

EL CONGRESO: ESPACIO PREFERENTE PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Francisco Soto Barrientos, Abogado, Magister y Doctor en Derecho, Académico del Programa de Doctorado, Facultad de Derecho de U. de Chile.

1. El debate doctrinal sobre mecanismo de democracia directa y participativa

Desde los albores del Estado moderno, el Parlamento es identificado como el órgano constitucional que debería canalizar las distintas perspectivas existentes en la sociedad. Así, la actividad legislativa resulta ser medio idóneo para dar curso institucional al debate deliberativo. Esta idea es sostenida ya en la Inglaterra del siglo XVII¹ y posteriormente, será LOCKE quién profundizará en esta tesis, argumentando a favor de la existencia de un particular vínculo entre la ciudadanía y el poder legislativo.² También puede ser reconocida esta mirada en el debate constitucional continental en la obra de SIEYÈS, PAINE y otros autores más contemporáneos, como KELSEN.³

Por otra parte, ROUSSEAU sostiene una visión distinta sobre la participación política, que se sustenta en la desconfianza en los representantes, y cree en la necesidad de establecer espacios institucionales autónomos de expresión sin la mediación órgano instituido.⁴

Alf ROSS concluye que estas dos formas de caracterizar la participación dentro de la institucionalidad democrática tienen influencia determinante en el reconocimiento de mecanismos de democracia directa y participativa en el constitucionalismo occidental. Una, que se inserta dentro del equilibrio de órganos constitucionales y entiende estos mecanismos como forma de control político de las autoridades (desarrollada principalmente en Europa y en la más reciente normativa constitucional latinoamericana) y otra fundada en una suerte de “dogmática de la infalibilidad de la voluntad popular”, que se desarrolla en su versión más pura actualmente en algunos Estados de EUA.⁵

Este trabajo caracteriza brevemente los mecanismos de democracia directa y participativa reconocidos en las cartas fundamentales occidentales con el objetivo de demostrar como la balanza se ha inclinado por la búsqueda de un equilibrio entre la participación y la dirección de los órganos representativos. En este sentido el liderazgo del Parlamento y los partidos políticos es evidente en el diseño institucional de mecanismos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular, despejando

¹MATEUCCI, Nicola: *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pág. 140.

²LOCKE, John: *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid (1690), pág.141.

³FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, págs. 100 a 120.

⁴ROUSSEAU, Jean Jacques: *Contrato social (1762)*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, págs. 32 a 36; MILLER, James: *Rousseau, Dremmer of Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, Michigan, 1984, págs. 205 y 206;

⁵ROSS, Alf: *¿Por qué la democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 204 a 208.

cualquier debate doctrinal que se pueda establecer en este sentido. Desde esta perspectiva, las fórmulas participativas han tendido a ser apartadas de la discreción de los gobiernos y de la mayoría de turno, para ser cuidadosamente insertadas en la actividad política y de preferencia en el proceso de elaboración de la ley.⁶

Esta reflexión comparada sobre fórmulas como el referéndum y la iniciativa legislativa popular no tiene un objetivo puramente académico: se orienta a aportar al debate que se desarrolla en Chile ante la eventual incorporación de estas figuras en su sistema constitucional. Pensamos que la sistematización y análisis de las experiencias comparadas permite enfrentar los prejuicios que por décadas existen en Chile sobre los efectos institucionales que tendrían su incorporación en nuestra Constitución.⁷

Entenderemos por mecanismos de democracia directa y participativa como aquellos en que el pueblo ejerce de modo inmediato y directo las funciones públicas que se le atribuyen⁸, a través de las siguientes fórmulas institucionales:

- Asamblea abierta: supone la participación de la totalidad de los ciudadanos con derechos políticos y que sustituye a la asamblea representativa en la toma de decisiones;
- Referéndum: derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar la decisiones de la autoridad legislativa ordinaria. Puede distinguirse, por su fundamento jurídico, en:
 - Obligatorio: cuando es impuesto por la Constitución como requisito para la validez de determinada norma legal; y
 - Facultativo: la iniciativa depende de una autorización competente.

También el Referéndum puede distinguirse por razón de la eficacia:

- De ratificación o sanción también llamado vinculante: cuando la norma en cuestión sólo se convierte en ley por la previa aprobación del cuerpo electoral que viene a sustituir así la autoridad sancionadora de las leyes;
- Consultivo: el resultado del referéndum no tiene carácter vinculante para las autoridades legislativas ordinarias;
- Iniciativa⁹: derecho de una facción del cuerpo electoral a exigir que se consulte sobre una determinada acción legislativa. Hay que distinguir la iniciativa simple (genérica) cuando se limita a la sola invitación e iniciativa formulada cuando ésta se presenta a través de un proyecto;
- Veto (referéndum abrogativo): atribución que se entrega a una facción del cuerpo electoral para requerir, dentro de un plazo determinado, que una ley ya aprobada sea sometida a votación popular, haciendo depender de ésta la vigencia futura de la ley;

⁶ SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, pág. 250.

⁷ WALKER, Ignacio: *La democracia en América Latina, entre la esperanza y la desesperanza*, UQBAR editores, Colección CIEPLAN, Santiago, 2009, pág. 230.

⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Introducción de Manuel Aragón, Alianza, Madrid, 1984, págs. 183 a 185.

⁹ Otros autores también se distinguen entre una modalidad “fuerte” de iniciativa, cuando se contempla la intervención directa de la ciudadanía en la definición y aprobación de una ley a través de referéndum, o bien, “débil” frente a la posibilidad de presentar una proposición de ley para su posterior tratamiento en sede parlamentaria, donde la última palabra en su aprobación la tiene este último órgano.

- Plebiscito: es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional. En definitiva, no se refiere a materias legislativas, sino a decisiones de carácter eminentemente político; y
 - Revocación: derecho de una facción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato.
2. Mecanismos participativos como complemento de la acción de los órganos representativos en Europa.

La participación ciudadana de forma directa cuenta con tradición y práctica en los sistemas democráticos europeos. La Constitución suiza de 1848 y la alemana (de Weimar) de 1919 son los primeros indicios de una tendencia normativa que ya, a finales del siglo pasado, se consolida en los estados del viejo continente.

La carta fundamental suiza de 1848 fue una de las primeras en otorgar un lugar central en el modelo institucional del Estado a los mecanismos de democracia directa. Se establecieron dos fórmulas: el referéndum obligatorio y la iniciativa ciudadana de ley, ambas con el propósito de reformar todo o parte de la Constitución. En este segundo caso se debía contar con el patrocinio de 50.000 ciudadanos con derecho a voto presentes en, a lo menos, ocho cantones. El referéndum facultativo es reconocido en materia legal desde 1874. En 1921 se permitió consultar algunos Tratados internacionales, para que en 1977 se extendiera a todo tipo de documentos internacionales. Las temáticas susceptibles de ser consideradas para referéndum obligatorio han ido extendiéndose sistemáticamente, separándose de las iniciativas referidas a la reforma constitucional. Así se llega a la fórmula, aprobada en 1999 y modificada el 2003, que supone tres tipos de referéndum: reforma constitucional (total o parcial), obligatorio y facultativo.¹⁰

Con todo, la práctica participativa suiza ha impactado de manera puntual y acotada en el proceso de reforma constitucional de este país. La más reciente doctrina destaca la funcionalidad de este modelo participativo en el proceso de establecer consensos entre los diversos sectores políticos y de fortalecer el vínculo de las instancias de representación con la ciudadanía. Más que instrumentos de definición cotidiana, dichas instituciones operan en subsidio y en el caso que una propuesta no alcance el grado de consenso requerido en la mayoría de los casos.¹¹

Por otra parte, en estos procesos participativos Suiza otorga una particular relevancia a los partidos políticos, que se suman a una serie de atribuciones del Gobierno y del Parlamento. TAUXE, analizando los casos presentados de iniciativas populares en suiza durante los últimos años, destaca el papel que tienen los partidos en su elaboración y posterior debate parlamentario. A juicio de este autor, la relación entre

¹⁰ La Constitución de 1848 fue aprobada con el apoyo de 145.584 ciudadanos; y 54.320 se manifestaron en contra. En consecuencia, el apoyo inicial de este modelo institucional no fue unánime, ya que un tercio de la población mantuvo un explícito rechazo a dicha carta.

¹¹ AUER, Andreas, MALINVERNI, Giorgio, HOTTELIER, Michel: *Droit constitutionnel suisse*, Tomo I, Bern, Staempfli, 2000, pág. 50 y sig.; KRIESI, Hanspeter: *Le système politique suisse*, Economica, París, 1995, pág. 12; LUPIA Arthur y MATSUSAKA John G.: "Direct Democracy: New Approaches to Old Questions", *Annual Review of Political Science*, mayo 2004, vol. Núm.7, págs. 463 a 482; FREY, Bruno y STUTZER, Alois: *Happiness and Economics*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002 págs.200 a 220; y FELD, Lars y KIRCHGÄSSNER, Gebhard: "The political economy of direct legislation: Direct democracy and local decision-making", *Economic Policy* 16 (33), 2001, págs. 329 a 367, y "Does direct democracy reduce public debt evidence from Swiss municipalities", *Public Choice*, Núm. 109, 2001, págs. 347 a 370.

partidos políticos y mecanismos de democracia directa se puede evidenciar en la concreción dichas iniciativas. Desde 1891, fecha de la introducción del derecho de iniciativa popular en cuanto a revisión constitucional parcial, sobre un total de cerca de 160 iniciativas, sólo quince lograron terminar su trámite legislativo y ser finalmente promulgadas. El rol de los partidos políticos fue clave en cada una de ellas.¹²

Una iniciativa popular, por otra parte, es sometida antes de su consulta al debate en el Parlamento, pudiendo incidir en la conformación legal de dicha iniciativa a través de sus pronunciamientos sobre su legalidad. Incluso el Parlamento puede adoptar una posición explícita respecto de la iniciativa, recomendando su aceptación o rechazo y pudiendo incluso proponer otra fórmula para ser consultada. El Parlamento cuenta con la facultad de negociar con los promotores de una iniciativa y, si la rechaza derechamente, tiene la posibilidad de formular una contrapropuesta para someterla a voto popular junto con la iniciativa original, como ya señalamos. Los promotores de la iniciativa, a su vez, pueden negociar con el Parlamento, el texto y retirarlo si la propuesta parlamentaria cumple con sus expectativas. Según nos señala KRIESI, sólo el 7% de los actos legislativos sometidos a referéndum facultativo ha sido objeto de alguna observación por parte de los órganos del Estado.¹³ A su vez, el Gobierno cuenta con varios mecanismos para orientar un proceso de consulta. Tiene el derecho a presentar su punto de vista en un documento de difusión masiva que es enviado a cada ciudadano; dicho informativo si bien da cuenta de la posición de los oponentes, destaca el punto de vista del gobierno primero y con mayor detalle. Además, no hay límites en cuanto a contribuciones a las campañas por parte de actores que no pertenezcan al Gobierno, y no es requerido hacer públicas las contribuciones realizadas a las diferentes campañas.¹⁴

Pero la participación directa de la ciudadanía tiene una particular dimensión en el resguardo o en la restricción de derechos fundamentales. Suiza no dispone de un control jurisdiccional completo. Las leyes promulgadas por el Parlamento Federal no están sujetas a ningún tipo de control por parte de los tribunales. Esta fórmula, originalmente establecida en la primera Constitución federal de 1848, no obstante, es en 1874 cuando se establece el Tribunal Federal. En 1999 se efectúan modificaciones sustanciales a la carta fundamental, manteniendo esta excepción del control sobre leyes federales promulgadas por el Parlamento. La explicación de la falta de control judicial de las leyes se justifica en los fuertes elementos de democracia directa que tiene el proceso legislativo a nivel federal. Como señala THALMANN, prácticamente todas las leyes federales no sólo se basan en una simple mayoría del Parlamento, sino en un consenso de los partidos políticos y grupos de interés importantes en el país.¹⁵ Esta fórmula de control constitucional ciudadano hace de Suiza una democracia mayoritaria, vale decir, que la justicia no tiene la última palabra al momento de interpretar la Constitución. Nos encontramos ante una característica del Estado suizo que se diferencia de las democracias constitucionales, por lo pronto, de los otros modelos que analizaremos (Italia y España), donde la tendencia es a establecer Tribunales Constitucionales para la interpretación de la carta fundamental.

La opción por esta suerte de control constitucional ciudadano nos enfrenta al dilema que se genera, cuando la voluntad de los ciudadanos limita o restringe derechos fundamentales. Este tema es de actualidad en Suiza, ya que el 29 de noviembre del

¹² TAUXE, Lionel: La concrétisation législative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains”, *SPR*, Núm. 13, año 2007, págs. 433 a 458.

¹³ KRIESI, Hanspeter: *Le système politique suisse*, pág.19 y sig.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 23.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 114 y 115.

2009, mediante referéndum, la ciudadanía aprobó una propuesta de reforma constitucional para limitar la libertad religiosa establecida en el artículo 72 de la Constitución, prohibiendo la construcción de “minarettes” en las mezquitas que se construyan en el futuro en Suiza.

En este sentido, el año 2003 se aprobó una importante reforma constitucional que introdujo el numeral 2 al artículo 139 de la carta fundamental suiza, relativo a las iniciativas de referéndum cuyo objetivo sea reformar de manera parcial a la carta fundamental. Aquél señala que cuando una iniciativa popular no respete el principio de “unidad de la forma”, el de “unidad de la materia” o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea Federal deberá declararla total o parcialmente nula. Por tanto, el sistema representativo cuenta con una importante herramienta de resguardo frente a situaciones extremas.

Esta característica de tan prolongada continuidad constitucional suiza no opera en el resto de Europa, donde la mayoría de las regulaciones surgen con posterioridad a la segunda guerra mundial (es el caso de Italia, Francia, España, Portugal, entre otras). No obstante, podemos evidenciar una similar tendencia a concentrar principalmente los mecanismos de democracia directa en el ámbito legislativo y otorgar un importante protagonismo a los partidos políticos en la gestión de estas fórmulas.

Por ejemplo, en la práctica constitucional italiana la figura más destacada es el referéndum abrogatorio (artículo 75 de la Constitución italiana de 1948), permite derogar de manera total o parcial una ley o un acto con fuerza de ley, cuando así lo soliciten 500 mil electores o cinco Consejos Regionales. Cerca de 480 iniciativas ciudadanas se han presentado, vinculadas a materias tan diferentes como el divorcio, al aborto, reformas al sistema electoral, el incremento en el salario. Por dar ejemplo de la importancia asignada por el sistema constitucional italiano al referéndum abrogativo, basta con señalar las tres últimas consultas (12 y 13 de junio del 2011) sobre centrales nucleares, privatización del agua y la derogación de la ley “ad personam” del legítimo impedimento. Dichas consultas comprometieron la participación de 27 millones de ciudadanos y significaron un antes y un después para el gobierno de Berlusconi.

La extensión e importancia que le asignan los sistemas constitucionales europeos a los mecanismos de democracia directa se evidencia en el proceso de integración a la Unión Europea. Hasta la fecha se han celebrado treinta y seis referendos, en los 21 de los 27 estados que conforman esta comunidad. Diecinueve de ellas surge de consultas obligatorias, previstas en los sistemas constitucionales y las restantes fueron referendos facultativos, generados por iniciativa de los órganos constitucionales habilitados (diecisiete).

Desde la lógica colaborativa, la figura paradigmática europea es la iniciativa legislativa popular, ya que concentra la participación directa en el proceso formativo de una norma para luego dejar en sede parlamentaria la definición final. En este sentido, también, es importante destacar el reconocimiento que el Tratado de Lisboa asigna a la iniciativa legislativa europea en el artículo 11.4: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de estados miembro, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados (en el artículo 47.4 del TCE se señalaba: “la Constitución”). Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa

de este tipos y fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

El 16 de febrero de 2011 se publicó en el diario oficial de la UE el Reglamento N° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre iniciativa ciudadana.¹⁶ La elaboración del reglamento dio cuenta del más importantes debate comparado sobre el uso de la iniciativa legislativa popular de los estados que conforman la UE, analizándose de manera comparada materias como la forma y redacción de la iniciativa ciudadana, los requisitos aplicables a la recogida, la verificación, la autenticación y el plazo para acreditar firmas, el registro de las iniciativas propuestas, entre otras son definiciones.

