

LA CONSTITUCIÓN Y SU NEGACIÓN  
Fernando Atria

En 2005 el presidente Ricardo Lagos y los constitucionalistas de la Concertación celebraban la dictación de una "nueva Constitución, nacida en democracia". Al publicar la reforma constitucional de ese año, Lagos la presentó diciendo:

Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos continuar avanzando por el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia... . Este es un día muy grande para Chile, tenemos razones para celebrar, tenemos hoy, por fin, una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile.

Comentando esta idea de Lagos de que la reforma de 2005 era en realidad una nueva constitución, que dejaba atrás la de 1980, los juristas se dividieron de acuerdo a predecible criterios políticos. Los que apoyaban a la Concertación respaldaban la afirmación de Lagos, los de derecha la rechazaron. Así, Andrés Chadwick explicaba que

Por muy importante que hayan sido las reformas, que hemos compartido y consensuado, sigue siendo la constitución de 1980. Se mantienen sus instituciones fundamentales, tal como salió de su

matriz. Para que haya una nueva constitución se requiere de un proceso constituyente originario, no de un proceso de reformas<sup>1</sup>. Después, sin embargo, las posiciones se invertirían. En el tiempo que llevo al plebiscito de octubre de 2020, el ex presidente Lagos aclaraba (por su cuenta de Twitter) que, después de todo, no había sido una nueva Constitución:

La constitución, ilegítima en su origen, es la de Pinochet. Mi firma está en las reformas que la derecha permitió realizar y nunca dije que fueron "por el pueblo y para el pueblo". Hubo otros cambios que se quisieron hacer, pero la derecha los vetó para mantener sus intereses.

Mientras tanto, la Universidad del Opus Dei, en colaboración con El Mercurio, publicaba y distribuía gratuitamente el (interesante) trabajo del profesor Jaime Arancibia, que identificaba cada parte del texto constitucional entonces vigentes "trazando" sus orígenes<sup>2</sup>. Comentando este trabajo del profesor Arancibia, los columnistas de derecha se felicitaban de que "la Constitución que hoy se cuestiona no es simplemente aquella impuesta por el régimen de Pinochet, sino más bien el fruto de la evolución democrática del Chile posdictadura"<sup>3</sup>.

Dos años después, en la campaña para el plebiscito de septiembre de 2022, el presidente Boric sostuvo que "cualquier resultado será mejor que una Constitución escrita por cuatro generales" y las réplicas no se hicieron esperar. Un columnista de la (siempre inamible) Fundación Para el Progreso decía, con cierto pintoresco exceso de entusiasmo, que como "la mayor parte de la Constitución actual ha sido escrita luego de vencido el Gobierno Militar en el Plebiscito de 1988", en realidad se trataba de una Constitución que era "el resultado de décadas de participación popular y deliberación política"<sup>4</sup>.

Pero esto no sería todo. En la campaña para el plebiscito de diciembre de 2023 las cosas volvieron a invertirse. Francisco

---

1 "Denominación de la Constitución", El Mercurio, 21 de septiembre de 2005.

2 Arancibia, Constitución Política, Edición Histórica.

3 Alvarado, "Constitución histórica".

4 Lagos, "¿La Constitución de los cuatro generales?".

Vidal, a cargo de la campaña del rechazo para el plebiscito de diciembre de 2023, sostuvo que

Desde el punto de vista de los contenidos y su reforma, esta ya es la Constitución de Lagos, de Pinochet no queda nada. ¿Qué es lo que le queda a Pinochet? Nada<sup>5</sup>.

La derecha, hablando esta vez por el columnista Max Colodro (que en 2019 había dicho que "eso que a partir de 1980 se denominó la 'Constitución de Pinochet' hace rato dejó de existir"), acusó que las palabras del ex ministro Vidal diciendo que la Constitución vigente es la Constitución de Lagos y que de Pinochet ya no queda nada, cuando el argumento que ha dado la izquierda y la centroizquierda durante décadas para cuestionar la legitimidad de la Constitución era precisamente el que era la Constitución del régimen militar, la constitución de Pinochet, o como la llamó en su momento el actual Presidente de la República, 'la Constitución de los cuatro generales'... creo que hemos llegado a un nivel de falta de consistencia e impudicia en el debate constitucional muy sorprendente<sup>6</sup>.

Lo anterior parece ser puro oportunismo, del cual nadie parece salvarse. ¿Hay algo más que decir al respecto? Es decir, ¿tiene sentido discutir la cuestión, o ella es solo una de las palabras que a cada uno conviene usar según las circunstancias?

