alegan. Y la discusión, entonces, sigue girando en banda, sin que la cuestión verdaderamente importante salga a la luz. Y como lo que de verdad importa no sale a la luz, lo que parece discusión no es sino un diálogo de sordos, un intercambio de eslóganes sin sentido (“mayorías circunstanciales”, “amplios acuerdos”, “políticas de Estado”, etc.).

Para poder avanzar es necesario sacar a la luz lo que está oculto. Y la verdad es que no hay nada misterioso en esto. Para verlo, todo lo que es necesario es tratar a los procedimientos como lo que son, es decir: mecanismos de organización y distribución del poder, de modo que las decisiones tomadas a través de ellos sean decisiones políticamente legitimadas. Nada hay más ingenuo que creer que los procedimientos son “solo” procedimientos. Los procedimientos configuran el poder, y únicamente cuando son mirados de ese modo es posible ver lo que ocurre. Hagamos entonces el esfuerzo, comenzando por la cuestión del procedimiento de cambio constitucional contenido en el Capítulo XV de la Constitución.

Es un error (aunque común) mirar al mecanismo de reforma constitucional contenido en el Capítulo XV como si todo lo importante acerca de él fueran los quórum. En rigor, para lo que aquí nos interesa se define por dos características, de las cuales la relevante veremos que es la segunda. La primera es la mencionada: las reformas constitucionales requieren del voto conforme de tres quintos o dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio (art. 127). Esta es la característica que es habitualmente discutida.

Sin embargo, por el hecho de tratarse de un procedimiento de reforma constitucional, se define por una segunda característica: en todo lo que no sea reformado, por no alcanzarse los quórum anteriores, ha de seguir rigiendo el texto anterior. Es decir, el *statu quo* configura la regla por defecto, la regla que vale en caso de no lograrse el alto quórum exigido por la primera característica. Esto no está contenido explícitamente en ninguna disposición constitucional, porque es lo que significa que el procedimiento del Capítulo XV sea un procedimiento de reforma constitucional.

Es la conjunción de estas dos características, y no solo la primera, lo que implica que no es posible una nueva Constitución mediante un mecanismo de reforma constitucional. La segunda característica va de suyo en

la idea de reforma constitucional: todo lo que no sea reformado sigue igual. Y es la segunda característica la que transforma la primera, la exigencia de altos quórum. Porque si la consecuencia de que no se alcancen esos quórum es que siguen rigiendo la reglas anteriores, entonces los quórum no serán garantía de “grandes acuerdos” sino oportunidades para que una minoría veto, y de ese modo se asegure la continuación de las reglas que le convienen. La mantención de esas reglas, entonces, no será el resultado de un “gran acuerdo”, sino la imposición de esa minoría.

Es decir, el problema actual, la tensión entre lo “democrático y participativo” o lo “verdaderamente incidente”, por un lado, y lo “institucional” por el otro, es resultado de que los procedimientos institucionales sean procedimientos de reforma, sometidos a estas dos condiciones. Cualquier decisión que se someta a estas dos condiciones no será idónea para solucionar el problema constitucional. Esto explica lo que ocurrió el 2005, y nos permite identificar las condiciones bajo las cuales lo que ocurrió entonces se repetirá: reformas, algunas de ellas importantes, pero que no solucionan el problema, de modo que la discusión constitucional continúa a pesar de ellas.

Es claro que no será idóneo, por cierto, en la medida en que hacemos el esfuerzo de entender el problema constitucional. Y una cuestión enigmática, al menos para mí, es que este resulte tan difícil de entender. Porque en sus orígenes fue especialmente claro. Lo tenían claro los juristas de lo que después sería la Concertación de Partidos por la Democracia, que conformaron un “Grupo de Estudios Constitucionales” (el “Grupo de los 24”) altamente crítico de la Constitución de 1980. Estos juristas sostenían, en marzo de 1981, que la Constitución contenía una “trampa [sic] para perpetuar el régimen”.⁹ Y concluían:

Esta Constitución nace totalmente comprometida con el esquema de gobierno imperante y con los actuales detentadores del poder. Su objetivo básico es perpetuar el actual régimen e impedir el cambio económico social. Su característica más profunda, el miedo al pueblo. La nueva Carta no establece la democracia, ni conduce gradualmente a ella. Por el contrario, cierra las puertas a la democracia [...] Impide cualquier evolución política, económica y social profunda dentro de sus marcos. Hace prácticamente imposible un cambio de la institucionalidad por los medios que ella prescribe para reformarla.¹⁰

⁹ Grupo de los 24, “Las críticas del grupo de los 24”, p.10.

¹⁰ *Ibidem*, p.12.

El “miedo al pueblo” del que hablaba el Grupo de los 24 se manifiesta en trampas que neutralizan la política institucional, dejándola incapacitada para tomar decisiones que puedan alterar el modelo neoliberal impuesto a sangre y fuego (literalmente) por la dictadura. Si la nueva Constitución se somete a las dos condiciones de un proceso de reforma, es claro que la situación actual se modificará solo en la medida en que quienes se benefician de las trampas constitucionales den sus votos y, respecto de quienes no den sus votos, la segunda condición se encargará de que las trampas se mantengan. La experiencia muestra que esto es exactamente lo que ha ocurrido: mientras las trampas son importantes para sus beneficiarios, ellas subsisten. Solo cuando dejan de serlo ellas se reforman. Los senadores designados desaparecieron en 2005 porque ya no amplificaban el veto de la derecha.¹¹ Esto explica lo dicho: un procedimiento de reforma podrá modificar muchas cosas, pero no podrá eliminar las trampas que afecten la distribución del poder. Solo podrá eliminar o modificar las trampas que, desde el punto de vista de la distribución del poder, sean o hayan devenido irrelevantes. Y la Constitución no es todo el conjunto de reglas que están en el texto constitucional, la Constitución es la decisión fundamental. En el caso de la de 1980, la Constitución es una decisión neutralizadora. Por eso los (mal) llamados “enclaves autoritarios” solo han podido ser eliminados a medida en que ellos se habían hecho ya irrelevantes en términos de la

¹¹ Los senadores designados lo eran por la Corte Suprema (3), el Consejo de Seguridad Nacional (4) y el Presidente de la República (2). Fueron nombrados por 8 años en 1990, cuando todos estos órganos tenían una composición que aseguraba lealtad con la dictadura, lo que quiere decir: fueron en los hechos nueve senadores adicionales para la derecha. Duraban 8 años, por lo que la segunda designación fue en 1998. Para entonces, la lealtad a la dictadura de los órganos que designaban senadores no era monolítica, y por eso uno de los senadores designados por la Corte Suprema fue de la Concertación (el ex Contralor Enrique Silva). Los dos senadores designados por el Presidente de la República fueron también pro-concertación. A eso debían sumarse (desde 1997) los senadores vitalicios: en 1997 Pinochet mismo (hasta su desafuero en 2000), en 2000 Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Por consiguiente lo que en 1990 era 9-0 para 2005 era 7-4 (6-4 desde 2000, por el desafuero del “senador” Pinochet). En 2006 se habría integrado como senador vitalicio el ex Presidente Lagos, por lo que la situación habría quedado 6-5. Además, para entonces los nombramientos tanto de la Corte Suprema como del Consejo de Seguridad habrían sido menos monolíticos. Era altamente improbable, entonces, que desde 2006 los senadores designados continuaran significando un aumento neto de senadores para la derecha. Eso es lo que explica que ella haya concurrido con sus votos en 2005, pero no antes, a su eliminación.

distribución del poder. Y esa decisión neutralizadora es la que mediante un procedimiento sujeto a esas dos condiciones no puede ser alterada. En este sentido debe entenderse la idea de que la nueva Constitución no puede surgir de los mecanismos de reforma de la antigua.

