

Francisco Zúñiga Urbina\*

# Referéndum y Constitución.

## Algunas notas acerca del proyecto de reforma constitucional de “Plebiscitos ambientales”<sup>1</sup>

### Resumen

Este trabajo comenta un proyecto de reforma constitucional de iniciativa parlamentaria en el Senado, mediante la moción de 11 de mayo de 2011, y examina las técnicas de participación o decisión política tales como el referéndum y el plebiscito, y su recepción en el proyecto de reforma constitucional acerca de plebiscitos ambientales.

### Palabras clave

Referéndum, plebiscito, plebiscitos ambientales, democracia.

### Abstract

This paper explains the constitutional reform bill initiated in the Senate, through the May 11, 2011 motion, and examines the instruments of public participation or political decision, such as the referendum and plebiscite, as well as its reception in the constitutional reform bill concerning environmental plebiscites.

### Key words

Referendum, plebiscite, environmental plebiscites, democracy.

\* *Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Chile*

<sup>1</sup> Intervención en XII Diálogo Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 24 de mayo de 2011.

## I. Prolegómenos

En relación al XII Diálogo Ambiental en que se me pide comentar un proyecto de reforma constitucional de iniciativa parlamentaria en el Senado mediante moción de 11 de mayo de 2011, es menester elaborar una breve ponencia sobre las técnicas de participación o decisión política tales como el referéndum y el plebiscito, y su recepción en el proyecto de reforma constitucional acerca de “plebiscitos ambientales”<sup>2</sup>.

En la ponencia sumariamente debemos hacernos cargo de algunos conceptos torales, elementos de análisis y debate sobre el tema, a saber:

1. El referéndum es un instituto cuyo origen es la antigua Cartago, y modernamente es muy frecuente en Suiza, Estados Unidos de América, Irlanda, menos frecuente en Francia y Dinamarca, con carácter consultivo en Suecia y Noruega; y se incorpora, en un cuadro completo de instituciones y derechos políticos de “gobierno semidirecto” o democracia participativa “fuertes” (referéndum, iniciativa popular de ley y/o revocatoria de mandato), en las constituciones del último ciclo de nuevo constitucionalismo latinoamericano: República Bolivariana de Venezuela (1999), Bolivia (2007) y Ecuador (2008). Estas recientes constituciones inscriben el referéndum en el contexto de una función o poder electoral popular que participa en la formación de la voluntad política, no sólo a través de la representación política tan propia de la democracia indirecta sino también a través de la participación del pueblo o cuerpo electoral (plebiscito, referéndum, consultas, iniciativa popular, revocatoria de mandato, entre otras) tan propias de la democracia participativa<sup>3</sup>. El clásico iuspublicista español Adolfo Posada hace más de un siglo en su monografía “El sufragio” define el referéndum del modo siguiente “...la función del sufragio por virtud de la cual éste interviene en la adopción definitiva de las leyes, ejercitando como una especie de prerrogativa de veto y de sanción, análoga en su alcance a la que es corriente atribuir a los monarcas constitucionales”. En virtud del referéndum el pueblo participa

<sup>2</sup> Moción ingresada a la secretaria del H. Senado con fecha 11 de mayo de 2011 bajo el título “Proyecto de Reforma Constitucional que instaura los plebiscitos ambientales”, el que reza: Artículo Único.- Agréguese el siguiente inciso final al artículo 19 N° 8 de la Constitución:

“En los casos de proyectos o actividades que pueden afectar o se pretendan desarrollar dentro de una o más comunas y que puedan generar o presentar riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y el aire, o alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona o bien cuyo emplazamiento sea en tierras indígenas o que puedan afectar el emplazamiento de comunidades indígenas, deberá llamarse a plebiscito, en los términos que establezca la ley, a fin que los habitantes de la o las comunas afectadas se pronuncien sobre si aprueban o rechazan la instalación de dicho proyecto”.

<sup>3</sup> En la nueva Constitución de la República de Ecuador de 2008 en el capítulo V del título II (Derechos) se consagran derechos de participación tales como los tradicionales y los derechos a presentar proyectos de iniciativa popular, derecho a ser consultados, derecho a revocar mandatos (Art. 61). A su vez en el Título IV (Participación y organización del Poder), cap. I, sección cuarta (Art. 103 y siguientes) se regula la “Democracia directa” y sus instituciones: Iniciativa popular normativa, consulta popular, revocación de mandato. Finalmente el título IX (Supremacía de la Constitución), capítulo III regula la “Reforma de la Constitución que prevé referéndum (art. 441) y consulta popular (art. 444)”.