La práctica participativa descrita en Europa ha llevado a explorar una categoría diferenciada situada entre la democracia representativa y la directa: la *democracia participativa*. Se entiende por tal el conjunto de instituciones que permite la intervención de sujetos, sean ciudadanos u organizaciones, en procedimientos administrativos, legislativos o parlamentarios de interés público, pese a que la decisión definitiva es tomada finalmente por el órgano facultado para ello.¹⁷

3. La fórmulas participativas presentes en Estado Unidos de América

El reconocimiento y utilización de la iniciativa legislativa popular y el referéndum surge revision has been a feature of state constitutionalism from the very outset. por los estados que integran EUA desde el principio de la Federación The Eighteenth Century el principio. No obstante, la Constitución de 1787 limitó la participación de los electores a la selección de representantes.¹⁸ La primera práctica de participación directa se vincula con la celebración de convenciones constitucionales, la ratificación de propuestas de revisiones y amendments. enmiendas constitucionales, donde destacan Massachussets (1778), New Hampshire (1783) y Rhode Island (1788). Posteriormente podemos observar la consagración del referéndum y de la iniciativa popular en numerosas constituciones: Dakota del Sur (1898), Utah, (1900), Oregon (1902), California (1911), entre otros estados significativos.¹⁹

¹⁶ El 11 de noviembre de 2009, la Comisión Europea dio a conocer el denominado “Libro Verde, sobre la Iniciativa Ciudadana Europea”, que pretendió estructurar una suerte de consulta sobre el artículo 11.4 del Tratado de la UE. Este documento ordenó la discusión sobre temas específicos a ser consultados. Por su parte, la Secretaría General de la Comisión Europea habilitó un sitio web para recibir opiniones (las que podía ser presentadas hasta el 31 de enero del 2010) y posteriormente realizó una audiencia para dialogar con las organizaciones participantes (22 de febrero de 2010 en Bruselas). Se culmina así un proceso de consulta de más de un año, donde se registraron 329 comentarios de 160 ciudadanos, 133 organizaciones y 36 autoridades públicas.

Ver en http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/index_es.htm. Visita: 10 de junio de 2011.

¹⁷ PIZZORUSSO, Alessandro: *Sistemi giuridici comparati*, Segunda Edición, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 194 a 195.

¹⁸ MAGLEBY, David: *Direct Legislation: Voting on Bollot Propositions in the United States*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1984, pág. 16 a 17 y CUESTA LÓPEZ, Víctor: *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en Democracia Constitucional*, págs. 56 a 58.

¹⁹ CRONIN, Thomas: *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, And Recall*, Harvard University Press, 1989, pág. 32 y sig; ULERI, Pier Vincenzo: *Referendum e Democrazia, una*

La iniciativa popular es el mecanismo participativo más utilizado, mediante el cual los ciudadanos ponen bajo su propia votación popular una ley o una enmienda constitucional. A la fecha 24 estados cuentan con este mecanismo: 18 lo establecen para modificar su constitución, mientras que 21 lo restringen al ámbito legal. Desde el punto de vista del efecto se pueden distinguir dos tipos de iniciativa legislativa popular: La directa permite la adopción de leyes a través de una petición y ratificación de la ciudadanía, sin participación de la legislatura (14 estados reconocen esta fórmula). Las firmas de ciudadanos requeridas varían según los estados entre un 5% y un 10% del padrón electoral. El otro tipo de iniciativa popular que podemos distinguir es la indirecta, que debe ser aprobada por la legislatura para que pueda ser ratificada por el pueblo (presente en 9 estados). Desde la primera iniciativa estatal en el Estado de Oregón (1904) hasta la actualidad se ha aprobado el 41% (936) de un total de 2.305 iniciativas legislativas. California concentra únicamente el 26% de todas las iniciativas presentadas que han llegado a ser votadas.²⁰

Por su parte, el referéndum se vincula a la aprobación o rechazo de una norma (que ha sido o no promulgada) y que puede ser de rango constitucional, legislativo, o incluso administrativo. La iniciativa puede tener su origen en los propios ciudadanos o en un órgano estatal. El referéndum puede ser vinculante o meramente consultivo. Se puede distinguir entre el referéndum popular y el legislativo. En el referéndum popular los ciudadanos tienen la facultad de aceptar o rechazar una ley o un proyecto de ley promulgado por la legislatura estatal cuando acrediten que esta norma les afecta directamente. En el caso que los peticionarios logren comprometer el número requerido de firmas (4 a 10%, del padrón electoral según el Estado) dentro del plazo legal, puede darse el caso de que la convocatoria del referéndum suspenda su entrada en vigor hasta que los votantes la hayan refrendado. El referéndum popular se ha establecido en 24 constituciones estatales. Por el contrario, el referéndum legislativo es propuesto por un órgano estatal (que en ocasiones es el Parlamento estatal, la comisión estatal de revisión constitucional, algún ministerio o agencia del gobierno estatal, entre otros) o por representantes políticos concretos, que confían a los ciudadanos la aprobación o el rechazo de leyes y enmiendas determinadas (constitucionales o legales). El referéndum legislativo es posible en todos los estados de EUA. Ahora casi todos los estados se identifican materias que no pueden ser objeto de referéndum: leyes dictadas por el procedimiento de urgencia, aquellas leyes que convoquen unas elecciones, regulen impuestos y se refieran a gastos ordinarios del Estado.

El balance de estos mecanismos es desigual en el país del norte, por una parte vemos como año a año, junto con las elecciones de representantes se multiplican las experiencias de democracia directa en los estados ante señalado. Hasta abril del 2011 se han realizado más de 2000 consultas en EUA, concentrándose particularmente en Oregón, California Colorado.²¹ CRONIN, quien ha sistematizado buena parte de estas prácticas participativas, considera que en la experiencia norteamericana no se podido establecer una relación entre el uso de estos mecanismos con el consecuente incremento de la participación electoral y el debate deliberativo. No obstante, reconoce la importancia de estos instrumentos para visibilizar debates que involucran minorías políticas, transparentar el debate público (reorientando recursos que se destinaban en un

prospectiva comparata, pág. 239; AUER, Andreas: *Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis*, Economica, Paris, 1989, pág. 52 y sig.

²⁰AUER, Andreas: *Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis*, Economica, Paris, 1989, pág. 52 y sig.

²¹ KLUTH, Andreas: "The people's will, a special report on democracy in California", *The Economist*, 23 abril de 2011, pág. 7.

principio al lobby a las campañas referendarias), aumento en el conocimiento ciudadano de políticas pública y disminución del descontento frente a la gestión pública.²² Por otra parte, últimamente se ha realizado un crudo análisis de los efectos de las consultas populares en California, donde se le identifica como un factor de la crisis económica y política. Mientras que en los estados donde no se cuenta con estos mecanismos la reacción a la crisis, generada por los escándalos hipotecarios del 2010, ha sido relativamente rápida, en California la presión social expresada a través de las fórmulas participativas ha impedido un “necesario” ajuste de la política fiscal.²³

Por su parte, ACKERMAN considera que el referéndum norteamericano se ha desacreditado por su uso “excesivo y rutinario”, citando el caso de California señala que el electorado se encuentra “(...) saturado de una multitud complicadas de iniciativas electorales cada vez que hay elecciones”. Este autor propone que se limite esta facultad a un período parlamentario o bien establecer mayores exigencias para su utilización.²⁴

4. El reconocimiento de la participación en Latinoamérica.

La regulación constitucional al derecho de participación ha sido vertiginosa, y la proliferación de instituciones como la iniciativa legislativa popular, referéndum y plebiscitos, es prácticamente generalizada en las cartas fundamentales de Latinoamérica. Incluso se lleva a innovar en el tratamiento constitucional de la participación al incorporarla como principio estructural definitorio de la forma de Estado. Se habla en consecuencia de “democracia participativas” en varios casos analizados de la constituciones de esta Región. A pesar de lo dicho, se pueden observar varias experiencias plebiscitarias (bajo la modalidad identificada en EUA antes descrita) principalmente en consultas de facto, realizadas por gobiernos populistas que se conducen en los márgenes de la legalidad y del Estado de derecho. No obstante, creo que la reciente regulación de estos mecanismos a nivel constitucional ha acotado esta tendencia por instrumentalizar el referéndum y la iniciativa popular. El balance de la práctica de las últimas décadas nos inclina a pensar en que este instrumento se inscribe dentro de la fórmula de democracia participativa.

En cuanto al tratamiento constitucional del referéndum las principales experiencias participativas en Latinoamérica son las siguientes:

a. Uruguay es la experiencia más antigua e importante en materia de democracia participativa. Así, por ejemplo, se reconoce el referéndum de reforma constitucional que supone la presentación ante el parlamento de un proyecto articulado respaldado por 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional o por dos quintos del total de componentes de la Asamblea General. En el primer caso el Parlamento (iniciativa popular) puede formular proyectos sustitutivos. Se ha implementado más de una quincena de plebiscitos desde el año 1958 (vinculadas todas a desarrollo de derechos como la defensa de la defensa de jubilados, materias de seguridad social, prohibición de la venta de las reservas naturales de agua y voto de uruguayos en el extranjero). También existe la posibilidad de referéndum para derogar leyes, donde obviamente el

²² CRONIN, Thomas: *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, And Recall*, pág. 225 y 226;

²³ KLUTH, Andreas: “The people's will, a special report on democracy in California”, págs. 3 y sig.

²⁴ ACKERMAN, Bruce: *La Nueva División de Poderes*, Fondo de cultura Económica, México, 2007, pág. 51 y 52.

Congreso asume un papel central (hasta la fecha se registran tres casos de esta modalidad de consulta).

b. En Colombia la única experiencia referendaria es de reforma constitucional (2003). El gobierno del presidente Álvaro Uribe llega al poder el año 2002 con un importante apoyo electoral y una ambiciosa posición frente a la necesidad de reforma política. La modalidad seleccionada para realizar estas reformas fue un referendo de reforma constitucional; dicha convocatoria supuso la aprobación previa por el Congreso, según establece el artículo 378 de la Constitución, a través de una ley, que fue en este caso la 796/2003, del 21 de enero. En primer lugar, tuvo que salvar el control previo a la convocatoria, ya que el artículo 241.1 de la Constitución establece que la Corte Constitucional debe decidir con anterioridad al pronunciamiento popular. En sentencia 551/2003, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de gran parte del articulado. Por tanto, lo no observado fue finalmente consultado a la ciudadanía. No obstante, el referéndum no logró superar el mínimo de participación de 25% exigido por la Constitución.

c. En Ecuador, aunque existe varios tipos de mecanismos participativos, la primera experiencia de referéndum constitucional vinculado a la carta de 2008 se produce el 7 de mayo del 2011. El Presidente Rafael Correa convocó a una consulta sobre diez puntos. En temas tan diversos como el combate a la delincuencia, la creación de un procedimiento de excepción para nombrar jueces, fiscales, defensores, notarios, y registradores, hasta la creación de un Consejo de Regulación de los Medio de Comunicación.

La oposición vinculó esta iniciativa gubernamental a una estrategia por incrementar aún más el poder del Presidente de la República (el apoyo popular superaba el 70% a la fecha del referéndum). El resultado aunque positivo para el gobierno de Correa (se aprobaron nueve de las diez preguntas consultadas), significó un claro retroceso en el apoyo popular de este Presidente.

La tendencia es que mientras que el rechazo osciló en cada uno de los puntos consultados entre el 40 al 45 por ciento de los votos válidamente emitidos, sólo la primera de las consultas logró superar holgadamente el porcentaje del 50% (referida a enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la constitución, incorporando un inciso que establece restricciones a la caducidad de la prisión preventiva). Nuevamente podemos advertir como los mecanismos de democracia directa regulados constitucionalmente operan como un factor de control de los gobiernos y fortalecen a la minoría parlamentaria (dejo fuera del análisis los más de 50 casos de referéndum de revocación de mandato municipal presentados hasta la fecha).

d. En Perú la experiencia más destacada fue un intento frustrado de referéndum de la Ley N° 26.657, que pretendía la reelección del entonces Presidente Fujimori, la cual fue observada tanto por el Congreso como por el Jurado Nacional de Elecciones. El otro caso se realizó de manera exitosa el 30 de octubre de 2005, con el objeto de ratificar la conformación de cinco regiones según establece el artículo 190 de la carta peruana.

e. En Venezuela nos encontramos con reformas que no pasan necesariamente por el Parlamento y que facultan al Presidente de la República a convocar a una consulta según lo establece el artículo 71 de la Constitución de ese país. Tres reformas constitucionales propuestas por Chávez a la Constitución de 1999, una la perdió (2004), otra tuvo que ver con la revocación de su mandato (2007) y que por un escaso margen de votos no lo destituyó y la última (2009) permitió reelección indefinida del Presidente

de la República. Pues bien si uno pondera las tres experiencias no me parece evidente que estos procesos termine imponiendo un sistema alternativo de gobierno, debilitando a la oposición y a los partidos políticos. Creo que se puede argumentar en contrario y decir que justamente estos mecanismos han permitido visibilizar y fortalecer una oposición atomizada en el Parlamento.

f. Y finalmente, Bolivia donde se aprobó el 2009 una nueva constitución, que entremezcla democracia representativa, otros órganos de representación de intereses (como el reconocimiento de los ayllus aymaras y quechuas, entre otros) y 14 mecanismos de democracia directa. En el caso boliviano los intentos por relacionar las instituciones de democracia directa y participativa con otras que derivan de prácticas ancestrales y que buscan dar autonomía a los pueblos y naciones indígenas originarias no tiene antecedentes en la Región y hace difícil su análisis comparado. Mientras que en el contexto de la anterior regulación constitucional de 1976, en el año 2002 el Congreso boliviano aceptó reformar la Constitución regulando la figura del referéndum y la iniciativa legislativa popular (los cambios no entraron inmediatamente en aplicación pues necesitaban ser ratificados por la siguiente legislatura, lo que sucedió en el 2004). A partir de este reconocimiento constitucional se generaron todas las experiencias participativas. La primera, en el 2004, fue a iniciativa del Ejecutivo con el objetivo de definir la política de hidrocarburos, que hoy es el marco general de las decisiones gubernamentales sobre esta materia. Menos de un año después, las más importantes organizaciones de Santa Cruz reunieron firmas suficientes para que se convocar al primer referéndum de iniciativa popular sobre las autonomías departamentales. Esa consulta se realizó de manera simultánea a la elección de la Asamblea Constituyente en el año 2006. Las restantes consultas realizadas en Bolivia han sido por iniciativa del Ejecutivo (y reguladas por leyes especiales).

Mención especial merece el reconocimiento constitucional de la revocatoria de mandato en Latinoamérica. Consiste básicamente en la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo de elección popular mediante referéndum. En la generalidad de los casos esta fórmula participativa se encuentra limitada al ámbito regional o local, salvo en los casos de Bolivia, Ecuador, Venezuela, Perú y Panamá que sí lo contemplan a nivel constitucional.