En mi opinión, la cuestión se confunde porque se discute como si la Constitución fuera un texto (los abogados habitualmente hablan, de hecho, de "el texto constitucional"). Si una constitución es un texto, la pregunta por la identidad de la Constitución se transforma en la pregunta por la identidad de un texto. Entonces aparecen criterios cuantitativos, como el número de leyes de reforma constitucional que se han dictado, el número de artículos o de incisos que han sido modificados, etc.

Pero esto, claro, siempre fue absurdo: es como decir que dos contratos de compraventa son "el mismo" contrato porque solo se diferencian entre ellos por dos o tres palabras: la cosa y el precio. En estricto rigor, cualquier modificación de un texto hace que se trate de un nuevo texto, un texto distinto. Esto acaba con

---

5 Colodro, "Dilema constitucional".

6 "Max Colodro: 'Que Vidal diga...'", El Líbero, 23 de noviembre de 2023.

la distinción entre reforma constitucional y nueva constitución. Pero también sería absurdo intentar fijar un porcentaje, de modo que si el nuevo texto está en su continuidad sobre ese umbral sería un texto distinto, y si está debajo de ese umbral sería el mismo texto aunque reformado.

#### LA DESTRUCCIÓN POR DESAHUCIO DE LA CONSTITUCIÓN TRAMPOSA

Una constitución no es un texto. Es una decisión sobre las bases fundamentales de la vida en común. Esa decisión usualmente se expresa en un texto, pero es la decisión, y no el texto, lo que es la Constitución. El texto puede incorporar cosas adicionales a esas decisiones fundamentales, y a esas incorporaciones adicionales las podemos llamar "leyes constitucionales": disposiciones jurídicas que por su contenido son leyes, pero que han adoptado la forma constitucional. En principio, esto permite una respuesta a nuestro problema: cuando son modificadas solo las leyes constitucionales, lo que resulta es la misma constitución reformada; cuando cambian las decisiones fundamentales, ese cambio es la destrucción de la constitución antigua y la creación de una nueva.

No es esta la manera en que la cuestión suele discutirse por la teoría constitucional. Para la teoría constitucional la cuestión se plantea en términos formales: la distinción entre una nueva constitución y una reforma constitucional se decide por referencia al procedimiento utilizado: cuando es el procedimiento establecido en la antigua constitución, lo que resulta es solo una modificación de la misma; cuando se trata de un procedimiento distinto al previsto en la constitución, se trata de una nueva Constitución. Así, por ejemplo, lo explica uno de los más grandes juristas del siglo XX, Hans Kelsen:

Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por

la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad.

Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución – es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales – o su remplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada, o remplazada enteramente, por una nueva constitución, de una manera que no se encuentra prescripta en la constitución hasta entonces válida<sup>7</sup>.

Nótese que, como lo deja en claro la frase destacada, para Kelsen lo importante no es la continuidad del texto. La distinción no es entre el caso en que el texto es modificado y el caso en que es reemplazado enteramente. Si cualquiera de esas cosas se hace mediante el ejercicio de potestades constituidas, es una reforma constitucional, una modificación de la constitución vigente. Si se hace a través de formas distintas, es una nueva constitución. La respuesta kelseniana (jurídica) es puramente formal, no mira en absoluto al contenido.

Tenemos, entonces, dos criterios para distinguir reforma constitucional y nueva constitución. De acuerdo al primero, hay reforma cuando se modifican las leyes constitucionales, pero no se cambia la decisión fundamental en que la constitución consiste; un cambio en ésta es una nueva constitución; de acuerdo al segundo, hay reforma constitucional cuando una modificación, cualquier modificación, se da a través del ejercicio de los mecanismos previstos de reforma, y hay nueva constitución cuando se usan mecanismos que no son los previstos. Nuestra pregunta entonces debe ser: ¿qué relación hay entre estos dos criterios? ¿Se trata de dos criterios distintos y alternativos, de modo que tenemos que elegir entre ellos?

---

7 Kelsen, Teoría Pura del Derecho, pp. 119-120, énfasis añadido.

A mi juicio, la respuesta a esta última pregunta es negativa: no se trata de dos criterios, sino de dos perspectivas, una formal y otra material. Se trata de la diferencia, perfectamente reconocible para el pensamiento jurídico, entre forma y sustancia. La relación que hay entre ambos criterios es la misma que hay entre el concepto sustantivo de intercambio equitativo o última voluntad del causante y el concepto formal de contrato o testamento. El sentido de la forma (constitucional, tal como contractual o testamentaria) es hacer probable la sustancia, de modo que el derecho puede descansar en que, cuando la forma se obtiene, se obtiene también la sustancia: si se cumplen las condiciones de validez de un contrato o testamento, es suficientemente probable que el contrato es un intercambio justo, que el testamento contiene la última voluntad del causante, etc.