directamente en la adopción o rechazo de la legislación o en la decisión política de última instancia sobre cuestiones que les incumbe directamente. En razón de la materia objeto de la técnica de participación popular, es decir la naturaleza del acto del poder estatal sometido a esta intervención del pueblo, se distingue entre referéndum constitucional, referéndum legal y referéndum financiero; en razón de su fundamento jurídico se distingue entre referéndum facultativo (cuando su iniciativa depende de una autoridad competente para ello, sean poderes públicos o una fracción del electorado que corresponda) y referéndum obligatorio (cuando es impuesto por la Constitución como requisito necesario para la validez de ciertos actos estatales), y en relación a su operatoria o eficacia jurídica puede ser referéndum consultivo (cuando el resultado de la consulta no tiene carácter vinculante para las autoridades concernidas) y referéndum de ratificación o sanción (cuando es preciso el empleo de esta técnica para la sanción de una reforma constitucional, ley o medida de la autoridad, sustituyendo el referéndum a la sanción). El referéndum al igual que la iniciativa popular de ley se inscriben en la "reforma del Parlamento" (Kelsen), buscando morigerar la representación y distancia del parlamentario con el cuerpo electoral.<sup>4</sup>

2. El plebiscito es una voz latina (*plebiscitum*) que significa decreto del pueblo, es decir, un decreto emanado de los comicios de la plebe (*concilium plebis*), obligatorios para ésta primero y que se gesta a proposición de tribunos; y que pasa a las Asambleas Medievales, bajo la forma de decisiones de representantes "referiendo" el asunto a sus mandantes y bajo reserva de aprobación (ad referéndum). En el derecho público moderno el plebiscito es la consulta directa y excepcional que se hace al pueblo acerca de una medida fundamental o cuestión vital del Estado, no afectando a la legislación (plebiscito nacional) o sobre su voluntad de independencia o anexión (plebiscito internacional). Posada nos dice que el plebiscito es la resolución tomada por todo un pueblo a pluralidad de votos y representa los actos de voluntad popular mediante los que el pueblo exterioriza su opinión sobre un hecho determinado de su vida política.
3. En consecuencia, las diferencias entre referéndum y plebiscito saltan a la vista. Primero el referéndum interviene, como una etapa regular y terminal en el procedimiento de reforma constitucional, en el procedimiento legislativo (v.gr. aprobación o abrogación de un cuerpo legal) o en el procedimiento de adopción de decisiones políticas o administrativas, y en cambio, el plebiscito está reservado para la adopción de decisiones fundamentales del Estado, acerca de su estructura, territorio o régimen político. Segundo el referéndum es una técnica de participación política usual en las democracias políticas o representativas contemporáneas

<sup>4</sup> Posada, Adolfo G: "El Sufragio", Manuel Soler Editores, Barcelona - Buenos Aires, S/E. Del mismo autor "Ciencia Política", Manuel Soler Editores, Barcelona - Buenos Aires, S/E, pp. 159-160. Del mismo autor su clásico "Tratado de Derecho Político", Librería V. Suárez, 5 edición, Madrid, 1935, reedición de Comares, Granada, 1998. También Hans Kelsen. "Teoría General del Estado", Edit. Nacional, México, 1979, pp. 449-451. ídem "Esencia y valor de la democracia", Edit. Labor-Guadarrama, Barcelona, 1977, pp. 64-73.

por influjo del modelo de democracia participativa, prevista en la Constitución y la ley para adoptar decisiones o aprobar/rechazar una decisión, y en cambio, el plebiscito es una técnica excepcional destinada a ratificar una decisión antelada de los poderes públicos o a aprobar una transformación del Estado, su régimen político o su territorio. En suma, el plebiscito es un concepto que designa una técnica reservada a votaciones populares acerca de la “forma de Estado”, cuestiones territoriales o políticas de primer orden, y no a “cuestiones constitucionales” o legislativas (Loewenstein).

4. Finalmente, es menester recoger algún alcance sumario acerca de la iniciativa popular de ley y de la revocación, configurados como institutos y derechos políticos específicos, que aportan a la democracia moderna de una sociedad de masas, la que es eminentemente democracia representativa, instituciones de democracia participativa. Esta mixtura o “mezcla” de instituciones propias de formas de democracia distintas, intenta un difícil equilibrio entre representación y participación, entre mandato representativo y mandato imperativo y en definitiva entre los principios-dogmas de la soberanía nacional y de la soberanía popular. La iniciativa popular consigue que el impulso del procedimiento parlamentario no proceda sólo del Parlamento o Gobierno, sino del pueblo (Kelsen). La revocación (“*recall*”) restituye al pueblo o cuerpo electoral determinado, una suerte de mandato imperativo, para destituir o alejar a la autoridad, actualizando así la confianza depositada en éste. La iniciativa es el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a exigir la consulta popular sobre una determinada acción legislativa. Cuando se trata simplemente de invitación a la autoridad legislativa ordinaria a legislar sobre una cuestión, se llama iniciativa simple; cuando la invitación se expresa en forma de proyecto, se llama iniciativa formulada” (García Pelayo). La revocación es el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria”.<sup>5</sup>

