

NUEVA CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE: LA EXPERIENCIA DE “MARCA TU VOTO”¹

Alberto Coddou Mc Manus²

Pablo Contreras³

Diximos que era uno de los derechos del pueblo reformar la constitución del estado. En efecto la constitución debe acomodarse à las actuales circunstancias, y necesidades del pueblo; variándose pues las circunstancias, debe variarse la constitución. No hay ley, no hay costumbre, que deba durar, si de ella puede originarse detrimento, incomodidad, inquietud al cuerpo político. La salud del pueblo es la ley suprema.

Aurora de Chile, 1812

Las constituciones escritas tienen su causa, como todos los hechos. Esta causa puede estar en el espíritu mismo de la sociedad; y la constitución será entonces la expresión, la encarnación de ese espíritu; y puede estar en las ideas, en las pasiones, en los intereses de un partido, de una fracción social y entonces la constitución escrita no representará otra cosa que las ideas, las pasiones, los intereses de un cierto número

¹ Este texto resume algunas de las ideas que presentamos a lo largo de la iniciativa “Marca Tu Voto”. Durante la campaña, tuvimos el apoyo constante de diversos profesores de derecho del país. El imperativo de intervenir en el debate público y la convergencia sobre la necesidad de una nueva Constitución, nos unieron en una reflexión generacional más amplia sobre el derecho y la política. Esperamos que ese diálogo se mantenga en el tiempo. Queremos agradecer, especialmente, a Jaime Bassa, Luis Villavicencio, Alejandra Zúñiga, Domingo Lovera, Matías Guiloff, Constanza Salgado, Diana Maquilón, Christian Viera, Jorge Contesse, Patricia Rada, Flavio Quezada, Eduardo Chia, Ernesto Riffo, Fernando Muñoz, Rodrigo Bustos, Juan Pablo Mañalich y varios más. El texto que aquí se presenta es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad de Chile; Master en Derecho (LL.M.) New York University y estudiante de doctorado (PhD), University College of London; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: alberto.coddou@mail.udpc.cl

³ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado; Master en Derecho (LL.M.) y candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University; Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pacontrv@uahurtado.cl

de hombres que han emprendido organizar el poder público según sus propias inspiraciones.

Andrés Bello, *Constituciones*, 1848

Introducción

En diciembre de 2012, el politólogo Claudio Fuentes publicó una columna titulada “#Marcatuvoto para cambiar la Constitución”⁴, en que se explicaba la posibilidad de participación y expresión ciudadana que ofrecía una interpretación literal de algunas de las reglas de la Ley 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios. En concreto, la columna tomaba el ejemplo del caso colombiano de la “séptima papeleta” (1991) para proponer una suerte de consulta ciudadana a través de una interpretación literal de reglas sobre el proceso electoral chileno. De acuerdo a Fuentes, el artículo 71 inciso 5 de la Ley sobre Votaciones Populares tenía una consecuencia normativa muy clara para una campaña que llamara a marcar el voto: los votos que, además de contener una preferencia clara por uno de los candidatos, tuvieran marcas, registros o accidentes, debían escrutarse a favor de las candidaturas⁵. Por otra parte, de acuerdo a la normativa, existe una obligación de los vocales de mesa de dejar constancia o registro de estas “marcas o señas gráficas que se hayan producido en forma accidental o voluntaria”. En efecto, en la legislación electoral chilena, los únicos votos nulos son aquellos que contienen más de una preferencia. La idea del autor era tomar nota de que los votos presidenciales podían ser utilizados como canales de participación política para exigir la creación de un nuevo arreglo constitucional.

La columna tuvo una muy buena acogida en diversos movimientos ciudadanos y redes sociales. A partir de ello, un grupo de ciudadanos decidió comenzar a discutir en serio la propuesta. Desde marzo de 2013, y en base

4 *El Mostrador*, #Marcatuvoto para cambiar la Constitución, 17 de diciembre de 2012.

5 El artículo 71 inciso 5, de la Ley 18.700 enuncia que “se considerarán como marcadas y podrán ser objetadas por vocales y apoderados, las cédulas en que se ha marcado claramente una preferencia, aunque no necesariamente en la forma correcta señalada en el artículo 65, y las que tengan, además de la preferencia, leyendas, otras marcas o señas gráficas que se hayan producido en forma accidental o voluntaria, como también aquellas emitidas con una preferencia pero sin los dobleces correctos. Estas cédulas deberán escrutarse a favor del candidato que indique la preferencia, pero deberá quedar constancia de sus marcas o accidentes en las actas respectivas con indicación de la preferencia que contienen”.

a una reunión semanal, fueron profundizando los detalles de la propuesta y asignando roles y responsabilidades que aprovecharan la gran cantidad de adherentes y voluntarios que estaba comenzando a atraer la campaña. Uno de los primeros debates al interior de la campaña fue resolver el dilema de si llamar a marcar “AC” (asamblea constituyente) o “NC” (nueva constitución). Este fue uno de los temas de fondo más importantes y su resolución por la “AC” despejó el camino para construir una red de voluntarios que fue gradualmente generando una forma de trabajo colaborativa. Lo que comenzó como un llamado de protesta y expresión de un deseo de participación, se fue profesionalizando y desplegando territorialmente a lo largo y ancho del país. A diciembre de 2013, y con ocasión de la primera vuelta de la elección presidencial, la campaña contaba con al menos un representante en cada local de votación. A grandes rasgos, se constituyó una red nacional de voluntarios que trabajaron en diversos frentes, siempre con el apoyo de un equipo técnico.

