

Proyecto de Reforma Constitucional

Modifica el Capítulo XV con el objeto de crear el quórum democrático; fortalecer la hoja en blanco; garantizar la participación ciudadana; posibilitar elección de delegados del exterior y creación de régimen de transición.

El triunfo del Apruebo y de la Convención Constitucional es un hecho histórico singular de enorme trascendencia que debe ser valorado y tomado en cuenta en toda su extensión. Ya no estamos en el 18 de octubre del 2019, como tampoco en el 15 de noviembre. Ahora la Convención Constitucional, está a la vista, y su rostro constituyente es cada vez más nítido.

El año pasado, el gobierno encabezado por el Presidente de la República, don Sebastián Piñera, envió un proyecto de reforma constitucional que posibilitó que la Constitución de 1980 fuese el lugar escogido para regular el procedimiento que crea una nueva Constitución. No es que la Constitución de 1980 tuviera potestad constituyente originaria, de hecho, la Constitución actualmente vigente se diseñó y se proyectó con la total certeza de que no sería sustituida. Se hizo allí pudiendo haber regulado el procedimiento incluso en una ley. Fue entonces, una decisión política y no técnica, pensada como solución para encausar el malestar ciudadano.

La Ley N°21.200 fue una respuesta a una demanda popular y no una concepción propia del constituyente de 1980 de reconocer al pueblo explícitamente como soberano y titular de la potestad constituyente originaria. El vacío fundamental de la Constitución de 1980 nace de su actitud despectiva hacia el pueblo y fue esa actitud, la que hizo que omitiera la consideración de cómo regular el procedimiento de crear una nueva Constitución. Es así como su intención de perpetuidad hizo que desestimara incluir un procedimiento de creación de nueva Constitución. En ese contexto de vacío, no fue ni es posible recurrir solo a las normas contenidas en la Constitución y/o solo al acuerdo del 15 de noviembre y/o solo al Congreso. En este contexto de vacío institucional, lo que corresponde es desentrañar la voluntad popular.

El derecho del pueblo de darse un ordenamiento político es inalienable y latente. La potestad constituyente del pueblo es innegable. Visto así, las disposiciones constitucionales actualmente incorporadas en virtud de la Ley N°21.200, no son el resultado del sistema político sino de la acción popular iniciada el 18 de octubre del 2019.

Y el 25 de octubre del 2020, el pueblo se volvió a pronunciar categóricamente.

El resultado del plebiscito de este 25 de octubre nos obliga a revisar la ley N°21.200. De esta forma, así como nuestra institucionalidad asimiló el vacío de la Constitución de 1980 creando e institucionalizando un procedimiento para crear nueva Constitución (ley N°21.200), ahora debe hacer la recepción del resultado plebiscitario con miras a potenciar el respaldo al apruebo manifestado en las urnas. El amplio triunfo del Apruebo y de la Convención Constitucional es el certificado de defunción de la Constitución de 1980 y sus lógicas anti democráticas, como el supra quórum de 2/3 tan copiosamente utilizado en sus normas y en nuestra realidad políticas.

Es así como se hace imperativo ajustar la norma legal y constitucional a los resultados del plebiscito. Se hace necesario, escuchar al pueblo y reconocerle el poder pleno que su soberanía mandata. El acuerdo que dio lugar a la Ley N°21.200 requiere adecuarse de cara al resultado del 25 de octubre del 2020 y hacerlo mirando de frente a la ciudadanía. Los firmantes creemos que lo que corresponde hoy, es maximizar y optimizar el pronunciamiento del pueblo.

No es hora de mezquindades y cálculos. Es la hora de los gobernados.

ANTECEDENTES:

Quorum democrático

En primer lugar, los firmantes estiman necesario modificar el quorum establecido en el artículo 133 inciso tercero. Este inciso dispone que "La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio".

Al respecto, corresponde plantear algunas consideraciones.

El efecto probable de este quorum es lo que se conoce como *veto reciproco* con el consiguiente efecto de aprobar normas vagas, excesivamente generales y hasta poco coherentes. Por ejemplo, para que haya un sistema de seguridad social universal, solidario y con las garantías efectivas, será necesario un quorum de dos tercios y, consecuentemente, bastará sólo un tercio para eliminar su consagración constitucional y hacer prevalecer el actual sistema de AFP.

