

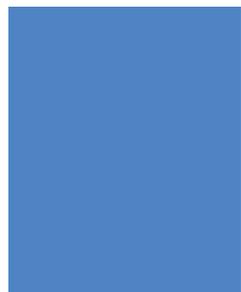


PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Centro de Políticas Públicas UC

El proceso constituyente: ¿hacia la Cuarta República?

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Año 15 / N° 129 / Septiembre 2020

ISSN 0718-9745

El proceso constituyente: ¿hacia la Cuarta República?

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO

Introducción

Chile definirá mediante un plebiscito si entra en un proceso constituyente. Cualquiera que sea el resultado, el tema de la elaboración de una nueva Constitución o la introducción de reformas importantes a la actual estará presente en la agenda pública.

Esta coyuntura nace luego de una fase de transición y consolidación democrática que trajo consigo sucesivas reformas a la Constitución, y se plasmó gracias al fuerte movimiento social de fines de 2019 y el consiguiente acuerdo político alcanzado el 15 de noviembre de ese año en favor de iniciar este proceso.

El malestar social se venía incubando desde hacía años y se manifestaba en un índice creciente de abstención electoral, lo que quedó claro en la elección parlamentaria de 1997¹. Esta situación redundó en una crisis de confianza en las instituciones que se ha ido acentuando en los últimos años (Peña, 2020; Universidad Católica, 2019), provocando un debate sobre el malestar social².

En el intertanto sobrevino la pandemia del Covid-19, que cambió bruscamente el escenario político: el sentimiento de desencanto y enojo fue sustituido por la sensación de riesgo, precariedad e incluso temor al contagio de la enfermedad y a la muerte.

Si en el plebiscito la ciudadanía aprobara la propuesta, se convocaría a la elección de una Convención Constitucional en abril de 2021, encargada de dar forma a una nueva Carta Fundamental, la cual a su vez sería sometida a un plebiscito ratificatorio. Por otro lado, si el rechazo en el plebiscito de octubre fuera mayoritario, muchos de sus impulsores han planteado que el Parlamento debería abocarse a debatir las modificaciones constitucionales necesarias, siguiendo la vía contemplada en la actual Constitución. Otros sostienen que esa tarea debiera ser confiada al próximo Parlamento que debe elegirse el 21 de noviembre del 2021.

La disyuntiva es clara: por una parte, está la posibilidad de una Constitución nueva elaborada por una asamblea elegida con ese propósito o la de continuar por el cami-

1 En dicha elección hubo una abstención del 44,46% a la que habría que sumar un porcentaje estimado en un 22% de personas no inscritas en los registros electorales; desde el comienzo de la transición a la democracia la inscripción electoral era voluntaria hasta que la Ley 20.568 del año 2012 estableció la inscripción automática y el voto voluntario.

2 El primero que llamó la atención sobre el malestar fue Moulian (1997), seguido de importantes estudios desarrollados por el CEP, Libertad y Desarrollo y los Informes del PNUD, hasta culminar con una serie de análisis recientes sobre el movimiento social de octubre pasado.

no de reformas parciales, siguiendo el procedimiento de la actual Carta Fundamental. En la primera alternativa no solo el Congreso quedaría excluido, pues tampoco el presidente cumpliría ningún papel, sus ministros no podrían intervenir en el debate de la Convención Constitucional ni formular indicaciones, ni se podría ejercer la facultad de veto.

Se puede sostener como hipótesis que, si el plebiscito abre paso a un proceso constituyente, el país transitaría hacia una nueva etapa política. En este trabajo se pretende aportar algunas reflexiones sobre ese cambio.

Muchas de sus aseveraciones se referirán más a la opción de una Convención Constitucional en cualquiera de sus dos formas -totalmente elegida o de composición mixta entre una mitad de miembros electos y otra de parlamentarios-, porque es la que iniciaría claramente un proceso constituyente con contornos claros y definidos. De triunfar el rechazo en el plebiscito, la posibilidad de un cambio sustantivo que pudiera dar origen a una nueva Constitución aparece como algo más incierto por dos razones: 1) sus impulsores no han expresado un criterio claro sobre tal propósito y 2) las reformas que se han insinuado hasta ahora no son suficientes para conformar un cambio profundo³.

Imaginación y proyecto político: ¿de dónde nacen las Constituciones?