Una breve cronología de los hitos de la campaña puede ser útil para el lector. En diciembre de 2012 fue publicada la columna de Claudio Fuentes. En mayo de 2013 se realizó el lanzamiento oficial de la campaña en el Centro Cultural Mil Metros Cuadrados. En junio de 2013 se publicó una carta, firmada por 120 profesores de derecho, en la edición dominical del diario *El Mercurio* en que se consignaba el apoyo a las ideas centrales de la campaña. Luego, en julio del mismo año, Juan Emilio Cheyre, entonces presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral, declaró que los votos marcados eran nulos. Entre septiembre y noviembre, el movimiento se reunió con los candidatos presidenciales y parlamentarios. En el período más intenso de la campaña, en octubre, se realizó un amplio despliegue en medios de comunicación masivos; y un despliegue territorial de la campaña con cobertura a nivel nacional, en noviembre y diciembre.

En lo que sigue, nos interesa avanzar algunas reflexiones sobre las cuestiones más importantes que logró levantar esta campaña y su forma de expresión, esto es, el voto de la elección presidencial de noviembre de 2013. El propósito de este artículo es resumir los principales desafíos que debió asumir la campaña y ubicar a “Marca Tu Voto” (en adelante, MtV) en el contexto de un proceso constituyente que, creemos, ya se encuentra en marcha.

Antes de esta reflexión, es importante recordar al lector que fuimos miembros activos de la campaña hasta la segunda vuelta de la elección presidencial del año pasado. Gran parte de las afirmaciones sobre la campaña MtV se derivan de nuestra experiencia personal, y en ningún modo representan la diver-

sidad de experiencias que logró concitar esta acción política. En el contexto de un anuario de derecho público, creemos importante dejar un testimonio de una campaña que buscó, a través de una lectura de las reglas que determinan el funcionamiento del proceso político, levantar una demanda tan relevante como la de una asamblea constituyente.

La estructura del artículo es la siguiente. Primero, se analiza el proceso constituyente y cómo la iniciativa MtV se inserta en ella, propugnando el establecimiento de una asamblea constituyente para la creación de una nueva constitución para Chile. Segundo, se avanza en un concepto de asamblea constituyente como ideal regulativo, con el objeto de orientar la acción política en el proceso constituyente. Luego, se explican algunos de los debates jurídicos que la iniciativa tuvo que sortear. A partir de lo anterior, se propone evaluar la campaña desde una perspectiva amplia y como parte un proceso constituyente que ya está en marcha.

1. El proceso y la asamblea constituyente: El origen de “Marca Tu Voto”

La actual presidenta Michelle Bachelet ha prometido a su electorado una nueva constitución. Para ello, creó una comisión de expertos (todos profesores de derecho público) que discutió el contenido de una propuesta constitucional que incluye, entre otros elementos, un nuevo catálogo de derechos fundamentales y una ampliación de los poderes del parlamento en relación al poder ejecutivo. Casi al final de la propuesta, se mencionan tres criterios para el proceso de creación de una nueva constitución: democrático, institucional y participativo⁶. Así, la propuesta constitucional de la presidenta socialista descansa casi en su totalidad en cuestiones sustantivas (el contenido de la nueva

6 El Programa de Gobierno de Michelle Bachelet otorga contenido a estas características al señalar que: “La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”. Chile de Todos, Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, 2014-2018, p. 35.

constitución), dejando un pequeño espacio para la presentación de su postura con respecto al proceso de creación de ella. En cuanto a lo primero, parece pertinente que, ante la discusión de las reglas que van a regir nuestra convivencia democrática, cada uno de nosotros, ya sea a través de partidos políticos, movimientos u otro tipo de asociaciones, llevemos nuestras propias visiones de mundo. En otras palabras, es normal que en discusiones sustantivas, como aquellas que implican cuestiones morales, entremos en un diálogo con nuestros conciudadanos con una carga previa de visiones de mundo, de respuestas a preguntas morales complejas, y una serie de prejuicios o formas de vida que cada uno ha forjado en su historia personal o colectiva. Sin embargo, lo que parece alejado de la agenda pública es *la discusión de las reglas que permitirán que ese diálogo se desarrolle de manera informada, respetuosa, abierta, con un resultado que genere la lealtad y aceptación de los participantes*. En este contexto, la iniciativa ciudadana MtV ha sido la excepción. Con poco presupuesto y en base a una plataforma nacional de voluntarios, esta iniciativa logró forjar un debate acerca de las reglas que van a determinar el desarrollo de este diálogo ciudadano.