Con todo, si quienes desean mantener un sistema de pensiones con AFP no logran reunir un quorum de dos tercios para aprobar la continuidad de las bases constitucionales que actualmente fundan el sistema de seguridad social, tendremos una laguna constitucional en materia de seguridad social. Ello conduciría a una paradoja, una situación exentica jurídica y políticamente

indeseable; que no hay sistema de seguridad social adecuadamente orientado desde la Constitución, al mismo tiempo, la continuidad del sistema de AFP mediante el DL 3500 y 3501. ¿Qué ocurrirá? No habrá norma que sea capaz de orientar en concreto al sistema de seguridad social y en general, la Constitución Política se encaminará solo a contener normas muy generales que, en principio, deberán abordarse en la ley, cuyo quorum es menor pero cuyos alcances serán igualmente inciertos por la falta de guía constitucional. Se generará así incertidumbre y una inestabilidad expresada en que durante un gobierno cualquiera, habrá un tipo de política pública y durante otro gobierno, habrá otra política pública. Esto corroe los derechos y genera incertidumbre, algo totalmente indeseable y permite anticipar inestabilidad.

Por otra parte, no se va a entender cómo, para la aprobación de las normas, 55 votos en contra y 100 a favor pueda significar que no se haga lo que una mayoría ha planteado. Es poco democrático que 55 pueda más que 100 y enerva el sentido de las mayorías, además de ser totalmente inexplicable. ¿Cómo se va a explicar que, en cualquier votación significativa, insistentemente la minoría anule una amplia mayoría? La consideración fundamental debiera ser democrática y no es democrático que una minoría tiranice una mayoría.

Por otra parte, constituye una falsedad que un quorum de dos tercios sea la fuente y origen de la generación de grandes acuerdos. ¿Cómo pueden ser normas expresivas de grandes acuerdos aquellas cuyos rasgos sean la vaguedad y generalidad, carentes de contenido apoyadas por una minoría? ¿Y desde cuando son los dos tercios la única o mejor expresión de acuerdo? Nuestra experiencia con los dos tercios ha sido una imposición minoritaria que terminó por agotar el sistema institucional y democrático, como evidencia la crisis política y social actual. Es más expresivo de un boicot constitucional que la semilla para crear grandes acuerdos.

El ex Presidente de Colombia, Ernesto Samper, durante una visita a Chile en marzo de este año, criticó este quórum. Afirmó "el quórum de dos tercios es la negación de lo que debiera ser la Constituyente, en la cual debe primar la figura de la mitad más uno."¹ Recordemos que, en el caso colombiano, se hizo una nueva Constitución mediante una Asamblea Constituyente en 1991 en una situación política muy compleja y tensa. El mismo ex Presidente Samper lo decía: "En Colombia estábamos pasando por un período muy difícil: era la época del narcoterrorismo, el país estaba muy azotado por el conflicto armado,

1

<http://revistadefrente.cl/ernesto-samper-se-refiere-al-proceso-de-cambio-constitucional-en-chile-y-critica-el-quorum-de-dos-tercios/>

se necesitaban abrir espacios, abrir ventanas y acababan de asesinar a un gran dirigente joven que aparentemente iba a ser Presidente, Luis Carlos Galán [entre otros tantos asesinatos políticos, incluyendo otras 2 candidaturas presidenciales de izquierdas: Bernardo Jaramillo, y Carlos Pizarro]. En ese momento se vio que la Constitución estaba estrecha para lo que se estaba viviendo como efervescencia social.”²

Así y todo, Colombia tuvo un quorum de mayoría absoluta y una Asamblea Constituyente, sin complejos.

Ecuador, en el año 2008, también definió su quorum como de mayoría absoluta. Portugal en el año 1976, fue mayoría absoluta. En cambio, Uganda, tuvo un quorum de 2/3, al igual que Camboya. Túnez tuvo un sistema mixto con mayoría absoluta por cada artículo y 2/3 por texto completo.³

Es interesante observar, en el propio informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, ya referenciado, que se puede relacionar tiempos de duración del órgano constituyente con el quorum. Es así como Bolivia, que también tuvo un quorum de 2/3, tardó mas de un año, Sudáfrica, dos años y Uganda 17 meses. En cambio, países con mayoría absoluta, como Colombia, tomaron 5 meses para concluir su trabajo y Portugal, 10 meses. Para quienes argumentan como relevante el costo económico del órgano constituyente, es de suyo evidente que un órgano que tenga un quórum de 2/3 puede tardar mas que uno de mayoría absoluta. Es igualmente relevante señalar que los quórum de 2/3, no propician acuerdos, no generan negociaciones; el quorum de 2/3 genera el incentivo de crear un tercio para obstaculizar al otro, con ello, se frustra la convivencia y la negociación dado que las partes no se ven confrontados a llegar a acuerdos mayoritarios.

En virtud de lo anterior, los firmantes creemos firmemente **en la democracia como modo de arribar a acuerdos de convivencia que constituyan la base de un pacto social serio, legítimo, respetado por todas las partes** y no en un precario y frágil pacto como será con un quorum de dos tercios de aprobación.