En períodos de crisis o fuertes convulsiones sociales es normal que la preocupación académica se vuelque sobre el sistema institucional existente y sus alternativas de cambio. Se discute sobre el estado de la democracia y se acentúa la necesidad de renovar sus principios, actualizar sus preceptos y poner al día sus instituciones, porque esta se presenta a la vez como un logro histórico de la modernidad y un ideal exigente que contiene muchas promesas cuya concreción se alcanza desde lo imperfecto si pensamos en las “promesas incumplidas de la democracia” de Bobbio (1984).

El diálogo sobre la mejor forma política de la *polis* es, según Cicerón, una tarea intelectual de bien público, aun-

que él advertía que para no extraviarse en divagaciones puramente filosóficas esa preocupación debía fundarse en la experiencia vivida y en la historia de cada comunidad política. Los intelectuales han confesado muchas veces su impotencia y desilusión al no ver realizadas sus aspiraciones⁴; se concentran con frecuencia en imaginar “repúblicas ideales” que nunca han existido ni existirán⁵. Nuestra propia historia política así lo demuestra, especialmente en el período de experimentación inicial que va de 1812 a 1828.

Profesores y juristas suelen discurrir sobre el texto constitucional como si fuera algo consolidado y definitivo. A veces asumen que la Carta Fundamental es la culminación de un proceso de maduración política, y cuando algunos vuelcan su mirada hacia el futuro y asumen una postura crítica frente al régimen político vigente se dejan llevar por el influjo de notables teóricos del derecho y politólogos, e intentan diseñar sistemas institucionales más acordes con esos postulados haciendo caso omiso de los desafíos de la sociedad.

Existe un hiato entre la teoría política y jurídica, por una parte, y la realidad política en que esas ideas deben materializarse. Esta tensión entre la reflexión académica y la acción política tiende a ponerse a prueba precisamente en los momentos que podemos calificar de “constituyentes”. Así, como no cabe una política sin ideas ni proyecto, tampoco serían de mayor utilidad planteamientos que linden con la utopía.

Cabe reconocer que entre nosotros se ha ido produciendo una convergencia entre las exigencias propias de un proceso constituyente y la reflexión de la academia, al menos en lo relativo al espacio cultural en que se suelen debatir los cambios que se estima necesario realizar (Cea, 2004)⁶. Se ha conformado un pensamiento constitucional que guarda relación con la realidad del país: más que los puntos de consenso o de disenso, lo importante es el nivel y el propósito de esos debates.

Las Constituciones no nacen tanto del saber teórico de los juristas y de los ideales de los filósofos y politólogos como de las luchas sociales y de las crisis que vive una sociedad. Una cosa es pensar cómo podría ser la política

3 El programa de gobierno de Sebastián Piñera contiene diversas propuestas de cambios constitucionales, pero no alcanzan la envergadura necesaria para hablar de transformaciones profundas. Tampoco el Ejecutivo o un grupo significativo de los parlamentarios que lo apoyan ha presentado hasta ahora un proyecto de reformas constitucionales, como por ejemplo sí ocurrió en el año 2005 por parte de senadores de la Concertación y por parte de senadores de oposición de la época.

4 Platón en su Carta 7ª precozmente da cuenta de sus desventuras políticas.

5 Maquiavelo fue quien intentó poner los pies en la tierra al referirse a los sistemas políticos de su época, aunque mantuvo su adhesión al republicanismo.

6 Ese espacio compartido se ha ido formando paulatinamente. Muchos profesores y juristas han dado una importante contribución.

para que se ajustara a ciertos ideales y otra es elaborar un texto constitucional. Pero no se puede desconocer el influjo de los pensadores que van conformando la cultura de una época.

En todo caso, la Constitución no es un texto inerte ni una mera construcción lógica. Sus normas están llamadas a regular la evolución de la sociedad y su legitimidad dependerá de su capacidad para hacerlo. Tito Livio elogiaba la Constitución de la República Romana, que no había surgido de la pluma de ningún legislador notable sino de los conflictos sociales.