La iniciativa ciudadana MtV nació como un intento de devolverle legitimidad a la discusión de cuestiones políticas. Su motivación más profunda era la resignificación política del sufragio. En efecto, la utilización de reglas electorales para expresar el deseo de tomar parte en el proceso de creación de un nuevo acuerdo fundamental, fue vista como una oportunidad de reencantar a la gente con las vicisitudes del proceso político. En un contexto de baja participación y de graves déficits de representatividad, la iniciativa se ofreció como una posibilidad de que el electorado vibrara con la discusión de cuestiones políticas de largo plazo que importan a todos y no solo como expresión de preferencias partisanas⁷. MtV comenzó a articularse en torno a ideas que regulan el funcionamiento del proceso político. Si bien se empezó a trabajar desde un diagnóstico compartido en torno a la necesidad de reformar y mejorar el contenido de leyes e instituciones, los miembros fundadores de MtV se dieron cuenta de que la única posibilidad de atraer personas de diferentes sectores políticos, culturales e ideológicos era ofrecer una invitación abierta a discutir democráticamente las bases de un nuevo arreglo constitucional. Por ello, desde principios de 2013, cuando se inició la articulación de una secreta-

7 Véanse, por ejemplo, las explicaciones y cifras que presenta el informe "Auditoría a la democracia" del Área de Gobernabilidad del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cap. 2.2., p. 227 y ss.

ría o coordinación ejecutiva a cargo de la iniciativa, la consigna fue siempre la misma: “no debemos perder de vista que la invitación a una asamblea constituyente debe cuidarse de no tener el borrador de la constitución escrito bajo el brazo”. La campaña asumió, desde un inicio, que el gran error de varios llamados que en el pasado intentaron convocar a una asamblea constituyente fue amarrar dicha invitación a los contenidos precisos de una nueva constitución. La invitación principal de MtV era a discutir cuáles podrían ser los principios, criterios y reglas que nos permitieran elaborar un arreglo constitucional para nuestra generación. Por ello, al adoptar un nombre para la campaña, los miembros optaron por utilizar el lema “Marca Tu Voto con las siglas AC (asamblea constituyente)” en vez de “Marca Tu Voto con las siglas NC (nueva constitución)”.

2. El concepto de asamblea (o convención) constituyente

La asamblea constituyente (en adelante, AC) es un concepto elusivo, pero que suele tener una carga semántica positiva, al menos entre quienes comparten los ideales propuestos por una teoría política democrática. Provisionalmente, se puede definir una AC como un grupo de representantes elegidos democrática y directamente por los ciudadanos cuya única tarea es la confección de un nuevo texto constitucional a ser ratificado por el pueblo a través de un plebiscito. Entre sus características, se suele incluir la necesidad de autodisolución una vez terminada la función para la cual fueron elegidos los representantes.

En principio, parece un contrasentido decirse democrático y no estar a favor de los ideales que se expresan en una AC: consentimiento de los gobernados, participación, deliberación amplia y abierta a todos los afectados por una decisión fundamental, etc. La fórmula de una AC demanda las mayores exigencias democráticas para la elaboración de cambios constitucionales, con lo que se busca incrementar las condiciones de integración y representación política⁸. Por ello, en términos teóricos, es preferible hablar de la AC como un “ideal regulativo”, esto es, como una idea o situación ideal que puede articularse institucionalmente de diversas y múltiples maneras, de modo que el debate público sobre una AC se debiera dar en torno a sus formas particulares de expresión o a su implementación en un determinado contexto⁹. En con-

8 Por todos, Böckenförde, Markus, *A Practical Guide to Constitutional Building*, (IDEA), 2013, pp. 14-15.

9 Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, (Taurus), 1990.

secuencia, la AC es el horizonte de sentido que debe guiar la acción y praxis política del proceso constituyente.

Bajo este marco, por ejemplo, comprendemos el sentido de las críticas del ex precandidato presidencial Andrés Velasco a la idea de hacer una AC bajo el actual marco institucional:

[...] si alguien piensa que el Congreso le va a ceder esa facultad de hacer cambios a una asamblea constituyente, bueno, significa que vamos a tener que esperar muchos años. Yo no quiero esperar muchos años, quiero cambios ahora. Y si el Congreso no los aprueba habrá que hacer política, habrá que levantar la voz, habrá que insistir, habrá que someter a los parlamentarios que se opongan a la voluntad popular en la próxima elección, porque el país ya no aguanta más excusas¹⁰.

Estos argumentos no van dirigidos en contra de la idea misma de AC sino de la oportunidad de su implementación, u obedecen a consideraciones pragmáticas o prudentiales. La crítica de Velasco es usual: una AC no sería necesaria, es muy difícil de concretizar o dificultaría las condiciones para llegar a acuerdos constitucionales básicos. El sentido de este artículo es justamente discutir los modos en que una determinada AC debiera acercarse a este ideal regulativo o situación ideal. El procedimiento para el diseño de una nueva constitución debe ajustarse a criterios normativos en base al ideal regulativo de una AC. La agenda política del actual momento obliga a intentar trazar las líneas en que podría enmarcarse el debate sobre la AC en Chile.

La AC, asumida en tanto ideal regulativo, debe concebirse como un óptimo de condiciones para la creación de una nueva constitución. Dicho óptimo se logra a través de la maximización de los grados de participación y pluralismo, y la minimización del “problema de los incumbentes”. Respecto a lo primero –la dimensión de maximización–, la AC se constituye como un foro de deliberación pública que permite la intervención activa de los ciudadanos. Estos participan no solo en la decisión primaria de crear una nueva constitución a través de una asamblea creada para dicho efecto, sino también en la elección de los delegados constituyentes y en la ratificación del nuevo texto constitucional. En la misma línea, su articulación concreta debe aspirar a la máxima representación de intereses, especialmente de aquellos que han sido

¹⁰ *Emol.cl*, Velasco se desmarca de Bachelet y no apoya una asamblea constituyente, 11 de noviembre 2013.