Un último razonamiento lo constituye la equivalencia de constituciones y que ambas, actual y futura, son soberanas. Puesto en simple, no se puede

² idem

³ **Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo** “Mecanismos de cambio constitucional en el mundo” Análisis desde la experiencia comparada. Primera Edición: Septiembre 2015 ISBN: 978-956-7469-62-8 p.53

pretender desconocer la potestad constituyente del pueblo de crearse una Constitución y pretender otorgar supremacía a una Constitución ilegítima de 1980. ¿Por qué no podemos referenciar la nueva Constitución con la, mucho mas legítima Carta Fundamental de 1925? Todas las Constituciones son igual de soberanas y son ineficaces a la hora de tutelar la potestad constituyente dado que por encima de ellas, está el único titular conocido de la potestad constituyente, que es el pueblo.

Conviene recordar aquella famosa primera frase de la **Constitución de Estados Unidos** "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar la Unión mas perfecta, establecer justicia, afirmar la tranquilidad interior...estatuimos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América." Es así como el pueblo precede a la Constitución y es superior a la misma. En consecuencia, cuando un proceso constitucional busca dirimir las reglas de funcionamiento basándose en reglas vigentes, no puede al mismo tiempo, como lo hace el procedimiento actualmente contenida en el capítulo XV de la Constitución, desconocer la soberanía del pueblo. Cuando lo hace, no le ofrece al titular de la potestad constituyente mas alternativa que desconocer lo que se acordó previamente. La Constitución puede regular lo que quiera del futuro procedimiento, pero como no está por encima del pueblo ni tampoco del órgano con potestad constituyente, no puede limitar ni menos prohibir el ejercicio de su potestad.

Si la Constitución actual hubiese establecido el quórum de dos tercios junto con reconocer la soberanía del pueblo, no habría mayor inconveniente, sin embargo, establece un alto quorum y le impide al órgano constituyente modificarlo.

¿Cuál es nuestro lugar entonces? Nuestro rol, como legisladores es facilitar y no obstaculizar el trabajo del futuro órgano constituyente, cuya potestad será superior a la del propio congreso. Si el órgano constituyente quiere tomar decisiones por mayoría absoluta, tres quintos, cuatro séptimos, dos tercios o, al contrario, por unanimidad, es resorte y decisión de ese órgano. Lo importante es que sea de forma democrática, participativa e institucional y el mínimo es mayoría absoluta de los miembros en ejercicio.

OTROS TEMAS

I. La segunda oportunidad y la renovación del mandato

Es así como en el último inciso del artículo 142, referente al resultado contrario a la aprobación de la propuesta de nueva Constitución, se establece lo

siguiente: "Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazado, continuará la presente Constitución." Tal hipótesis, la continuidad de la Constitución actual, choca con el mandato de crear una nueva Constitución, debiendo, en realidad, la Convención proseguir con su tarea y retomar la redacción de una nueva Constitución.

Este desconocimiento al resultado del apruebo en el plebiscito de este 25 de octubre es sumamente grave. La interpretación correcta de un resultado adverso el plebiscito regulado en el artículo 142 no es que el pueblo quiera volver a la Constitución de 1980 sino que no comparte la propuesta que fue puesto en votación en ese plebiscito. Cualquier otra interpretación dista de una lectura lógica y racional de lo que sometido a votación y, repetimos, desconoce el mandato de crear una nueva Constitución votado con una amplia mayoría el 25 de octubre.

Tal como se ha sostenido, nos encontramos ante un proceso político mediante el cual se ha abierto la convocatoria a la potestad constituyente del pueblo a través la creación de una nueva Carta Fundamental, siendo una exigencia mínima que dicho proceso garantice su concreción y legitimidad.

En tal sentido, hacer pervivir la Constitución Política del 1980 no se condice con lo anterior, toda vez que se pretende la creación de una nueva Carta Fundamental nacida exclusivamente desde el legítimo sujeto del poder constituyente sin sujeción a la actual Constitución.

- II. **En relación a los tratados internacionales**, el texto constitucional reformado dispone en el artículo 135 último inciso, que "El texto de la Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"

Es curioso lo dispuesto en este artículo en materia de vigencia de los Tratados a la luz de lo establecido en la Parte V, sección primera N°42 inciso segundo de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, que señala "La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado."

Los mismos Tratados establecen el modo en que se puede denunciar o retirar de un Tratado. En este sentido, mal podrían los órganos constituyentes

denunciar a un Tratado y la prevención de la disposición constitucional resulta un tanto, repetimos, curiosa. Sin embargo, pese a que son los Estados lo que pueden suscribir y denunciar a Tratados, eso no limita al órgano constituyente en cuanto a las disposiciones, principios y textos constitucionales que puede elaborar en relación y en ejercicio de su propia autodeterminación en representación de los pueblos. Es así como el único verdadero límite en materia de Tratados Internacionales y su vigencia y acción, como límite a la potestad constituyente, son aquellos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. El apego a estos tratados de derechos humanos es un reconocido límite a la hoja en blanco, no así los tratados comerciales bilaterales o multilaterales.