Un proceso constituyente fructífero debe surgir de la confluencia de las visiones y corrientes de opinión propias de una sociedad plural y de la acción política, no de la imposición por la fuerza. Así lo avala la experiencia latinoamericana, en la cual con frecuencia los cambios constitucionales han sido fruto de rupturas del orden democrático o de presiones hegemónicas que a poco andar se han visto sobrepasadas por la realidad (Zúñiga y Gajardo, 2018; Zúñiga y Gajardo, 2019; Andrews, 2017). Por lo mismo, resulta oportuno entender el actual momento constituyente en relación a nuestra historia reciente para encontrar las claves del desafío que enfrentamos y descubrir el hilo conductor de la acción que debería concluir en una nueva Constitución (Ossa, 2020).

Transición democrática y cambio constitucional: la democracia pluralista

La forma que asumió la transición a la democracia en Chile se debió a la confluencia de una serie de factores nacionales e internacionales. Las fuerzas opositoras habían seguido dos estrategias diversas orientadas a la recuperación de la democracia que no alcanzaron éxito. Entonces se planteó la posibilidad de participar en el plebiscito previsto por la Constitución de 1980, tesis que triunfó siguiendo la orientación de Patricio Aylwin, quien afirmó que se debía poner en suspenso el debate sobre la legitimidad de la Carta Fundamental. Esta posición fue al final respaldada: de la lucha por elecciones libres se pasó a la campaña del “No”. Por su parte, sectores que habían sostenido a la dictadura concurrieron

también a impulsar el cambio, considerando que el régimen estaba agotado.

La apuesta política opositora era que, derrotada la candidatura de Augusto Pinochet, se abriría un proceso de democratización que restablecería la normalidad institucional, y que coincidió con el diseño de un camino de desarrollo económico y social que transformó profundamente al país con sucesivos cambios constitucionales (Carmona, 2014). Los principales hitos de esas transformaciones fueron las reformas de 1989 -luego del triunfo del No en el plebiscito de 1988-, que abrieron paso a la transición a la democracia, y las del año 2005 durante el gobierno de Ricardo Lagos, que pusieron término a los enclaves autoritarios (Cazor, 2007).

En 1989 se abandonó la democracia autoritaria, protegida y excluyente y asumimos la democracia pluralista. Se eliminó el artículo 8º, dando origen a un régimen de libertades sin restricciones ideológicas, más amplio incluso que el de la llamada “democracia militante”, propia de la Constitución alemana⁷. Al mismo tiempo se asumieron los tratados internacionales sobre derechos humanos, ampliando el foco constitucional en la materia, lo que permitió la acción de la justicia frente a las violaciones a esos derechos ocurridas durante la dictadura.

Como contrapartida se aceptó la llamada “democracia asociativa” teorizada por Lipjhart (1984), que favorece los acuerdos amplios y morigeró el principio de mayoría. Según dicho autor, este tipo de democracia existe en muchos países que han vivido períodos de turbulencia política, luchas nacionalistas o de intolerancia religiosa o racial. El carácter asociativo entre nosotros se refleja todavía principalmente en los altos quórum para aprobar ciertas leyes y las reformas a la Constitución⁸.

Esos cambios concordados entre la oposición de la época, Renovación Nacional y el régimen militar después de arduas tratativas, fueron aprobados en un plebiscito en julio de 1989 por una amplísima mayoría (91,25%) y con alta participación popular⁹.

En el año 2005 se superaron los elementos autoritarios restantes. Con razón Ricardo Lagos afirmó que Chile contaría con una Constitución que pasaba cualquier

7 Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 570, que establece los parámetros de la democracia pluralista de la Constitución reformada luego de la derogación del artículo 8º que establecía la exclusión ideológica. Ver también Peña Torres (2011).

8 La idea de reforzar ciertas leyes fue tomada de la Constitución francesa de 1958 del general Charles De Gaulle, que sigue vigente hasta hoy. Pero la Constitución chilena contempla quórum supra mayoritarios más elevados.

9 La Constitución original de 1980 nunca entró en vigencia, pues Pinochet gobernó con los artículos transitorios que establecían el estatuto de una dictadura legal; cuando debía entrar a regir el articulado permanente, fue fruto de cambios sustanciales.

examen de democracia: fin de senadores designados y de la autonomía castrense; término de poderes omnímodos en los estados de excepción; cambio de composición y atribuciones del Tribunal Constitucional; ampliación de la nacionalidad y la ciudadanía. También se aumentaron las atribuciones del Congreso, especialmente en materia de fiscalización y aprobación de los tratados internacionales. No se logró cambiar el sistema electoral binominal, que fue sustituido por uno de tipo proporcional una década después¹⁰.