preteridos por el tradicional sistema político, como las mujeres o los pueblos indígenas¹¹. Respecto a lo segundo –la minimización del problema de los incumbentes–, la AC es una alternativa que permite una deliberación *ad hoc* sobre el problema constitucional sin que quienes se vean directamente beneficiados o perjudicados deban adoptar decisiones con el solo objeto de favorecer sus posiciones estratégicas. Por ejemplo, si un diputado debe resolver sobre adoptar una regla de reelección de dicho cargo, este sabe que la decisión que adopte lo favorecerá o perjudicará directamente en sus intereses. Por ello, al crearse una instancia específica de deliberación constituyente que, además, cuenta con una serie de inhabilidades particulares dirigidas a atacar este dilema, se minimiza el problema de los incumbentes. Así, la AC constituye la forma y el proceso a partir de la cual se pueden superar los denominados enclaves autoritarios o “cerrojos constitucionales” que, en la actualidad, impiden la agencia política del pueblo¹². Sobre esto volveremos más abajo.

Además de un ideal regulativo, cuestión que la hace un objeto de estudio difícil para una ciencia política comparativa o puramente descriptiva, la AC, en términos normativos, puede caracterizarse como *la última etapa de un proceso amplio de participación ciudadana*. La elaboración de reglas constitucionales básicas demanda no solo el diseño de instituciones especiales para tal efecto, sino también un proceso de politización que acompañe la deliberación en torno a tales reglas. Se trata de un fortalecimiento de la sociedad civil y de su intervención en la esfera pública informal¹³. En otras palabras, la idea de una AC no se puede entender separada de un proceso político (que algunos prefieren llamar “proceso constituyente”). Las palabras de Andrés Velasco antes citadas sugieren esto de manera implícita: en las condiciones actuales, sin un adecuado proceso político que garantice ciertas condiciones mínimas del debate, y, más aun, bajo el actual marco institucional, parece absurdo hablar de una AC en Chile. Serán las características de este proceso político las que permitan calificarlo como un proceso democrático que se acerque a la situación ideal que plantean diversos autores inmersos en el debate de la teoría

11 Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, (Oxford University Press), 2000.

12 Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, (Lom ediciones), 2013.

13 Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, (MIT Press), 1992, p. 134 y ss.; Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (Trotta), 1998, p. 384 y ss.

democrática contemporánea¹⁴. Entre las características del proceso político se puede incluir: una participación ciudadana intensa; una movilización de ideas vigorosa; un proceso de articulación de visiones de país a través de diversos movimientos, partidos políticos u otro tipo de asociaciones; una adecuada representación de los grupos desaventajados (que, por regla general, se transforman en minorías políticas una vez constituida la democracia representativa); y una pluralidad de voces capaces de persuadir a quienes interactúan en el dialogo, independientemente del lugar o perspectiva desde los que hablen. Considerando que estas características representan las precondiciones de un proceso político ideal, cuya culminación se materializa en una AC, es importante destacar la articulación institucional de estas características en las “reglas del juego” de los mecanismos institucionales que se utilizan en un proceso constituyente: principalmente, el plebiscito y a la AC.

3. Nueva constitución y asamblea constituyente

La AC constituye la forma más perfecta, en términos democráticos, para que un pueblo se dote de una nueva constitución. La constitución, como norma fundante de la comunidad política, debe responder a una decisión del pueblo, que es el titular de la soberanía según la teoría democrática¹⁵. Una idea tan básica como esta parece lejana a nuestra práctica política, que se ha regido y conducido bajo las normas de una Constitución adoptada bajo una dictadura militar. Ante el desafío de una nueva constitución se debe reconocer que su procedimiento de generación o creación importa no solo consideraciones prácticas, propias de cualquier decisión política, sino también un hecho de definición y autodeterminación política del pueblo. Mientras más nos alejemos del ideal regulativo de la AC, más difícil será concretar este hecho político de constitución de la comunidad política.

Hemos señalado que la presidenta de la República ha definido programáticamente que la nueva constitución debe surgir de un procedimiento “democrático, institucional y participativo”. La acción política, por tanto, deberá concretizar tales criterios. Para la iniciativa MtV, la forma de aterrizar dichos criterios estuvo clara desde el principio: Chile requiere de una AC para dic-

¹⁴ Tierney, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, (Oxford University Press), 2012.

¹⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza), 1982.

tarse una nueva constitución. Esta respuesta se explica por una comprensión, primero, del problema constitucional y, segundo, de la respuesta política que debe darse a dicho problema.

El problema constitucional en Chile está dado por una Constitución impuesta que impide el desarrollo democrático de nuestras reglas e instituciones. Esto responde a dos ejes: la generación antidemocrática de la Constitución de 1980, y su estructura y contenido, que desconfían del pueblo como titular de la soberanía. El denominado “pecado de origen” de la Constitución es conocido y ha sido ampliamente documentado: se refiere a la imposición del texto fundamental por la dictadura militar, bajo condiciones antidemocráticas¹⁶. El segundo eje se conoce en la literatura como “democracia protegida”, el que ha sido reconceptualizado como la Constitución “tramposa”¹⁷. Sobre esto último es necesario detenerse, puesto que impacta en la forma que se puede crear una nueva constitución.