En estos cuatro últimos Estados la revocación de mandato se admite para autoridades nacionales. La iniciativa es otorgada a un porcentaje de personas inscritas en el registro electoral correspondiente a la circunscripción donde fue electa la referida autoridad, salvo en Panamá, donde el artículo 151 de su carta fundamental establece que los partidos políticos podrán revocar el mandato de los diputados principales o suplentes que hayan postulado, para lo cual cumplirán una serie requisitos y formalidades que establece la ley.²⁵ En Ecuador tuvieron que pasar dos años, desde que se aprobó, la nueva Constitución el año 2008 para que se dictara la ley orgánica de participación ciudadana 175/2010, de 20 de abril. El año 2010 se registraron las primeras dos experiencias referidas a la revocación mandato de alcaldes. Durante el 2011 más de una centena de solicitudes de revocación de mandato se han registrado en distintos municipios, obligando al Consejo Nacional Electoral a agrupar las consultas por período (enero, febrero, marzo y julio). No obstante, la experiencia más conocida de revocación de mandato surge en Venezuela: la iniciativa de revocar el mandato del Presidente Hugo Chávez en el año 2003.

²⁵ VALDÉS ESCOFFERY, Eduardo: “Reforma electoral: el caso de Panamá”, en *Reformas políticas y electoral en América latina 1978-2007*, pág. 760 y sig.

En definitiva y como balance general podemos señalar que a pesar que las fórmulas participativas latinoamericanas son recientes en el contexto de la experiencia comparada, han cobrado una inusitada importancia por el carácter estructurante que asumen dentro de la forma de Estado. Con todo, debemos reconocer que la precaria situación económica y social de la región, sumada a la inestabilidad política, establece un manto de dudas sobre su adecuada implementación que sólo el tiempo despejará. Con todo, la experiencia habida no da cuenta de una utilización instrumental de estos mecanismos participativos por las autoridades de turno. Más bien, la regulación constitucional ha servido como un límite normativo en el uso de estas fórmulas, fortaleciendo el accionar político de la oposición gubernamental.

5. La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile; particularidades y desafíos²⁶

Chile fue uno de los primeros países de Latinoamérica en llevar adelante reformas constitucionales en materia de participación ciudadana y, por lo demás, el primer estado de la región en ratificar mediante referéndum su constitución (1925)²⁷. Ya la democracia chilena en la segunda mitad del siglo XX había alcanzado un desarrollo importante. Es el primer país de Latinoamérica que modificó la legislación colonial, estableciendo novedosas opciones en ámbito civil, comercial, y por cierto en su Constitución política. Su sistema institucional, abalado por más de 150 años de relativa estabilidad política, evolucionó de un sistema creado para legitimar el poder de la elite dirigente del siglo XIX, a uno dirigido a garantizar que emergentes sectores de la sociedad pudieran expresarse y, eventualmente, llegar al poder. El grado de desarrollo alcanzó niveles tan particulares que permitió lo que en ninguna parte del mundo se había logrado: la llegada al socialismo mediante el voto popular y con pleno respeto a las garantías que supone un Estado de derecho.²⁸

Durante las décadas del sesenta y setenta se realizaron varios proyectos para garantizar el derecho de participación; uno de ellos se concreta en la dictación de ley 16.880/1968 de 7 del agosto, sobre Organizaciones Comunitarias Territoriales y Comunales, que permanece vigente hasta nuestros días en su ideas fundamentales. Dichas propuestas formaban parte central de los programas de gobierno de la Democracia Cristiana, encabezada por Eduardo Frei Montalva (1964-1970), y posteriormente de la Unidad Popular, liderada por Salvador Allende Gossens (1970-1973).

La carta de 1925 en su versión original, y pese a ser aprobada por una consulta popular²⁹, no hacía referencia al derecho de participación ciudadana, ni contemplaba mecanismos de democracia directa como referéndum o la iniciativa legislativa popular. El primer proyecto de reforma constitucional fue presentado en 1964, dando inicio a una serie de iniciativas que distinguiría al gobierno de Frei Montalva, en el marco de un creciente proceso de modificación de las políticas públicas con el objetivo de

²⁶ Esta sección será publicada en la Revista de Derecho Público durante el año 2011 con el mismo título.

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág.329.

²⁸ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*, LOM, Ciencias Humanas, Santiago, 2006. pág. 110 y sig.

²⁹ Efectuado 3 de agosto de 1925.

incrementar la participación y reconocer protagonismo a las organizaciones de la sociedad civil.³⁰

El reconocimiento de la participación ciudadana, la reforma agraria y la “chilenización del cobre” fueron los tres ejes fundamentales del gobierno demócratacristiano. El objetivo de estas reformas era revertir la opción por los cambios estructurales como única alternativa para el desarrollo equitativo (como venía propiciando el conglomerado de partidos de izquierda). Así, Frei Montalva creía que se podían realizar sustanciales reformas desde el tradicional modelo liberal y representativo imperante en Chile. En definitiva, en las elecciones de 1964 se confrontaron ambas propuestas; el respaldo abrumador al programa Demócrata Cristiano fue un duro golpe para los partidarios de la alianza socialista y comunista.³¹

Una vez en el Gobierno, Frei Montalva elaboró un proyecto de ley de reforma constitucional que otorgaba un mayor estatus a las organizaciones de la sociedad civil, enfatizando su papel de colaboración con la acción del Estado.³² El prolegómeno del proyecto hace especial referencia al artículo 3, inciso 2, de Constitución italiana de 1948. Se llega así a la idea, establecida en el artículo primero de dicha carta peninsular, que considera que la soberanía “pertenece” al pueblo. A partir de este reconocimiento constitucional el pueblo podría constituirse a través de los mecanismos de democracia directa para participar en las diversas materias de interés público y, como en caso italiano, se establecía el referéndum y la iniciativa legislativa popular, entre otros mecanismos. También se hacía referencia en este proyecto a otras materias aludidas en la carta italiana, como el principio de “igualdad sustancial”, que supone el deber del Estado de garantizar la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad en la vida económica y social, la organización democrática en todos los niveles públicos y la tutela de los intereses sociales.³³

Esta modificación no logró aprobarse en el Congreso, reponiéndose en un segundo proyecto de reforma constitucional. Mas esta vez fue presentada durante el

³⁰ A partir de la ley 11.151/1953 del 5 de febrero, el Congreso entrega una serie de facultades especiales, administrativas y económicas al Presidente de la República para incrementar la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, dictándose numerosos decretos en este sentido. Se destaca la creación de consejos participativos en numerosas empresas del Estado como la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, entre otras. Posteriormente, esta práctica participativa se consolidó como tendencia legislativa en los gobiernos de los Presidentes Alessandri Rodríguez y Frei Montalva, a través de la creación de la Corporación de la Reforma Agraria (CORA), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), la Corporación de la Vivienda (CORVI), la Corporación de Obras Urbanas (COU), la Corporación de Servicios Habitacionales (CORHABIT) y la Corporación de Mejoramiento Urbano (CORMU).

³¹ Eduardo Frei Montalva obtuvo el 56%, con 1.409.072 votos, frente al 39% de Allende, con 977.902 votos.

³² El proyecto pretendía agregar un numeral más al artículo 10 de la Constitución de 1925, consagrando: “El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la Comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten en el hecho, la libertad o igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá el acceso a todos los niveles de la educación y de la cultura, y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”.

³³ CÁMARA DE DIPUTADOS: *Sesión 9ª*, en miércoles 24 de junio de 1964, Moción N° 19 presentada por los señores diputados Jerez, Fuentealba, Ballesteros, Valenzuela, Muga, Argandeña y Lacaste, págs. 736-742, y SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, la Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 78.

gobierno del presidente Salvador Allende, en el marco de un conjunto de garantías constitucionales, entre las cuales se encontraba el derecho a la participación ciudadana.

No obstante, es importante señalar que durante el gobierno de Frei Montalva se logró aprobar una serie de reformas legales promotoras de la participación ciudadana, donde destaca la ley 16.880/1968, del 7 de agosto, sobre Organizaciones Comunitarias Territoriales y Comunales, llamada de la “Promoción Popular”. En ella se distinguían dos tipos de organizaciones: las de carácter territorial y las de tipo funcional. Las primeras correspondían a las juntas de vecinos, “expresión de solidaridad y organización del pueblo en el ámbito territorial, y las funcionales son básicamente los centros de padres y apoderados, organizaciones culturales y artísticas, juveniles, deportivas, grupos corales, cooperativas y otras que tuvieran carácter similar, que representen y promuevan valores específicos de los vecinos.³⁴ Hoy las organizaciones generadas al amparo de esta ley, representan el mayor número de organizaciones de la sociedad civil en Chile.³⁵

Con todo, y para diferenciar la propuesta socialista en materia de participación, la derrota de 1964 sumió a este conglomerado de izquierda en una profunda discusión. Ésta crisis cobró importancia en 1967, durante el congreso socialista realizado en la ciudad de Chillán, donde se adoptó una nueva estrategia programática que lo llevará al gobierno en las elecciones de 1970. Para los socialistas la Revolución Cubana había repercutido profundamente en el tipo de relación entre EUA y los restantes países latinoamericanos; el Estado del norte no aceptaría la instauración en América Latina de otro proceso revolucionario de izquierda. Cualquier intento “inevitablemente” terminaría por confrontarse en forma violenta. Chile no se encontraba al margen de la influencia norteamericana. El Partido Socialista consideró que la revolución chilena se enfrentaría, ya sea directa o indirectamente, con los intereses “imperialistas”. La confrontación armada, por tanto, era ineludible. Pero esto no era obstáculo para desarrollar “fases pacíficas”. Así, el tema de la vía a adoptar dejó de ser un problema estratégico, que definiría la confrontación entre la oligarquía y el pueblo, para transformarse en uno táctico. La determinación por la vía armada o pacífica pasó a depender de la correlación de fuerzas existente en el momento indicado. Se dio la paradoja que, aunque estratégicamente los socialistas se definían como partidarios de la “vía armada”, en los hechos adoptaron la “vía pacífica”.³⁶

De esta manera, en las elecciones presidenciales de 1970 se puso en práctica tal estrategia. Un nuevo conglomerado, la “Unidad Popular”, defendería las pretensiones socialistas establecidas claramente en el Programa de Gobierno.³⁷ Éste debía unir los logros político-electorales con las bases de lo que sería el “poder popular”. El triunfo

³⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, pág. 117.

³⁵ El estudio más completo realizado hasta el momento registra 84.000 organizaciones sin fines de lucro en Chile, de las cuales 11.420 son organizaciones generadas al amparo de la ley 16.880/1968. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO: *Desarrollo humano en Chile 2000, Más sociedad para gobernar el futuro*, PNUD, Santiago, 2000, pág. 124.

³⁶ JOBET, Julio César: *El Partido Socialista de Chile*, Ediciones Prensa Latinoamericana, Santiago, 1971 tomo II, pág. 131; WALKER, Ignacio: *Socialismo y Democracia, Chile y Europa en perspectivas comparada*, CIEPLAN-HACHETTE, Santiago, 1990, pág. 144; FAÜNDEZ, Julio: *Izquierdas y Democracias en Chile, 1932 1991*, Ediciones BAT, Santiago, 1992 pág. 172 y sig.

³⁷ El Programa de Salvador Allende expresaba claramente la nueva línea: “los comités de la Unidad Popular, no sólo serán organismos electorales, serán intérpretes y combatientes de las reivindicaciones inmediatas de las masas y sobre todo se preparan para ejercer el poder popular”. Ver UNIDAD POPULAR: *Programa*, Editorial Prensa Latinoamericana, Santiago, 1970, pág. 12.

con una mayoría relativa de Allende con un 36,5% de los votos ratificaría lo acertado de la nueva línea.

Reponer la reforma constitucional para visibilizar a las organizaciones de la sociedad civil en la Constitución se transformó ahora desde la perspectiva socialista en una medida clave. Paradojalmente se tomó la misma propuesta rechazada en 1964, relativa a la creación de una nueva garantía en el artículo 10 de la Constitución, agregando dos incisos: “Las Juntas de Vecinos, Centros de Madres, Sindicatos, Cooperativas y demás organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios del Estado y de las Municipalidades, serán personas jurídicas dotadas de independencia y libertad para el desempeño de las funciones que por ley les correspondan y para generar democráticamente sus organismos directivos y representantes, a través del voto libre y secreto de todos sus miembros”. En ningún caso esas instituciones podrán arrogarse el nombre o representación del pueblo, ni intentar ejercer poderes propios de las autoridades del Estado”.

Es así que finalmente se estableció el numeral 17 del artículo 10 de la Constitución de 1925, aprobado en enero de 1971. Esta última propuesta pretendía generar un poder social paralelo al Estado sustentado en las diversas organizaciones constituidas a través de las reivindicaciones populares. De esta forma la participación ciudadana por medio de las organizaciones de la sociedad civil cobró una importancia decisiva en la conformación de este nuevo poder, el “poder popular”. La construcción del llamado "poder popular" durante el gobierno de Salvador Allende va de la mano con el surgimiento de dos grandes mecanismos: el primero fue el Comité de la Unidad Popular (CUP), que aparece en forma explosiva durante la campaña presidencial de Allende para dar paso a las Juntas de Abastecimiento y Precios (JAP). Pero la definitiva consolidación de estas estructuras se da con la creación de los Cordones Industriales y los Comandos Comunales. Los Cordones Industriales nacen como respuesta a la crisis ocasionada durante el “Paro de Octubre” de 1972. Correspondía su creación y fortalecimiento a agrupaciones sindicales organizadas en el nivel local (con preferencia en los grandes barrios industriales), que a estas alturas se encontraban divididas en dos sectores: de gobierno y de oposición. De este modo, el Gobierno de Allende politiza en extremo la acción de las organizaciones sociales, con funestas consecuencias posteriores.³⁸

A partir del Golpe de Estado de 1973 la opción por un nuevo orden constitucional se hizo evidente. La junta militar que asume el poder identificó, desde su inicio, ciertas “debilidades” en el modelo institucional que hacían razonable pensar en uno diferente, y que, por lo demás, no sólo se vinculaban con los sucesos que motivaron el derrocamiento del gobierno de Allende sino por ciertas debilidades latentes (que dicho sistema evidenciaba por décadas).

Desde esta perspectiva la tradición constitucional que por más de 160 años, registró progresivos avances en la participación de los ciudadanos, además de derechos económicos, sociales y culturales, era responsable finalmente de la crisis política. Jaime Guzmán, abogado cercano a la junta militar, justifica la transformación diciendo: “una

³⁸ ARRIAGADA, Genaro: *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Editorial Pacífico S.A., Prólogo de Eduardo Frei M., Santiago, 1974, pág. 298 y sig; FAÚNDEZ, Julio: *Izquierdas y Democracias en Chile, 1932 19971*, pág. 259 y sig. ; MOULIAN, Tomás y GARRETÓN, Manuel Antonio: *La Unidad Popular y el conflicto político en Chile*, Ediciones Minga, Santiago, 1983, pág. 110 y sig.; WALKER, Ignacio: *Socialismo y Democracia, Chile y Europa en perspectivas comparada*, pág. 158 y sig; y VALENZUELA, Arturo: *El quiebre de la democracia en Chile*, FLACSO, Santiago, 1989.

Constitución debe responder a los desafíos que le plantea la realidad concreta que está llamada a regir, y resulta incuestionable que después de la experiencia vivida por Chile durante el gobierno marxista, no adoptar las providencias necesarias que dificulten su repetición, constituiría una irresponsabilidad suicida”.³⁹

En consecuencia, el modelo institucional participativo vigente hasta esa época fue responsabilizado de la crisis institucional de 1973.⁴⁰ Una de las primeras medidas del gobierno militar fue entonces la conformación de una Comisión de Reforma Constitucional encargada de elaborar el anteproyecto de una nueva Constitución (en adelante “comisión Ortúzar”, en referencia al abogado que presidió dicha comisión). A días de efectuado el Golpe de Estado, el 24 de septiembre de 1973, fue establecida esta última comisión, dedicando varias sesiones en particular al tratamiento constitucional que se daría al derecho de participación (sesiones 45, 47, 187 y 188).⁴¹

Como se verá, el debate sobre la regulación del derecho de participación ocupó un nivel central en la discusión de la comisión Ortúzar. La normativa vigente fue minuciosamente revisada y cuestionada. Las conclusiones de esta comisión, expresadas en una serie de normas constitucionales, terminan siendo un importante retroceso en el reconocimiento del derecho de participación, postergando un debate macizo por más de dos décadas.