Es así como si un Estado decide abandonar un Tratado, lo puede hacer en las condiciones que dicho instrumento dispone. ¿Qué puede hacer la Convención? El órgano constituyente puede decidir que su política exterior se dirija en favor, por ejemplo, de la paz, la auto determinación, la reciprocidad y/o la cooperación. También puede ser que se defina como prioritario la importancia de propender hacia la soberanía alimentaria, proteger el agua potable o incluso, puede modificar las reglas de administración y propiedad sobre sus recursos naturales. Eso puede tener por resultado, revisar tratados, lo cual es totalmente legítimo.

¿Acaso no tiene derecho un órgano soberano a definir soberanamente las directrices generales por dónde pretende hacer transitar su desarrollo?

En consecuencia, la mención correspondiente y apropiada, tratándose de los instrumentos internacionales, sería el apego irrestricto a aquellos tratados existentes en materia de derechos humanos. En lo demás, reconociendo que no se puede decretar la denuncia a los Tratados, el órgano constituyente sí puede definir reglas para la suscripción de Tratados o su permanencia en ellos y en general definir principios generales de política exterior e inserción internacional que pueden redundar en la revisión o denuncia de tratados internacionales.

- III. **En relación al procedimiento de reclamación** contenido en el artículo 136, creemos conveniente indicar, en primer lugar, que la reclamación es un procedimiento totalmente pertinente y necesario. En este sentido, el texto constitucional efectivamente debe disponer que ha de existir un procedimiento de reclamación para la eventualidad de infracciones procedimentales. Tales infracciones deben ser previstas tanto la normativa constitucional como en la reglamentaria aprobada por el órgano constituyente. Se configura de este modo, el derecho a reclamar sobre la

base de resolver contiendas derivadas de los más diversos problemas que pueden surgir. No, obstante, y en segundo lugar, este procedimiento debe considerar el tipo de problema a reclamar y la competencia de él o los órganos que se harán cargo de dilucidar el reclamo sometido a su conocimiento. En tal sentido, el procedimiento y el órgano ante el cual se establece el reclamo, deben quedar radicado al Reglamento y quedar de este modo consignado en el texto constitucional.

El problema de anticipar esta situación, como lo hace el texto constitucional actualmente vigente, no consiste en prever un mecanismo y dejar aclarado el modo de reclamar sino mas bien en ciertos rasgos que detenta la redacción del artículo 136. El primero de ellos consiste en que las reglas de procedimiento están en elaboración y los motivos de reclamo no están claros. El texto constitucional solo fija el requisito, una presentación de un cuarto de los constituyentes, mas no expresa el motivo. Es decir, los motivos de reclamo deben quedar clarificados dado que esta expresión genérica es demasiado amplio y el requisito de un cuarto de los miembros (posiblemente 39), podría ser un elemento disociador para cosas mas pedestres. En segundo lugar, ¿con qué reglas se va a resolver el reclamo? Según lo dispuesto en el inciso cinco, será un auto acordado de la Corte Suprema el que fija el procedimiento. Conviene, a nuestro modo de ver, que sea el Reglamento del órgano constituyente el que regule un procedimiento de reclamo. Quizás, sobre esa base, sea la Corte la que resuelva, quizás, no. No se trata tampoco de menoscabar sus atribuciones, toda vez que en materia de procedimiento constituyente, no las tiene. Se relaciona mas bien, con que la primera instancia de reclamación debe ser el propio órgano constituyente y luego, otro órgano que, idealmente, lo defina la Convención.

En suma, el órgano propuesto en el actual artículo traslada el poder de decisión sobre reclamos y controversias a un órgano ajeno a la Convención y que, además, es carente de representación democrática. Lo anterior, establece una tutela a la soberanía popular, fragilizando el poder, el mandato y la representación al órgano constituyente.

IV. Régimen de Transición

El texto que emanará de la Convención será un texto que fijará la nueva estructura del estado, sus órganos y mecanismos. Así mismo, establecerá garantías, derechos y deberes. La nueva carta fundamental será fruto, por primera vez, del ejercicio pleno de la autodeterminación y la soberanía popular del pueblo de Chile mediante la elección democrática por votación popular de

sus convencionales. Por ende, se espera que la nueva Carta Fundamental posea una valoración y legitimidad a diferencia de la concebida en dictadura.