## II. Contexto del Referéndum y del Plebiscito. Democracia y Autocracias

Situadas en el contexto de los regímenes políticos o sistemas políticos democráticos, las técnicas de participación política de la democracia participativa tales como el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular de ley, la revocatoria de mandato, son abordadas en la teoría política democrática y en la teoría del Estado contemporánea usualmente como instituciones “débiles”, incapaces de modificar la caracterización de la democracia pluralista occidental como una democracia representativa, indirecta

<sup>5</sup> García Pelayo, Manuel: “Derecho Constitucional Comparado”, Alianza editorial, Madrid, 1984, pp. 183-184.

o política (C.J. Friedrich, K. Loewenstein), a lo sumo son un influjo positivo para la democracia moderna en la medida que no se desequilibre la “mezcla” de instituciones; advirtiéndose acerca de los peligros que la “acción popular directa” (en especial los plebiscitos) sufre bajo la “emotividad de las masas” (Friedrich) o “excesivo grado de emoción” de las masas (Loewenstein), la propaganda de masas y las cuestiones territoriales o militares. Se observa en la teoría política y democrática de la segunda post guerra una defensa acrítica de la “democracia gobernada” (Burdeau), moderna, política, representativa, en suma de la “democracia constitucional”, no sólo como la única posible (Sartori), sino como el único arreglo institucional que permite el equilibrio de poder, conjurar el peligro de la “tiranía de las mayorías” por obra de la representación y de las instituciones contramayoritarias, ello cuando no observamos una defensa de la democracia elitista.

Para el jurista germano Carl J. Friedrich la democracia moderna ha estado “obsesionada” por el espectro de la “acción directa popular”, como alternativa a las instituciones de la democracia representativa, y a su vez la “manipulación de la sicología de las masas” con miras a destruir las limitaciones constitucionales en nombre de “Su Majestad el Pueblo” ha tomado forma en regímenes dictatoriales; por lo que la dificultad de oponer restricciones efectivas a las instituciones de democracia directa, hace de sus técnicas artificios discutibles para sociedades sin una firme “moral constitucional”.<sup>6</sup> Incluso más se opone la “democracia gobernada” del ciudadano del orden liberal a la “democracia gobernante” del “hombre situado” del orden social (Burdeau), para justificar el arreglo institucional realista y pluralista de la democracia gobernada, de partidos, tecnoburocracia y representación. Por otra parte, la mixtura de instituciones de representación-participación, se inserta contemporáneamente en una “democracia difícil”, de verdaderas paradojas (Bobbio), de masas, de despolitización y desideologización, de manipulación multimedial, de tecnoburocracia, en la que es innegable la importancia creciente de los mass media (poder de la imagen) del omnipresente “video poder” (Sartori). En la “democracia gobernada” la ideología tecnocrática-elitista pretende desposeer de poder político a la masa para decidir cuestiones “técnicas” o de decisión natural por los “expertos” o “gerentes”, negando el fundamento ético de la democracia (autonomía del individuo) para decidir, sin distinguir entre “competencia técnica” y “competencia moral” como indica Bobbio, autonomía para ser el mejor juez (el ciudadano y el pueblo) de sus propios intereses; instalando la idea, muy propia del (neo) liberalismo contemporáneo, que la única democracia posible es la democracia “liberal” (Sartori). Lo cierto es que el análisis de estas instituciones y derechos políticos de participación política (referéndum, iniciativa y revocatoria) no son conformadoras de una democracia directa, que efectivamente hoy es una “curiosidad histórica”, sino

<sup>6</sup> Friedrich, Carl J: “Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática” FCF, México DF. 1946. pp. 517-542. También Karl Loewenstein: “Teoría de la Constitución” Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1983. pp. 327-338.

en rigor, de un “gobierno semidirecto” (Duverger, Burdeau), por la inevitable mixtura producida con las instituciones y derechos políticos de la democracia representativa.<sup>7</sup>