Pero éste no fue el único efecto generado a partir de la opción constitucional asumida por la comisión Ortúzar en materia de participación ciudadana. Como se apreciará a lo largo de este trabajo, la propuesta “participativa” contenida principalmente en el artículo primero de la carta de 1980 termina siendo uno de sus principios fundamentales. Éste consiste básicamente en despolitizar al país, orientando la acción de las organizaciones hacia la conformación de un poder social que fuera la expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, y que se aparta de la acción de la política coyuntural. Esta última sería entregada exclusivamente a los partidos políticos, estableciéndose drásticas sanciones para quienes no distinguen la acción social de la política.

En consecuencia, reconstruir el debate sobre participación en materia constitucional resulta relevante para comprender y caracterizar el modelo institucional vigente hoy en día en Chile. A continuación realizaremos un análisis pormenorizado del tratamiento constitucional de los mecanismos de democracia directa y participativa, distinguiendo la participación como derecho, los mecanismos establecidos para hacer efectiva la participación ciudadana y, finalmente, los proyectos e iniciativas que se debaten en el último tiempo para modificar el actual sistema institucional descrito.

5.1 La Constitución de 1980: definiciones que determinan la participación

³⁹ GUZMÁN, Jaime: “La Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*. Núm. 6, Santiago, 1979, pág. 58 y 59.

⁴⁰ La convicción del gobierno militar se resume en la siguiente frase de su principal ideólogo: “Había que crear una nueva y moderna institucionalidad (...) en la búsqueda de una reorganización a partir de las entrañas mismas del alma nacional”. GUZMÁN, Jaime: “La Constitución Política”, pág. 58delante s en elnto: lterlocutar organizaciones sin fines de lucro. sti.

⁴¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo III, la Constitución de 1980, antecedentes y génesis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 184 y sig.

La forma de Estado y la forma de gobierno cobra importancia a la hora de analizar las instituciones que comprometen la participación directa de la ciudadanía. No obstante, en el caso chileno existen otras definiciones que afectan a dicho derecho: el “principio de soberanía nacional”, que legitima la existencia de órganos constitucionales no representativos, junto con limitar o subordinar a los representantes a determinadas opciones constitucionales; el sistema electoral (responsable del estancamiento del padrón electoral y que subsidia a la segunda mayoría, dificultando que la mayoría pueda gobernar; la generación de órganos constitucionales mediante mecanismos que no se legitiman mediante el principio de representación); y el tratamiento constitucional del derecho de asociación que hace dificultoso su ejercicio (entre otras fórmulas que contempla la carta de 1980). Esto sin duda le da un carácter particular al sistema institucional chileno y justifica una breve revisión.

a. Forma de gobierno

Chile, al igual que la mayoría de los sistemas institucionales latinoamericanos, se caracteriza por una forma de gobierno presidencialista, donde tanto la elección del Congreso como la del Presidente de la República son directas y por un período determinado. Además este último concentra el carácter de Jefe de Estado y de Gobierno, según lo establece el artículo 24 de la carta de 1980.

Si bien la Constitución de 1833 fue sujeta a distintas interpretaciones (entre 1891 y 1924 existió un pseudo-parlamentarismo o régimen parlamentario incompleto basado en ella) desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, y sobre todo de la carta 1980, el predominio del presidencialismo ha sido indiscutido.⁴²

La particularidad del modelo chileno que se implementa en la década de los ochenta (que lo diferencia, por lo demás, del resto de los países de la región) es que conserva un sistema presidencialista “puro”, vale decir, que mantiene las características propias del modelo de EEUU: el Presidente designa y remueve libremente a sus ministros; el Congreso es un órgano colegislador, mientras que el Presidente cuenta con la facultad de veto legislativo; y ni el Presidente ni sus ministros son responsables políticamente ante el Congreso (en el sentido que no opera la pérdida de confianza o moción de censura).⁴³

Lejos de equilibrarse las funciones entre los distintos órganos constitucionales, dichas atribuciones han tendido a concentrarse en el Presidente de la República, sobre todo a partir de la Constitución de 1980, vigente hasta nuestros días. Así, entre sus atribuciones pueden encontrarse: competencia para actuar por decreto, áreas de iniciativa exclusiva en una importante gama de materias legislativas, definición de la agenda de debates del Congreso (a través de un sistema de urgencias que determina la discusión de los proyectos de ley), facultad de llamar a legislatura extraordinaria,

⁴² HEISE, Julio: *Historia de Chile: El período parlamentario 1861-1925*, Andrés Bello, Santiago, 1974, pág. 33 y 34; CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*, pág. 79 y sig; BULNES ALDUNATE, Luz: “Formas de Gobierno o Régimen Político en la Constitución de 1980”, en *20 años de Constitución chilena, 1981-2001*, editor NAVARRO BELTRÁN, Enrique, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 2001, págs. 93 a 107.

⁴³ ZOVATTO, Daniel Y OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús: “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada”, pág. 20 y 21; BULNES ALDUNATE, Luz: “Formas de Gobierno o Régimen Político en la Constitución de 1980”, en *20 años de Constitución chilena, 1981-2001*, editor NAVARRO BELTRÁN, Enrique, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 2001, págs. 93 a 107; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco: *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2001, pág. 289.

potestad reglamentaria para dictar normas, puede también formular observaciones o rechaza proyectos de ley ya aprobados, tiene poder de veto por el cual los proyectos vuelven nuevamente al debate parlamentario, definición del presupuesto, designación de gran cantidad de autoridades nacionales y regionales, cuenta con atribuciones judiciales, pues puede otorgar indulto, y tiene la supervigilancia de todos los jueces, nombra y remueve a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, entre otras.

Este proceso sistemático de concentración del poder alcanza su mayor expresión en la carta de 1980, y puede contrastarse con las iniciativas que han surgido a lo largo de la historia de este país destinadas a generar injerencia efectiva de la ciudadanía en las decisiones públicas. Los intentos por instalar una mayor distribución del poder político y económico a nivel regional se han ido sucediendo desde 1828 a la fecha, pero sin contar con medidas concretas de implementación.⁴⁴ Quizás la más importante iniciativa por reducir los poderes exorbitantes de Presidente de la República surge con la reforma constitucional 20.050/2005, donde como veremos en el siguiente apartado se introdujeron varias limitaciones a las potestades del órgano Presidencial como la formalización de la cuenta pública que el Presidente debe rendir ante toda la nación (se trataba de una práctica no regulada constitucionalmente) y el aumento de las exigencias en materia de estados de excepción, con el objeto de garantizar la protección de los derechos fundamentales durante estos períodos.

COLOMER VIADEL considera que existe un claro vínculo entre la concentración de poder generado por el establecimiento del sistema presidencialista en Latinoamérica y la ausencia de iniciativas participativas y descentralizadoras. Este autor plantea que las clases dirigentes desde la formación de los estados latinoamericanos se preocuparon más de dominar y concentrar el poder que de construir la dimensión nacional. Esto llevó a un predominio casi total del Ejecutivo (encabezado por el Presidente de la República, quien asume en los sistemas presidenciales la calidad de Jefe de Estado y de Gobierno) en toda la esfera pública, donde dicho sistema de gobierno se adaptó para que, bajo modelos aparentemente democráticos y representativos, se generaran grados crecientes de concentración de poder. Esta tendencia que, como veremos, en la actualidad se ha ido diluyendo en el resto de Latinoamérica, en Chile mantiene su expresión más cruda.⁴⁵

b. La representación y la adopción del principio de soberanía nacional

El mecanismo preferentemente reconocido por las constituciones de Chile ha sido la elección de autoridades a través de procedimientos propios del sistema de representación política. Su preponderancia como fórmula participativa se hizo explícita en la Constitución de 1925.⁴⁶ Dicho sistema muestra una progresiva evolución, incorporando nuevos sectores de la población y haciendo cada vez más participativos y relevantes los procesos electorales. En 1874 se terminó con la condición de acreditar la posesión de bienes inmuebles para ser ciudadano y, con la Constitución de 1925, el

⁴⁴ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del constitucionalismo Republicano*, pág. 202 y sig.

⁴⁵ COLOMER VIADEL, Antonio: *Constitución Estado y Democracia en el siglo XXI*, Editorial UPV, Valencia, 2006, pág. 110 y sig. Sobre la concentración del poder en Chile y América latina ver VÉLIZ, Claudio: *La tradición centralista de América Latina*, Ariel, Barcelona, 1984.

⁴⁶ El artículo primero de dicha carta establecía que el gobierno de Chile es “republicano, democrático y representativo”. Esta identificación del sistema institucional con la democracia representativa se remonta a una norma similar establecida en el artículo tercero de la constitución de 1823.

sufragio pasa a ser un derecho de todos los hombres mayores de veintiún años. Desde 1932 hasta 1949 la participación ciudadana en las elecciones de autoridades se duplicó. En los comicios de 1952, con la incorporación de la mujer, los votantes llegaron a 1.100.000 (el 18% de la población de Chile). El mayor crecimiento se produjo entre 1961 y 1964; los votantes pasaron de 1.800.000 a 2.900.000, dado que se estableció un sistema obligatorio de votación para los mayores de dieciocho años.⁴⁷

La Constitución de 1980 pretende romper con el monopolio del sistema representativo presente en la tradición constitucional chilena. Esta intención queda de manifiesto con la redacción del artículo cuarto, donde se omite la expresión “representativa”, establecida en la Constitución de 1925, para caracterizar simplemente al país como una “República Democrática”. Además, en el artículo quinto se establece el principio de “soberanía nacional” dejando de lado el de “soberanía popular”, también presente en la carta de 1925.

Para buena parte de la doctrina opositora al régimen militar, agrupada en el “Grupo de los 24”⁴⁸, la adopción de este nuevo criterio provocaría un importante retroceso en la evolución constitucional de Chile. Para ella toda concepción democrática reconoce actualmente que la soberanía reside en el pueblo, único sujeto de voluntad real con derecho para decidir sobre su propio destino. En opinión del “Grupo de los 24” el artículo quinto de la Constitución de 1980 “desconoce expresamente este derecho natural y exclusivo del pueblo para gobernarse”.⁴⁹

El motivo de este cambio se ve claramente reflejado en el debate de la comisión Ortúzar. En un primer momento de la discusión las opiniones se inclinan a favor de la tesis elaborada por Silva Bascuñán, quien creía necesario destacar que la soberanía reside en el pueblo. Pero en el año 1974 se cambió drásticamente de posición. El criterio dominante al interior de la Comisión Ortúzar propone desvincular el término “nación” de “pueblo”. Las constituciones chilenas si bien recogieron tradicionalmente el principio de la “soberanía nacional”, siempre entendieron que la nación era sinónimo de “pueblo elector”.⁵⁰

⁴⁷ CAMPOS HARRIET, Fernando: *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 1963, pág. 318 y sig.

⁴⁸ A través de denominado “Grupo de Estudios Constitucionales” o “Grupo de los 24”, los principales académicos y expertos en derecho constitucional opositores al régimen militar, manifestaron en un documento, publicado en marzo de 1981, sus de críticas a la Constitución de 1980.

⁴⁹ GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES: “Las críticas del grupo de los 24”. En *Revista APSI* del 10 al 23 de marzo, Dossier, Santiago, 1981, pág. 11.

⁵⁰ En la Constitución de 1822 se reconoce la igualdad entre nación y pueblo, aunque esta perspectiva se encuentra en documentos oficiales ya desde el cabildo abierto de septiembre de 1810. Así se diría: “La nación chilena es la unión de todos los chilenos, en ella reside esencialmente la soberanía, cuyo ejercicio delega conforme esta constitución”. En la Constitución de 1823, el artículo 3º señala: “La soberanía reside esencialmente en la nación, y el ejercicio de ella en sus representantes”, omitiendo la idea de que la nación es la unión de todos los chilenos, pero no por esto deja de consagrar la igualdad entre pueblo y nación. Así lo demuestra el artículo 98º: “Censurado un funcionario por la mayoría de la nación o provincia respectiva queda destituido de su empleo (...)”.

Posteriormente, la Constitución de 1828 consideró necesario volver a plantear la igualdad entre pueblo y nación. El artículo 1º dice: “La nación chilena es la unión política de todos los chilenos naturales y legales (...) en ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes no puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia”.

Tanto en la Constitución de 1833 como en la de 1925 se vuelve a reproducir la misma fórmula. La carta de 1925, en el artículo 2º, señala: “La soberanía reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que esta constitución establece (...)”.

La “soberanía popular” supone a la ciudadanía, por sí o a través de sus representantes, como única depositaria del poder supremo. Por su parte, el principio de “soberanía nacional” sitúa en el eje del diseño institucional ciertos valores que identificarían a Chile. Jaime Guzmán expresa claramente la intención de la comisión Ortúzar en este sentido: “Sostener que la soberanía reside en la nación perfila una idea más nítida de la limitación que aquélla debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector debilita ese vínculo espiritual y facilita la tendencia antihistórica que cree que el sufragio universal de un día puede ignorar impunemente el legado obligatorio que una nación impone (...)”.⁵¹

Se pueden desprender dos maneras de entender el principio de “soberanía nacional” establecido en el artículo quinto de la Constitución de 1980. Por un lado, existiría una *faz restrictiva* que buscaría impedir que la voluntad popular transgrediera los valores que, según la Constitución, definirían a Chile como “nación”. En este sentido se explica lo señalado por Jaime Guzmán en el párrafo precedente. Pero también existiría una *faz activa* que exigiría una actitud, un reconocimiento de los valores nacionales que demandaría de los chilenos conductas que dieran cuenta de su calidad de tales. Así, por ejemplo, en el artículo 22 de la Constitución se establece como deber de los chilenos honrar a la patria y a “los valores esenciales de la tradición chilena”.

En cuanto a la primera dimensión, la propuesta de la comisión Ortúzar hizo residir en un “ente abstracto”, que representa a un conjunto de valores que son queridos por la nación chilena, y así se “igualan” a las autoridades nominadas por medio de las elecciones y plebiscitos a las que la Constitución establece. De esta forma, se crea una suerte de poder “autónomo”, ya que no es mandatado si no ejerce una verdadera potestad, “incluso a espaldas y en contra del pueblo”.⁵²

Humberto NOGUEIRA, comentando esta idea, hace referencia a un posible conflicto que podría generarse entre el diseño original del Consejo de Seguridad Nacional⁵³ y las autoridades electas por el pueblo; “Dicho Consejo se puede poner en oposición a lo que es el pueblo y, en definitiva, ambos tienen el ejercicio de la soberanía (...) en ese caso no es precisamente el pueblo quien tiene la posibilidad de ganar, es más bien quien tenga el poder de las armas”⁵⁴.

El efecto que se desprende del principio de la “soberanía nacional” es que el contrapeso al Presidente de la República ya no es el Congreso -representante de la voluntad popular-, sino, como señala CUMPLIDO, los:“(...) poderes técnicos-profesionales que son las Fuerzas Armadas y de Orden, el Consejo de Seguridad Nacional, el Tribunal Constitucional y los Tribunales Ordinarios”.⁵⁵

⁵¹ GUZMÁN, Jaime: “La Constitución Política”, pág. 55 y 56.

⁵² ALYWIN, Patricio, BULNES, Francisco, CUMPLIDO, Francisco, NOGUEIRA, Humberto, entre otros: *Una salida político constitucional para Chile*, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago, 1985, pág. 95.

⁵³ El Consejo de Seguridad, en su versión original, se integraba mayoritariamente por comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y su rol era: “(...) representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional”. Su función e integración ha sido modificada sucesivamente transformándose actualmente en un órgano asesor del Presidente de la República.