En términos sencillos, la Constitución actual impide que se desarrolle el gobierno democrático a través de tres dispositivos contramayoritarios, cuyo diseño tenía por objeto neutralizar la voluntad popular¹⁸. El primero de ellos son las leyes orgánicas constitucionales, cuyo quórum de aprobación exige el voto conforme de al menos cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 66 de la Constitución). Además, toda ley orgánica constitucional, antes de ser promulgada, debe ser obligatoriamente revisada –en su constitucionalidad– por el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1 de la Constitución). Estas leyes afectan el principio de igualdad política de los ciudadanos y amplían el poder de veto de la minoría, exigiendo un consenso superlativo en materias que no se encuentran en la Constitución misma¹⁹. El segundo de los cerrojos es el sistema binominal, que genera empates en el Congreso Nacional, subsidiando en representación a la derecha política. El sistema binominal no es ni mayoritario ni proporcional y su objeto, tal como lo han declarado algunos de sus partidarios, ha sido procurar una “adecuada representación a la principal ‘minoría’ del país”²⁰. Esta “minoría” es

16 Fuentes, Claudio, *El fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*, (Hueders), 2013.

17 Atria, op. cit.

18 *Redseca.cl*, Muñoz, Fernando, La Constitución de 1980 como un “nunca más” a la Unidad Popular, 9 de septiembre de 2013.

19 Jiménez, Guillermo, Marshall, Pablo y Muñoz, Fernando, “La debilidad de las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho*, Vol. XLI, 2° semestre (PUC), p. 367 y ss.

20 von Baer, Ena, “El sistema binominal: Discusión sobre sus objetivos y efectos”, en *Informe Político LyD*, N° 99, (Libertad y Desarrollo), 2007, p. 3.

la derecha que apoyó y apoya el régimen constitucional vigente, es decir, el sector político que se beneficia directamente de la mantención del status quo y de los cerrojos. El último de estos es la potestad de control preventivo del Tribunal Constitucional. Esta magistratura debe/puede examinar la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso antes que estos sean promulgados como leyes. Como se trata de un control preventivo –esto es, antes que la norma entre en vigencia– no hay una aplicación concreta de la ley que viole la Constitución. Este control, como se sabe, puede ser obligatorio (artículo 93 N° 1 de la Constitución) o a petición de parte (artículo 93 N° 3 de la Constitución). En el primer caso, las leyes orgánicas constitucionales van a ser siempre revisadas por el Tribunal, de manera de preservar el orden legal que fue adoptado bajo dictadura. En el segundo, para todas las demás leyes que no tienen control obligatorio, la minoría política tiene la opción de cuestionar su constitucionalidad (artículo 93 inciso 4° de la Constitución). El diseño de este sistema permite neutralizar la decisión mayoritaria y cancelar la agencia política del pueblo²¹. Las únicas reformas constitucionales posibles son aquellas que (eventualmente) consienta la derecha, toda vez que esta minoría podría obstaculizar cualquier cambio que perjudique sus intereses protegidos en estas normas.

El problema constitucional descrito explica por qué la iniciativa MtV estaba a favor de la creación de una asamblea o convención constituyente. El mecanismo de una AC permitía resolver los déficits de representación, participación y deliberación, y, sobre todo, el “problema de los incumbentes” y el bloqueo de la derecha política a un cambio constitucional genuino. En efecto, al crear una institucionalidad para la generación de una nueva constitución que atienda a resolver los defectos anotados, se lograría redactar una nueva carta fundamental en democracia, sin depender del consentimiento o anuencia de quienes no quieren cambiar la Constitución que se impuso por la dictadura que apoyaron. Por ello, es posible afirmar que la AC es la institución más idónea para crear, de manera democrática y participativa, una nueva constitución.

Ahora bien, se estima que si se resuelven los cerrojos constitucionales se estaría frente a una *nueva constitución*. Así lo ha expresado Fernando Atria:

Si en vez de lograr solo la abolición de un cerrojo ya quemado, esta vez se hace posible la eliminación de los tres cerrojos ya identificados y del

21 Atria, op. cit. p. 45.

metacerrojo, entonces habrá que decir que la Constitución ya no pretende neutralizar la agencia política del pueblo. Es decir, habrá que decir que la forma política del pueblo chileno ha cambiado. *Es importante ser claro en esto: a mi juicio, la abolición de los tres cerrojos y del metacerrojo es una nueva constitución*²².

La idea de nueva constitución de Atria apunta, por tanto, a solucionar los elementos antidemocráticos que no permiten al pueblo chileno autogobernarse. Por ello, sería coherente afirmar que la resolución del problema constitucional sería posible mediante un procedimiento que enfrente los déficits democráticos que impiden al pueblo chileno darse una nueva constitución²³.

4. Marcar el voto: Una protesta pacífica y democrática

Habiendo descrito el conflicto constitucional que subyace a la necesidad de una nueva constitución, es posible explicar el fondo de la acción política que tenía como objetivo la iniciativa MtV. La campaña tuvo que lidiar con desafíos jurídicos y se enmarcó en un diálogo con la ciudadanía sobre la necesidad de una nueva constitución. Para ello, levantó una plataforma comunicacional que operó a través de las redes sociales y en los medios de comunicación tradicionales. Gran parte de la estrategia discursiva se libró en columnas de opinión y en cartas a los directores de los principales periódicos del país.