Asimismo, situados en el contexto de regímenes autocráticos el “plebiscito” se hace acreedor de ser examinado como una pieza más del ensamblaje de técnicas de legitimación política de tales regímenes, cuando no funcionales a cultos a la personalidad o de liderazgos fuertes o salvíficos; y en el mejor de los casos es parte de las técnicas de legitimación de regímenes presidenciales cesaristas o de regímenes democráticos con liderazgos fuertes como la V república francesa bajo De Gaulle.<sup>8</sup>

Con todo, debemos reconocer que tal ensamblaje de instituciones y derechos de “gobierno semidirecto” en la democracia representativa es compleja, y no deja de estar expuesta a “democracias plebiscitarias”, o a lo que modernamente Sartori denomina “democracia de referéndum”, de individuos puestos en su soledad y particularidad ante una terminal de computación para adoptar decisiones colectivas, sin mediación, sin deliberación, sin negociación, en suma un gobierno de mayorías sin minorías, un mecanismo de decisión de suma cero. Pero al mismo tiempo, la democracia gobernada aseguradora de la libertad, que denominamos hoy democracia constitucional es una democracia a medias, se preocupa que en el origen del poder las elecciones cumplan su rol legitimador, pero organizan la representación, como lo reconoce Burdeau, para que las aspiraciones del pueblo resulten “purificadas”, estableciendo un vínculo pueblo-poder, pero entre individuos y gobernantes no se produce un lazo, sino una pantalla. En esta democracia gobernada, ocurre lo mismo que en la mitología griega: las Parcas de la democracia moderna (tecnocracia, burocracia, centralización), proveedoras de nuestros infiernos, nos obligan a vivir sin libertad.

Por ello, se hace necesario compendiar algunas precisiones acerca de la inclusión de instituciones y derechos políticos del “gobierno semidirecto” o democracia participativa en los regímenes políticos contemporáneos:

1. Tradicionalmente se inserta el plebiscito, al igual que el referéndum, entre las técnicas de participación política directa del órgano pueblo en las decisiones políticas, junto con técnicas como la iniciativa popular de ley y el “recall” o revocatoria

Bobbio, Norberto: “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos” en VV.AA. “Crisis de la Democracia”, Edit. Ariel, Barcelona, 1985, pp. 5-25, y la recopilación de M Bovero “Teoría General de la Política”, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pp. 449-462. Sartori, Giovanni: “Elementos de Teoría Política”, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 305-316. Del mismo politólogo italiano “Aspectos de la democracia”, Editorial Limusa Wiley, México D.F., 1965, pp. 456-460 o la reelaboración de la misma obra en “Teoría de la Democracia” (trad. S. Sánchez G.), Alianza Editorial, Madrid, 2 vol., 1987, tomo I. Duverger, Maurice: “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, Edit. Ariel, 6 edic., 4 reimp., Barcelona, 1988, pp. 81-82. Burdeau, Georges: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” (trad. R. Falcón), Editora nacional, Madrid, 1981, pp. 176-181. Del mismo autor: “La Democracia. Ensayo Sintético” Edit. Ariel, 1 edic., 1 reimp., Barcelona, 1965, pp. 49-55, y el libro “El Liberalismo Político” (trad. G. A. Piemonte), Eudeba, Buenos Aires, 1983, p. 170, 207. También el desarrollo clásico de Burdeau en su obra: “Traité de Science Politique”, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1 edic., 7 vol., Paris, 1949-1957, tomo V (1953), VI (1956).

<sup>8</sup> Jiménez de Praga, Manuel: “Los Regímenes Políticos Contemporáneos”, Editorial Tecnos, Madrid, 6ª ed. 1983, pp. 182-199.

de mandato, tan caras a la democracia directa<sup>9</sup>. Materias que han sido objeto en nuestro país desde 1990 de iniciativas de reforma constitucional mediante mociones parlamentarias o mensajes, las que no han tenido ninguna fortuna.