⁵⁴ ALYWIN, Patricio, BULNES, Francisco, CUMPLIDO, Francisco, NOGUEIRA, Humberto, entre otros: *Una salida político constitucional para Chile*, pág. 110.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 91.

En definitiva, existirían ciertos intereses nacionales objetivos, permanentes y que no necesariamente se vinculan con opciones circunstanciales de las mayorías ciudadanas. Así, una autoridad pública, más que deberse a las posiciones asumidas por su electorado en alguna materia controvertida -pensemos en posibles restricciones al derecho de propiedad, por dar un ejemplo-, deberá resguardar los principios asumidos constitucionalmente, ya que éstos representan supuestamente el sentir de más de una generación, conformando una característica de “lo nacional”.⁵⁶

Por su parte, RUIZ-TAGLE y CORREA, consideran que en nuestro sistema constitucional “co-existen” tanto la soberanía nacional como la popular. Por tanto, no corresponde establecer, al momento de interpretar la constitución, ningún tipo de jerarquía o preponderancia entre estas dos maneras de entender la soberanía.⁵⁷ MOLINA considera que existe un “cruzamiento implícito” entre la soberanía nacional y popular, ya que por un lado se declara que la soberanía reside en la nación; Mientras que por otro, consagra el sufragio universal y el plebiscito constituyente.⁵⁸

A nuestro juicio, las normas que se desprenden del principio de “soberanía nacional” no sólo explicarían la presencia de instituciones no electas de manera representativa en la Constitución, sino que subordinarían a las autoridades representativas a ciertas opciones constitucionales que identificarían a Chile como “nación”, regulaciones que comprometerían a los representantes por sobre una manifiesta posición de sus propios electores. Estas opciones se concretan en una reformulación del capítulo sobre derechos fundamentales establecida en la Constitución de 1980 (la tradición constitucional chilena daba más relevancia al principio y derecho de igualdad). Así, por ejemplo, como señala CRISTI y RUIZ-TAGLE, detrás del tratamiento de derechos fundamentales se encuentra una concepción que sólo ve en la protección de la propiedad el único fin del sistema de derechos en la Constitución.⁵⁹ Así, nos encontramos con una idea de representación limitada y subordinada a ciertos contenidos constitucionalmente reconocidos y que gozarían de un carácter permanente.

Esto de alguna manera interrumpe lo que BÖCKENFÖRDE llama “cadena de legitimación” entre el órgano del Estado y el pueblo. Ésta es la base de la legitimación que sustenta a un Estado democrático. Cuando existen autoridades públicas que actúan de manera “autónoma” y el sistema institucional no ofrece herramientas concretas para que el pueblo sea el que en definitiva legitime su actividad, nos encontramos fuera del gobierno democrático.⁶⁰

Es importante señalar que esta concepción de “soberanía nacional” ha sido sistemáticamente disminuida en su versión original por la pérdida de atribuciones de las instituciones antes indicadas, orientadas principalmente a limitar lo que hemos denominado *faz restrictiva*. La ley 20.050/2005, del 26 de agosto, estableció cincuenta y ocho enmiendas a la Constitución, donde destacan las siguientes medidas: modificación de los estados de excepción constitucional; eliminación de los senadores designados y

⁵⁶PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 158

⁵⁷ CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo: *Ciudadanos en Democracia, Fundamentos del Sistema Político Chileno*, Editorial Random House Mondadori, Santiago, Chile, 2010, pág. 141.

⁵⁸ MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional, Andalién*, Concepción, 1998, pág. 59.

⁵⁹ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*, pág. 206.

⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 58.

vitalicios; retiro de la referencia al sistema binominal de la carta fundamental; nueva integración del Tribunal Constitucional, así como la ampliación de su competencia y los alcances de las sentencias dictadas por este órgano; término de la inamovilidad del Contralor General de la República; y se garantiza la dependencia y subordinación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública al Presidente de la República (al terminar con la inamovilidad de los Comandantes en Jefes y pasando a ser el Consejo de Seguridad un órgano no deliberante), entre otras materias.⁶¹

No obstante, dichas modificaciones introducidas en la Constitución han sido sólo parciales, restrictivas de algunas atribuciones, pero sin alterar sustancialmente la función de resguardo de determinados valores y principios que definiría a Chile como “nación”, según la Constitución de 1980 (lo que hemos llamado *faz activa*). Así, se mantienen definiciones y directrices tan importantes como la manera de regular la propiedad, la familia, la vida, entre otros tópicos, imponiendo el respeto a la autoridad pública y a la ciudadanía.⁶² RUIZ-TAGLE llega a hablar, frente a la cantidad de reformas establecidas a la carta fundamental, que estamos ante una “Constitución Gatopardo”, que mientras más se reforma más retiene su rasgo autocrático y presidencialista.⁶³

c. El sistema electoral

Otra opción constitucional que afecta el derecho de participación (y a esta altura del Estado democrático) se vincula tanto al mecanismo de inscripción como al de elección de autoridades. La Constitución de 1980, a pesar de que conservó en el artículo 15 la tradición de establecer la obligatoriedad del voto, introdujo una importante variación: la voluntariedad de la inscripción. Esta fórmula ha provocado un estancamiento en el padrón electoral que, de un 92,2% de potenciales electores inscritos en 1988, llegó a su momento más bajo en vísperas de las elecciones del 2005, con sólo un 78.29%. Esto ha traído como consecuencia que hoy más de tres millones de jóvenes se encuentren auto-marginados de participar en las votaciones, lo que ensombrece aún más el balance de la participación ciudadana en este país.

Por otra parte, Chile es el único país que ha cambiado su sistema electoral que, históricamente, tuvo tradición proporcional, por una particular fórmula binominal

⁶¹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio: *Reformas Constitucionales 2005*, Antecedentes, debates e informes, Colección Tratados, Editorial jurídica, 2005 y CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile*, Teoría del constitucionalismo Republicano, pág. 205.

⁶² El profundo impacto que tiene esta *faz activa* se ha manifestado crecientemente en la medida que el proceso de restauración de la democracia se profundiza y la sociedad civil comienza a demandar visiones alternativas al modelo conservador impuesto por la Constitución de 1980. Un claro ejemplo de esto es el excesivo celo con que la carta fundamental resguarda el derecho a la vida (artículo 19 N° 1), prohibiendo toda trasgresión a este derecho, incluso restringiendo progresivamente la política sanitaria elaborada desde los años sesenta en Chile. Recientemente el Tribunal Constitucional ha hecho público y oficial el acuerdo según el cual se redactará el fallo sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Decreto Supremo N° 48/2007 del Ministerio de Salud, que aprueba las Normas Nacionales Sobre Regulación de la Fertilidad y que contempla entre otras medidas la distribución de la píldora del día después a adolescentes mayores de 14 años sin el consentimiento de sus padres. La definiciones del Tribunal Constitucional ha generado un proceso sostenido de movilizaciones por parte las organizaciones de la sociedad civil, con el objetivo de revertir la decisión del alto tribunal, quien se escuda en la norma constitucional aludida sin profundizar en los efectos nocivos que tienen estas medidas en las política públicas desarrolladas por décadas en Chile.

⁶³ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile*, Teoría del Constitucionalismo Republicano, págs. 198 a 201.

establecida en la carta 1980. La ley orgánica constitucional 18.700/1988, del 6 de mayo, sobre Votaciones Populares y Escrutinio, en su título final, fija sesenta distritos electorales y diecinueve circunscripciones senatoriales con una relación de dos representantes por cada uno de ellos. Sin embargo, para que un partido o coalición gane las dos bancas, debe duplicar en número de votos al partido o coalición que entra en segundo lugar. En consecuencia, el umbral que un partido debe superar para obtener por lo menos una banca es de un tercio (33,3%) de los votos. Como resultado, el sistema tiende a favorecer a la segunda lista más votada. Esto ocurre porque para obtener dos escaños el partido mayor debe recibir dos veces el número de votos del segundo partido, o dos tercios (66,6%) del número de votos. En consecuencia, todo caudal electoral que el partido más votado tenga por encima del 33,3% es efectivamente desperdiciado si el nivel de apoyo no llega al 66,6%.⁶⁴ Se asegura de esta forma un empate de facto en el Congreso que impide que el gobierno de la mayoría logre implementar buena parte de sus compromisos de campaña. En consecuencia, el actual sistema binominal se traduce en un sistema de elección de autoridades que subsidia a la segunda mayoría, desplazando las tradicionales fórmulas que resguardaban el principio de proporcionalidad en Chile, y haciendo que las elecciones, salvo las presidenciales, se tornen muy predecibles.

En consecuencia, esta distorsión de la voluntad ciudadana, la sobre-representación de algunos partidos políticos y la sub-representación de otros afecta la calidad de la democracia. Al no existir verdadera competencia en el sistema electoral disminuye el interés de la ciudadanía por participar del proceso político y se desprestigian las propias instituciones partidistas.

d. El derecho de asociación

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 19.15 de la carta de 1980, el que garantiza que todas las personas cuentan con el derecho de asociarse sin permiso previo, agregando que las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Esta libertad debe hacerse efectiva en cada etapa de desarrollo de una organización. Por lo pronto, habilita a las personas para que sin permiso previo constituyan entidades que persigan “fines lícitos”. A su vez, las organizaciones deberán garantizar la posibilidad de ingresar, permanecer en ellas y retirarse libremente, todo ello sin permiso previo y sin otros requisitos que los que voluntariamente se aceptaran al ejecutar alguna de dichas acciones.⁶⁵

El Tribunal Constitucional ha entendido que se derivan de la garantía protegida por el artículo 19.15, dos institutos jurídicos a los cuales atribuye distintos alcances: el derecho de asociación en general y la regulación referida a asociaciones que deseen

⁶⁴ NOHLEN, Dieter: *Sistemas electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 58 y sig.; HUNEEUS, Carlos: “La necesidad de reforma electoral”, en HUNEEUS, Carlos (compilador): *La reforma al sistema Binominal en Chile, propuestas para el debate*, Catalonia, Santiago, 2006, págs. 13-54; y MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew: “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, págs. 421 a 429.

⁶⁵ Esta idea se establece expresamente en la Constitución de 1980 al señalar que “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación” (artículo 19°, N° 15, inciso 3) y se reproduce de igual manera al establecer que la afiliación sindical será siempre voluntaria (artículo 19°, N° 19); y también al prohibir que alguna ley o disposición de autoridad pública pueda exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos (artículo 19°, N° 16, inciso 4).

gozar de personalidad jurídica. En este último caso, las asociaciones deberán someterse a las disposiciones que establezca la ley.⁶⁶

En este sentido, VIVEROS señala que, al no ser la personalidad jurídica un elemento de la esencia del derecho de asociación, ésta opera “como una válvula selectiva de acceso para existir y funcionar a la vida legal”. En particular, en lo que respecta a las corporaciones y fundaciones de beneficencia, éstas se encuentran reguladas bajo un sistema de concesión, donde la Administración no sólo determina si una organización existe o no, sino también califica si cancela su personalidad jurídica bajo criterios que la ley establece. VIVEROS constata que fue justamente a través del sistema de concesión de personalidad jurídica que el gobierno militar permitió o prohibió el funcionamiento de organizaciones de oposición. Nos encontramos en consecuencia con otro factor que puede inhibir la participación al dejar un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad ante la existencia de una organización.⁶⁷

Un tema controvertido relativo a la aplicación de esta garantía constitucional de asociación se generó al momento de la tramitación de la ley 19.418/1989, del 30 de diciembre, que regula las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias. El Tribunal Constitucional impugnó en 1991, a requerimiento de un grupo de diputados de derecha, la disposición del proyecto que pretendía modificar el artículo 36 de la citada ley de la siguiente manera: “(...) sólo podrá existir una junta de vecinos en cada unidad vecinal y cada persona sólo podrá pertenecer a una junta de vecinos”. El fallo del Tribunal Constitucional acogió el requerimiento señalando que “(...) estas normas, si bien no hacen obligatorio el incorporarse a la Junta de Vecinos única, coartan la libertad de toda persona que quiera ejercer su derecho a participar en la vida nacional a través de una junta de vecinos y a formarla y asociarse con quien lo desee dentro del ámbito territorial correspondiente, creándose de esta manera un impedimento para así hacerlo y obligándose consecuentemente a que, si se quiere ejercer tal derecho, se tenga como único camino el formar parte de esa única junta de vecinos permitida”. Según el mencionado fallo, “tal situación conculca la esencia misma del derecho a asociarse y a gozar de personalidad jurídica que la Constitución contempla”.⁶⁸

El Ejecutivo, por su parte, defendió la idea de establecer la existencia de una Junta de Vecinos por unidad vecinal. La argumentación y sentido de esta disposición, según el Gobierno, se debía a la función social que juegan las juntas de vecinos en el nivel local. La libertad de asociación no puede ser fundamento para una proliferación desmedida de juntas de vecinos por unidad vecinal. La ley debe promover el que dichas organizaciones garanticen un mínimo de representatividad y así cumplan el rol social que la misma ley las llaman a desempeñar. Sin embargo, la argumentación del Ejecutivo fue desechada por el Tribunal Constitucional.⁶⁹

⁶⁶ Este análisis aparece en el fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 43, recaído sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, del 24 de febrero de 1987.

⁶⁷ VIVEROS, Felipe: “Estado y legalidad, el peso de la noche en la sociedad civil chilena”, En *Anuario de filosofía jurídica y social, sobre la cultura jurídica chilena*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Núm. 20, Valparaíso, 2002, pág. 445.

⁶⁸ Fallo del Tribunal Constitucional rol N° 126, del 14 de mayo de 1991.

⁶⁹ Tres años después, el Tribunal Constitucional volvió a ser requerido nuevamente por diputados de oposición que objetaban la nueva redacción del artículo 36 (proyecto que ya había sido aprobado por el Congreso). La nueva redacción establecía: “Para constituir una junta de vecinos se requerirá la voluntad conforme de a lo menos un 20% de los vecinos residentes en la respectiva unidad vecinal”. El Tribunal Constitucional mantuvo la primacía de la libertad de asociación sobre cualquier otro criterio. El requisito establecido por el proyecto de ley de establecer como edad mínima los 18 años para integrar una junta de vecinos, unido a la exigencia de un 20% de vecinos residentes en la comuna, hacía –a juicio del Tribunal-

e. Deberes y prohibiciones del derecho de participación

La voluntad por despolitizar al país no sólo se expresó en fórmulas para desincentivar la participación sino también en sanciones para quienes “intervengan políticamente” en las organizaciones de la sociedad civil.

Se estableció el artículo 23 de la Constitución de 1980 que sanciona a los “grupos intermedios” y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que se les reconoce interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos. Ello, junto con considerar incompatible ostentar cargos directivos de organizaciones gremiales con cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de partidos políticos.

Nos encontramos ante un deber constitucional. A diferencia de los anteriores textos constitucionales chilenos, la carta de 1980 identifica deberes en los artículos 22 y 23. El primero se refiere al respeto a Chile y sus emblemas nacionales, el servicio militar y otras cargas personales. Mientras, la norma en comento desarrolla y limita el derecho de participación establecido en el artículo 1 antes citado. Al igual que los proyectos de reforma de la carta del 25, la comisión Ortúzar tomó como referencia el artículo 48 de la Constitución Italiana, pero esta vez no para desarrollar el derecho de participación, sino para condicionarlo a ciertos deberes.⁷⁰

En el caso italiano, como señalamos en el capítulo cuatro apartado primero, las consecuencias de esta definición no van más allá de ciertas medidas administrativas (la elaboración de listas como sanción simbólica y ética a quienes no votan en una elección). Mientras, la carta chilena se consideró que el Estado debe garantizar la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, y el abuso de dicha autonomía consistiría –según el texto del artículo 23- en intervenir en actividades ajenas a los fines específicos de la organización, particularmente en la actividad política. En su versión original este artículo contemplaba que “el cargo de dirigente gremial será incompatible con la militancia en un partido político”.