La actual discusión constituyente: de la democracia asociativa a la democracia mayoritaria

A poco andar surgió en la academia y en el mundo social y político la aspiración a una nueva Constitución aprobada en democracia. El factor determinante fue el uso reiterado de los quórums supra mayoritarios para impedir o postergar ciertas reformas que la mayoría parlamentaria anhelaba. Volvió entonces el tema de la legitimidad de origen de la Constitución, mientras el país entraba en un período político que podemos calificar de post transición. Nació primero la idea de una nueva Constitución y luego el planteamiento de una Asamblea Constituyente como el medio adecuado para lograr ese objetivo (Fuentes y Joignant, 2017). En la campaña electoral del 2009 el expresidente Eduardo Frei incluyó en su programa la propuesta de una nueva Constitución.

La Constitución de 1980 había roto con una tradición constitucional reformista que, según Juan Luis Ossa (2020), se inicia con la Carta Fundamental de 1828. El afán refundacional de sus autores al amparo de la fuerza militar produjo un quiebre difícil de sanar. El actual texto constitucional, más allá de sus reformas, tiene una carga simbólica negativa. Nunca logró unir a los ciudadanos en una visión compartida. Fue concebida no sólo como respuesta a la crisis vivida durante la UP, sino también como alternativa al desarrollo institucional del país inspirado en un ideario democrático liberal que progresivamente se fue orientando hacia un esquema más social hasta dar forma a un “Estado de compromiso” o un incipiente Estado de bienestar.

Unos insistían en que debía haber una nueva Carta Fundamental que estableciera un nítido corte con la Constitución vigente, y proponían la elección de una Asamblea Constituyente con plenos poderes, como expresión directa del poder constituyente originario que radica en el pueblo. Una expresión de esa crítica fue la obra de Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (2015), en la cual su autor saca a luz los diversos mecanismos de la actual Carta Fundamental que, según su criterio, impiden que el pueblo se exprese soberanamente¹¹. Se formó un Movimiento por la Asamblea Constituyente en el que confluyeron diversas fuerzas sociales y partidos políticos de extrema izquierda.

Otros pensaban que se podía alcanzar una nueva Constitución mediante una serie de cambios sucesivos en el Parlamento, transformando el sentido original de la Carta Fundamental vigente más clara y definitivamente; sostenían que, una vez cambiado el sistema binominal, esa instancia tendría un grado de representatividad más amplio y contaría con mayor legitimidad. Y algunos defendían la actual Constitución con algunos cambios. Afirmaban que después del conjunto de reformas del 2005, ésta había adquirido total legitimidad y que había asegurado años de libertad y progreso económico al país. Sin embargo, más allá de sus logros innegables, la democracia pluralista y asociativa fue mostrando sus insuficiencias en la misma medida en que por el juego político no fue capaz de adaptarse a los cambios sociales y económicos que el país estaba viviendo ni alcanzar en forma oportuna reformas de mayor envergadura a los sistemas de educación, salud, trabajo y pensiones, entre otros (Clapes UC, 2015).

Maquiavelo, siguiendo a Polibio, Aristóteles y Platón, afirma que las formas de gobierno tienden a decaer por la pérdida progresiva de las virtudes cívicas y el anquilosamiento de las instituciones, y que la única forma de mantenerlas en el tiempo es mediante un proceso de renovación, que recupere los principios y valores que le dieron origen y así despertar entre los ciudadanos el espíritu cívico del inicio. Los pensadores clásicos sostienen que en la democracia tiende a romperse el precario equilibrio entre libertad e igualdad. Maquiavelo advierte que las crisis se precipitan cuando dejan de funcionar

10 Se eliminó la única referencia al mismo que había en la Constitución, eliminando la mención que se elegirían dos senadores por circunscripción. Pero el sistema binominal siguió en la ley con el mismo quórum alto necesario para ser cambiado.

11 Por su parte, varios autores empezaban una revisión crítica de la historia política de Chile; por ejemplo, Portales (2018).

los mecanismos llamados a resolver los conflictos inevitables entre una elite que tiende a abusar de sus prerrogativas y el pueblo que defiende sus derechos.