Hagamos entonces el esfuerzo equivalente respecto de la forma constitucional y preguntémosnos cómo el criterio formal (kelseniano) hace probable la distinción material que realmente importa. Comencemos, para eso, preguntándonos cual es el sentido de las exigencias dificultadas de reforma de la constitución. Para responder, notemos que evidentemente su sentido no es habilitar la destrucción de la constitución. Los mecanismos de reforma de una constitución democrática o monárquica, por ejemplo, no existen para que pueda abolirse el principio democrático o monárquico<sup>8</sup>. Es al contrario: esos mecanismos existen para proteger la Constitución. Pero si de eso se trata, ¿por qué permitir la reforma? ¿Por qué no simplemente declarar que sus cláusulas son inmodificables?

La respuesta está precisamente en la distinción ente constitución y leyes constitucionales. No hay razón alguna para declarar inmodificables las leyes constitucionales, porque ellas son normas que están en el texto constitucional para dificultar, no impedir, su reforma. Y la razón para dificultar su reforma es evitar que ellas puedan ser modificadas sin la venia de quienes

---

<sup>8</sup> Schmitt, Teoría de la Constitución, pp. 43-44.

representen políticamente los intereses que explican que ellas estén en el texto constitucional. Es decir, ese grupo las puso en el texto constitucional con la finalidad de asegurar que esas normas podrían ser modificadas, pero solo con su consentimiento.

¿Cómo permitir entonces la modificación de las leyes constitucionales pero hacer imposible el cambio de la constitución? Una posibilidad es hacer referencia directamente a esta distinción: "autorízase la modificación de cualquier ley constitucional, prohíbese la modificación de la constitución". Es evidentemente, supongo, que esta manera no es realista. La distinción entre constitución y leyes constitucionales es demasiado sustantiva para poder ser institucionalmente asida directamente.

Tomando eso en cuenta, podemos observar que un quórum calificado de reforma tiene un efecto análogo, pero descansa en la política, no en las definiciones legales, para lograrlo. El supuesto es que, en la medida en que la Constitución esté viva, satisfacer las exigencias adicionales de la reforma constitucional será en los hechos imposible cuando se trate de cambiar la Constitución, pero posible cuando no afecte nada importante desde el punto de vista constitucional. Y de hecho esa fue la experiencia chilena: no hay cuerpo legal que haya sido modificado de modo mas reiterado que el texto constitucional de 1980, a pesar de que la reforma hasta enero de 2023 exigía 3/5 o 2/3 de los votos de diputados y senadores. Pero como ignoró Lagos en 2005 (aunque lo afirmó en 2020), sujetarse a los procedimientos regulares de reforma constitución tuvo un sentido y efecto político muy claro: solo pudieron realizarse las reformas "que la derecha permitió realizar". Nótese que esto no necesita ser una denuncia o una acusación de juego sucio: es la consecuencia obvia, buscada, de una regla que exige 2/3 o 3/5 para la reforma constitucional. Esta explicación muestra el absurdo de asumir el problema cuantitativamente y decir que, como se han modificado tantas partes del texto, como "alrededor del 45% del texto

constitucional vigente se origina desde 1989 en adelante”, ya no se trata de la Constitución de 1980.

Una Constitución democrática es destruida cuando es negado el principio democrático; una constitución monárquica es destruida cuando es negado el principio monárquico; una Constitución del Estado burgués de derecho es negada cuando se niegan as notas fundamentales del Estado burgués de derecho, etc. Sostener que la Constitución de 1980 es destruida cuando se le inserta un capítulo sobre el Ministerio Público o un artículo sobre el principio de probidad es no entender lo que “Constitución” significa (y muchos otros análogos). No, la cuestión es cuál era la Constitución de 1980, cuál era la decisión fundamental en que ella consistía. Conociendo esto, podremos preguntarnos si esa decisión fundamental ha sido modificada y cómo.

Por cierto, ya hemos visto que en esta materia solo parece haber oportunismo: quienes dijeron en 2005 que era una nueva Constitución dijeron que la vigente seguía siendo la de Pinochet en 2020, y luego que después de todo ya no era la de Pinochet sino la de Lagos en 2023; quienes negaron que en 2005 hubiera habido una nueva Constitución han repetido insistentemente desde poco después de eso que ya no vivimos bajo la constitución de la dictadura, sino la Constitución de la transición, aunque ahora último volvieron atrás diciendo que la Constitución de 1980 había sido ratificada con el resultado del plebiscito de diciembre.