Por disposición del legislador, la eventual entrada en vigor de la nueva Constitución será contemporánea a la sobrevivencia de un Ejecutivo y un órgano Legislativo (Congreso Nacional Bicameral), cuya conformación, composición, procedimientos y elección responderán a los principios y reglas establecidas en la Constitución de 1980. Lo anterior, supone una contradicción al valor normativo del trabajo de la Convención, un riesgo que lacera el derecho a la autodeterminación y podría lesionar, en el corto y mediano plazo, el resultado del mandato a los convencionales. Por tanto, se hace necesario que la Convención establezca un **Régimen de Transición** en el que se pueda disponer de disposiciones especiales transitorias y se posea la atribución de restringir las facultades de los viejos órganos ejecutivo y legislativo en materia de proyectos de reforma constitucional.

El establecimiento de normas de transición no es un asunto desconocido a nivel comparado. Caso significativo es el de Ecuador que, tras aprobarse su Constitución en referéndum en octubre de 2008, se hicieron elecciones generales en abril del 2009. En ellas, se eligieron las autoridades dispuestas en la Constitución nueva y entre tanto, rigió el régimen de transición.

- V. **El voto de los chilenos y chilenas en el exterior** quedó consagrado en el texto constitucional de la Ley N°21.200. Sin embargo, ha habido mucho interés en crear la posibilidad de contar con personas electas para el órgano constituyente que sean electos por los votantes en el exterior. Al respecto, caben hacer algunas consideraciones.

La primera de ellas es que no se justifican escaños para votantes en el exterior como una especie de cupos reservados como tampoco que sea un número proporcional a su cuantía, como ocurre con pueblos indígenas, por cuanto no se trata de cosmovisiones distintas ni de factores de inclusión. La visión que sostiene esta posibilidad de que existan personas que sean electas por los chilenos en el exterior se relaciona con la visibilidad de la dimensión extra fronteras del pueblo.

Por otra parte, si bien es cierto que quienes residen en el exterior ya pueden votar por los miembros de la Convención es importante considerar que quienes sean electos al órgano constituyente como convencionales del exterior, no representan al exterior, más bien representan al pueblo por cuanto los miembros de la Convención no son representantes tradicionales como parlamentarios o concejales, sino representantes de una visión de país. En ese

entendido, otorgar la posibilidad de votar por chilenos que residen en el exterior, los habilita para opinar sobre el Ministerio Público, el derecho a la educación, el modelo de desarrollo, etc. Y podrían ser un aporte toda vez que, al residir en otros países, están familiarizados con otros modos, culturas y abordajes. Contar con ciudadanos y ciudadanas en el órgano constituyente, sería un activo importante para el debate constitucional y sin dudas un elemento que enriquece el debate.

VI. Un proceso no tutelado

El proceso constituyente tendrá por resultado una nueva Constitución, el surgimiento de un nuevo marco regulatorio entre “gobernantes” y “gobernados” que establecerá un conjunto de instituciones, derechos y medios para abordar y resolver conflictos. Nos construirá como unidad, así sea incluso un Estado federal, y nos encaminará como sociedad. Es el momento y periodo de ejercicio real, generalmente escaso del punto de vista de su ocurrencia histórica, de la soberanía por parte de su titular, es decir, el pueblo, aunque algunos le niegan esa condición.

Dicho en otros términos, será el periodo de tiempo, y por vez primera en Chile, en que los gobernados podrán establecer como quieren ser gobernados. Después, funcionará la democracia, del tipo que se decida. Es, entonces, el periodo de tiempo en que la afirmación de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, se transforma en una realidad. No hay prácticamente otro momento en la vida de una persona, en que dicha frase sea tan tangible como el periodo en que se redacta una Constitución.

Conviene recordar que el poder del pueblo soberano es esencialmente constituyente y no de poder constituido. Es así como se inicia la Constitución de Estados Unidos con la famosa frase “*We the people*”, “Nosotros el pueblo” de la cual se deriva que la legitimidad del poder constituido proviene del pueblo y el ejercicio de su soberanía. Podría parecer un tanto paradójico que los firmantes se explayan en doctrina constitucionales propias de constitucionalismo estadounidense, sin embargo, allí se encuentra el origen de estas visiones.

En línea con lo anterior, es necesario señalar que la potestad constituyente no requiere reconocimiento jurídico institucional en tanto es un poder latente. Opera y existe de forma enteramente autónoma. El cómo se concretiza y ejerce, es objeto de debate, en cambio, su existencia y preeminencia, no.

Ser res non verba. La Asamblea Constituyente, o como al final se llame, expresa ese poder. En Chile, tendremos la opción de Convención Constitucional que detenta los rasgos básicos de una Asamblea Constituyente: i) ejercer la potestad constituyente y redactar una nueva Constitución; ii) escribir la nueva Carta sobre una hoja en blanco, que implica básicamente que la norma anterior no opera de manera supletoria y iii) sus integrantes sean electos por el pueblo.