En Chile, el descenso en el índice de crecimiento económico, la protesta social, la expansión de casos de corrupción y la desorientación de una elite que se polarizó impidieron alcanzar los acuerdos indispensables para hacer las reformas sociales demandadas por la gente. Muchos ciudadanos dejaron de sentirse representados por el mundo político y el sistema institucional se hizo progresivamente más estrecho para acoger las aspiraciones de los sectores sociales emergentes. A esto se suma que nuevas generaciones se asomaron a la arena política con fuertes cuestionamientos al funcionamiento del Estado y a las desigualdades sociales que se reflejaban, por ejemplo, en el sistema educacional, que había extendido su cobertura sin una mejoría clara de la calidad de la enseñanza y que en el nivel técnico-profesional y universitario mantenía altos costos para los estudiantes. Ese tipo de críticas, que también se hicieron presentes en el sector salud y de las pensiones, escalaron hasta la Constitución Política, que resguarda algunos de los parámetros de esas instituciones exigiendo altos quórum para su reforma.

El impulso por un proceso constituyente se alimenta de la frustración de no poder hacer valer el principio de mayoría en el Parlamento, lo que quedó más en evidencia con el sistema electoral proporcional que dio cabida a nuevos actores políticos. Esos nuevos parlamentarios, que en parte venían de la dirigencia del movimiento estudiantil, vieron que el problema radicaba no solo en el sistema electoral binominal, sino también en los altos quórum supra mayoritarios. Se busca, entonces, con mayor ahínco dejar atrás la “democracia asociativa” y dar paso a una democracia mayoritaria, bajo el modelo de Westminster¹², que además pueda ser, en la conceptualización de Duverger (1968), “gobernante y deliberativa”¹³.

Bobbio insistía en la importancia que en una democracia tienen los procedimientos de elección de las autoridades y de toma de decisiones (1994), y afirmaba que la clave estaba en la regla de la mayoría. El nudo gordiano se produjo en Chile cuando, concluida la transición,

esa norma fue desconocida en forma reiterada. Kelsen (1977), por su parte, era partidario de buscar el consenso más amplio posible en el Parlamento mediante la argumentación razonada, pero si no se lograba, las discrepancias debían ser resueltas por mayoría.

Junto con reivindicar el principio de mayoría, se vuelve la mirada hacia los valores que desde siempre han definido a la democracia, entre ellos la igualdad. Aristóteles consideraba que esta era una forma de gobernar a personas libres e iguales: “(...) la justicia democrática es la aplicación de la igualdad numérica, no la proporcional; de donde se deduce que la mayoría tiene que ser soberana; que aquello que apruebe es lo definitivo y justo. Se dice que todos los ciudadanos son iguales en derechos (...) que el hombre debe vivir como quiera” (1959). Así se entrelazan las demandas políticas relativas al principio de mayoría con las reivindicaciones igualitarias y de libertad en el comportamiento.

En torno al eje fundamental de la soberanía de la mayoría se ordenan las otras aspiraciones y planteamientos, algunos exigidos por el desarrollo del país, otros por los desafíos actuales a la gobernabilidad y la democracia.

Se busca no sólo abrir una nueva etapa política que deje atrás los rios y limitaciones de la transición, sino también establecer un nuevo sistema constitucional en que prime la soberanía popular y así se puedan hacer realidad, aunque sea progresivamente, las aspiraciones de las mayorías. De esta forma la política podría recuperar su legitimidad, aumentar la participación electoral y la gente tendría más posibilidades de participar en las decisiones públicas.

Parafraseando a Sartori (1988, 1997, 2009 y 2011), se puede sostener que se pretende realizar el ideal del gobierno del pueblo sobre el pueblo mediante un sistema de representación y participación que impida o al menos dificulte que esa intermediación, indispensable en sociedades complejas como las actuales, se transforme en una suerte de casta cerrada que dirija la sociedad, manipulando a la opinión pública en su propio beneficio.

Este anhelo de cambio democrático -paradójicamente- tiene lugar en una etapa en que la democracia es criticada y en muchos países gobiernan líderes autoritarios

12 Este tipo de democracia puede darse en un régimen presidencial o en uno parlamentario.

13 Duverger (1968) critica las instituciones de la Cuarta República francesa de corte parlamentario, en que el poder estaba en manos de una elite de partidos políticos alejada de los ciudadanos.

que controlan sus instituciones. Hoy son muchos los que advierten los enormes peligros que enfrenta la democracia y el riesgo de su decadencia en favor de fórmulas autoritarias y populistas de distinto signo (Lewinsky y Ziblatt, 2018). Hay que sortear una dificultad adicional: no solo superar las limitaciones del presente, sino también defender los avances alcanzados que tienden a ser deslegitimados. A veces no se comprende que para avanzar hay que apuntalar lo existente.