Es imprescindible evitar aquí la tentación, en la que incurren tantos profesores y comentaristas, de entender que la última afirmación del párrafo anterior es teórica. Cayó en esta tentación Carlos Peña, al decir que quienes creen que la nueva Constitución no puede darse mediante procedimientos de reforma constitucional sostienen esa posición porque adhieren a una determinada teoría, conforme a la cual,

...el poder constituyente está siempre fuera de las reglas: soberano es quien decide cuándo se hace excepción a las reglas y no quien las cumple. Si el pueblo ha de ser el soberano, ¿entonces no puede estar sujeto a reglas!¹²

Pero esto es malentender el problema. La tesis debe ser entendida política, no teóricamente. Teóricamente hablando, es por cierto posible que cualquier decisión se manifieste a través de cualquier procedimiento. No hay ninguna razón teórica que niegue la posibilidad de que el art. 4º del texto constitucional (“Chile es una república democrática”) sea derogado y reemplazado por otro que disponga, por ejemplo, “Chile es una monarquía hereditaria” o “Chile es una república soviética”. Todo esto puede hacerse, si hay para ello el voto concurrente de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio.

Pero es absurdo conformarse con esa posibilidad teórica. La afirmación de que una Constitución no puede ser cambiada mediante el ejercicio normal de potestades constituidas debe ser entendida políticamente, del siguiente modo: aunque es teóricamente posible, el sentido de los procedimientos es evitar que las decisiones fundamentales en las que la Constitución consiste puedan ser cambiadas. El Capítulo XV no hace conceptualmente imposible la transformación de Chile en una monarquía hereditaria o una república soviética. Solo lo hace políticamente imposible.

¹² Peña, “Fin del misterio constitucional”. Es divertido que Peña no se dé cuenta de la contradicción que contiene su pasaje: hay en rigor una contradicción entre decir que el soberano puede decidir “cuándo se hace excepción a las reglas” y sostener al mismo tiempo que el soberano no puede estar sujeto a ellas. Lo segundo implicaría, por cierto, la negación de lo primero, porque implicaría que el soberano está sujeto (negativamente) a las reglas: está obligado a actuar fuera de ellas.

Esta es exactamente la conclusión a la que habíamos llegado respecto de la Constitución tramposa: como la decisión fundamental es una decisión neutralizadora, el sentido de los procedimientos es hacer (política, no teóricamente) imposible la abolición de la neutralización. Cualquier reforma que no altere la neutralización es posible, cualquiera que altere efectivamente la neutralización, en la medida en que lo haga, es políticamente imposible.¹³

De cómo los quórum altos pueden tener un sentido positivo o uno negativo, y de qué depende

Más arriba hemos dicho que la segunda característica de un procedimiento de reforma constitucional (que lo no reformado sigue rigiendo) transforma el sentido de la primera (los altos quórum). Esto nos permite, ahora, entender la contradicción entre la justificación “normativa” de los quórum altos y lo que ellos “en la realidad” significan.

La segunda condición transforma a la primera porque la cuestión de los quórum cambia completamente de significación según si la segunda condición, que en esta discusión es sistemáticamente silenciada o ignorada, se mantiene o no. Es decir, la discusión sobre los quórum se queda en los lugares comunes de las “mayorías circunstanciales”, el “gran acuerdo” y otros eslóganes como estos, ignorando que su sentido depende totalmente de si

¹³ Algunos dicen lo siguiente: los últimos 25 años han mostrado que cerrojos que parecían imposibles de modificar han sido eliminados: el art. 8° original, los senadores designados, el sistema binominal (esto, por lo demás, está explícitamente reconocido más arriba). Si esto es así, ¿por qué no seguir el camino de las reformas? ¿Por qué eliminar los cerrojos que quedan habría de ser imposible? La respuesta es que por cierto será posible. La idea democrática avanzó en Chile y en el mundo durante el siglo XX venciendo adversarios mucho más formidables que la oposición de la UDI y los “matices” de la DC. Pero es cuestión de hacer los cálculos: las trampas serán eliminadas solo cuando sean ineficaces o cuando su mantención sea demasiado costosa políticamente. Tomó 15 años acabar con los senadores designados, y 25 con el sistema binominal. Proyectando esto hacia el futuro, con suerte al año 30 habremos acabado con las atribuciones exageradas del Tribunal Constitucional, al año 40 con las leyes orgánicas constitucionales, y al año 50 con las exageradas condiciones para la reforma constitucional. La pregunta, por cierto, es si es responsable apostar con tanta liviandad y frivolidad a la capacidad de la institucionalidad chilena, deslegitimada como está por 25 años de neutralización, para sobrevivir otros 25 años mientras los cerrojos van desapareciendo solos en el olvido.

estamos hablando de un procedimiento sometido o no, adicionalmente, a la segunda condición. Esta es la razón por la que es importante distinguir un procedimiento de reforma constitucional de un procedimiento constituyente. La cuestión no es “simbólica”, como si dependiera solo de las palabras: como si para que el próximo Congreso fuera constituyente todo lo que es necesario es que lo llamemos “constituyente”.

Por si a alguien le interesa, que quede para el registro: en mi opinión, la decisión sobre una nueva Constitución ha de ser tomada por mayoría absoluta. Esa es la regla que se ajusta más al principio democrático. Pero esto lo digo solo para que quede registrado, porque no es lo verdaderamente importante: es totalmente absurdo discutir la cuestión de los quórum sin atender a la segunda condición. Yo creo, de hecho, que por removida que sea la segunda condición no es demasiado importante la primera, y no habría problema alguno en acordar que la nueva decisión constituyente se tome por una mayoría calificada.