2. Con todo, el plebiscito tiene mala prensa en la teoría política del siglo XX, sea por su referencia a una democracia directa, utopía del pensamiento democrático y socialista; sea por su funcionalidad con regímenes autoritarios de signo fascista o nacional católico, y que se remonta al siglo XIX a su uso por Luis Napoleón Bonaparte en la II república francesa y que le permite siendo presidente restaurar el Imperio en 1851. El régimen de Hitler, Mussolini, de Dolfuss, de Franco y de Oliveira Salazar son ejemplos elocuentes de la utilización legitimista-carismática dirigida a la ratificación de las decisiones del caudillo (en sentido weberiano), del uso del plebiscito para afianzar el principio del caudillaje (Schmitt, Conde)<sup>10</sup>. En este contexto, se consolida la idea del plebiscito como un referéndum sin garantías de competitividad, legalidad y justiciabilidad, como ejemplarmente lo fue en nuestro país el plebiscito de 1980 ratificatorio de la decisión constituyente del régimen político autocrático (Junta de Gobierno depositaria de dicha potestad en virtud de la "legalidad" del régimen de facto), que dio pie a una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal, o como lo fue el plebiscito de 1988 en que el mismo régimen intentó la continuidad temporal en el poder por ocho años del autócrata.
3. Por otra parte, el movimiento obrero tuvo una posición ambivalente frente al plebiscito, el socialismo francés lo rechazó rotundamente por su ligazón al bonapartismo, objeto de brillante descripción en obras clásicas de Marx y Engels como "El Dieciocho de Brumario de Luis Napoleón Bonaparte" o el escrito sobre "La Lucha de Clases en Francia", que dio origen a una nueva categoría en la ciencia política, la de "dictadura bonapartista" puesta en apariencias por sobre el conflicto de clases; y por contra el socialismo alemán, a través de F. Lassalle que lo introduce en el Estado popular o de K. Kautsky que lo valoró como un buen instrumento de participación obrera.<sup>11</sup>

Sin embargo, en la post-primera guerra mundial y entreguerras el plebiscito y el referéndum son técnicas que emergen con fuerza en el constitucionalismo democrático y social, integrando lo que Mirkiné Guetzevitch denominó nuevas o

<sup>9</sup> Thibaut, Bernard: "Instituciones de Democracia Directa", en obra colectiva dirigida por D. Nohlen y D. Zavatta "Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina" Editada FCE y otros, México D.F. 1998, pp. 65-88.

<sup>10</sup> Un repaso de los regímenes fascistas europeos de época (Italia, Portugal, Alemania, España) ver la obra de Pérez Serrano, Nicolás: "Tratado de Derecho Político", Edit. Civitas, Madrid, 2ª edición, 1984, reimp. 1989, pp. 541 y siguientes. De Schmitt es muy ilustrativo el "Führer prinzip" como poseedor del poder y señor de la justicia su trabajo "Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles. 1923-1939" publicado en español en una recopilación de Héctor Orestes Aguilar: "Carl Schmitt, Teólogo de la Política", FCE, 1ª edic. 2001, 1ª reimp. 2004, México D.F., 63-118. Del discípulo español de Schmitt el principio de caudillaje de Francisco Javier Conde: "Escritos y Fragmentos Políticos" Edita IER, Madrid, 2 vol., 1974, vol. 1, pp. 360-394.

<sup>11</sup> Sobre las obras políticas de Karl Marx consultar: "Obras Escogidas", Akal Editor, Madrid, 1975, tomo I, pp. 250-351, pp. 491-571.

“modernas” tendencias constitucionales<sup>12</sup>; pasando a plasmarse el referéndum y la iniciativa popular de ley en la Constitución de Weimar, de Austria (41, 43, y 44), Irlanda (artículo 47, 48 y 50), Lituania (artículos 103, 104 y 105), Checoslovaquia (artículo 46), Leronia (artículos 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79 y 80), Estonia (artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 87, 88 y 89), Grecia (artículo 125) y en la Constitución de la Segunda República Española de 1931 (art. 12) para la aprobación de estatutos de regiones autónomas (2/3 de lectores inscritos)<sup>13</sup>. En entreguerras el referéndum y la iniciativa popular de ley son introducidas para morigerar la democracia de partidos, perfeccionar la democracia y racionalizar el poder al introducirlo en el procedimiento de reforma constitucional.

Las teorizaciones de época a favor del plebiscito y del referéndum (Hugo Preuss, León Duguit y R. Carré de Malberg) provienen de iuspublicistas demócratas, pero en acendrada crítica al Estado de Partidos, por lo que estas técnicas estaban orientadas a limitar el poder del Parlamento.<sup>14</sup>

4. En Chile la Constitución de 1925, en sintonía con las “modernas tendencias constitucionales” de la época de entreguerras, contempló el impropriadamente denominado “plebiscito” como un medio extraordinario, de resorte del Presidente de la República, para resolver un conflicto, cuando dos tercios de los miembros de ambas Cámaras rechazasen el veto a un proyecto de reforma e insistiesen en su predicamento. Análoga fórmula es la consagrada en el artículo 128, inciso cuarto y siguientes de la Constitución de 1980/2005.<sup>15</sup>