¿Es posible una respuesta que no sea oportunismo? Mi opinión sobre este tema fue explicada en La Constitución Tramposa, en 2013, y no ha cambiado desde entonces. Para evitar acusaciones de oportunismo, entonces, dejemos que ese viejo texto hable por sí. En él, después de haber identificado los cerrojos de la Constitución tramposa, se afirma lo siguiente:

La subsistencia de estos cerrojos es la marca de la continuidad de la constitución actual con la de Pinochet. Ellos definen la trampa de Guzmán, la forma tramposa que la constitución de 1980 da a la unidad política chilena: una forma esencialmente antidemocrática, una forma en la que el pueblo no es entendido como la fuente última de validez, sino como el peligro del cual hay que protegerse. La eliminación de todo cerrojo, por tanto, y su

reemplazo por reglas que busquen habilitar al pueblo para actuar y no neutralizarlo, sería la destrucción de la constitución de Pinochet y su reemplazo por otra, democrática. Eso sería una nueva constitución, incluso si el resto del texto no fuera modificado<sup>9</sup>.

Como fue explicado en 2013, la Constitución de 1980 era una Constitución tramposa porque esa decisión fundamental en la que toda constitución consiste era, en el caso de la Constitución de 1980, una decisión de neutralización de la agencia política del pueblo, contenida (a la fecha de escritura) en tres cerrojos y un meta cerrojo: el sistema binominal, las leyes orgánicas constitucionales que para su aprobación exigían el voto conforme de 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, el Tribunal Constitucional y las reglas de reforma constitucional, que exigían el voto conforme de 3/5 o en los casos importantes de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio<sup>10</sup>

La pregunta por si hoy vivimos bajo la Constitución de 1980 se transforma, entonces, en la pregunta de si hoy vivimos bajo esta decisión neutralizadora. Y cuando llegamos a formular de este modo la pregunta, la respuesta es a mi juicio clara. Hoy dos de los tres cerrojos y el metacerrojo han sido formalmente eliminados: el sistema binominal fue cambiado por un sistema proporcional en 2015 por la ley 20840; los quórums de reforma constitucional fueron reducidos drásticamente, todos ellos a 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, por la ley 21481, de agosto de 2022; y el quórum de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales fue reducido a la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio por la ley 21535, de enero de 2023.

El único cerrojo que no ha sido formalmente modificado es el Tribunal Constitucional. Pero hay dos razones para pensar que se trata de un cerrojo que ya está quemado. La primera es el efecto de la actuación del tribunal en la era Aróstica, cuando asumió de

---

<sup>9</sup> Atria, La Constitución Tramposa, p. 55; para esta idea explicada en 2018, véase Atria, Razón Bruta, §68.

<sup>10</sup> Para la explicación de estos "tres cerrojos y un metacerrojo", véase Atria, La Constitución Tramposa, pp. 46-51 para el primero ("las leyes orgánicas constitucionales y sus quórums de aprobación"); ibid, pp. 51-54 para el segundo ("el sistema binominal") y ibid, p. 54 para el tercero ("el control preventivo del Tribunal Constitucional"). Para el metacerrojo ("los quórums de reforma constitucional"), véase ibid.

modo totalmente desvergonzado su función de cerrojo<sup>11</sup>. La deslegitimación de la Constitución y del propio tribunal que eso produjo (que llevó incluso a investigaciones en fiscalía y a la propia presidenta del tribunal, sucesora de Aróstica, a decir del Tribunal que "Sí somos una tercera cámara"<sup>12</sup>) es una advertencia para el Tribunal del futuro. Adicionalmente, el cambio que experimentó recientemente el Tribunal en su composición, y que ha afectado radicalmente su jurisprudencia, hace todo esto más evidente. Los mismos que en el pasado defendían al Tribunal alegando que era un tribunal de derecho, y celebraban las decisiones de su bancada mayoritaria de derecha como "fallos contundentes", que aplicaban una rigurosa "lógica jurídica", aparecen hoy, cuando ya no tiene una bancada mayoritaria de izquierda, denunciando que se trata de un tribunal que decide conforme al posicionamiento político de sus miembros, y que en esa medida "en la práctica deja de ser un Tribunal". Esto mina de modo evidente la legitimidad del Tribunal para interferir con el proceso político.

Por consiguiente, aunque el Tribunal Constitucional sigue existiendo, es improbable que esté en posición de desempeñar el rol de cerrojo que desempeñó hasta recientemente. Eso sumado a la abolición de los demás cerrojos, implica la destrucción de la constitución tramposa.