Permítanme reiterar este punto, dada su extraordinaria importancia. Hoy se discute sobre el quórum apelando a generalidades teóricas o normativas, como si la decisión constituyente debe “unir a la comunidad” o dividirla, o si la democracia “verdaderamente” significa “gobierno de las mayorías” o respeto a las minorías, y otras vaguedades como esas. Toda esa discusión sobre la primera condición (el quórum) ignora completamente la segunda condición (la decisión que vale si no se alcanza el quórum). Y la ironía es que si elimináramos la segunda condición, la relevancia de la primera condición se reduciría hasta prácticamente desaparecer. En nuestro caso, y tratándose de quórum de aprobación, podríamos acordar que la decisión tenga que tomarse por mayoría simple, o bien por un quórum de tres quintos o dos tercios. Ninguna de estas posibilidades sería problemática en la medida en que hablemos de un procedimiento constituyente, no uno de reforma constitucional (la diferencia, por cierto, es la segunda condición). Y esto nos permite ver los dos sentidos de la idea de los “altos quórum”, uno negativo y otro positivo.

En la justificación normativa, que apela a los grandes acuerdos y los “temas-país”, los quórum altos significan algo positivo: que las nuevas reglas den cuenta de una concurrencia extraordinariamente convergente de voluntades. Pero en la realidad, es decir en los procedimientos de reforma constitucional, definidos por la segunda característica, los quórum altos significan exactamente lo contrario, algo negativo: no que las reglas bajo las que viviremos darán cuenta de un “gran acuerdo”, sino que las reglas que

hoy existen no podrán ser cambiadas si las defiende una minoría suficiente para vetar.¹⁴

Es decir, en un proceso constituyente los altos quórum son positivos en el sentido de que son condición para que algo sí llegue a ser constitucional: lo que es apoyado por una gran mayoría llegará a la Constitución. En los procedimientos de reforma constitucional, sin embargo, son negativos, porque son condición para que algo no se pueda cambiar: lo que sea defendido por un tercio más uno.

Es absurdo discutir sobre los quórum como se hace entre nosotros, es decir, ignorando si se trata de quórum constituyentes o quórum de reforma constitucional.

Sobre como remover la segunda condición

Toda la discusión sobre lo “institucional” del mecanismo es discusión sobre si el mecanismo ha de ser un procedimiento de reforma constitucional (= sometido a las dos condiciones identificadas). Todo el problema es que si lo hace no va a haber solución al problema constitucional (nueva Constitución) sino solo modificaciones a lo que existe (reforma constitucional). Bajo esas dos condiciones, el resultado siempre será (mera) reforma y nunca nueva Constitución. Esto muestra que en esta discusión la forma es la sustancia, el mecanismo es el producto.

Pero de las consideraciones anteriores se sigue algo que puede ayudarnos a dar un paso en la discusión: el problema no está (solo) en la primera

¹⁴ Esto lleva a otra cuestión, pensada no para este cambio constitucional sino para la futura Constitución. El mismo argumento que se aplica a los procedimientos de reforma actualmente vigentes se aplicará a procedimientos futuros de reforma constitucional que exijan quórum contramayoritarios. También entonces la exigencia de estos quórum superiores a la mayoría serían justificados apelando a la retórica de los “grandes acuerdos” cuando en realidad implicarían exactamente lo contrario: veto de una minoría. Lo que esto implica es que la solución más adecuada es la de la Constitución de 1925: la reforma constitucional exige un quórum calificado, pero no superior a la mayoría (la Constitución de 1925 podía ser reformada con la mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio, conforme a su art. 108). Es indudable que una de las razones por las cuales la Constitución de 1925 pudo evolucionar hasta terminar siendo una Constitución de todos es que ella no permitía a las minorías vetar su reforma, de modo que efectivamente daba cuenta del mayor “acuerdo” posible.

condición, ni (solo) en la segunda. Hay, por consiguiente, dos soluciones idóneas al problema, dos maneras de transformar el procedimiento de reforma constitucional en uno constituyente: 1) actuando sobre la primera condición: si la nueva Constitución es decidida por mayoría simple, no es problemático que continúe rigiendo la Constitución actual cuando no se alcance ese quórum; 2) actuando sobre la segunda condición: si la nueva Constitución ha de ser decidida por un quórum calificado (dos tercios, por ejemplo), entonces no es aceptable que la Constitución actual siga rigiendo si ese quórum no se alcanza.

Me interesa explicar un mecanismo que, manteniendo la primera condición (quórum altos) sea idóneo por remoción de la segunda condición. Así habremos mostrado que no puede reducirse la discusión a la cuestión de los quórum. En lo que sigue, por lo tanto, supondré que ella se mantiene: que la decisión constituyente ha de ser tomada por una mayoría calificada, digamos de dos tercios de los votos de quien corresponda.

¿Cómo actuar sobre la segunda condición? En rigor, la manera es simple, y la propuso el ex Presidente Lagos cuando dijo que la nueva Constitución tenía que ser discutida desde una hoja en blanco.¹⁵ Contra varias caricaturas absurdas pero características de la discusión constitucional actual,¹⁶ “hoja en blanco” no quiere decir que debemos negar la historia o pensar que Chile comienza en ese momento o que el momento constituyente es un “momento cero”.¹⁷ Solo quiere decir que si no se satisface el alto quórum, entonces no hay regla. La Constitución no contendrá disposición alguna sobre el tema respectivo, y esa cuestión quedará abierta para la discusión política posterior y la decisión por legislación. La propuesta de Lagos es correcta: si queremos una nueva decisión constitucional debemos eliminar la segunda condición, y la manera de eliminar completamente la segunda condición es con una hoja en blanco: sobre todo lo que no haya un “amplio acuerdo”, no hay regla constitucional. Si no hay dos tercios para incluir una regla que garantice a la mujer el derecho al aborto, no hay regla que garantice el derecho al aborto; si no hay tampoco dos tercios para una regla que prohíba el aborto, tampoco habrá regla que prohíba el aborto. Si no hay dos tercios para un Congreso bicameral, no habrá bicameralismo; si no hay dos tercios para unicameralismo, no habrá unicameralismo.

¹⁵ En El Mercurio, 14 de julio de 2013.

¹⁶ Citadas y discutidas en Atria, La Constitución tramposa, pp.71-77.

¹⁷ Peña, “Fin del misterio constitucional”.

Es interesante comparar estos dos casos, porque son evidentemente disímiles. Es claro que en el primer caso (el aborto y su protección o prohibición constitucional) la solución es correcta: nadie podrá imponer una determinada posición sobre el asunto porque solo lo que cuente con el apoyo de dos tercios estará en la Constitución. Esto es lo que asegura (hace probable) que la Constitución será genuinamente de todos, y no de unos sobre otros.