Así, la Constitución de 1980 fue explícita en separar la participación ciudadana de la participación partidista, dejando la actividad política exclusivamente a las personas que se dedican a ella. Las lecciones que según la Comisión Ortúzar se debían desprender de los errores de regulaciones y prácticas emanadas de la carta de 1925 quedaban resguardadas con el artículo 23.⁷¹

En resumen hemos identificado cinco ejes centrales en la carta del ochenta que impactan de diversas maneras en el tratamiento de la participación ciudadana y la forma de Estado y de gobierno: régimen de gobierno, sistema electoral, concepto de

vulnerar el derecho de asociación en su esencia. El proyecto finalmente se convirtió en la aludida ley 19.418/1989. El requisito numérico se resolvió estableciendo cifras determinadas relacionadas proporcionalmente; por ejemplo, “doscientos vecinos en las comunas de más de cien mil habitantes”. ZAPATA, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pág. 235 y sig.

⁷⁰ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, pág. 78.

⁷¹ VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional, Aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo II, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pág. 491 y VERDUGO MARINCOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA, Humberto: *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 323 y 324.

representación (soberanía nacional), deberes y prohibiciones a la participación y tratamiento del derecho de participación. Veremos cómo el reconocimiento de un mecanismo de democracia directa como el plebiscito nacional no actúa para “compensar” este déficit de participación, sino que tiene por objetivo resolver un casi imposible conflicto de poder entre el Presidente de la República y el Congreso (por lo que tiene una incidencia marginal en la forma de gobierno).

5.2 El tratamiento constitucional del derecho de participación

a. El debate durante la elaboración de la Constitución de 1980

Es en este contexto restrictivo de la participación que debe entenderse su tratamiento constitucional. La carta de 1980, en su capítulo primero, reconoce el derecho de participación ciudadana. En el inciso final del artículo 1 señala el deber del Estado de asegurar la participación de toda persona con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Dicha definición fue precedida por la revisión y debate, por parte de la comisión Ortúzar, de anteriores regulaciones y proyectos de reforma constitucional elaborados en la materia. Esta discusión, expresada en el texto original de la Constitución de 1980, se ha mantenido hasta la fecha. Distinguiremos en nuestro análisis dos momentos: por una parte, el debate de la comisión Ortúzar y el texto aprobado en 1980 (1973-1989), por otra, las reformas introducidas en el año 1989 a la carta fundamental (1989-a la fecha).

La preocupación por la relación entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil también surge como tema recurrente en el discurso de la derecha en las décadas de los sesenta y setenta. Renato CRISTI sistematizó esta reflexión a través de los discursos de uno de sus principales líderes, Jaime Guzmán, dando cuenta de un pensamiento alternativo al que dominaba en el Congreso y que terminó con la reforma de 1971 sobre participación antes referida. El pensamiento de Jaime Guzmán, desarrollado en el seno del movimiento gremialista, evolucionó de un credo corporativista hacia uno con importantes grados de reconocimiento del liberalismo económico. No obstante, su relación con el liberalismo político y el principio de la soberanía popular fue restrictiva y desconfiada.⁷²

A partir del análisis 10.17 de la Constitución de 1925 se inició el debate de la comisión Ortúzar en septiembre de 1973, a sólo días del Golpe de Estado. Los miembros de dicha comisión, integrada entre otros por el propio Guzmán, contrarrestaron luego las reformas antes aludidas con la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” de marzo de 1974, donde se enfatizó la necesidad de “asegurar la independencia y despolitización de todas las sociedades intermedias”. Este proceso supuso distinguir entre el “ámbito político”, cuya característica se orienta de manera principal a desempeñar funciones de gobierno, y el “ámbito de los grupos intermedios”, orientado a satisfacer fines específicos a través de una debida autonomía.⁷³

⁷² CRISTI, Renato: *El pensamiento político de Jaime Guzmán, autoridad y libertad*, ediciones LOM, Colección sin Norte, Santiago, 2000, pág. 68 y sig.

⁷³ Ver en Declaración de Principios de la Junta Militar Chilena, apartado 3.4.4, en http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_principios_del_gobierno_de_militar

Para la comisión Ortúzar las reformas antes descritas daban cuenta de una marcada intervención del Estado en el mundo de las organizaciones de la sociedad civil, sin establecer límite entre la acción del gobierno y de los grupos intermedios. Frente a esta tendencia se propuso restringir la acción estatal sólo al nivel que los privados no puedan asumir, ya sea por su relevancia o por exceder sus posibilidades.⁷⁴ No obstante, la comisión Ortúzar estimó que el Estado debía entregar garantías mínimas para el buen funcionamiento de los grupos intermedios. Esta intervención debía estar restringida al “principio de subsidiariedad”, vale decir, intervenir cuando no estuvieran las condiciones para que las organizaciones por sí solas se desarrollen o para resguardar su plena autonomía. Así, la regulación constitucional debería abordar sólo tres tópicos: el reconocimiento del derecho, la autonomía de las asociaciones y la definición del rol del Estado.⁷⁵

El derecho se haría efectivo a través de dos vías: el derecho a constituir asociaciones y la participación política. Esta última la deberían ejercer únicamente los ciudadanos y no las organizaciones en cuanto tales. Así, constitucionalmente se debería hacer explícita la no injerencia de las organizaciones en política, garantizándose de esta manera su autonomía privilegiando la participación en los temas cotidianos que afectan al ciudadano como es el ámbito local. En cuanto al rol del Estado, aquél debería corresponder a la coordinación, promoción y ayuda de los grupos intermedios. En este último aspecto, se puntualizó que no necesariamente al Estado le corresponde ser subsidiario del fin o propósito de las asociaciones. En este sentido, el Estado debe hacerse cargo de ciertos objetivos de bien común que las organizaciones no estén en condiciones de resguardar. Por esto se consideró necesario que la norma que diera cuenta de la relación entre organizaciones de la sociedad civil y el Estado se encontrara en las “bases de la institucionalidad”, reguladas en el capítulo primero de la Constitución.⁷⁶

La comisión Ortúzar no estimó necesario establecer un recurso especial para hacer efectivo el derecho de participación. No obstante, reconoció dos ámbitos de vulneración: la extralimitación de los órganos gubernamentales y la injerencia de los partidos políticos en el buen funcionamiento de las organizaciones. A partir de los argumentos señalados se desechó la idea de consignar una disposición específica referida al derecho de participación ciudadana; se la estimó contenida en lo que fue el definitivo artículo primero de la Constitución.⁷⁷

⁷⁴SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV*, págs. 42 a 51.

⁷⁵*Actas Oficiales de la Comisión Constituyente de la Nueva Constitución Política de la República*, Santiago, Editorial T. G. Gendarmería, 1974, tomo 28, sesión 187, págs. 11 a 19.

⁷⁶La primera referencia constitucional al fenómeno de las asociaciones se encuentra en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución que señala: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Esta directriz se garantiza en el artículo 19 N° 15, donde se reconoce el derecho de asociación, manteniendo la tradición constitucional chilena que se remonta a 1874. No obstante, la Constitución de 1925 era muy escueta en la materia; el incremento normativo tiene su fundamento en la apuesta de comisión Ortúzar por establecer un nuevo equilibrio entre el Estado y la sociedad civil. SOTO KLOSS, Eduardo: “La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXV, Núm. 2, Santiago, 1988, pág. 54.

⁷⁷ “Artículo 1º.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la

b. El orden constitucional a partir de la reforma de 1989

Con la primera modificación constitucional establecida en la ley 18.825/1989 del 17 de agosto, y aprobada por el plebiscito del 30 de julio de ese año, se incorporan por vía indirecta nuevas regulaciones de nivel constitucional en materia de participación ciudadana a través de la universalización de los Derechos Humanos reconocidos en documentos internacionales. Esta reforma es la primera que surge como resultado de la victoria electoral de la oposición al gobierno de Augusto Pinochet y comprende cincuenta y cuatro modificaciones cuyo objetivo fue básicamente disminuir el poder tutelar de los militares y garantizar el pluralismo en el sistema institucional.⁷⁸

Dentro de la serie de enmiendas contenida en la citada ley se agregó una frase final al artículo 7, comprometiendo al Estado de Chile en la universalización de los Derechos Humanos reconocidos en los Tratados internacionales. Así, dicha modificación establece: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (se refiere a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La doctrina se ha dividido en la interpretación de esta modificación en orden a determinar el rango normativo de este tipo de Tratado.⁷⁹ En primer lugar encontramos quienes le otorgan un estatus de ley al no existir una relación jerárquica establecida, ya que los autores orgánicos de los Tratados, al igual que el de las leyes, son el Presidente de la República y el Congreso Nacional. La consecuencia evidente es que los documentos internacionales, incluso los referidos a los Derechos Humanos, deberían interpretarse conforme a la Constitución por ser normas de menor jerarquía.⁸⁰

Otra interpretación sostiene que, a pesar de que los Tratados internacionales tengan rango legal, los derechos reconocidos en ellos deben ser considerados en un nivel constitucional. Esto a partir de la propia redacción de la reforma de 1989 que estableció el deber del Estado en referencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no del instrumento específico donde esto es reconocido. Basta que se encuentren en la Constitución o en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, junto con cumplir con la característica de estar ratificados y vigentes. Dichas

Comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y *asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”(cursiva añadida por nosotros).

⁷⁸ Esta tesis fue la sostenida por la Comisión Ortúzar en la sesión 368, de 9 de mayo de 1978. ANDRADE GEYWITZ, Carlos: *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Colección Tratados, Segunda Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2002.

⁷⁹ VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, segunda edición ampliada, Tomo II, págs. 97 a 103.

⁸⁰ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: “La reforma al artículo 5° de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 Núm. 3, septiembre-diciembre 1989, Santiago, págs.809 a 825; MOHOR ABUDUAD, Salvador y FIAMMA OLIVARES, Gustavo: “La jerarquía normativa de los Tratados internacionales”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 55/56, Santiago, 1994, págs. 115 a 126; BERTELSEN REPPETTO, Raúl: “Rango jurídico de los Tratados internacionales en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 Núm. 2 y 3, tomo I, Santiago 1996, págs. 211 a 222.

disposiciones se convierten en un límite mínimo que el Estado chileno se compromete a resguardar, establecido por sobre cualquier normativa interna que las contradiga. En consecuencia, el Estado deberá tomar en cuenta esta normativa no sólo a la hora de legislar, sino también cuando se realice algún acto de gobierno o administración, desarrollando políticas económicas y sociales tendientes a la realización de tales derechos garantizados. Además, deberá considerarla (a esta normativa) al momento de dirimir conflictos entre particulares o entre éstos y el Estado.⁸¹

La tercera posición otorga rango constitucional a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ya que al ser garantizados por el artículo 5, inciso 2 - establecido en el capítulo sobre bases de la institucionalidad- primarían por sobre otra normativa, incluso por sobre la propia carta fundamental. Este tipo de Tratados constituiría “derecho constitucional material”, dice CEA; por tanto, si un principio o norma de aquéllos entra en contradicción en forma o fondo con cierta disposición legal, prima la regla del Tratado internacional.⁸² Incluso, a partir del creciente posicionamiento de la normativa de Derechos Humanos en el derecho internacional, se le daría a los Tratados de derechos humanos un estatus “supra-constitucional”.⁸³

Los análisis que han sistematizado las sentencias de los tribunales ordinarios chilenos concluyen que no es posible identificar una posición mayoritaria por alguna de estas tesis. No obstante, el Tribunal Constitucional se ha manifestado sistemáticamente en el sentido de otorgar un estatus legal a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos.⁸⁴

La jurisprudencia más relevante en esta materia la constituyen dos fallos del Tribunal Constitucional relativos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 246/2002 del 8 de mayo, y recientemente el 1415/2009, del 24 de junio. En el primero de ellos se hace un extenso análisis de la historia fidedigna del artículo 5, y de su posterior modificación en el año 1989, así como referencias al estatus normativo de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos hechas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, concluyendo que “(...) la norma constitucional reformada no consagró que los Tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental”. La misma tesis es resumida en el aludido fallo 1415/2009.

⁸¹GÓMEZ, Gastón: “Constitución, derechos esenciales y Tratados”, en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 27, Serie Seminarios, Junio 1996, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 76-82; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pág. 881 a 895 y *Dogmática Constitucional*, Editorial U. de Talca, Talca, 1997, pág. 67 a105

⁸² CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*, Textos Universitarios, Edición Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2003, pág. 228 y 229.

⁸³ PACHECO GÓMEZ, Máximo: “Supra-constitucionalidad de los derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 Núm. 2 y 3, mayo-diciembre 1993, Santiago, pág.809 a 825.

⁸⁴ INFANTE CAFFI, María Teresa: “Los Tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 vistos por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 Núm. 2 y 3, Tomo I, Santiago, 1996, pág. 277 a 297; BENADAVA CATTAN, Santiago, DURÁN BLÄCHLER, Samuel, GROSSMAN GUILOFF, Claudio, LEÓN STEFFENS, Avelino, ORREGO VICUÑA, Francisco: *La relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos, nuevos enfoques de derecho internacional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, pág. 9-59. VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo II, pág. 99 y100.

Aunque los antecedentes aportados en los fallos del Tribunal Constitucional son contundentes, éstos se restringen a establecer el rango legal de los Tratados y no de los derechos reconocidos en ellos. Por lo demás, como hace referencia GÓMEZ y NOGUEIRA, la reforma al artículo 7 de la citada ley 18.825/1989 distingue entre los derechos esenciales y los Tratados que los contienen. Son justamente a nuestro juicio los derechos los que tendrían rango constitucional, según la modificación antes referida.⁸⁵

En lo que respecta al derecho de participación, éste ha sido regulado al menos en cuatro documentos internacionales reconocidos por Chile que se encuentran vigentes. El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948. A su vez, el artículo 25.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y artículo 23.1, letra A de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969, establecen el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. De manera que, al dictarse nuevas regulaciones referidas a la gestión pública, se ha debido garantizar el derecho a la participación reconocido en las normas de rango constitucional antes citadas. Veremos al revisar la legislación chilena que esta normativa sólo ha sido reconocida parcialmente.

Con todo, el derecho de participación no ha sido Tratado de manera sistemática en la legislación chilena; por lo demás, las regulaciones que analizaremos son básicamente mecanismos de democracia participativa (con excepción del plebiscito comunal y las consultas no vinculantes). La ley 19.880/2003, del 19 mayo, que regula el procedimiento administrativo, sólo desarrolla el derecho a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase de dicho procedimiento, que deberán ser tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (artículo 17, letra F), y el derecho de acceso a la documentación administrativa (artículo 17, letra H de la citada ley y los artículos 5 y 10 de la ley 20.285/2008 del 20 de agosto sobre Transparencia de la Función Pública).

En la práctica se ha desarrollado el derecho de participación sin establecer mecanismos de democracia directa. Este es el caso de la ley 19.300/1994 del 9 de marzo, que establece las Bases Generales del Medio Ambiente. En el párrafo tercero (artículos 26 al 31) se regula la participación de la Comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, facultando a las comisiones regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, a establecer los mecanismos que aseguren la participación de la Comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.

Otra importante modificación constitucional establecida en la ley 18.825/1989, del 17 de agosto, tiene que ver con el artículo 23 de la carta fundamental de 1980. Dicha reforma morigeró la incompatibilidad entre dirigente gremial y de partido político, en el sentido de limitar dicha sanción a los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales y los cargos directivos superiores, nacionales y regionales de los partidos políticos.

Esta incompatibilidad ha sido recogida de manera desigual por la legislación chilena. Así, el artículo 23 de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos

⁸⁵ GÓMEZ, Gastón: “Constitución, derechos esenciales y Tratados”, pág. 82; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pág. 104.