En esta opción de Convención Constitucional, seremos pioneros en un ingrediente adicional muy relevante; la paridad de género.

Ahora bien, así como el órgano constituyente ejerce plenos poderes, conviene afirmar que no tiene autoridad sobre la Constitución anterior. El soberano que aprobó la anterior Carta no puede ser desestimado por el soberano que aprobará la nueva Constitución. Razón por la cual sería improcedente que un órgano constituyente electo para crear una nueva Constitución se involucrara en limitar el ejercicio de las autoridades de la anterior Carta. Ese límite está bien dibujado en el texto actual.

Sin embargo, el otro lado de esa ecuación, no tanto. Es así como algunos, no todos, han puesto en duda el derecho de la Convención de decidir las normas constitucionales que serán puestas a la votación plebiscitaria del pueblo y han planteado, en abierta contravención a lo dispuesto por el texto constitucional y el acuerdo del 15 de noviembre del 2019, limitaciones a ese derecho. Tales planteamientos provienen de un pequeño sector de quienes suscribieron ese mismo acuerdo.

Persiguen que las normas sean sometidas a alguna especie de control de constitucionalidad. Es por ello, para evitar interpretaciones erróneas o bizarras de texto constitucional y de la doctrina, que los firmantes estiman relevante explicitar la relación nítida, clara e inapelable entre lo que despacha la Convención y lo que se somete al plebiscito dispuesto en el artículo 142. Es decir, ha de existir intangibilidad de lo acordado por la Convención y exactitud entre lo que se despacha y aquello que el pueblo vota soberanamente.

Para resguardar errores de tipo formal, podría crearse una instancia revisora integrada, por ejemplo, por destacados profesores de idioma y/o especialistas gramaticales.

Ahora bien, respecto de temas de fondo, podría anticiparse por parte de la Convención, una instancia planificada, institucionalizada, democrática y participativa cuya realización sea posterior al vencimiento del régimen de

transición, a efecto de abordar cambios constitucionales necesarios para el evento de suplir algunas falencias o debates no resueltos. Sin embargo, sería impropio que se revisará la constitucionalidad de las normas despachadas por quien detenta la potestad constituyente desde o por parte de institución u órgano alguno de la Constitución de 1980. Sería una alteración de la hoja en blanco.

Conviene, por último, plantear una pregunta: ¿Alguien tiene el control de constitucionalidad de lo aprobado por un órgano constituyente?

Al respecto, una primera respuesta es despejar quién no detenta ese control.

El Tribunal Constitucional no tiene la competencia porque la actual Constitución no se las ha dado y las normas allí fijadas, siendo de derecho público, son de cumplimiento estricto. Tampoco pudo habérselas dado por cuanto la Constitución pinochetista jamás se planteó la posibilidad de ser reemplazada. De ello fluye que la competencia del TC se limita solo a aquello que le corresponde a la potestad del constituyente de 1980 y no opera fuera de esa frontera.

Al respecto, el propio TC ya se ha pronunciado. En la causa Rol N° 272 conocido por el requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resolviera la inhabilidad de Augusto Pinochet Ugarte para desempeñar el cargo de senador vitalicio, en virtud del art. 82° N° 11 de la Constitución, el TC, en fallo de 18 de marzo de 1998 afirmó:

“10°. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª Edic. tomo 3, pág. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico

fundamental, estableciendo los "poderes constituidos" fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;

11º. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma;

12º. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4º y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, **ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario.**⁴

Los firmantes de este proyecto de ley afirman que es de suyo evidente que la incorporación del actual capítulo XV de la Constitución no formó parte de la voluntad del constituyente de 1980 que nunca concibió que esta Constitución fuera a ser reemplazada. Su incorporación se debe a que el derecho del pueblo de darse una Constitución, es un derecho latente y su desconocimiento no equivale a inexistencia y que la constitución actual no hizo más, y no puede hacer más, que establecer las bases y preceptos generales que den forma institucional a la realización de un proceso de creación de nueva constitución que es esencialmente, un proceso constituyente, no constitucional.

La intención de perpetuar la Constitución de 1980 y sus reglas o de extender competencias o ejercer atribuciones no otorgadas es nula e ilegítima. De modo que debe existir una abstención prudente, ecuaníme y respetuosamente mutua entre poder naciente y poder que desaparece.

En opinión nuestra, la revisión que compete realizar al texto constitucional solo es de forma y podría realizarla desde la secretaría técnica con apoyo de expertos en idiomas e incluso con organismos internacionales, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, que han colaborado con anterioridad con nuestro país.