Respecto de cuestiones de derechos como esta, lo que estamos discutiendo puede vincularse con una idea que ha sido reiteradamente defendida por Jorge Correa. Hablando de la nueva Constitución, Correa insiste que:

El símbolo de esta empresa debiera ser una goma. Una gran goma de borrar que permitiera al poder constituyente, cada vez que pueda, eliminar las muchas cláusulas reglamentarias y tantas otras de fuerte sesgo ideológico contenidas en la actual Carta Fundamental, como una vez felizmente hicieron con el primitivo artículo 8º, que era el paradigma de una Constitución diseñada para el triunfo de unos sobre otros. Un compromiso de no escribir más normas superfluas, reglamentarias o intolerantes en la Carta Fundamental.¹⁸

Lo que Correa sostiene aquí usando el lenguaje del predicador que pide a los demás “compromisos” es precisamente lo que la idea de “hoja en blanco” realiza políticamente, sin necesidad de prédica alguna. Porque Correa reclama correctamente en contra del abuso de la forma constitucional.¹⁹ Abusa de la forma constitucional el que usa su poder actual y se aprovecha del carácter de los procedimientos de reforma constitucional (las dos condiciones enunciadas más arriba) para asegurar que ciertas reglas que le importan se mantendrán cuando pierda ese poder (es decir, usa su poder “circunstancial” para cuando pasen esas circunstancias, que es precisamente lo que hicieron los constitucionalistas de la dictadura, legándonos una Constitución neutralizadora). Correa, correctamente, insiste que ese abuso debe ser evitado, y que por eso la Constitución no debe, en general, decidir las cuestiones que han de ser tratadas en la deliberación política. Esto es lo que llama “entrar con goma” al debate constitucional.

Como Correa no correlaciona lo que a su juicio es necesario con mecanismos idóneos, es decir, que lo hagan probable, no llega más allá de simplemente predicar, apelar a que los participantes asuman un “compro-

¹⁸ Correa, “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, p.34.

¹⁹ Sobre el que véase Atria, *La Constitución tramposa*, pp.41-44.

miso”. Pero el jurista, sin embargo, que se ocupa de instituciones y no prédicas, debe dar un paso adicional: debe transformar esa prédica en instituciones. En el caso de un profesor de derecho constitucional, lo que uno esperaría es que le diera forma a esa prédica, que la presentara como un “mecanismo”. ¿Cómo pensar un mecanismo que haga probable la “goma de borrar” de Correa? Si él asumiera esta responsabilidad, que distingue al jurista del moralista, su solución podría bien ser la “hoja en blanco” de Lagos. Ella por cierto no haría teóricamente imposible, sino solo políticamente improbable, el abuso de la forma constitucional. Es improbable dicho abuso en una Constitución cada una de cuyas disposiciones ha de haber sido positivamente apoyada por dos tercios de los votos. Si la nueva Constitución pretende ser dada a través de un mecanismo de reforma sujeto a las dos condiciones ya vistas, lo probable es exactamente lo contrario: que para defender sus trampas mostrando al mismo tiempo flexibilidad y disposición al diálogo, la derecha se muestre dispuesta a permitir extensas declaraciones de derechos, siempre que ellas sean puramente simbólicas. Si Correa se tomara en serio su propio símbolo de la goma de borrar, debería ser el más interesado en mecanismos que removieran la segunda condición.

Consideremos ahora cuestiones del segundo tipo. Porque ya hemos observado que al menos a primera vista parece razonable, tratándose de cuestiones de la parte “dogmática”, que si no hay dos tercios no hay regla. ¿Puede decirse lo mismo sobre cuestiones orgánicas sobre, por ejemplo, unicameralismo o bicameralismo?

En rigor, la solución es la misma, y la consecuencia es que el órgano que debe decidir sobre la nueva Constitución deberá llegar a acuerdo sobre estas cuestiones. Si se trata de una hoja en blanco y no hay acuerdo sobre la estructura del Congreso, entonces no habrá Congreso. Esto implicaría, por supuesto, que el proceso constituyente habrá fracasado, que habremos sido incapaces de alcanzar los acuerdos mínimos necesarios para tener algo que pueda ser llamado “Constitución”. Entonces nuestra pregunta ha de ser: ¿es la situación política actual en Chile una situación de conflicto tan agudo que hace razonable y no una exageración interesada decir que el proceso constituyente corre un riesgo serio de fracasar porque no podríamos siquiera acordar una estructura fundamental para los poderes estatales?

A mi juicio la respuesta a esta pregunta es evidentemente negativa. El debate constitucional nos parece hoy especialmente divisivo porque quienes defienden la Constitución actual lo que están haciendo, al menos en parte, es defender sus trampas. En buena medida, es esta necesidad de

defender lo indefendible lo que obliga a quienes se oponen a la nueva Constitución a quedarse en eslóganes y caricaturas. Si la segunda condición de los procesos de reforma fuera removida mediante el recurso a la “hoja en blanco”, ya no habría trampas que defender, por lo que quienes hoy se benefician de ellas ya no tendrían que inventar caricaturas para defender lo indefendible, y entonces podría haber una discusión interesante y fructífera. La experiencia comparada muestra que Chile está lejos de una situación extrema de conflicto (como, por ejemplo, Kosovo, Nepal, Timor Oriental) en que la decisión constituyente resulta imposible o tiene como precio una estructura estatal inoperante.

Habiendo aclarado lo anterior, continuemos: ¿es la “hoja en blanco” la única manera de eliminar la segunda condición? Esto es importante porque en las condiciones actuales hay quien dice que la incerteza e impredecibilidad que introduciría al proceso constituyente un mecanismo de “hoja en blanco” es tan alta que dicho mecanismo no es hoy pertinente. No me interesa ahora pronunciarme sobre si esta última afirmación es verdadera, sino sobre qué consecuencias se seguirían si lo fuera. ¿Hay alternativas a la hoja en blanco, si lo que queremos es una nueva Constitución? La respuesta es: teóricamente no. Pero a pesar de eso, es posible pensar mecanismos o condiciones de decisión que, sin ser en rigor lo mismo que una hoja en blanco, cumplan políticamente la misma función. Para ver esta posibilidad podemos mirar cómo llegamos a la situación actual. La Constitución de 1980 fue el resultado de años de análisis y discusión de una comisión de juristas convocada por Pinochet. ¿Qué fue lo que discutieron con tanta detención? Ellos tomaron como su punto de partida la Constitución de 1925, como estaba después de la última reforma en democracia (la Ley 17.398, de 9 de enero de 1971), y la sometieron a una cuidadosa revisión. Esta revisión tenía por finalidad identificar lo que de la Constitución de 1925/1971 debía ser mantenido, lo que debía ser modificado y lo que debía ser eliminado, como también qué instituciones nuevas debían ser introducidas. Por supuesto, esta revisión se hizo de acuerdo a las finalidades para las cuales ese grupo de juristas fue convocado. No les interesaba la democracia, les interesaba asegurar la mantención del proyecto político y económico de la dictadura. Les interesaba, para usar sus propias palabras, “mitigar los defectos y males del sufragio universal”.²⁰ El resultado de esa

²⁰ Véase el acta de la sexagésima séptima sesión de la Comisión Ortúzar, celebrada el 27 de marzo de 1979.

cuidadosa revisión (con la intervención de otros órganos, como el Consejo de Estado y la propia Junta Militar) fue una Constitución tramposa, una Constitución cuya finalidad principal era asegurar el poder total para Pinochet durante los años ochenta (recuérdese la disposición 24 transitoria del texto original) y la neutralización de la política a partir de 1990. El hecho de que sea una Constitución tramposa es lo que explica el problema constitucional, porque podríamos decir que la Constitución de 1980 es la interpretación de la tradición constitucional chilena hecha unilateralmente por los vencedores del 11 de septiembre de 1973. Es decir, es la Constitución de ellos, no la nuestra.

