

## **Presentación ante el Consejo Constitucional Chileno: “Estado de Emergencia”**

**Bruce Ackerman**

Lunes 1 de agosto de 2023

Chile está enfrentando sus conflictos constitucionales de una manera muy reflexiva. En varios aspectos, si bien el anteproyecto presentado por los Expertos aborda una serie de problemas de forma incisiva, yo me referiré a dos materias que creo que requieren una revisión más exhaustiva antes de que la Constitución sea sometida a plebiscito.

El primer tema dice relación con el tratamiento del estado de emergencia en el artículo 33. Este impone correctamente límites al poder unilateral del Presidente de la República para declarar un estado de excepción, ya que puede solo actuar hasta un mes sin la aprobación del Congreso Nacional. Vencido ese plazo, el Congreso Nacional debe dar su aprobación a su prórroga cada dos semanas. Si dicha mayoría no se reúne en el Congreso, el estado de emergencia se acaba.

Esta disposición constituye una respuesta a un problema muy serio ya que ha habido al menos 132 situaciones en que los “estados de emergencia” han conllevado a dictaduras militares en Latinoamérica en los últimos 125 años. Desgraciadamente, estos golpes militares ocurrieron en países en que las constituciones tenían disposiciones como la del artículo 33. Estas disposiciones no fueron un resguardo suficiente en contra de los reiterados quiebres a la democracia.

No hay una solución mágica a peligros tales como que a futuro exista otro Pinochet que quiera tomarse el poder, ya sea en la década de 2030 o 2040. Sin perjuicio de aquello, mi estudio comparativo constitucional sugiere que el riesgo se reduciría enormemente si se estableciese en el artículo 33 un quorum supra-mayoritario en el Congreso antes de que un estado de emergencia pueda ser prorrogado por más de 2 meses. A esa altura, se requeriría la aprobación del 60% del Congreso, y después de 2 meses más, se requeriría 70% de los votos, y luego de dos meses solo sería suficiente para su aprobación el 80% del voto afirmativo del Congreso.

Esto se llama “*super-majoritarian escalator*” y ha jugado un rol esencial en la construcción constitucional por una razón muy obvia. Sin perjuicio de que sea fácil para un Presidente en ejercicio ganar apoyo de sus adherentes en el Congreso, los partidos políticos de oposición votarán previsiblemente en contra de la solicitud de estado de emergencia – salvo cuando hay un reconocimiento público de que es necesario su establecimiento. La experiencia del Covid redundó en la existencia de emergencias reales en los últimos años que ha requerido acciones excepcionales para evitar mayores impactos. Lo mismo se puede señalar sobre los terroristas armados que intenten derrocar un régimen existente. Solo en esos casos, los partidos políticos de minoría, reticentemente, podrán votar a favor de la prórroga de un estado de emergencia, ya que la oposición querrá conseguir votos en la próxima elección. Si no fuese así, el Presidente estaría obligado a restaurar el régimen jurídico normal cuando no obtenga la mayoría requerida para tales efectos.

La “*super-majoritarian escalator*” también evita el abuso del poder ejecutivo durante el proceso en que mantiene la mayoría en el Congreso. Si las fuerzas armadas cometen un abuso evidente, los partidos políticos minoritarios protestarán en contra de aquello invocando los derechos humanos, y probablemente obtengan un amplio apoyo público cuando voten en contra del estado de emergencia. Entonces, esta herramienta supra-mayoritaria le otorga al Presidente un incentivo para prevenir que los militares actúen de forma arbitraria.

Mi propuesta no implica que esta herramienta es una garantía absoluta en contra de una dictadura. Al contrario, si el Presidente y sus aliados militares estiman que se terminarán anticipadamente sus poderes otorgados por el estado de emergencia, pueden intentar igualmente un golpe de Estado antes de que pierdan la mayoría necesaria para prorrogarlo en el Congreso. El tema que planteo ante este Consejo Constitucional no es si una revisión al artículo 33 puede eliminar el riesgo absoluto de una dictadura, pues, tal y como he enfatizado, no existe esa solución mágica. La interrogante que quiero plantear es si es relevante o no que una Constitución consagre requisitos supra-mayoritarios para mejorar el futuro democrático de Chile en el siglo 21. Creo que la respuesta ante esa interrogante es que sí.

Ahora aludiré a otro tema de la propuesta del anteproyecto de la Comisión Experta, relativo al referendo popular como un modo de participación en la política chilena, consagrado en el artículo 48. Según estas disposiciones, una ley aprobada por el Congreso puede ser anulada si se convoca a un referendo especial para aquello. Pese a que el anteproyecto señala que este referendo fortalecerá los “mecanismos de participación”, creo que estas reglas establecidas en el artículo 48 tendrá el efecto contrario. A menos de que se revise radicalmente, este referendo constituye una seria amenaza a las instituciones democráticas.

Para explicar mis razones de por qué planteo esto, les daré un ejemplo matemático para aclarar las complejas reglas establecidas en el artículo 48 y la forma en que se manifiesta su carácter anti-democrático. Pese a que 8,5 millones de chilenos votaron en las elecciones del año 2021, simplificaré mi ejemplo estimando que alrededor de 10 millones de chilenos votaron. Como el presidente Boric y los parlamentarios de gobierno salieron electos con un margen 55-45, para aprobar una ley requieren el voto de 5.5 millones de votantes. Pese a lo anterior, el artículo 48 autoriza a que los opositores al gobierno puedan anular una nueva ley en virtud de un referendo, en donde solo 4.1 millones de chilenos voten y 2.1 millones voten “no”. Debo enfatizar, que este veto minoritario operará cuando los opositores a Convergencia Social y Revolución Democrática obtengan la mayoría en una elección nacional – lo que ciertamente ocurrirá en las próximas décadas.