VII. La participación como expresión del poder soberano

⁴ <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=346>

La función de representación de la ciudadanía de los y las delegadas convencionales, no se limita únicamente a opinar y votar las normas constitucionales debatidas por la Convención. Es así como resulta necesario despejar los alcances de las funciones constituyentes, tanto para los convencionales como del órgano convencional como tal.

La participación de la ciudadanía es condición necesaria para la construcción de una propuesta constitucional y en este sentido, conviene aclarar inmediatamente que no se trata de sumar opiniones individuales o despejar posiciones corporativas por buena voluntad de los y las delegados constituyentes. La participación ciudadana es necesaria por cuanto el proceso constituyente es un proceso de construcción de síntesis del denominado "pacto de convivencia".

Puesto de otro modo, la participación no se sostiene solo en el derecho de participar de los convencionales o de los ciudadanos en si mismo, que de todos modos, debe ser consagrado. Se sostiene en el reconocimiento de la necesidad de incorporar visiones de sociedad como medio para fortalecer la legitimidad del pacto político-social que yace en la base del proceso constituyente. No se trata solo de escuchar, se trata de intercambiar.

La participación es un acto de ejercicio de soberanía.

Lo anterior explica el sentido de la participación como una fuente de vinculación del proceso constituyente que permite recoger los desafíos, intereses, perspectivas y contenidos de aquello que es propio a las actividades de las diversas organizaciones y organismos vivos de la sociedad, enriqueciendo la expresión ciudadana en la Constitución (aportando legitimidad). Por otra parte, profundiza el alcance del respaldo ciudadano a la creación de nueva Constitución y reafirma el mandato del 25 de octubre del 2020 como un ejercicio continuo de soberanía y no un evento electoral como acto único y separado posteriormente del quehacer constituyente.

Para conocer la opinión de la ciudadanía, se podría abordar tres líneas en general.

- 1) Reconocer que el proceso de cambio constitucional deberá consagrar la participación como un derecho de ejercicio continuo y que la Convención debe expresarla contando con una unidad técnica que evalúe, proponga y desarrolle la participación.
- 2) Impulsar y apoyar iniciativas territoriales y organizacionales de debate constitucional.
- 3) Crear iniciativas comunicacionales propias del proceso constituyente, como programas radiales o publicaciones escritas, como la Gaceta constitucional de Colombia. En este sentido también, apoyar iniciativas comunicacionales de la sociedad civil y medios de comunicación al tenor

de lo propuesto en el número IV de estos antecedentes del punto de vista financiero, es clave.

De lo anterior se podría identificar entonces instancias de tipo institucional, comunicacional y territorial/organizacional. Igualmente, para refirmar la vinculación entre delegados convencionales y la ciudadanía, es importante añadir una rendición de cuentas de los convencionales del punto de vista político, como una especie de *accountability*. Deberá, así mismo, existir transparencia en el ejercicio de la función constituyente y los convencionales estar regidos por las normas que la aseguran.

IDEA MATRIZ

Consiste en expresar en toda su plenitud, el rasgo democrático y representativo del órgano constituyente. Consiste, asimismo, en ajustar el plazo de funcionamiento de la Convención, optimizar la expresión de la hoja en blanco, posibilitar a los chilenos en el exterior que puedan ser electos. Persigue reconocer el derecho a participar del proceso constituyente y asegurar el ejercicio de este derecho a plenitud. Por último, la iniciativa crea un régimen de transición para proteger la nueva Constitución de cambios en su naturaleza eventualmente promovidos por la institucionalidad creada por la Constitución de 1980 en tanto se eligen las autoridades que la Constitución nueva dispone, así como otras cosas relativas al potenciamiento del ejercicio de la potestad constituyente originaria.

POR TANTO, en virtud de todo lo expuesto, las diputadas y los diputados firmantes convenimos en presentar el siguiente:

Proyecto de reforma constitucional

ARTÍCULO PRIMERO: Reemplácese el texto del artículo 133 inciso tercero, por la siguiente oración:

“Por el mismo quórum, deberá aprobar el Reglamento de funcionamiento y votaciones. La determinación del quorum de aprobación de las normas se hará de forma pública, transparente y democrática y será resuelta por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la Convención y en una votación citada para ese exclusivo propósito.”.

ARTÍCULO SEGUNDO: Para agregar al final del inciso primero del artículo 135, pasando su punto final a ser punto seguido, lo siguiente:

“Del mismo modo, ni el Tribunal Constitucional ni ningún otro órgano o autoridad establecida en esta Constitución, podrá intervenir ni ejercer función o atribución alguna en relación a la Convención.”.

ARTÍCULO TERCERO: Para realizar los siguientes cambios al artículo 136:

1) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

“Para conocer de las reclamaciones, la Convención deberá establecer un Comité de Reclamación, determinando su composición y el procedimiento para el conocimiento y resolución de las mismas.”.