¿Por qué no pensar el proceso constituyente como una discusión nacional que haga lo mismo que hizo la comisión de Pinochet, esta vez sin sectarismos? Es decir, ¿por qué no pensarlo como una oportunidad para hacer entre todos y en democracia lo mismo que ellos hicieron, para mirar la tradición constitucional chilena y separar lo que debe ser mantenido, eliminado o modificado? Hoy podríamos hacerlo en condiciones mucho más conducentes a los “grandes acuerdos” que las condiciones de la segunda mitad de los años setenta (¿es necesario explicar esto?).

La manera de hacerlo sería comenzar desde el mismo punto del cual ellos comenzaron: la Constitución de 1925 tal como era después de la última reforma constitucional de 1971. Y tengamos entonces la misma discusión que ellos tuvieron, pero en democracia: es decir, con la finalidad no de imponer unilateralmente la lectura de los vencedores, sino una que pueda ser de todos. ¿Qué reglas o instituciones de la Constitución de 1925/1971 deben ser modificadas? ¿Cuáles mantenidas? ¿Qué soluciones institucionales novedosas hemos encontrado o podemos aprender de los últimos 40 años? Algunas pueden provenir de la Constitución de 1980, y entonces las adoptaremos, pero no porque una minoría vete su reforma, sino porque creemos que son adecuadas. Así podríamos, política aunque no “teóricamente”, eliminar la segunda condición: en todo lo que no sea modificado por dos tercios de los votos, la regla que valdrá será no la de la Constitución de 1980, sino la de la Constitución de 1925 conforme al último texto aprobado en democracia (1971).

Como el debate constitucional hasta ahora ha sido una discusión de eslóganes, no de argumentos, es necesario advertir contra la caricatura que estoy seguro que esta sugerencia va a recibir: lo que estoy sugiriendo no es retroceder el reloj a 1971, ni “volver” a esa Constitución. Es claro que muchas de las innovaciones de la Constitución de 1980 serían mantenidas y

alcanzarían el acuerdo necesario para que la regla respectiva de la Constitución de 1925/71 fuera modificada.²¹ Muchas otras, probablemente, serían incluidas porque estos 45 años no han pasado en vano.²² Pero evidentemente las trampas constitucionales no serían introducidas por dos tercios. Al fijar la Constitución de 1925/71 como regla base no se está decidiendo cuál es la nueva Constitución, sino cual es la regla por defecto, la que vale si no hay un “gran acuerdo”.

Sobre si hay mecanismos idóneos que sean políticamente viables (“pertinentes”)

La sección anterior pretendía haber identificado ciertas características de un mecanismo que fuera idóneo. Pero ya hemos dicho que idoneidad no asegura pertinencia, ni viceversa. ¿Es un mecanismo idóneo “pertinente” en el sentido de políticamente posible?

No tengo una respuesta definitiva a esta pregunta. Mi impresión es que al momento de escribir estas líneas (julio de 2015), la respuesta es negativa. Es decir, los mecanismos hoy políticamente viables no son idóneos. Esto porque hoy no parece haber espacio para nada que no sea una reforma constitucional sujeta a las dos condiciones del Capítulo XV, y ya hemos explicado por qué una reforma constitucional podrá cambiar muchas cosas, pero no solucionar el problema.

Ahora bien, una de las cosas que han contribuido a mantener tan estrecho el rango de opciones posibles es que la discusión constitucional no ha podido salir del eslogan y la caricatura. En la medida en que logre hacerlo,

²¹ Ejemplos que a mí me parecen probables: la segunda vuelta presidencial, en vez de la solución de la Constitución de 1925/71 de que el Congreso pleno debía elegir entre las dos primeras mayorías el Presidente, cuando ninguno alcanzara la mayoría absoluta; el recurso de protección, que permite a cualquiera requerir protección de sus derechos constitucionales cuando la acción administrativa los hubiere negado; la autonomía del Banco Central (aunque no su completa irresponsabilidad política actual); la exigencia, para que el Estado tome posesión de un bien que ha sido expropiado, de que la indemnización sea pagada ex ante e integralmente, etc.

²² Ejemplos obvios: algunos mecanismos de participación directa (referéndum revocatorios, iniciativa popular de ley u otros parecidos); reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas; grados mayores de regionalización de los existentes en 1971 y hoy, etc.

esto puede cambiar. El “proceso constituyente” debe ser entendido como una intensificación de la discusión constitucional que, al ir aclarando el problema y despejando fantasmas, vaya abriendo posibilidades. Y si las posibilidades se van abriendo, es posible que llegue el momento en que mecanismos idóneos se hagan pertinentes. Por eso es tan importante hoy discutir sobre la idoneidad de los mecanismos, agudizando nuestra comprensión del problema.

Esta es la razón por la que fue correcta la opción que tomó la presidenta Bachelet al anunciar el proceso constituyente sin anunciar mecanismo preciso alguno. La necesidad de una nueva Constitución y el problema que representa un proceso de reforma sometido a las dos condiciones ya mencionadas (especialmente la segunda), son cuestiones que se van desarrollando en el tiempo, y en la medida en que las discutamos podemos adquirir conciencia de posibilidades que hasta ahora entendemos como imposibilidades. Hoy, por ejemplo, algunas personas de la derecha están dispuestas a aceptar algo que antes no habrían aceptado: ante la demanda de mayor participación ciudadana, proponen que haya una discusión constitucional, un acuerdo parlamentario en un nuevo texto, y un plebiscito ratificatorio posterior, algo que no existe hoy en la institucionalidad. Ese plebiscito ratificatorio posterior sería una forma de participación ciudadana no realmente incidente, porque la ciudadanía sería llamada a ratificar un acuerdo alcanzado bajo las dos condiciones del proceso de reforma constitucional que, como hemos visto, hacen imposible una nueva Constitución.²³ El plebiscito ratificatorio tendría el sentido de no cambiar nada de lo importante (las dos condiciones), pero sí de buscar para una nueva reforma constitucional una legitimidad adicional. Una forma de participación ciudadana que no afecta el modo en que los mecanismos actuales de reforma distribuyen el poder es el paradigma de una participación puramente simbólica, y en ese sentido ese plebiscito no sería sino un intento de engaño, una farsa.