¿QUÉ Y QUIÉN LA DESAHUCIÓ?

¿Cómo fue posible eliminar los cerrojos y acabar así con la Constitución tramposa? Ellos fueron defendidos a ultranza por los

---

11 Sobre esto, véase Atria y Salgado, "El tribunal constitucional desatado".

12 "La descripción de que somos una tercera cámara si bien aparece como peyorativo, corresponde realmente a lo que sucede. Sí somos una tercera cámara y está dentro de las atribuciones que la Constitución entrega al TC, que es el control de las leyes, y eso se produce en dos momentos antes de que sean leyes, o sea, durante la tramitación o aprobadas con control preventivo, o de manera posterior a través de las inaplicabilidades" ("María Luisa Brahm, presidenta del TC", La Tercera, 2020).

partidarios de la Constitución de 1980, como reglas sensatas, razonables, etc. Repentinamente se hizo posible alinear los votos suficientes en ambas cámaras del Congreso (el quórum para esas reformas era el más alto, 2/3). Es decir, se hizo posible eso que, según habíamos dicho, los procedimientos de reforma constitucional existen para hacer suficientemente improbable: para abolir la decisión en la que la Constitución consiste. ¿Cómo así?

Es, supongo, claro que lo que explica las reformas que estamos comentando no es el hecho de que los diputados y senadores de la UDI y de Renovación Nacional se dieron repentinamente cuenta de que, contra todo su discurso de cuarenta años, los cerrojos constitucionales eran reglas injustificadas, injustas por tramposas. Supongo que la explicación es evidente cuando la operación de las instituciones políticas se mira políticamente, algo que por alguna razón nuestra reflexión constitucional académica suele no hacer. La dictación de las leyes 21481 y 21535 solo certificó lo que ya había ocurrido, lo que ya había sido reconocido el 15 de noviembre de 2019: el desahucio de la Constitución tramposa. Ese desahucio no fue consecuencia de esas leyes, sino exactamente al revés: esas leyes fueron posibles solo porque la constitución ya había sido desahuciada. Miradas las cosas políticamente, no hay nada especialmente difícil de explicar: en agosto de 2022 mantener el metacerrojo arriesgaba la constitución completa, con vistas al plebiscito de septiembre de ese año. Para evitar la aprobación de la propuesta de la Convención, fue necesario abolir el metacerrojo. Esto a su vez muestra, a mi juicio algo que era claro desde mucho antes: que la Constitución tramposa fue destruida en 2019 por la irrupción del poder constituyente del pueblo.

Lo anterior hace que la forma jurídica ya no sea indicación suficiente de lo que realmente está ocurriendo. Entonces la respuesta formal (kelseniana) se separa de la respuesta material (política). Pero esto es solo una manifestación más de una tendencia de nuestra época, que usa las formas institucionales para validar decisiones contra ellas. Esto es lo que ya tiene

nombre, un nombre que encierra en sí mismo una evidentemente contradicción: es "lawfare", warfare a través de medios legales. Pero los medios legales precisamente existen para que deje de haber guerra! Oxímorones de antaño son realidades del presente: la posibilidad, por ejemplo, de "golpes de Estado institucionales" (aunque evidentemente solo quienes están en contra de ellos los describirán de ese modo, por supuesto: el golpe que fue la destitución de Dilma en Brasil para los defensores de Dilma fue solo operación normal de las instituciones para los opositores a Dilma, etc.). Esta cuestión es, a mi juicio, algo que debería llamar a los juristas a la reflexión. Algo ha ocurrido que la forma jurídica ya no logra contener la política: hoy la política puede usar las instituciones contra las instituciones (en condiciones que algunos celebrarán en un caso y lamentarán o denunciarán en el siguiente, por cierto). Aunque este no es nuestro tema ahora, yo creo que esto es algo de la mayor (y ominosa) significación. Muestra que Schmitt tenía razón cuando, en su famosa controversia con Kelsen sobre el control de constitucionalidad, advertía que

Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de derecho, olvidando que con la expansión del a justicia a una materia que acaso ya no es justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de observar, la consecuencia no sería una juridificación de la política, sino más bien una politización de la justicia<sup>13</sup>

Pero como está ya dicho, ese debe ser tema para otra ocasión. Lo que ahora importa es que las reformas constitucionales de las leyes 21481 y 21535 tienen forma de reforma constitucional, pero son mucho más que eso. Ellas fueron la certificación de la abolición de la Constitución tramposa por el poder constituyente del pueblo. Su función es relevante, porque como todo certificado, acreditan y así hacen imposible negar el hecho certificado.