La iniciativa buscó efectuar una protesta a través del acto de votar. Bajo las reglas electorales vigentes, el voto marcado es un voto válido y, por ello, se invitaba a la ciudadanía a que, junto a votar por un representante, plasmara un llamado a cambiar las reglas constitucionales. Esta protesta era pacífica, se efectuaba a través de un mecanismo democrático –el sufragio– y era legal. Pese a ello, pronto comenzó a suscitar una férrea oposición desde distintos flancos. Uno de los primeros en criticar la iniciativa fue el columnista de *El Mercurio* Gonzalo Rojas, quien sostuvo lo siguiente:

22 *Ibíd.*, p. 55, énfasis añadido.

23 Esta no es la única concepción de “nueva constitución” que se ha manejado en la discusión. Tomás Jordán, por ejemplo, sostiene que, además de la eliminación de los cerrojos, debiese consagrarse un modelo de Estado social de derecho. Por tanto, una nueva constitución debe alterar las reglas de funcionamiento del sistema político pero también los valores del modelo de sociedad que existen en la Constitución de 1980. *Diarioconstitucional.cl*, Jordán, Tomás, ¿De qué hablamos cuando hablamos de una nueva constitución?, 30 de agosto de 2013.

[...] nada más degradante que el llamado de los grafiteros electorales a escribir siglas o mensajes en los votos. Acostumbrados a ensuciar todas las paredes posibles en sus ciudades, proponen ahora que sus electores procedan a demarcar territorio –así lo hacen algunas especies animales y ciertas tribus urbanas– para señalar una tendencia que nada tiene que ver con las opciones impresas. Después comunicarán que sumaron millones y millones de grafitis y que, por lo tanto, los electos en noviembre no valen nada²⁴.

Rojas apuntaba a una degradación del derecho de sufragio. Para nosotros, la iniciativa pretendía todo lo contrario. En una debilitada democracia, el llamado a marcar el voto buscaba dignificarlo como uno de los más importantes actos de comunicación política, la decisión de los asuntos que involucran a la comunidad. El llamado a marcar el voto con el fin de expresar el deseo de convocar a una AC pretendió utilizar una vía institucional, bajo las reglas legales vigentes, para enviar un mensaje a las autoridades públicas expresando el deseo de un gran número de ciudadanos: ejercer el autogobierno colectivo, por primera vez en la historia de Chile, para acordar las principales reglas del juego. En otras palabras, se trataba de recuperar el sentido político del voto para expresar los deseos que tiene Chile de constituirse como pueblo. Por consiguiente, era una acción eminentemente republicana, pacífica y democrática que apelaba a deliberar colectivamente sobre la necesidad de una nueva constitución²⁵. Esta intención de protesta fue siempre transparentada. La acción de marcar el voto no debía –y, jurídicamente, no podía– ser considerada como un plebiscito. En efecto, la marca en el voto no producía ningún efecto vinculante para la autoridad. Sin perjuicio de ello, se movilizó a la ciudadanía, en el marco de las campañas presidenciales, con el objeto de someter a juicio crítico las ofertas políticas respecto de nuestras reglas constitucionales vigentes. Si hubiere de haber un plebiscito, este sería una etapa posterior del proceso constituyente, como se analiza más abajo.

La iniciativa, por otro lado, tuvo que lidiar con insinuaciones que apuntaban al carácter subversivo de marcar el voto para la democracia. Esto fue lo que sugirió Hernán Corral, ex decano de la Facultad de Derecho de la Univer-

24 *Emol.cl*, Rojas, Gonzalo, Voto degradado, 22 de mayo de 2013. Las columnas y cartas que citaremos se encuentran compiladas en el siguiente sitio: <http://www.pcontreras.net/blog/category/marca%20tu%20voto>

25 *Emol.cl*, Por todos Jaime Bassa, ¿Voto degradado?, 24 de mayo de 2013.

sidad Los Andes. Corral entendía que la campaña buscaba efectuar un plebiscito al margen de las reglas constitucionales y legales. Si esto era así, entonces MtV podría estar incurriendo en el ilícito que establece la Constitución en su artículo 19 N° 15²⁶. Corral escribió que

[...] puede sostenerse que la convocatoria, realizada por un conjunto de personas, a un plebiscito o consulta popular, es una conducta que vulnera el orden constitucional y lesiona las bases fundamentales del régimen democrático en vigor. Con ello, cualquier resultado de la campaña “Marca Tu Voto” es nulo de pleno derecho y no carece de cualquier eficacia jurídica. *Incluso cabría preguntarse si la misma incitación a realizar a un plebiscito prohibido no tiene una sanción en el texto constitucional. La respuesta podría ser afirmativa* si se atiende a lo previsto en el art. 19 N° 15 de la Constitución; según el inciso 6° de este número, “son inconstitucionales los partidos, *movimientos u otras formas de organización* cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático único y constitucional” (énfasis añadido). Esta inconstitucionalidad, y la responsabilidad de las personas naturales involucradas, deben ser determinadas por el Tribunal Constitucional²⁷.

Sin embargo, la iniciativa nunca propugnó un plebiscito. No se daba el presupuesto de la tesis que Corral insinuó. Así lo manifestamos varios profesores de derecho, para que no hubiese duda sobre el carácter de la campaña. En respuesta a lo sugerido por Corral, declaramos que nunca se pretendió que el resultado de la campaña resultara jurídicamente vinculante para alguna autoridad²⁸. El propósito siempre fue generar una señal política, ante la ausencia de mecanismos institucionales directos que permitan a la ciudadanía expresar preferencias constitucionales intensas y la falta de atención o voluntad de los representantes ante la necesidad de dotarse de un nuevo texto constitucional. Nunca existieron llamados a la sedición ni a quebrar el orden jurídico

26 En el inciso 6 del citado precepto, se dispone lo siguiente: “La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad”.