Pero aunque ese plebiscito sería una farsa, debe notarse el hecho de que sea la misma derecha (o sectores de ella) la que lo propone. Con esto ella misma muestra ser consciente de que el proceso constituyente necesita una legitimación adicional a la ofrecida por la dictación de una nueva ley de

²³ La pregunta central, aquí, es también la que es siempre ignorada, y se refiere a la segunda condición: ¿Qué ocurriría si el texto sometido a plebiscito es rechazado?

reforma constitucional. Ahora todo lo que falta es que se den cuenta que se necesita algo que sea genuino, no una farsa.

La discusión política y social sobre la nueva Constitución se desarrolla abriendo posibilidades que hoy se ven cerradas. La posibilidad de un plebiscito ratificatorio ya fue abierta, y antes estaba cerrada. Es difícil evitar que, una vez sugerida la posibilidad de ese plebiscito, se plantee la posibilidad de un plebiscito no ratificatorio, sino anterior. Un plebiscito que –por ejemplo– sugiera la posibilidad de un proceso constituyente que se someta a la primera condición, pero no a la segunda. Para eso es necesario que el proceso constituyente –entendido como una discusión política y social sobre la nueva Constitución–, se desarrolle. Y por eso es mejor mantener abierta la tensión entre participación ciudadana realmente incidente y forma institucional, antes que decidirla hoy día con la proposición de un mecanismo. Si el mecanismo se decidiera hoy día, tendría que responder a las condiciones de lo que hoy es posible, pese a que en las condiciones actuales ningún mecanismo genuinamente idóneo parece políticamente viable. Si la cuestión del mecanismo se decide después de una profundizada y extendida discusión constituyente, entonces es probable que se abran posibilidades, de modo que no haya que sacrificar la idoneidad por la pertinencia.

Sobre la Asamblea y el “Congreso” Constituyente

En las páginas anteriores hemos intentado identificar, en los procedimientos de reforma constitucional, la razón por la que estos no pueden ser el modo de manifestación de una nueva decisión constituyente. La razón no es teórica sino política: el sentido del procedimiento de reforma es que permite cambiar muchas cosas, pero no la neutralización que define a la Constitución de 1980. Hemos también identificado la manera en que, en principio, un procedimiento de reforma constitucional podría transformarse en uno constituyente: para eso habría que eliminar al menos una de las dos condiciones que definen al procedimiento ordinario de reforma constitucional. Pero no hemos dicho nada todavía sobre quién lo ha de hacer. Este es el punto en que debemos volver la mirada sobre lo que se ha llamado la “Asamblea Constituyente”. Aquí, como antes, es imperioso intentar llegar más allá de las palabras, a las cuestiones políticas centrales que dan sentido a esta discusión, esas cuestiones que insólitamente quedan excluidas de la discusión.

Una idea que ha circulado insistentemente ha sido la de que el próximo Congreso Nacional sea un “Congreso Constituyente”. Esta es una idea que debe ser considerada con cuidado. Lo primero que debemos preguntarnos es qué, precisamente, significa decir que se tratará de un “Congreso Constituyente”. Si solo significa que será un congreso que podrá dictar leyes de reforma constitucional, no se está diciendo nada especial, porque todos los congresos son en ese sentido “constituyentes”. El Capítulo XV de la Constitución (reformas constitucionales) ha estado ahí desde 1980, y desde 1990 ha dado al Congreso Nacional facultades para reformar la Constitución, dictando leyes de reforma. En este sentido, todo congreso es “constituyente”. Decir que el próximo congreso será un congreso que tendrá facultades para reformar la Constitución es no decir nada nuevo.

Carlos Peña ha ofrecido una interpretación de lo que quiere decir un “Congreso constituyente”:

Quienes postulen a ese Congreso deberán, entonces, pronunciarse explícitamente sobre lo que se haya discutido, o se esté discutiendo, en ese proceso constituyente. Es imposible que, estando en marcha un amplio diálogo acerca de la cuestión constitucional, la campaña electoral pueda eludirla. La campaña para 2017 será entonces –al margen de lo que dispongan las reglas– una campaña constitucional. Así, el Congreso elegido el año 2017 no podrá ignorar la nueva Constitución. Será, en los hechos, un Congreso constituyente.²⁴

Pero esto tampoco sirve de mucho para entender lo que se quiere significar. Porque, después de todo, ya hubo una elección (en realidad dos) en que los principales candidatos se vieron compelidos a manifestarse en términos de la nueva Constitución. Fue la elección de 2013 (y antes, aunque menos centralmente, la de 2009). Y eso no significa que el actual Congreso sea “constituyente”. Esto sin mencionar que, en las condiciones neutralizadas de la política actual, es ingenuo creer que solo porque un tema fue central en la campaña electoral respectiva el Congreso “no podrá ignorarlo”.

Claro, una posibilidad es que lo del Congreso Constituyente sea solo retórica, que no sea sino decir que la nueva Constitución será acordada por el próximo Congreso mediante la dictación de una ley de reforma

²⁴ Peña, “Fin del misterio constitucional”.

constitucional. Otra forma, por cierto, de participación ciudadana no realmente incidente, otro intento de legitimar sin cambiar lo que importa. Otra reforma constitucional, otra vez lo de 2005. Un gran acto de promulgación, con todo tipo de símbolos republicanos (manos alzadas y lágrimas en los ojos incluidos), en que el Presidente de turno declarará que “ahora sí que sí” la Constitución no es algo que nos divide... y el problema constitucional volviendo a abrirse un tiempo después. Claro que, dadas las condiciones actuales, es poco probable que ese “tiempo después” se cuente en años, como en 2005, y más probable que lo sea en meses, semanas o incluso días. La pregunta crucial es si dadas las condiciones actuales de deslegitimación de las formas institucionales de la política chilena, la institucionalidad nacional está en condiciones de soportar un nuevo error de este tipo.

A mi juicio, lo que haría al próximo Congreso un Congreso Constituyente sería algo como lo dicho más arriba: que se trate de un Congreso que pueda decidir sobre la nueva Constitución sujeto a un procedimiento que niegue al menos una de las dos condiciones que definen al procedimiento de reforma constitucional. Es en esas condiciones, y no en declaraciones puramente simbólicas, donde debe estar la explicación. Porque lo constituyente no es una cuestión de símbolos, sino de distribución y legitimación del poder. Y lo que distribuye el poder son los procedimientos.

Podría incluso decirse más: ese “Congreso Constituyente”, decidiendo a través de un procedimiento que –como ya fue sugerido– niegue la segunda condición, sería suficientemente equivalente a una Asamblea Constituyente. Una Asamblea Constituyente es, después de todo, un grupo de personas elegidas para decidir una nueva Constitución sin estar sometidas a normatividades anteriores. Está sometido a normatividades anteriores quien decide bajo las dos condiciones ya identificadas. Si el Congreso fuera elegido para decidir sobre una nueva Constitución teniendo como regla por defecto la Constitución de 1925/71, sería en lo que es más importante, desde el punto de vista de la idoneidad del mecanismo, una Asamblea Constituyente.