---

13 Schmitt, La Defensa de la Constitución, p. 57.

SI LA CONSTITUCIÓN TRAMPOSA HA SIDO DESAHUCIADA,  
¿QUÉ ES LO QUE HAY AHORA?

Lo que hoy queda vigente ya no es, entonces, la Constitución de 1980, porque la decisión neutralizadora de esa constitución ha sido abolida. Pero entonces, ¿bajo qué constitución vivimos? A mi juicio, la respuesta es que vivimos bajo los retazos del texto constitucional que son aceptados porque regulan materias que no son en general objeto del conflicto político. Cuando las circunstancias exigen apartarse de las normas constitucionales, los actores políticos lo han hecho, desde 2019, sin intentar siquiera ocultarlo, como lo declaró siendo presidente de la Cámara de Diputados el diputado Iván Flores ("impulsamos proyectos que pueden ser inconstitucionales por una cuestión de forma", pero que son cuestiones "urgentes de resolver", dijo en su momento<sup>14</sup>, refiriéndose a proyectos de ley iniciados por mociones parlamentarias en materias de iniciativa exclusiva del Presidente, relativos a, por ejemplo, extensión del plazo para el pago del permiso de circulación o suspensión de los servicios básicos por no pago); y el entonces presidente Piñera, en vez de recurrir al Tribunal Constitucional, para lo cual bastaba su sola voluntad, anunció que convocaría un (superfluo) "grupo de expertos" para discutir la cuestión<sup>15</sup> (de este grupo, por cierto, nunca más se supo). Los columnistas de siempre protestaban<sup>16</sup>, desde luego, pero los proyectos se aprobaban y promulgaban.

Es importante distinguir aquí dos cosas. Que haya bajo la Constitución actores que pretenden actuar de modo contrario a la Constitución no es novedoso. Lo extraordinario, que muestra el desahucio de la Constitución tramposa, es el hecho de que repentinamente se hizo posible reclamar la necesidad de una acción política explícitamente contraria a la Constitución, al mismo

---

14 "Chile Vamos califica como 'inaceptable'", [Emol.com](http://Emol.com), 6 de abril de 2020.

15 "Piñera creará grupo de expertos", [Diario Financiero](http://Diario Financiero), 22 de junio de .

16 Por ejemplo, Navia, "Los proyectos de ley inconstitucionales".

tiempo que se reconocía su inconstitucionalidad. Es esto lo que muestra que la Constitución ha dejado de ser considerada la norma fundamental, la que decide de manera públicamente validada lo que es públicamente aceptable o inaceptable.

Los eventos de 2019 y 2020 a los que se ha hecho alusión, entonces, eran evidentemente una manera de expresar la superación de la Constitución. ¿Puede decirse que eso se debe al clima de esa época, que entre el estallido y la pandemia configuraban un escenario único y extraordinario, de modo que no puede decirse lo mismo ahora? Yo creo que una vez desahuciada la Constitución ella queda desahuciada. Una demostración de esto es el comentario hecho por un ex miembro del Tribunal Constitucional sobre una decisión reciente de ese órgano. La decisión en cuestión era sobre la inconstitucionalidad de una iniciativa de la oposición en la discusión de un proyecto de ley relativo a las compañías de seguros de salud (ISAPRES). Según los parlamentarios oficialistas requirentes, se trataba de una iniciativa en materias de seguridad social, que por tanto era de iniciativa exclusiva del Presidente de la república (art. 65 N° 6, conforme al cual solo el Presidente tiene iniciativa para "establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella"). Al tratarse de una iniciativa parlamentaria (de la oposición) era por eso inconstitucional.

"Había buenas razones para resolver en uno y otro sentido", sostuvo el ex ministro Jorge Correa. Y su sugerencia entonces fue que "el Tribunal Constitucional pudo haber resuelto que no le correspondía zanjar un debate legislativo que aún no estaba maduro, al que le quedaban muchas fases". Más allá de la opinión que el lector tenga sobre si se trataba de una iniciativa sobre seguridad social, nótese que la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la iniciativa se hace enteramente irrelevante; de hecho, es difícil imaginar casos reales, que efectivamente lleguen al tribunal constitucional, de los cuales no pueda decirse que hay buenas razones para resolver en uno u otro sentido, por lo que el consejo de Correa significa que la cuestión

jurídica debe ser dejada de lado y la pregunta para el tribunal debe ser qué decisión es la más oportuna para la discusión política. Es decir, que el Tribunal Constitucional no está vinculado por la Constitución.