2) Deróguese el inciso tercero.

3) Suprímase el inciso quinto.

4) Reemplázase en el inciso sexto, que pasa a ser cuarto, la palabra “sentencia” por “resolución.”.

5) Modificar el inciso sexto, que pasa ser cuarto, en orden a reemplazar la oración “solo podrá anular el acto.” por “deberá pronunciarse sobre la forma y el fondo.”.

ARTÍCULO CUARTO: Para realizar los siguientes cambios al artículo 137:

1) Para reemplazar, en el inciso primero “su instalación” por “la aprobación del Reglamento”.

ARTÍCULO QUINTO: Para realizar los siguientes cambios al artículo 138:

1) Al inciso primero:

- a. Intercálese en el inciso primero, entre las palabras “establecer” y “disposiciones”, la frase “un régimen de transición con”.
- b. Reemplazase en el inciso primero, la primera mención “de” por la expresión “para la”.

De esta forma, el inciso queda como sigue:

“La Convención podrá establecer un régimen de transición con disposiciones especiales para la entrada en vigencia de las normas o capítulos de la nueva Constitución.”

2) Incorpórese el siguiente inciso tercero nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto:

“No obstante lo anterior, la Convención podrá establecer en el régimen de transición disposiciones que limiten la presentación, aprobación, quorum y tramitación, así como las materias a las que se refieran los proyectos de reforma constitucional sobre la nueva Constitución. Tales disposiciones solo tendrán vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución hasta que el órgano legislativo, establecido y electo bajo las normas señaladas en la nueva Constitución, entre en funcionamiento.”.

ARTÍCULO SEXTO: Sustitúyase el art. 139 por el siguiente artículo:

Artículo 139. Del derecho a la participación y transparencia

Las personas tendrán el derecho a participar del proceso constituyente.

La Convención deberá garantizar la participación ciudadana en el proceso de debate constitucional procurando sistematizar, evaluar, ordenar y administrar la vinculación de la Convención y de los convencionales con las personas y en particular con organizaciones de la sociedad civil pudiendo incluso organizar sesiones en terreno.

La participación de la ciudadanía podrá expresarse igualmente a nivel territorial y organizacional a través de eventos o instancias propiciadas por actores sociales y/o municipales, o incluso gobiernos regionales. El Presidente de la República podrá apoyar tales iniciativas mediante programas constituyentes para efectos de asesorar, comunicar, capacitar y organizar tales proyectos.

La participación sustantiva de la ciudadanía se expresará igualmente en los medios de comunicación debiendo éstos contribuir a la información, conocimiento y difusión de los debates en los términos en que los mismos se producen.

Los convencionales deberán rendir cuenta administrativa y pública de su gestión y acción. El Reglamento de la Convención, establecerá la obligatoriedad y periodicidad de la rendición de cuentas así como causales de cesación de los y las convencionales en sus responsabilidades por faltas éticas graves.

La Convención y los y las convencionales, estarán sujetos a los principios de probidad y ejercerán sus funciones con transparencia. La probidad consiste en observar una conducta intachable y desempeñar la función de forma honesta y leal con apego al interés general del pueblo. La transparencia implica permitir y promover el conocimiento y publicidad de los actos y resoluciones que adopten.

La Convención deberá incorporar en su Reglamento, normas que cautelen el acceso público a la información de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 20.285. Señalará asimismo, el organismo encargado de responder las consultas que se formulen y el procedimiento para abordar los reclamos al respecto. Del mismo modo, el Reglamento podrá crear una comisión de ética.

La Convención tendrá un sistema para que sus convencionales declaren sus intereses y una declaración de patrimonio con sanciones por faltas y omisiones. Por otra parte, la Convención podrá crear y normar en su Reglamento, un sistema que aplica la Ley N°20.730 en materia de lobby para efectos de agendar reuniones por parte de gestores de intereses con los convencionales.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Intercálense el siguiente inciso segundo nuevo, en el artículo 141 de la Constitución Política de la República:

“Serán electos, adicionalmente, un ciudadano y una ciudadana residente en el exterior, elegidos por los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentren fuera del país. Para efectos de la calificación de la elección, se entenderá que conforman un solo distrito el conjunto de los países donde existan ciudadanos con derecho a sufragio.”

ARTÍCULO OCTAVO: Para modificar el artículo 142 del siguiente modo.

Eliminar del artículo 142 inciso final, la siguiente frase: “continuará vigente la presente Constitución” y reemplazarla por “volverá la discusión a la Convención, debiendo prorrogarse su funcionamiento por un plazo de seis meses, prorrogables por seis meses más.”.