Nótese: en lo que es más importante desde el punto de vista de la idoneidad del mecanismo. No en todo, por cierto. Para agudizar nuestra comprensión de la idea de una Asamblea Constituyente, es útil preguntarse en qué se diferenciaría ese Congreso, decidiendo del modo indicado, de una Asamblea Constituyente. Para eso, podemos recurrir a una caracterización general ofrecida por el profesor Claudio Fuentes:

La gran mayoría de estos procesos coinciden en lo siguiente: 1) la legitimidad del proceso dependerá del grado de inclusión de las diferentes sectores de la sociedad en esta Asamblea, 2) se definen plazos acotados para la discusión y aprobación del texto, 3) la Asamblea tendrá un número relativamente reducido de integrantes (100 a 300 asambleístas), 4) esta Convención deberá autodisolverse luego de proponer el texto constitucional definitivo, 5) el texto propuesto se somete a plebiscito ciudadano para su ratificación, 6) mientras el nuevo texto es discutido, se convive con la norma constitucional vigente para garantizar la continuidad institucional, y 7) una vez aprobada la nueva Constitución se convoca a elecciones generales para iniciar el nuevo ciclo político.²⁵

Teniendo a la vista esta caracterización, podemos aclarar los parecidos y diferencias entre el “Congreso Constituyente” en el sentido anterior y una Asamblea Constituyente.

Comencemos con los parecidos: primero, sería un cuerpo democráticamente elegido. Aquí es relevante recordar que el próximo Congreso será elegido en el marco de nuevas reglas electorales, por lo que su legitimidad democrática será mayor que la de los Congresos elegidos hasta ahora bajo el infame sistema binominal. La nueva legislación electoral exige un 40% de candidaturas femeninas, lo que hace probable que el próximo Congreso tenga una mayor diversidad de género que los anteriores. Es verdad que la mitad del Senado todavía habrá sido binominal, y eso por cierto será un déficit del próximo Congreso. Es de esperar también que las reglas sobre financiamiento electoral y las repercusiones de los casos que hoy están siendo investigados implicarán que en buena medida el próximo Congreso no sea financiado por las grandes empresas (aunque esto está, por cierto, todavía por verse). Segundo, en el caso que estamos considerando, este Congreso solo podría acordar por dos tercios de los votos cualquier modificación a la Constitución de 1925/71, de modo que si no se obtiene ese quórum rigen las reglas de esta última Constitución, el proceso necesitaría tener plazos fijos y acotados. Tercero, removida la segunda condición habría que decir que, en el sentido relevante, ese Congreso decidiría sin estar sujeto a normatividades anteriores (esta condición no está explícita en el pasaje de Fuentes, pero solo porque es demasiado obvia).

²⁵ Fuentes, “Asamblea constituyente: se viene el cuco”.

Ahora las diferencias. Primero, una Asamblea Constituyente tiene un mandato constituyente especial. Esto quiere decir que es elegida con la única finalidad de decidir sobre una nueva Constitución, y cumplido ese encargo se termina, normalmente por autodisolución. El sentido político de esto es que la elección de una asamblea concentra la discusión pública en las características y el contenido de la Constitución que se quiere dictar. El “Congreso Constituyente”, por su parte, tendría un mandato general en el cual estaría incluido el mandato constituyente, por lo que en su elección la cuestión constituyente sería solo uno de los temas. Dada la importancia de la decisión constituyente es preferible que quienes han de tomarla sean elegidos en una elección que se concentre únicamente sobre ese tema.²⁶

Segundo, una Asamblea Constituyente sería elegida por una sola vez, por lo que ella estaría menos afectada por la incumbencia que el Congreso Nacional. Esto por cierto podría enfatizarse disponiendo que quienes participen de la Asamblea Constituyente quedarán inhabilitados para presentarse a la primera elección parlamentaria posterior. En el contexto actual de desacreditación de la representación política, entregar la decisión a un cuerpo deliberativo que esté comparativamente libre del problema de la incumbencia contribuiría a relegitimar la representación, porque permitiría una forma de representación tan purgada como es posible del sistema binominal y de las prácticas políticas que se generalizaron bajo su imperio.

²⁶ Ha circulado, aunque no con mucho detalle, la idea de que los miembros de una Asamblea Constituyente podrían ser sorteados en vez de elegidos. Se trata de una propuesta interesante y digna de ser discutida, aunque a mi juicio equivocada. Se equivoca porque malentendiendo el sentido legitimatorio de una elección popular. El sorteo sería un mecanismo preferible a una elección si todo lo que fuera importante en una elección fuera asegurar la igualdad de todos los ciudadanos. Pero, aunque muy importante, eso no es todo lo que importa. El hecho de que un cuerpo colegiado como el Congreso (o la Asamblea) sea elegido por sufragio universal tiene una relevancia adicional: hace que en la campaña que antecede a la elección tenga sentido la discusión pública, en la medida en que puede cambiar el voto de los ciudadanos y de ese modo afectar el resultado de la elección. Esta dimensión de permitir la interpretación de la campaña electoral como un momento de discusión política dirigida a todos los ciudadanos es negada por el sorteo. Así, esta idea descansa en una profunda, aunque hoy muy común, incompreensión del sentido de la regla de mayoría. La regla de mayoría no se justifica sobre la base de que lo que tenga respaldo mayoritario es por eso correcto, sino sobre la idea de que la discusión pública hace probable la identificación de lo que va en el interés de todos. La votación no es todo lo que importa, sino solo el final del proceso de decisión respectivo.

Esto no se obtendría en el próximo Congreso, que como hemos visto no estará totalmente libre del sistema binominal. Y en todo caso, seguirá en buena medida integrado por miembros cuyas carreras políticas florecieron bajo ese sistema electoral.

Estas consideraciones no son “morales” sino políticas. Es decir, yo personalmente no creo que todos “los políticos” sean corruptos, ni que la solución sea “que se vayan todos”. Pero creo también que es necesario hacerse cargo del daño que el sistema binominal y 25 años de vivir bajo una forma política neutralizada han causado a la idea misma de representación, haciéndola aparecer como intrínsecamente corrupta. Una manera de asumir ese daño e intentar repararlo es que la decisión constituyente esté lo menos afectada posible por las prácticas y la cultura política que se desarrolló bajo el binominal y las formas políticas neutralizadas. Esto sugiere un cuerpo diferenciado del Congreso Nacional para la discusión constituyente.

Tercero, una Asamblea Constituyente sería unicameral, no bicameral. Dada la composición que el Senado del próximo Congreso tendrá, todavía marcada por el sistema binominal, lo primero es preferible.