El desahucio de la Constitución tramposa fue el resultado de la irrupción de un poder constituyente, aunque en lo que podríamos llamar su primera fase, la fase destituyente: ese momento en que lo que irrumpe no es sino una fuerza puramente negativa, cuyo contenido es simplemente negar las condiciones de la vida social. Esta irrupción destruye la Constitución, pero no necesita afectar las leyes constitucionales (el poder constituyente no gasta pólvora en gallinazos). La neutralización es abolida, pero eso no significa, por ejemplo, que desde ese momento no sea el caso que para ser fiscal regional se requiere cinco años de título de abogado (art. 86 inc. 3°). Lo que el poder constituyente en su acción destituyente deja, entonces, es un conjunto de leyes constitucionales que regulan las cuestiones públicas de modo administrativamente aceptables. Más allá de eso, vale lo sugerido por Correa: no son reglas que sirvan para calificar acciones de lícitas/ilícitas, sino guías que han de ser interpretadas con criterios de conveniencia, permitan que la política fluya.

PERO ENTONCES, ¿POR QUÉ ERA NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Hay quienes, viendo de quien viene, verán en las explicaciones anteriores una nueva manifestación de oportunismo, una manera de evitar la irónica conclusión de que en diciembre de 2023 muchos que nos habíamos opuesto a la constitución de 1980 debimos hacer campaña y votar por una opción, la de "en contra", cuyo sentido era mantener la vigencia de la Constitución de 1980. ¡Ahora resulta que el argumento es que esa constitución ya estaba muerta! Pero entonces, dicen ufanándose de su jaque-mate, ¿por qué era necesario el proceso constituyente? ¿No hay aquí una contradicción?

La respuesta es obvia: el proceso constituyente era necesario para pasar del momento de irrupción del poder constituyente en su fase destituyente, de negación de la decisión vigente, a su fase propiamente constituyente, de afirmación de una nueva decisión. Chile necesitaba (y necesita, aunque ya no va a tener, al menos por un buen tiempo) una nueva Constitución, una que logre detener el proceso de deslegitimación institucional que llevó al estallido. Yo sigo pensando, como desde antes de 2019, que ese proceso se explica fundamentalmente por la neutralización política que significó la Constitución tramposa y la cultura política que floreció bajo ella, cultura que hoy es habitualmente descrita como la de la "clase política". Esa cultura política es incapaz de realizar transformaciones necesarias, y todavía estamos viviendo las consecuencias de esa incapacidad: como el problema de las ISAPREs, que se desarrolló lentamente, a lo largo de al menos quince años, bajo las narices de legisladores, ministros y funcionarios sin que fuera posible enfrentarlo hasta que... estalló poniendo en riesgo la subsistencia del sistema sanitario chileno; o el problema de la reforma a las pensiones, que se arrastra por más de una década sin que haya sido posible introducir modificaciones significativas.

La nueva Constitución debía implicar una solución de continuidad con esa cultura política y permitir, en sentido político no metafísico, un nuevo comienzo. Esto por cierto no habría solucionado de un día para otro el problema, pero podría haberlo puesto en vías de solución en la medida en que las personas vieran que algo significativo había cambiado como consecuencia de los eventos de octubre de 2019 y semanas posteriores. El fracaso del proceso constituyente cerró esa posibilidad, e implica que el proceso de deslegitimación institucional no ha encontrado una vía para (comenzar a) corregirse.

Lo que lo anterior quiere decir es que no hemos todavía logrado salir del momento destituyente, del de pura negación de lo que existe.

PERO ¿NO QUEDA TODO LO ANTERIOR NEGADO POR EL 62% DE LOS VOTOS EN SEPTIEMBRE DE 2022 Y EL TRIUNFO REPUBLICANO EN MAYO DE 2023?

Quienes miran los resultados electorales desde una perspectiva estrictamente política entienden que hubo un vuelco en 180° entre el resultado del plebiscito de entrada en octubre de 2020 y la elección de la Convención Constitucional en mayo de 2021, por un lado, y el plebiscito de salida en septiembre de 2022 y la elección del Consejo Constitucional en mayo de 2023. La comparación entre el (inesperado) éxito de la Lista del Pueblo y otras listas de independientes en mayo de 2021 y el (igualmente inesperado) éxito del Partido Republicano en mayo de 2023 mostraría la radicalidad de este giro.