La Gran Reforma Constitucional de 1970, amplió el radio del plebiscito, facultando al Presidente de la República a convocarlo cuando las Cámaras rechazasen totalmente, en cualquier trámite, un proyecto que él hubiere presentado o cuando rechazasen todas o algunas de sus observaciones (veto). Es menester recordar que esta modalidad de plebiscito, sufrió un traspíe institucional con motivo del proyecto de reforma de las tres áreas de la economía, con una pequeña historia conocida ampliamente.<sup>16</sup>

5. Por la vía ejemplar, en diversos proyectos de reforma constitucional de la transición política democrática (1990-2005), contenido en mensaje y con origen en moción, y periclitados finalmente, restableció el plebiscito como una técnica de participación que permite resolver un conflicto de poder entre órganos supremos del Estado como son el Presidente de la República y las Cámaras, siguiendo muy

<sup>12</sup> Mirkiné-Guetzevitch, Boris: “Modernas Tendencias del Derecho Constitucional” (trad. S. Alvarez Gendin), Edit. Reus, Madrid, 1934.

<sup>13</sup> Mirkiné-Guetzevitch, Boris: “Las Nuevas Constituciones del Mundo”, Editorial España, Madrid, 1931.

<sup>14</sup> Carré de Malberg, Raymond: “Teoría General del Estado” Ed. FCE, 1º Ed. México D.F. 1948, pp. 1042-1043, Duguit, León: “Traité de Droit Constitutionnel”, 5 Vol., París, reedición de Cujas, 1984, tomo 1, pp. 341.

<sup>15</sup> Andrade G. Carlos: “Elementos de derecho constitucional chileno”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1963, pp. 650-652.

<sup>16</sup> Evans de la Cuadra, Enrique: “Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales” Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1973, pp. 76-81.

de cerca la normativa iusfundamental de la Gran Reforma de 1970. Estamos en presencia de una suerte de “referéndum arbitraje” en que se somete al pueblo, depositario último de la soberanía, las diferencias entre los poderes que intervienen en el procedimiento del constituyente derivado (Carré de Malberg, Burdeau).

Luego, plantear el plebiscito o bien el referéndum como una técnica de participación, llamada a resolver un conflicto o disenso acerca de los contenidos del “pacto constitucional”, sólo puede hacerse intrasistema por la vía de modificar las reglas del capítulo XV de la Constitución (poder constituyente derivado).

Una fórmula extrasistema, que corte el “nudo gordiano” de los quórum extraordinarios de una Constitución hiper-rígida como la vigente, supone el recurso al poder constituyente originario vía “operación constituyente”, combinando la técnica del referéndum y la elección de una asamblea constituyente, ambas máxima expresión de la voluntad de la soberanía popular.

Es menester recordar aquí que las Constituciones de nuestra historia han tenido, sea en la forma o en el fondo, su origen en el poder constituyente originario, aunque la Constitución conservadora de 1833 y la Constitución republicana de 1925 se presentan a sí mismas como reformas de las Cartas anteriores.

Pero la fórmula extrasistema choca con el reconocimiento explícito e implícito de la “legalidad” del régimen autoritario, es decir, de la validez y eficacia de su ordenamiento jurídico y su Constitución. Este dato integra el concepto mismo de “transición pactada”, que además, introdujo a la Constitución otorgada y autoritaria un principio de legitimación con la reformas constitucionales de 1989, 1991, 1997 y 2005 principalmente. También es un dato político lo relativo a condiciones políticas para una propuesta extrasistema, que no le confieren viabilidad en el tiempo reciente.

En el fondo me parece que estamos frente a un “nudo gordiano” institucional, ya que sin consenso reflejado en el quórum especial y agravado de dos tercios de parlamentarios en ejercicio, no resulta posible incorporar el referéndum al procedimiento del poder constituyente derivado como un “referéndum arbitraje”. Este nudo o entrabamiento para remover los “enclaves autoritarios” o para reformar los componentes contramayoritarios del sistema político, encierra el peligro de una profecía autocumplida, que en la práctica política produce verdaderos extravíos.

### III. Conclusiones

En suma, es menester proponer en el plano conceptual crítico, en el plano de la *Constitutione lata* y de la *Constitutione ferenda*, sobre el plebiscito y el referéndum como técnicas de participación política lo siguiente:

Primero, sustituir el término plebiscito por referéndum, lo que no es fruto de una reflexión desde el “cielo de los conceptos”, puramente *nomen iuris*, sino en razón de

la mala prensa bien ganada del primer término y así evitar la reiterada homologación conceptual de ambos conceptos en nuestro país, debido a su uso impropio en los artículos 5º, 15, 18, 118 y en el capítulo XV sobre reforma constitucional en una hipótesis de laboratorio (veto total o parcial, insistencia de las cámaras con quórum preceptivo) o en el capítulo XIV (artículo 118 inciso quinto CPR), después de la reforma de 1989 que introdujo los “plebiscitos comunales”.