27 *Diarioconstitucional.cl*, Corral, Hernán, “Marca Tu Voto”: Una campaña inconstitucional, 19 de junio de 2013, énfasis añadido.

28 *Diarioconstitucional.cl*, Por todos Contesse, Jorge, “Marca Tu Voto” y el destierro constitucional, 22 de junio de 2013.

vigente; tampoco se emplearon mecanismos reñidos con la legalidad. Lo que se buscaba expresar era la preocupación más fundamental que los ciudadanos pueden tener acerca de las normas que los gobiernan. Y, en cualquier caso, es insostenible afirmar que una convocatoria como esta pueda ser nula, dado que no hubo ejercicio de potestades institucionalmente reconocidas. ¿Tendría la ciudadanía que desconocer el llamado a marcar el voto por tratarse de un acto nulo? El argumento era absurdo²⁹.

La principal crítica a la iniciativa MtV fue siempre una de corte jurídico: marcar el voto anulaba el sufragio. Hasta el ministro del Interior de entonces afirmó públicamente que la marca tenía como consecuencia la anulación del voto³⁰. A diferencia de los reproches previamente reseñados –que se ubicaba en un plano político–, esto ameritaba una respuesta jurídica. Para ello, MtV citó constantemente la regla del artículo 71 de la Ley 18.700. La ley dispone que el único voto nulo es aquel en que consta más de una preferencia. La marca del voto, por tanto, no lo anula. Es más, la ley dispone que “[l]as cédulas que la Mesa considere marcadas deberán escrutarse, pero se dejará testimonio en el acta de los accidentes estimados como marcas y de las preferencias que contengan”. La claridad del texto no permite una doble lectura. El Servicio Electoral no tuvo otra alternativa que reconocer la validez del voto e instruir debidamente a los vocales de mesa a contabilizar los votos marcados³¹. La corrección normativa de nuestra posición fue respaldada en las urnas. Los votos marcados fueron considerados válidos y muchos vocales de mesa cantaban tanto las preferencias electorales como las marcas AC. El éxito de esta estrategia jurídica demostró que los miedos respecto del proceso electoral no eran más que insinuaciones infundadas.

La protesta de MtV no debe ser entendida como un plebiscito paralelo sino cómo una acción de la sociedad civil organizada para involucrarse en la discusión constitucional. Con la iniciativa se gatilló una serie de debates públicos sobre qué es una constitución, qué es una AC y por qué Chile requiere una nueva carta fundamental. El debate pasó de las redes sociales a los medios de comunicación y luego a una serie de instancias de la sociedad civil. La idea de

29 Las incoherencias del planteamiento de Corral también son evidentes según la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 19 N° 15. Para esto, véase la columna: Diario Constitucional, Szmulewicz, Esteban, “Marca Tu Voto” y el legítimo ejercicio del derecho de asociación, 25 de junio de 2013.

30 El Ministro del Interior y Seguridad Pública, Andrés Chadwick, dijo que “el Servel ha decretado que es un acto inválido y nulo en el caso de la votación”. Elmostrador.cl, Javiera Parada acusa a Chadwick de “desconocer la ley electoral” con sus críticas a Marca Tu Voto, 15 de octubre de 2013.

31 *Emol.cl*, Servel repartirá instructivo a vocales de mesa para registrar votos marcados con “AC”, 2 de agosto de 2013.

una AC fue debatida en cada foro en que se evaluaban las propuestas de los candidatos presidenciales. La campaña, por tanto, fue funcional a una discusión más amplia de los temas constituyentes.

5. “Marca Tu Voto” como un hito preliminar de un proceso constituyente en marcha

La iniciativa MtV se debiera evaluar atendiendo a un proceso constituyente que, a nuestro juicio, *ya está en marcha*. En efecto, MtV puede considerarse como un hito preliminar de un proceso constituyente del que solo la historia podrá decir si tuvo o no el éxito necesario para articularse en reglas institucionales para el proceso político en Chile. El objetivo de la campaña fue expresar un grito, una protesta, una pulsión de participación pública, sumando las voces de ciudadanos que, con un lápiz y un papel, se atrevieron a vencer la “virginidad” del voto y acoger el llamado de un grupo de personas que invitaban a un acto inocente para la legalidad. La iniciativa MtV trató de politizar la elección, buscando por medio de la votación canalizar una expresión política inocente, equivalente a decir: *“queremos participar, estamos aquí, escúchenos, pues también formamos parte de esta comunidad”*. En este sentido, el éxito de MtV debe medirse no en términos puramente electorales, sino a través del análisis del significado político de los hechos. Entendida la política como la capacidad de articulación colectiva, MtV es solo una de las instancias o hitos de un proceso constituyente más amplio en que, como ha señalado Antonio Negri, “el pasado no explica el presente, sino que únicamente el futuro podrá hacerlo”³². A diferencia del constitucionalismo con el que se defiende el derecho vigente, que “es una doctrina jurídica que conoce solamente el pasado, [que] es una continua referencia al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, al espíritu replegado”, el poder constituyente “es siempre tiempo fuerte y futuro”³³. A quienes quieran invocar la métrica propia de la política electoral o de las reglas institucionales prefijadas que determinan el éxito o fracaso de una estrategia para conseguir el poder, solo podemos oponer, humildemente, la idea de que MtV es el hito preliminar de un proceso constituyente: proceso que solo el tiempo permitirá dimensionar. Por

³² Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, (Prodhufi), 1994, p. 14.