Resulta que todos los consejeros del Consejo Constitucional – sin perjuicio de su ideología política – debiesen estar preocupados por la amenaza anti-democrática que representa el artículo 48. Como principio democrático fundamental, un gobierno electo por 5.5 millones de chilenos no debiese ver sus reformas legales vetadas por 2 millones de votantes en contra. Al contrario, debiese consagrarse el requisito de que los opositores al gobierno deban esperar a la siguiente elección general para que puedan persuadir a la mayoría de que debe anularse las leyes aprobadas por el gobierno.

Pese a lo anterior, reconozco que el artículo 48 exige que los opositores superen un obstáculo importante antes de poder convocar a referendo. Primero, deben persuadir a 300.000 personas del padrón electoral que patrocinen una solicitud para derogar la ley dentro de los 60 días desde su publicación. Una vez que se presente esta solicitud al Servicio Electoral, se les exige que obtengan 900.000 apoyos adicionales para apoyar su iniciativa dentro de los 60 días siguientes. Una vez obtenido aquello, se regula que el Servicio Electoral organice un referendo especial a nivel nacional, consagrándose dos requisitos para que se pueda derogar una ley aprobada por el gobierno.

El primer requisito es que se requiere de un mínimo de participación, en base a los chilenos que votaron en la última elección. Para continuar con mi ejemplo matemático, el artículo 48 requeriría que los opositores convenzan a que al menos 4 millones de chilenos participen en el referendo. Si solo participan 3.9 millones, la ley del nuevo gobierno sigue siendo válida, aun cuando una gran mayoría vote afirmativamente por su derogación.

La disposición de una regla mínima de participación deja ser aplicable si más de 4 millones de chilenos votan en este referendo. En este caso, el artículo 48 señala que si la mayoría de votos emitidos es en contra, se derogará la nueva ley del gobierno. Imaginemos entonces, que solo 4.1 millones de chilenos acudan a las urnas y que 2.1 millones voten “No”. El artículo 48 permite que el voto de esos 2.1 millones de chilenos derogue una ley aprobada por un gobierno electo por 5.5 millones.

Es más, si vamos más allá del asunto matemático, lo señalado respecto del artículo 48 es aún más evidente. Desde la caída de Pinochet en el año 1990, la mayoría de los chilenos ha tomado sus deberes ciudadanos de forma lo suficientemente seria para enfocar su atención en los elementos electorales más importantes – y concurren a las urnas de forma relativamente informada.

Esto no será así en el primer referendo que se lleve a cabo en virtud de lo dispuesto en el artículo 48. Al contrario, solo los grupos bien organizados y financiados tendrán una real capacidad para coleccionar gran número de apoyos dentro de tiempo requerido. Si bien estos grupos de oposición estarán bien informados, la mayoría de sus ciudadanos no estará prestando atención ya que están muy ocupados trabajando y cuidando a sus familias para discutir estas temáticas seriamente – aun cuando puedan estar a favor de la ley del gobierno. Peor aún, los opositores al gobierno que se moverán efectuarán grandes esfuerzos en hacer propaganda en internet para convencer a sus ciudadanos no informados de que la ley aprobada debe ser derogada.

Como consecuencia de lo anterior, los opositores ganarán una serie de referendos en base a una mayoría estrecha de 2 millones de votantes, por lo que la propuesta en el anteproyecto podría generar una incipiente crisis constitucional que el Presidente y sus parlamentarios adherentes – que han obtenido el voto de 5.5 millones en las últimas elecciones – pueden rehusarse a seguir a los 2.1 millones de votantes opositores que están en contra de la ley, e insistir en que las leyes aprobadas por el Congreso son válidas. Como ambos lados mueven a sus adherentes en las manifestaciones públicas, sus abogados pueden ir a la Corte Constitucional a resolver la crisis. ¿Cómo responderán los jueces?

Debido a que este escenario se desarrollará en una o dos décadas más, es imposible responder a esta interrogante. Solo una cosa es clara: la versión del anteproyecto del artículo 48 crea un escenario terrible que puede conllevar a un golpe de estado – en el que el Presidente llame a los militares a resguardar la voluntad de las personas si la Corte Constitucional insiste en que la ley aprobada por el Congreso debe ser derogada.

Creo que el Consejo Constitucional debe responder a este peligro mediante una revisión del artículo 48, de tal manera de eliminar este riesgo. Estoy muy dispuesto a discutir posibles revisiones a este artículo si les interesa después de esta presentación.

Por ahora, concluyo esta presentación retomando mi preocupación inicial. En la primera mitad de mi presentación, expresé que es necesario que el Consejo Constitucional revise el riesgo que presenta el artículo 33 del anteproyecto sobre un posible golpe militar, mediante la consagración de *quorums* sucesivamente más altos en el Congreso para aprobar prórrogas de los estados de emergencia. En la segunda parte de mi presentación, he señalado la urgencia de revisar el artículo 48 del anteproyecto para reducir el riesgo que este presenta de un posible golpe militar.

Al adoptar estas dos modificaciones, el Consejo Constitucional estará habilitando al pueblo chileno a liberarse del legado constitucional trágico que ha dejado Augusto Pinochet.

Muchas gracias por darme esta oportunidad de exponer ante uds. estas preocupaciones e ideas.