No cabe duda de que políticamente hablando hubo un vuelco significativo. Y tampoco cabe duda de que en general es razonable juzgar políticamente resultado de elecciones. Pero creo que en este caso esa interpretación no es correcta. Desde el punto de vista de la crisis de legitimación en la cual todavía nos encontramos, bien puede decirse no solo que no hubo vuelco, sino que el resultado es el mismo: en ambos casos triunfaron sorpresivamente quienes fueron capaces de presentarse ante el electorado (con buenas o malas razones, esa es opinión de cada uno) como outsiders al sistema político. Ambas elecciones fueron el equivalente chileno del "que se vayan todos" argentino. En ambos casos lo que se manifestó fue un voto negativo, de rechazo a la institucionalidad existente. Desde una perspectiva que podemos llamar social, el resultado fue el mismo.

De hecho, podemos llegar algo más lejos con esta explicación: en todos los procesos electorarios vinculados con el problema constitucional, lo que se ha manifestado es negación, negación, negación. Eso es lo que a mi juicio explica la coherencia en todas las manifestaciones populares en eventos electorales vinculadas al proceso constituyente: todas ellas son puramente negativas, sin un contenido positivo, porque como ya está dicho no hemos logrado salir del momento destituyente. El pueblo se manifestó en contra de la Constitución de 1980 y la participación en el proceso

constituyente del Congreso Nacional en octubre de 2020; se manifestó en contra de la clase política votando por independientes en 2021; en contra de la propuesta de la Convención Constitucional en 2022; en contra, nuevamente, de la clase política, al votar por quienes lograron presentarse como outsiders en mayo de 2023; y en contra de la propuesta de Consejo Constitucional en diciembre de 2023. En ningún momento ha habido una manifestación positiva, y el error de quienes fueron (fuimos) favorecidos por la negación del caso (la lista del pueblo y los sectores de izquierda en mayo de 2021, el partido republicano en mayo de 2023) fue interpretar esa negación como afirmación. Y rápidamente la negación siguiente (septiembre de 2022, diciembre de 2023) vino a corregir esa interpretación.

Chile todavía no logra salir del momento destituyente. Después del resultado del plebiscito de diciembre de 2023, era un lugar común de los columnistas oficinales celebrar que al fin se había cerrado el proceso constituyente. Mi impresión es que esa celebración no toma en cuenta lo que eso significa.

#### Referencias

- "Chile Vamos califica como 'inaceptable' que titular de la Cámara 'acepte y avale' proyectos inconstitucionales", en Emol.com, 6 de abril de 2020, disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/04/06/982284/Chile-Vamos-rechaza-dichos-Flores.html>.
- "Denominación de la Constitución abre debate entre juristas y parlamentarios", en El Mercurio, 21 de septiembre de 2005.
- "María Luisa Brahm, presidenta del TC: 'Antes de que yo llegara había causas detenidas en el TC por mucho tiempo, al límite de la corrupción'", en La Tercera, de 2020.
- "Max Colodro: 'Que Vidal diga que la Constitución es de Lagos y que de Pinochet no queda nada... una impudicia sorprendente'", en El Líbero, 23 de noviembre de 2023, disponible en <https://ellibero.cl/actualidad/max-colodro-que-vidal-diga-que-la-constitucion-es-de-lagos-y-que-de-pinochet-no-queda-nada-una-impudicia-sorprendente/>.
- "Piñera creará grupo de expertos buscando frenar admisibilidad de proyectos inconstitucionales", en Diario Financiero, 22 de junio de, disponible en <https://www.df.cl/economia-y-politica/pinera-creara-grupo-de-expertos-buscando-frenar-admisibilidad-de>.

- Alvarado, C.: "Constitución histórica", en El Mercurio (2020), disponible en <https://www.ieschile.cl/2020/10/constitucion-historica/>.
- Arancibia, J.: Constitución Política de la República de Chile, Edición Histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy (Santiago: Universidad de Los Andes, El Mercurio, 2020).
- Atria, F.: La Constitución Tramposa (Santiago: Lom, 2013).  
—: Razón Bruta, (2018).
- Atria, F. y C. Salgado: "El tribunal constitucional desatado" en H. Cárdenas (ed): Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017 (Santiago: Rubicon, 2018).
- Colodro, M.: "Dilema constitucional", en La Tercera (2019), disponible en <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/columna-max-colodro-dilema-constitucional/886662/#>.
- Kelsen, H.: Teoría Pura del Derecho (México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960).
- Lagos, J.: "¿La Constitución de los cuatro generales?", en El Dinamo (2022), disponible en <https://fppchile.org/la-constitucion-de-los-cuatro-generales/>.
- Navia, P.: "Los proyectos de ley inconstitucionales", en El Libero (2020).
- Schmitt, C.: La Defensa de la Constitución (Barcelona: Labor, 1998).  
—: Teoría de la Constitución (Madrid: Alianza, 1992; ed.orig. 1928).