18.603/1987, del 23 de marzo, modificada por la ley 18.905/1990 del 9 de enero, establece: “Los cargos de miembro de directorio nacional o regional del órgano administrativo superior de un gremio o sindicato son incompatibles con los cargos de miembros de la Directiva Central o Consejo Regional o del Tribunal Supremo de un partido político. La persona que resulte afectada por esta incompatibilidad deberá optar entre los dos cargos, dentro del plazo del tercer día contado desde que fue designado para ocupar el cargo que desempeña con anterioridad”. Se debe hacer referencia además al artículo 49 de la ley 18.603/1987, que somete a multas y a la inhabilidad por cinco años a dirigentes de partidos políticos que interfieren en la autonomía de grupos intermedios.

El artículo 3 de la ley 19.418/1997 del 9 de enero, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, señala, por su parte, que estas agrupaciones no podrán perseguir fines de lucro y deberán respetar la libertad religiosa y política de sus integrantes, quedando prohibida toda acción. Los funcionarios públicos y municipales que haciendo uso de su autoridad o representación, infringieren esta “neutralidad político-religiosa” o cooperaren, a sabiendas, a que otra persona la infrinja, sufrirán las sanciones prescritas en el estatuto administrativo o municipal.

El artículo 1 del decreto ley 2.757/1979 del 4 de julio sobre asociaciones gremiales, recoge esta incompatibilidad, estableciéndose en el artículo 18 letra C de dicho decreto la cancelación de la personalidad jurídica de las asociaciones que incumplan de manera grave las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias.

La particular preocupación del legislador por hacer efectiva la incompatibilidad del artículo 23 de la carta fundamental en el ámbito de las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias también se puede observar de alguna manera en la exigua jurisprudencia existente en la materia. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre las incompatibilidades establecidas en el artículo 23; sólo se ha referido marginalmente al tema en la sentencia 126/1991, del 14 de mayo, sobre las organizaciones comunitarias de carácter territorial.⁸⁶ Recientemente, la Contraloría General de República (órgano constitucional de carácter autónomo y que fiscaliza la legalidad de las actuaciones de los entes públicos) en el dictamen 32289/2009, del 19 de junio, señaló que, pese a que las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias son entidades de carácter privado y no sujetas a su control, la ley ha vedado expresamente la posibilidad de que “(...) las juntas de vecinos participen en actividades político-partidistas; los inmuebles que éstas administran se encuentran igualmente afectos a esa prohibición, resultando, por ende, improcedente que en los mismos se realicen reuniones de esa índole”.

5.3 Mecanismos de participación directa en la carta de 1980: el plebiscito nacional

Dos son los mecanismos de democracia directa que podrán identificarse en la Constitución de 1980: el plebiscito nacional y el comunal, mas sólo el plebiscito nacional es desarrollado por la propia carta fundamental. El plebiscito comunal es

⁸⁶ CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Derechos, Deberes y Garantías*, Tomo II, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Edición Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2004, pág. 678 y 679.

remitido por la Constitución a una ley para su tratamiento pormenorizado (lo analizaremos en el apartado siguiente).

El plebiscito nacional fue establecido por la Constitución de 1925 a través de una enmienda aprobada el año 1970. Antes, en las constituciones de 1828 y 1833 la fórmula para modificar total o parcialmente normas de rango constitucional era a través de la aprobación de dos Congresos ordinarios sucesivos, uno que sancionaba las modificaciones y otro que ratificaba dicho acuerdo sin poder introducir cambio alguno a lo votado originalmente. Con la carta de 1925, la reforma debía someterse al trámite de una ley común. El proyecto, tras de ser despachado por la mayoría en ejercicio había de ratificarse en Congreso Pleno (Cámara y Senado), facultándose al Presidente de la República para recurrir al plebiscito, si las Cámaras rechazaban en todo o en parte las modificaciones por él propuestas al texto de ratificado, e insistieren en éste por los dos tercios de los miembros presentes. Seis modificaciones se introdujeron a la Constitución de 1925. En ninguno de los casos se convocó al plebiscito.

La ley 17.284/1970, del 23 de enero, estableció dos hipótesis de plebiscito: cuando el proyecto presentado por el Presidente fuere rechazado totalmente por el Congreso y cuando se desecharen total o parcialmente las observaciones del Ejecutivo formuladas al proyecto ratificado por él. En esta reforma se agregó la normativa particular referida a la convocatoria a plebiscito.⁸⁷

No obstante lo acotado que nos pueda parecer esta fórmula participativa, despertó cierta discrepancia durante su tramitación. Así, se consideró como una herramienta incontrarrestable a favor del Presidente de la República frente a reformas constitucionales que no contaran con el apoyo del Congreso. Por su parte, el Presidente Frei Montalva, impulsor de esta iniciativa, explicitó en el mensaje que enviara en enero de 1969 la importancia de incorporar el plebiscito como instrumento para solución de conflictos entre poderes del Estado. Además de establecer una forma de resolver la divergencia de opinión entre órganos constitucionales, la incorporación de este mecanismo de democracia directa permitiría dar mayor injerencia a la ciudadanía en las grandes decisiones políticas.⁸⁸

La primera referencia que la carta de 1980 hace en esta materia se encuentra en el artículo 15, inciso 2, donde se señala que sólo podrá convocarse a votación popular ante elecciones y plebiscitos en los casos previstos expresamente en dicha norma fundamental. El Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido (en referencia a un requerimiento de diputados acerca de un proyecto de ley que pretendía establecer un sistema de elecciones primarias para determinar el candidato a la Presidencia de la República) que el legislador no puede establecer consultas populares fuera de las contempladas en la Constitución y la ley, no importando si éstas son de sufragio obligatorio o voluntario.⁸⁹

El plebiscito nacional se encuentra regulado en los artículos 128 y 129 de la carta de 1980, en el capítulo XV, relativo a los mecanismos de reforma constitucional. En consecuencia, se encuentra dentro de las rígidas alternativas de reforma

⁸⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo X, Estado de excepción constitucional, gobierno y administración interior del Estado, reforma del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, págs. 187 a 193.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 228.

⁸⁹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 279/1998 del 6 de Octubre.

constitucional.⁹⁰ Al igual que en la carta del 25, no opera frente a cualquier materia de relevancia nacional que la ciudadanía o que algún poder del Estado quiera promover. Se puede aplicar únicamente frente a dos situaciones acotadas en el propio texto constitucional (artículo 128). Cuando, habiendo rechazado el Presidente de la República un proyecto de ley constitucional, el Congreso insista en su aprobación en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de ambas Cámaras, o bien, cuando el Congreso insista en rechazar toda o alguna de las observaciones hechas por el Presidente con el voto conforme de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En ambos casos es el Presidente quien llama a plebiscito.

Por lo que la diferencia evidente entre la actual regulación y la aprobada en 1970 consiste en establecer un quórum superior de dos tercios para que el Congreso insista o rechace las observaciones del Presidente de la República. En la versión original sólo se requería una mayoría simple. La modificación hecha en la carta de 1980 hace prácticamente imposible la situación descrita en la norma. Como hemos analizado con anterioridad, la coalición del Presidente bajo el sistema electoral asegura la mitad de los escaños del Congreso, por tanto es muy difícil que se reúna el quórum de dos tercios establecido en los dos casos señalados en el artículo 128 de la carta de 1980. Además, la iniciativa de esta fórmula no compromete la participación ciudadana en ninguna de sus fases, salvo para resolver al final la divergencia entre los dos actores relevantes del proceso formativo de las leyes.

Al igual que la carta del año 25, en el artículo 128 de la Constitución de 1980 se entrega la iniciativa de convocatoria a plebiscito únicamente al Presidente de la República. Se consultaría a la ciudadanía con un doble propósito: manifestar la conformidad con establecer una reforma constitucional y decir cuál de las dos alternativas (Ejecutivo o Congreso) es concordante con la voluntad mayoritaria del electorado. SILVA BASCUÑÁN justifica la iniciativa de convocatoria en las funciones que la Constitución entrega al Presidente de la República, al considerarlo la autoridad máxima del poder gubernamental (artículo 24).⁹¹

El artículo 129 regula el procedimiento del plebiscito. La convocatoria deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contados desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso. El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

⁹⁰ El artículo 127 establece que para una reforma constitucionales se requiere de 3/5 partes de diputados y senadores en ejercicio, salvo que esta reforma recaiga sobre los capítulos I (bases de la institucionalidad), III (derechos y deberes constitucionales), VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de Constitucional), donde se necesita en cada Cámara, la aprobación de 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio. En consecuencia se requeriría el 60% de los parlamentarios habilitados para reformas constitucionales generales y 67% para los capítulos antes indicados.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 229.

El Tribunal Calificador de Elecciones tendrá dos atribuciones según el inciso 3 del citado artículo 129: comunicar al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificar el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.⁹² Esta disposición debe ser relacionada con el artículo 93.5 de la carta de 1980 que faculta al Tribunal Constitucional para resolver cuestiones constitucionales relativas a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones antes citadas que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

Tres son los momentos en que se ha utilizado el plebiscito en Chile en los últimos treinta años. Todos ellos surgen en el período en que rige la normativa transitoria prevista en la Constitución de 1980. Dichos procesos plebiscitarios se establecieron justamente para aprobar la nueva Constitución (septiembre del 1980), para definir la continuidad del gobierno del general Augusto Pinochet (octubre de 1988) y para establecer modificaciones mínimas que permitirían dar inicio a la transición democrática (junio de 1989). En consecuencia, ninguno de los casos descritos tiene que ver con las alternativas previstas en el artículo 128 de la Constitución. Vale destacar lo marginal que resulta el único mecanismo de democracia directa regulado en la Constitución en el contexto del sistema institucional chileno.⁹³

5.4 El plebiscito comunal

Dentro de las reformas introducidas a la carta fundamental el año 1989 se modificó el artículo 107 (actual 118) incorporando la posibilidad de regular en la citada ley orgánica el plebiscito referido a materias propias de la administración local. En el texto original de la Constitución de 1980 sólo se contemplaba el plebiscito nacional. Así el Tribunal Constitucional, en la sentencia 50/1988, del 29 de febrero, declaró inadmisibles disposiciones que pretendían establecer el plebiscito comunal a través de una reforma a la ley de municipalidades. De este modo, el reconocimiento de esta fórmula de consulta sólo se pudo establecer con la referida modificación constitucional.⁹⁴

Posteriormente, con la reforma constitucional de la ley 19.097/1991, del 11 de noviembre, se llega al definitivo texto del artículo 118 que establece dos modalidades de consulta: el plebiscito comunal y las consultas no vinculantes. La justificación de

⁹² La ley orgánica constitucional 18.460/1985 del 15 de noviembre, que regula el funcionamiento del citado Tribunal Calificador de Elecciones en su artículo 9 dispone que corresponderá a este tribunal conocer el escrutinio general de los plebiscitos, resolver las reclamaciones que se interpongan en materia de su competencia, calificar los procesos plebiscitarios y proclamar el resultado del plebiscito nacional y comunicarlo al Presidente de la República. Por su parte, la ley orgánica constitucional 18.700/1988, del 6 de mayo, sobre Votaciones Populares y Escrutinio regula en su título V la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones en materia del Plebiscito.

⁹³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo X, Estado de excepción constitucional, gobierno y administración interior del Estado, reforma del Estado*, pág. 229 y 230.

⁹⁴ En el N° 31 de esta sentencia señala: “Que las normas del proyecto referidas en los considerandos precedentes no son constitucionalmente admisibles, ya que ellas se contraponen con lo prescrito en el artículo 15, inciso 2°, de la Carta Fundamental, pues al facultar a las autoridades comunales para determinar el procedimiento conforme al cual se oirá la opinión de la Comunidad local, sin reservas ni limitaciones de ninguna índole, no se excluye, sino por el contrario implícitamente se permite, que establezcan un sistema de votación popular, o similar, que la Constitución reserva, exclusivamente, para las elecciones y plebiscitos previstos en ella”.

establecer esta distinción surge del debate parlamentario y es resumida por BULNES y VERDUGO en la posibilidad de contar con una herramienta que permita orientar las decisiones edilicias con las inquietudes que animan a la Comunidad cuando no se dieran los supuestos legales para el plebiscito.⁹⁵

La ley orgánica de municipalidades 18.695/2006, del 26 de julio, regulará las materias de competencia municipal que pueden someterse a consulta, además la forma de convocatoria y sus efectos. En ambos casos tiene legitimidad activa el alcalde, con acuerdo del Concejo Municipal, dos tercios de los concejales en ejercicio y la proporción de ciudadanos que establezca la ley.⁹⁶

La ley 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades, señala las situaciones que obligan al alcalde a llamar a plebiscito o consulta no vinculante, agregando en el artículo 100 que, en el caso en que sea la ciudadanía la solicitante, se deberá acreditar ante notario público la firma de al menos el 10% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral de la respectiva comuna al 31 de diciembre del año anterior (esto último certificado por el Director Regional de Servicio Electoral respectivo).

A su vez, el artículo 99 explicita las materias consideradas de ámbito municipal, señalando las relativas a inversiones específicas de desarrollo comunal, la aprobación o modificación del Plan de Desarrollo Comunal, la modificación del Plan Regulador u otras de interés para la Comunidad local, siempre que sean propias de la esfera de competencia municipal. Esta enumeración no es taxativa y corresponderá al gobierno comunal (alcalde y Concejo) determinar otras materias consideradas propias del ámbito municipal. Eventualmente serán los tribunales superiores de justicia los encargados de dirimir un conflicto, de interponerse un recurso de reclamación en contra de dicha resolución edilicia.⁹⁷

Las restantes formalidades y efectos de los plebiscitos son establecidos entre los artículos 101 al 104 de la ley 18.695/2006, en donde se establece que dentro del décimo día de recepcionado oficialmente el requerimiento, el alcalde dictará un decreto de convocatoria a plebiscito. Dicho decreto contendrá la o las cuestiones sometidas a plebiscito. El artículo 101 señala que los resultados del plebiscito serán vinculantes para la autoridad municipal, siempre que vote más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna. En dichas disposiciones también se regulan materias como el cierre de los registros electorales, limitaciones a la propaganda, entre otras materias.

La exigencia de un 10% de los ciudadanos inscritos en el registro y el umbral de participación de un 50% han convertido al plebiscito comunal en una herramienta de casi nula utilización. En los casi treinta años de existencia del plebiscito comunal no más de una veinte experiencias han pretendido cumplir las exigencias recientemente descritas y sólo dos lo ha logrado; en las comunas de Vitacura (2009) y Las Condes (2011), ambas de la Región Metropolitana y se refirieron la primera a la aprobación o rechazo a cambios en el Plano Regulador Comunal propuestos por el municipio y la otra a la construcción de un Mall. Los restantes intentos prefirieron seguir el camino de las consultas no vinculantes (no son más de treinta), como las realizadas en las comunas de Las Condes (2006), Concepción (2007) y Osorno (2010).

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 100.

⁹⁶ BULNES ALDUNATE, Luz y VERDUGO MARINKOVIC, Mario: "Participación ciudadana y plebiscito comunales", En *Revista de Derecho Público*, vol. 70, Santiago, 2008, págs. 89 a104.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 101.

Esta percepción se confirma con los datos obtenidos por la Subsecretaría de Desarrollo Regional de Chile, entre el período 2000-2004, los que dan cuenta de experiencias de participación ciudadana en los municipios del todo país, tomando como base nueve instrumentos y mecanismos de participación ciudadana; en tal contexto el plebiscito comunal fue calificado en el último lugar de implementación por los consultados.⁹⁸

El artículo 93 de la citada ley facultad a cada municipalidad para establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio comunal, la localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, entre otras particularidades.