Cuarto. Una Asamblea Constituyente podría tener reglas de integración distintas del Congreso Nacional, permitiendo asegurar representación a grupos tradicionalmente marginados (como los indígenas y las mujeres, por ejemplo²⁷). Esto, por cierto, depende de cuáles sean estas reglas de

²⁷ Una demostración más de que esta es una discusión que no sale de la caricatura es la descalificación de la idea de cuotas para grupos especialmente marginados como si se tratara de “corporativismo”. Refiriéndose a una propuesta que sugiere escaños reservados para mujeres e indígenas, Sofía Correa afirma que “al abrir la puerta a la representación sectorial, la demanda por “escaños reservados” necesariamente se ampliaría a los más diversos grupos funcionales y corporativos. Ya vemos que las mujeres tienen en esta propuesta una cuota de 40 por ciento de representación. ¿Y los jóvenes?, ¿los universitarios en particular?, ¿los profesores?, ¿los pobladores?, ¿los obreros?, ¿los sindicatos?, ¿los subcontratados de la minería del cobre?, ¿las regiones?, ¿los empresarios?, ¿los militares?, ¿el clero?, ¿los evangélicos?, etc., etc., etc. Así fue como le oí a un personaje con mucho sentido del humor preguntar si acaso él podría participar también en la Asamblea Constituyente en calidad de aristócrata de vieja cepa, pues tenía verdaderas ganas de integrarla” (Correa, “Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente”, p.77). Independientemente de la discusión substantiva sobre si se justifican o no (y esta es desde luego una discusión interesante e importante), confundir medidas de discriminación inversa o acción afirmativa con “corporativismo” es simplemente valerse de esta última palabra como eslogan para denostar las primeras sin dar una razón. Incidentalmente, es por cierto absurdo decir que cualquier medida de

integración y el sistema electoral. Es poco probable que sea muy distinto de lo que se acaba de promulgar para el Congreso Nacional, por lo que esta diferencia puede no ser especialmente significativa. Pero incluso en este caso sería preferible una asamblea especial, y no el mismo Congreso Nacional. Ello porque si no se tratara del mismo Congreso Nacional la asamblea necesitaría que se tomara una decisión especial respecto de su sistema electoral y sus modos de representación, y ello llevaría a una discusión separada al respecto que es poco probable que ocurra si se trata del Congreso, cuyo sistema electoral ya ha sido establecido.

Como puede observarse, en cada uno de los aspectos en que el “Congreso Constituyente” se diferencia de una Asamblea Constituyente esta es preferible, desde el punto de vista de asegurar la mayor legitimidad de la institucionalidad nueva. Pero creo también que, desde el punto de vista de su aptitud para resolver el problema constitucional, cualquiera de estas dos formas es idónea. No igualmente idóneas, claro. Pero sí suficientes, como no lo son una ley de reforma constitucional sometida a un plebiscito ratificatorio o una convención constituyente nombrada a dedo y convocada por una ley de reforma constitucional aprobada en condiciones de sometimiento a las dos condiciones ya identificadas.

Conclusión: sobre cómo discutir con racionalidad esta cuestión

Entonces, podríamos decir, como resumen de la contribución a la discusión constitucional que he intentado hacer en estas páginas: para discutir con provecho, y no como un intercambio de eslóganes, la cuestión del mecanismo de cambio constitucional es necesario distinguir dos cuestiones.

La primera cuestión es la de la idoneidad: cuáles son las características generales de un mecanismo que sea idóneo para solucionar el problema constitucional. Aquí la respuesta es: como el problema es la neutralización, tiene que tratarse de un procedimiento no neutralizado. Un procedimiento está neutralizado cuando asume las dos características identificadas más arriba: primero, que requiera quórum especialmente altos para poder decidir; segundo, que en ausencia de esos quórum las reglas vigentes continúen

acción afirmativa (como los escaños reservados) “necesariamente se ampliará a los más diversos grupos funcionales y corporativos”. La necesidad a la que aquí alude la historiadora es completamente inventada, y es poco probable que su amigo aristocrático tenga el cupo reservado que reclama.

rigiendo. Un procedimiento libre de cualquiera de esas dos condiciones sería en principio apto para solucionar el problema constitucional.

La segunda cuestión es la de la pertinencia: cuál de todos los mecanismos que son en principio idóneos para solucionar el problema constitucional es el más adecuado, dadas las características de la situación concreta de la política chilena. Estas características incluyen, por ejemplo, creciente deslegitimación de las formas de representación institucional, desprestigio de la política institucional, que es vista cada vez más como conducida por una “clase política” que mira a sus propios intereses particulares y no al interés de los representados, una considerable aversión a la incerteza, y otras de este tipo. Aquí, mi respuesta sería: una reforma constitucional que, modificando el Capítulo XV del texto constitucional, permitiera al legislador convocar a plebiscitos y elecciones. Sobre la base de esta reforma, plebiscitar un mecanismo como el sugerido más arriba u otro que elimine la primera o la segunda condición de los procesos de reforma. Por ejemplo, una discusión constitucional que tomara como punto de partida la Constitución de 1925-1971, de modo que todo lo que no lograra ser modificado por algún quórum superior a la mayoría quedara como en ese texto. Y esta discusión conducida y decidida por una asamblea elegida con un mandato especial para hacer esto, que se autodisolviera después de cumplido el encargo, el que tendría que tener plazos más o menos establecidos de antemano, y sujeto a una ratificación final por plebiscito.

Hoy la discusión constitucional no distingue estas dos cuestiones, lo que hace que no pueda avanzar. Si ellas pudieran ser separadas, y pudiéramos escuchar las opiniones de los diversos participantes diferenciadas en estas dos dimensiones, podríamos discutir con mucho más racionalidad. No hay ninguna razón para pensar que estamos condenados a una discusión constitucional como la que ha habido hasta ahora: sistemáticamente desenfocada o irracional, incapaz de pasar de las etiquetas, los eslóganes y las palabras; una que se detiene en lo que no importa e ignora lo determinante. Ojalá este volumen contribuya a salir de esto.

Bibliografía

- Atria, F. *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM. 2013.
- Correa, J. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En J. Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp.21-35. 2013.
- Correa, S. Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente, *Estudios Públicos* 137, pp.43-85. 2015.
- Fuentes, C. “Asamblea constituyente: se viene el cuco”, en *El Mostrador*, 15 de mayo de 2013.
- Grupo de los 24: “Las críticas del grupo de los 24”, en *APSI*, 10 a 12 de marzo de 1981.
- Peña, C. “Fin del misterio constitucional”, en *El Mercurio*, 25 de mayo de 2015.
- Walker, I y P. Zapata: “Una convención constituyente para el bicentenario”, en *El Mercurio*, 11 de julio de 2015.
- Zúñiga, F. “Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales”, en Número Especial Marzo *Revista de Derecho Público* pp.25-40. 2014.