Segundo, en una perspectiva intrasistema se propone reponer una vieja idea contenida en proyectos de reforma constitucional que no han prosperado, integrando el referéndum y otras técnicas de participación directa del cuerpo electoral como la revocatoria de mandato y la iniciativa popular de ley, modificando el referéndum en los sentidos siguientes:

- 2.1.- Incorporación sólo del referéndum normativo obligatorio, ya que el no normativo, es sólo consultivo y puede ser utilizado como instrumento de legitimación plebiscitario-carismática.
- 2.2.- El referéndum normativo debe operar en el plano constituyente, legislativo y administrativo con carácter aprobatorio y derogatorio.
- 2.3.- El referéndum en materia legislativa debe estar unido a la consagración de la iniciativa popular de ley (aprobatoria o derogatoria).
- 2.4.- El referéndum debe estar diseñado para resolver conflictos de poder, con plazos y mecanismos de enfriamiento para que el cuerpo electoral, como depositario de la soberanía, adopte una decisión informada y libre.

Tercero, en relación al proyecto de reforma constitucional, proyecto convertido en un verdadero pretexto para estas notas, que instauro los “plebiscitos ambientales” en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, es menester consignar los siguientes comentarios:

- 3.1.- Los “plebiscitos ambientales” propuestos tienen un ámbito geográfico-electoral comunal o intercomunal, por lo que se asemejan a los “plebiscitos comunales” incorporados a la Carta en 1989, técnicas de participación política popular directa de muy limitada o casi nula relevancia.
- 3.2.- La moción parlamentaria de reforma constitucional plantea preliminarmente algunos problemas: los proyectos singularizados por factores determinantes para someter a consulta son los factores del sistema de evaluación ambiental y que permiten distinguir entre declaración y estudio-evaluación de impacto ambiental (artículo 11 de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente), tales proyectos no tienen en la moción una medida de relevancia lo que abre ilimitadamente el régimen de consulta, conspirando así a su eficacia y costes asociados a proyectos o actividades empresariales, ya que estos proyectos o actividades sin factor o medida de relevancia, significa en la práctica someterlos (a todos los que deban someterse a estudio de impacto ambiental) invariablemente a plebiscito ambiental, y además algunos de los factores (tierras indígenas, comunidades indígenas) se

superponen a mecanismos de consulta previstos en nuestro ordenamiento para pueblos indígenas en virtud del Convenio N° 169 de la OIT del rubro.

Con todo, estos mecanismos de consulta de pueblos indígenas son débiles, y la jurisprudencia de la Corte Suprema contribuye a su irrelevancia al confundirlo o subsumirlo en la participación ciudadana prevista en la Ley N° 19.300.

**Todo** ello hace necesario identificar factores determinantes de la consulta y un factor de relevancia o magnitud, dejando en claro que producida la decisión técnica-política de “calificación ambiental”, interviene como última etapa del procedimiento administrativo especial el referéndum para aprobar o rechazar preceptivamente la resolución de la autoridad administrativa ambiental, esto es, la RCA.

A partir de una densidad normativa mínima satisfactoria de la reforma constitucional, es posible una remisión amplia al legislador para instrumentar el referéndum ambiental, denominado impropiaamente “plebiscito ambiental”.

3.3.- Los “plebiscitos comunales” y las consultas no vinculantes previstas en el inciso quinto del artículo 118 de la Constitución, están por remisión reguladas en la LOCM (Título IV, De la Participación Local, párrafo 3°, arts. 99-104); y también la legislación medioambiental prevé la participación ciudadana para el sistema de evaluación ambiental. Sin embargo, tales “plebiscitos comunales” sobre materias de administración local, junto con ser infrecuentes en un lapso de más de 20 años contados desde su establecimiento en 1989 y carentes de financiación, han tenido como lo afirmamos antes una relevancia casi nula, como técnicas de participación en decisiones de la municipalidad como corporación autónoma de derecho público, cuyas finalidades son satisfacer necesidades de la comunidad local y “asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (art. 118).

3.4.- Sin embargo, no es posible subsumir los “plebiscitos ambientales” en los “plebiscitos comunales”, primero por su intercomunalidad medida ésta en razón de la incidencia del proyecto o actividad y segundo, porque las competencias ambientales relevantes de las municipalidades son indirectas, por reenvío a su competencia legal (funciones privativas y funciones relacionadas).