Por último, la Constitución regulaba la presencia en cada comuna del país de un Consejo Económico y Social⁹⁹. Hoy la ley 18.695/2006, del 26 de julio, remite su regulación a un Reglamento Municipal, restándole de esta forma toda relevancia. Esto se evidencia en que muy pocos de estos consejos funcionan, y los que logran constituirse tienen un rol marginal en la definiciones comunales.¹⁰⁰

5.5. Las iniciativas para fortalecer la participación

a. La nueva ley sobre asociaciones y participación en la gestión pública

A pesar de la gran cantidad de reformas realizadas a la Constitución de 1980, recién es en la última década cuando se intenta modificar el “modelo participativo” establecido por la comisión Ortúzar. En junio del 2004 se presenta el proyecto de ley de asociacionismo y participación en la gestión pública. Dicha iniciativa fue resultado de un largo proceso de consulta que tomó más dos años de discusión con más de seis mil organizaciones de la sociedad civil de todo el país. Su discusión parlamentaria en la Cámara de Diputados se caracterizó por un importante consenso político sobre su pertinencia, siendo aprobado por unanimidad. No obstante, el Senado dicha iniciativa no logró el apoyo necesario debiendo ser modificada y aprobada en Comisión Mixta, después de más de seis años de debate.

La ley 20.500/2011, del 16 de febrero, contempla modificaciones que van desde reformas al libro primero del Código Civil; la ley 18.757/2001, del 16 de septiembre, sobre bases de Administración del Estado; la ley 19.418/1989, del 30 de diciembre, que regula las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias; la ley 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades. Además establece regulaciones particulares sobre voluntariado, la incorporación de la figura de “organizaciones de interés público” y un Fondo para el Desarrollo de la Sociedad Civil.

⁹⁸SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL: “Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios: diagnóstico situación actual”, *Documento de trabajo*, Ministerio del Interior, Santiago, 2004.

⁹⁹ Su eliminación surge de un conjunto de modificaciones constitucionales acordadas en la ley 19.097/1991, del 12 de noviembre. El actual artículo 94 de la ley 18.695/1994, de 14 de julio, sobre Municipalidades prescribe que “en cada municipalidad existirá un consejo económico y social comunal, compuesto por representantes de la Comunidad local organizada”.

¹⁰⁰ DE LA MAZA, Gonzalo: *Tan lejos tan cerca, Políticas públicas y sociedad civil en Chile*, LOM Ciencias Humanas, Santiago 2005, pág. 145 y sig.

Con este proyecto se vuelve a la idea de fortalecer la gestión pública con la presencia de Consejos de la Sociedad Civil, implementada desde la década de los cincuenta, relevando el rol de las organizaciones de la sociedad civil en la elaboración de políticas públicas y control ciudadano. Se establecen, por ejemplo, directrices generales a los órganos de la Administración del Estado para dar cuenta pública anual de su gestión. También se califica de materias de “interés público” sobre las cuales cada órgano del Estado deberá consultar la opinión de organizaciones de la sociedad civil, en forma previa a la adopción de decisiones de políticas, planes y programas. Tales organizaciones podrán solicitar la calificación de una materia como de “interés” ciudadano.

La ley 20.500/2011, del 16 de febrero, también se establecen importantes modificaciones en lo referido a la participación ciudadana a nivel local. Se sustituyen los consejos económicos y sociales antes analizados por los “consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil”, los cuales tendrán atribuciones específicas, como pronunciarse sobre materias de relevancia local. Se otorgan facultades para que dicho consejo mantenga un diálogo permanente con juntas de vecinos, organizaciones comunitarias funcionales y organizaciones de interés público, cuando éstas así lo requieran, sobre el funcionamiento del municipio.

Por otra parte, se modifica el artículo 93 de la ley orgánica constitucional 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades, agregando un inciso que dispone que la ordenanza que regule las modalidades de la participación de la ciudadanía local, deberán contener una mención de las organizaciones que habrán de ser consultadas e informadas, describiendo los medios a través de los cuales se materializará la participación. Por ejemplo, cómo se concretarán las consultas sobre asuntos relevantes - como modificaciones a los planes reguladores- que el concejo, junto con su alcalde, deberán formular a las organizaciones comunitarias. En relación a los plebiscitos municipales, se modifica el artículo 56 del proyecto, en el sentido de rebajar del 10 al 5 % el porcentaje de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de una comuna que se requieren para la procedencia del plebiscito comunal por iniciativa de la ciudadanía.

b. La iniciativa legislativa popular

Con todo, ley 20.500/2011, del 16 de febrero no establece ningún mecanismo de democracia directa; la primera propuesta en este sentido durante la vigencia de la actual constitución es la referida a la Iniciativa Ciudadana de Ley, presentado en septiembre del 2007 al Congreso para su trámite legislativo. Se trata de una modificación al artículo 65 de la Constitución, el cual limita la iniciativa de los proyectos de ley a la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República. Con este proyecto se espera otorgar la iniciativa también a un grupo de ciudadanos, manteniendo las atribuciones propias de los órganos constitucionales en la tramitación, vale decir, el proyecto de ley se debatiría como cualquier otro.

Esta reforma constitucional que establece la iniciativa ciudadana subordina a una Ley Orgánica Constitucional del Congreso los requisitos para ejercer la iniciativa ciudadana, las materias de ley que les serán propias, la admisibilidad y su procedimiento y todas aquellas cuestiones que permitan el ejercicio de este derecho. Por tanto, se trata de una regulación de mínimos de tipo principal, que requiere desarrollo legislativo posterior. Nos encontramos entonces ante una etapa inicial del debate. No obstante, en el discurso en que la Presidenta de ese momento Michelle Bachelet firmó el proyecto de

ley, señaló que debería establecerse un número bajo de firmas que posibilitara la presentación del mayor número de proyectos ciudadanos. También se refirió a establecer plazos para la tramitación por el Congreso (habló de seis meses) y que la validación de la firmas fuera competencia del Servicio Electoral.¹⁰¹

A nuestro juicio la aprobación de este proyecto, pese a ser una modalidad “débil” de iniciativa legislativa popular, resulta difícil de implementar dentro del modelo institucional chileno, el que busca clausurar toda posibilidad de participación que vaya más allá de los canales institucionales establecidos. Éste es el caso de la iniciativa legal, donde se establecen taxativamente los sujetos legitimados: el Presidente de la República (proyectos) y los parlamentarios (mociones). Ambos sujetos deben restringirse a las materias que la propia Constitución identifica como legales (artículo 63) y las que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65). Estas materias son sin dudas las más importantes y comprometen recursos. Dentro del listado del iniciativa presidencial se encuentran materias como: imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza; crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado; fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, entre otros tipos de rentas; establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; y establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado. Además, el Presidente de la República determina la tramitación de las leyes en el Congreso, controlando las prioridades y tiempos en que deben tramitarse los proyectos de ley (artículo 74).

Si en el mejor de los casos a través de iniciativa legislativa popular se comprendieran materias establecidas en el citado artículo 65 (que la carta entregadas de manera exclusiva del Presidente de la República) aunque estemos hablando de una fórmula “débil” de iniciativa se generaría con esto un importante cambio en la forma de gobierno, abriéndose una válvula de escape al control férreo de Gobierno que supone el actual modelo institucional.

6. Reflexión y propuestas frente al reconocimiento de eventuales fórmulas participativas en Chile.

De la revisión general del sistema institucional chileno podemos concluir que, a pesar del reconocimiento constitucional del derecho de participación (artículo 1 de la Constitución de 1980) y el de participar directamente en la dirección de los asuntos públicos (contemplado en los documentos internacionales analizados), estos derechos no cuentan con instituciones que garanticen su implementación. Todo lo contrario; hemos establecido una clara vinculación entre el modelo institucional chileno y deterioro de la participación en Chile. Del análisis del modelo presidencialista que concentra gran parte del poder en el Presidente de la República, del principio de soberanía nacional (faz activa y restrictiva que rompen la cadena de legitimación democrática), de las restricciones al derechos de asociación (a través de una serie de deberes y prohibiciones, como el analizado artículo 23), hemos desprendido los ejes

¹⁰¹ BACHELET, Michelle: *Discursos Escogidos, julio-diciembre 2007*, Secretaria de Comunicaciones, Palacio de la Moneda, Santiago, 2008, pág. 342.

centrales que afectan negativamente el carácter democrático del sistema institucional chileno.

La titularidad del pueblo en el ejercicio del poder político en la constitución vigente mantiene serios cuestionamientos. Así lo expresaron –como señalamos en su oportunidad- los principales constitucionalistas frente a la original redacción de artículo 5 de la Constitución de 1980 que establece el principio de “soberanía nacional” y que en este sentido no ha sido modificado hasta la fecha. En este contexto, los mecanismos participativos actualmente establecidos en la carta fundamental chilena (plebiscito nacional y comunal) no dejan de ser anecdóticos.

El tramado institucional destinado a restringir la participación de la ciudadanía es tan diverso y variado, que nos lleva a pensar en que existiría una clara intención en el modelo institucional, generado a partir de la Constitución de 1980, por desincentivar la participación en política, o bien orientarla a formas menos deliberativas como el plebiscito comunal (donde la participación ciudadana se oriente a temas “concretos” en el ámbito local). Si esta fue la intención de Jaime Guzmán, podemos concluir que el modelo “participativo” de la actual carta fundamental fracasó. Esto debido a que, como señalamos en su oportunidad sólo una experiencia de plebiscito comunal se ha implementado en veinte años.

Con todo, no podemos señalar que la ciudadanía se ha despolitizado, sino ha mutado a prácticas políticas que se encuentra cada vez más desconectadas de los partidos políticos y porque no decirlo de toda forma institucional. Mientras que los procesos electorales manifiesta un sostenido decaimiento, se fortalecen en Chile expresiones ciudadanas informales de protesta mediática, como las movilizaciones secundarias del 2006, o las más recientes vinculadas a temas medioambientales y temas educacionales. Esta última tendencia participativa, muy de moda en Europa por lo demás, es descrita por ROSANVALLON como un fenómeno complejo, que deslegitima transversalmente a las autoridades públicas, que fortalecer la desconfianza y que resulta muy difícil de oriental institucionalmente.¹⁰²

Los costos de la estabilidad política a través de la rigidez constitucional y el intencionado adormecimiento de los tradicionales canales de expresión popular chileno (los partidos políticos, parlamentos y organizaciones de la sociedad civil) son descritos por BÖCKENFÖRDE, y no es ni más ni menos que la erosión del orden constitucional, a través del choque entre convicciones políticas contradictorias.¹⁰³

A nuestro juicio, existen dos caminos para avanzar en la democratización de Chile. Primero recuperando las características que singularizaron su modelo representativo. Esto significa restablecer la igualdad entre nación y pueblo elector, presente en toda la tradición constitucional chilena, impidiendo que existan instituciones, ni opciones constitucionales con carácter permanente que se marginen de la voluntad popular o restrinjan la idea de representación. Además, eliminar las regulaciones descritas que inhiben los derechos de participación y asociación. En segundo lugar, avanzar en la incorporación de mecanismos de democracia directa, como el referéndum y la iniciativa legislativa popular que logren institucionalizar los procesos informales de participación. Consideramos que ambas alternativas: mejorar la

¹⁰² ROSANVALLON, Pierre: *La Contrademocracia, la política en la era de la desconfianza*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2007, págs. 181y sig.

¹⁰³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 168.

representación y establecer nuevas fórmulas de participación, no son excluyentes. Todo lo contrario, la experiencia comparada evidencia que avanzar en estos dos caminos provoca una mutua sinergia.

El análisis comparado de los mecanismos de democracia directa en las constituciones occidentales nos evidencia dos tendencias en su regulación: la europea y la norteamericana (en algunos Estados de EUA). La diferencia está dada por el protagonismo que se le otorga al Parlamento. En este sentido, las cartas latinoamericanas han seguido uniformemente la tendencia europea, por lo que nos parece pueden servir de antecedentes para una eventual regulación en Chile.

Una de las consecuencias de la implementación de mecanismos de democracia directa y fórmulas participativas que más genera suspicacias es sus eventuales desviaciones autoritarias. Instituciones como el referéndum facultativo, en un contexto europeo, parecieran ser inocuas y acotadas por su reconocimiento en el sistema constitucional, la jurisprudencia o la legislación que desarrolla estos institutos participativos; en Latinoamérica en cambio pueden ser las herramientas que permitan imponer la voluntad de la mayoría gobernante y pavimentar el tránsito hacia gobiernos de tipo autoritario.

En este punto de la discusión nos parece relevante hacer referencia a las categorías constitucionales que nos ofrece LOEWENSTEIN. En un debate, que por lo demás que ha sido monopolizado por la ciencia política, la perspectiva constitucional resulta ser muy aclaradora. Este autor alemán distingue en su clasificación “ontológica de las constituciones” tres modelos: normativo, nominal y semántico. El factor que diferencia una categoría de otra está dado por la concordancia entre las normas constitucionales con la “realidad del proceso de poder”. Lo determinante en una reflexión constitucional no es el puro análisis del texto normativo, dice LOEWENSTEIN, sino lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. Así una constitución será normativa o nominal, si la dinámica del proceso político se adapta o no a sus normas. Mientras que será semántica cuando el texto constitucional es instrumentalizado en beneficio exclusivo de quien detenta el poder.¹⁰⁴

Pues bien, en este sentido nos parece que el proceso de regulación constitucional de los mecanismos de democracia directa y participativa en Latinoamérica (referéndum e iniciativa legislativa popular) no puede ser entendido como un factor más que contribuye a una tendencia nominal o semántica de las cartas fundamentales. Todo lo contrario, la subordinación de la iniciativa legislativa o referendarias al Parlamento o a un porcentaje del electorado, el establecimiento de materias que no pueden ser consultadas, la regulación de procedimientos de admisibilidad y de control de estos por tribunales electorales, entre otras medidas que surgen de la regulación de estas instituciones son finalmente señales de normatividad de los procesos participativos.

Con todo, la regulación de mecanismos de democracia directa en Chile ha sido condicionado al siguiente dilema: o bien se entrega su iniciativa al Presidente de la República (a través de consultas facultativas en materias de especial trascendencia), incrementado aún más las atribuciones otorgadas a esta autoridad; o se establecen en el ámbito legal, donde se debería intervenir el modelo de iniciativas para que la oferta participativa no termine siendo intrascendente.

¹⁰⁴ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, págs. 216 a 222.

Pensamos que la fórmula adecuada para la incorporación del referéndum no pasa ni por lo uno (aumentar atribuciones del Presidente), ni por lo otro (enajenar parte de las materias legislativas al Congreso), sino se debe reconocerse un espacio nuevo de participación dentro del modelo institucional vigente en Chile: la abrogación de la ley.

El modelo abrogación referendaria, regulado en varias cartas fundamentales occidentales, entrega importante ventajas para nuestro país. Por lo pronto, no interviene en el proceso formativo de la ley, sino que se sitúa en una fase posterior, en el de su vigencia. Parte del supuesto que los ciudadanos pueden manifestar puntuales objeciones a las decisiones de la mayoría parlamentaria, sin que con esto se ponga en dudas ni sus atribuciones, ni el modelo en su conjunto. Esta crítica acotada de la ciudadanía expresada en una iniciativa popular abrogatoria, no surge necesariamente de diferencias políticas, incluso puede originarse en materias no previstas por el legislador, manifestadas tiempo después de ser promulgada.

Con todo, frente al pronunciamiento popular abrogatorio sigue siendo resorte de los órganos constitucionales la elaboración de una nueva norma de remplazo. Lo que ha garantizado que el sistema representativo se fortalezca e integre opiniones disidentes, siendo de esta manera, cada vez más sensibles a las demandas ciudadanas durante el proceso legislativo.

También ayudaría el establecimiento del referéndum abrogativo a focalizar la participación directa de la ciudadanía al ámbito legal y no a la modificación de normativa de rango constitucional (que supone un proceso prolongando de deliberación).

Finalmente, pensamos que se debe introducir instituciones que permitan entender la representación más que como una autorización, como un mandato, sujeto a la eventualidad de la revocación en caso de incumplimiento flagrante. En este sentido el referéndum de revocación ha tenido un reconocimiento y práctica importantes en la región (Ecuador, Perú y Venezuela), dignas de ser considerada.