³³ Íd.

ello es necesario un análisis político más sofisticado para determinar si acaso estamos siendo testigos del inicio de proceso constituyente. En el lenguaje de Hannah Arendt, la acción política tiene dos características: es *contingente*, pues expresa la capacidad humana de un nuevo comienzo, es decir, de hacer algo que no se encontraba ya larvado en las condiciones previas a la acción; es *imprevisible*, de modo que su significado no es tanto el significado privado que le asignan sus actores o protagonistas, sino el que asume en público, siendo el actor solo uno en una pluralidad³⁴. Este es justamente el lenguaje que adoptó la iniciativa ciudadana MtV.

6. Plebiscito como primer acto formal (y eventual) de un proceso constituyente

Estimamos que un proceso constituyente solo puede iniciarse formalmente con una convocatoria a plebiscito en que se consulte a la ciudadanía si acaso tiene la voluntad de crear una nueva constitución a través de una AC. En efecto, solo un plebiscito que se realice con plenas garantías podrá contar con la legitimidad suficiente como para gatillar los mecanismos institucionales que requiere una AC.

Para realizar un plebiscito, nuestro actual marco constitucional exige como condición un desacuerdo entre el Presidente y el Congreso en torno a un proyecto de ley de reforma constitucional. El artículo 128 inciso 2° de la Constitución otorga al Presidente la facultad exclusiva de consultar a la ciudadanía ante este eventual desacuerdo. Además, el artículo 15 inciso 2°, ubicado en el capítulo II de la Constitución sobre “Nacionalidad y Ciudadanía”, agrega que “solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”, lo que hace difícil que la voz de los ciudadanos sea escuchada en esta materia.

Por ello, y pensando en términos realistas acerca de los tiempos constitucionales, que son (y debieran ser) más lentos que los de la política ordinaria, es razonable que la Presidenta de la República presente un proyecto de reforma constitucional que permita la realización de un plebiscito único, a efectos de consultar si la nueva constitución que ha prometido debiese ser adoptada mediante una AC. La reforma debería modificar dos preceptos constituciona-

34 Arendt, Hannah, *La condición humana*, (Paidós), 1958; Atria, “Sobre la soberanía y lo político”, en *Derecho y Humanidades*, N° 12, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2006.

les: el artículo 32, agregando la atribución del Presidente de la República para convocar a plebiscito en materias de interés nacional; y el artículo 15, de manera tal que se extienda la posibilidad de efectuar un plebiscito al caso que sea convocado por el Presidente de la República, fuera de la excepcional hipótesis del artículo 128 de la Constitución.

Una reforma de esta naturaleza tiene la ventaja de contar con un quórum de aprobación menos exigente que la modificación del mismo procedimiento de reforma constitucional. En efecto, ambos preceptos se encuentran en capítulos a los que la Constitución exige el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, a diferencia del capítulo XV –Reforma de la Constitución–, que demanda dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Ello, además, permitiría abrir un canal de participación que cumple con los criterios normativos de procedimiento que ha fijado la misma Presidenta de la República. El proceso mismo para adoptar una nueva constitución podría ser sujeto a deliberación y votación popular, maximizando las condiciones de participación y debate democrático. Esta vía, además, permitiría profundizar el debate público sobre la necesidad del cambio constitucional. Sería, asimismo, la materialización institucional de lo que se inició, en un momento, como protesta. Sería marcar el voto, aunque esta vez para decidir cómo queremos cambiar la Constitución de 1980.

Conclusiones

Para un anuario de derecho público, que busca dejar testimonio y avanzar algunas reflexiones sobre lo ocurrido en 2013, nos parece relevante analizar jurídicamente las dimensiones de la campaña MtV. Varias de las discusiones que debimos sostener como abogados encargados de asesorar a la secretaría o coordinación ejecutiva de la campaña, cruzaron transversalmente diversas áreas del derecho público. Desde la discusión sobre los criterios de interpretación de las reglas del proceso electoral, hasta la posibilidad de considerar un plebiscito constituyente como compatible con la actual Constitución, los diversos temas nos exigieron pensar en las formas jurídicas que permiten al pueblo expresarse políticamente. La campaña tuvo problemas y dificultades en muchas áreas, pero creemos que, a pesar de las objeciones, esta iniciativa fue correcta en cuanto a su forma. Esta campaña fue una forma creativa de buscar soluciones al problema constitucional. En palabras de Atria, fue “un

espléndido ejemplo” de que “la solución al problema constitucional radica en buscar con imaginación y creatividad, en el contexto de una institucionalidad diseñada para neutralizar al pueblo, formas a través de las cuales el pueblo pueda manifestarse”³⁵.

El éxito de MtV debe buscarse en el lenguaje político, en el estudio de los símbolos, en el significado profundo que la democracia tiene (o debiera tener) para sus ciudadanos y ciudadanas. En el contexto de un Chile con baja participación electoral y social, la campaña fue un reflejo de estrategias que buscan recuperar la agencia política del pueblo.

35 Atria, *La Constitución tramposa*, op. cit., p. 95.