3.5.- Los “plebiscitos ambientales” incorporados en la moción comentada al artículo 19 N° 8 del capítulo III, tiene el quórum reforzado de reforma constitucional, cuando su lugar natural se ubica por sistema en el capítulo II, a propósito de los derechos políticos y votaciones populares, junto a las elecciones periódicas, como técnicas de participación del cuerpo electoral.

3.6.- Los “plebiscitos ambientales” en la perspectiva de *Constitutione fereuda* deberían ser integrados sistémicamente en un género de referéndum, como técnica ordinaria de participación política del cuerpo electoral en los asuntos públicos (referéndum constitucional, legal y administrativo) en la perspectiva de una mejora de la democracia representativa, y un reequilibrio de la democracia de partidos.

3.7.- La “suerte” corrida por plebiscitos comunales y consultas ciudadanas, de reciente ensalzamiento, y de eterna desfinanciación pública, debe alertarnos para no condenar a los “plebiscitos comunales”, a ser una iniciativa episódica, ubicua y no nata en el iter de reforma constitucional.

3.8.- Los “plebiscitos comunales” en particular y las técnicas de participación directa tales como el referéndum, la iniciativa popular de ley y la revocatoria de mandato deben ser miradas en la perspectiva de la forma política del Estado: la república democrática, es decir, como un perfeccionamiento de ésta y por ende, tales técnicas deben ser acopladas a las instituciones propias de la representación política y la democracia indirecta, en un difícil equilibrio en el arreglo institucional.

Una última reflexión de *Constitutione ferenda* es la relativa al referéndum ambiental y su factor de relevancia o magnitud, asociado a la base territorial de participación del cuerpo electoral. Los proyectos o actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental tienen un impacto regional, inter-regional y nacional, por lo que el referéndum no tiene por qué quedar circunscrito al ámbito comunal o intercomunal, sino que la mano de la institucionalidad medio ambiental (de estructura administrativo-territorial regional y nacional), deberían quedar abiertos a la consulta de la ciudadanía regional y nacional, y no sólo a la ciudadanía local o vecinal; separando así la decisión de “competencia técnica” de la decisión de “competencia moral” o política.

Un buen ejemplo es el proyecto “HidroAysén”, destinado a la generación eléctrica de fuente hidráulica obtenida de recursos hídricos situados en la Región de Aysén, para cubrir necesidades de energía derivadas actividades o necesidades públicas regionales de potencia o consumo, pero merced a una línea de transmisión inter-regional (2.247 km) inyectar buena parte de la energía generada al SIC, y de este modo naturalmente es un proyecto o conjunto de proyectos (si se suma a la central generadora la línea de transmisión) de impacto regional, inter-regional y nacional, que amerita concebir este mecanismo de consulta ciudadana en confines territoriales y electorales de cobertura regionales y nacionales.

Para concluir, se hace necesario agregar que la acción popular directa, es decir, la adición de instituciones de una democracia participativa a nuestra democracia constitucional, tales como el referéndum, la iniciativa popular de ley y la revocatoria de mandato, es una buena “mezcla”, ya que no sólo corrige una excesiva representación y democracia de partidos, sino porque reequilibra el excesivo peso que en nuestro país tienen instituciones contramayoritarias como el Tribunal Constitucional, convocando al pueblo o soberanía popular a las decisiones políticas y a la permanente legitimación democrática del arreglo institucional. Un jurista germano demócrata liberal como Loewenstein, escéptico con la democracia directa, afirma: “El referéndum sirve como instrumento de control político cuando, por medio de él, se ha confirmado o rechazado una anterior decisión política del gobierno o del parlamento. Si el referéndum se combina por iniciativa popular, este proceso puede significar hasta la determinación de la decisión política que entonces por su parte, estará sometida a la confirmación posterior del

gobierno y del parlamento. Los partidos políticos intervienen también en el referéndum como orientadores. Sin embargo, las experiencias han mostrado que los electores siguen menos dócilmente las directrices de los partidos en los referéndums que las elecciones normales. Con el progreso de la educación política, el elector ha empezado a aprender a juzgar por sí mismo, las ventajas y los inconvenientes de una cuestión sometida a votación popular. A esto hay que añadir que los partidos, si bien son indispensables para escoger a la persona que ocupará el cargo electivo, no lo son cuando se trata de una decisión individual del elector, tal como se realiza en un referéndum.” (p. 328).

Al final de cuentas la incorporación de instituciones y derechos políticos del “gobierno semidirecto” o democracia participativa, acopladas a la democracia representativa y sus instituciones contramayoritarias, son una mejora de la democracia, de la política y la restitución republicana al demos o pueblo de la dirección de los asuntos públicos.