El camino a una nueva Constitución

En torno a estas ideas surgieron numerosas iniciativas, como la impulsada por la Fundación Democracia y Desarrollo, presidida por Ricardo Lagos, y que contó con un consejo de dirección amplio y plural¹⁴. Sus resultados revelaron un interés preferentemente hacia el campo de los derechos que la nueva Constitución debería garantizar y los recursos y acciones constitucionales necesarios para reclamarlos. También surgieron temas propios de la democracia directa, como la iniciativa popular de ley, ampliación del plebiscito, posibilidad de revocar el mandato de las autoridades electas y diversas formas de participación ciudadana; se planteó incluso el derecho a rebelión frente a la autoridad ilegítima. Por otro lado, en materia económica hubo un rechazo claro a los abusos y la necesidad de un Estado más eficaz, solidario y protector, con capacidad para emprender actividades empresariales y un sistema impositivo que fuera más equitativo. Respecto de lo institucional, la preocupación se centró en el aumento de la corrupción y la necesidad de favorecer la rendición de cuentas de las autoridades, así como de una evaluación de su desempeño y la exigencia de contar con un acceso más expedito a la información pública para favorecer el control ciudadano. Este ejercicio puede dar una pauta de cuáles eran las expectativas y preocupaciones de la gente el 2016. El énfasis no estaba en la organización del Estado y del sistema político, sino en los temas de mayor incidencia cotidiana, que la gente quería ver resueltos en la nueva Carta Fundamental.

Durante el segundo mandato de Michelle Bachelet (2014-2018) se impulsó un proceso constituyente amplio y participativo, de tipo institucional, que fue concebido en tres etapas: discusión ciudadana y la creación de una convención constituyente mediante una reforma a la actual Constitución que debía ser aprobada en el Parlamento; la formulación de un proyecto de nueva Carta Fundamental que dicha convención debía discutir, y finalmente, un plebiscito para aprobar o rechazar el texto de nueva Constitución ya aprobado¹⁵.

El gobierno de entonces optó por un proceso constituyente a través de un órgano establecido por una previa reforma a la actual Constitución y, por lo tanto, que fuera regulado y no plenamente soberano (Henríquez Viñas y Lambeth, 2015). La idea de distinguir entre reforma a la Constitución y dictación de una nueva obviaba, además, la objeción teórica formulada por Ross (1963) sobre la imposibilidad jurídica de reformar las normas que establecen el procedimiento de cambio constitucional, una tesis ampliamente debatida (Hart, 1964).

Con el camino descrito se resolvía también el debate académico con quienes planteaban que el poder constituyente originario y radicado en el pueblo soberano se podía expresar en forma autónoma, lo que suponía una ruptura o quiebre con el orden constitucional vigente. Bachelet no dio cabida a una suerte de *big bang* constitucional¹⁶. El proceso constituyente promovido por su gobierno reconocía algunos límites: por una parte, el orden constitucional vigente, y por otra, los conceptos de república democrática y el Estado de Derecho, así como los Derechos Humanos y los tratados internacionales. La idea era que la Constitución naciera de un nuevo pacto social y político que originara un sistema compartido por las principales fuerzas sociales y políticas del país.

En el proceso de discusión ciudadana participaron más de 200.000 personas en un período de tres meses. Los resultados de los debates de la discusión ciudadana fue-

14 Esta recogió vía internet el parecer ciudadano sobre el contenido de los cambios constitucionales. Participaron 146.000 personas y sus resultados fueron publicados en dos libros en el año 2016.

15 Ver Jordán y Figueroa (2017) y el Mensaje del Ejecutivo del Proyecto de Nueva Constitución N° 407-365.

16 Sin embargo, quienes promovían las tesis rupturistas mantuvieron sus posiciones señalando que la nueva Convención Constitucional debería proclamarse autónoma y reivindicar plenos poderes, para lo cual apelaban a las tesis del Abate Sieyès durante la Revolución Francesa y la experiencia vivida en algunos procesos constituyentes de inspiración bolivariana, como ocurrió en Ecuador durante el gobierno de Rafael Correa, en el que la Asamblea Constituyente terminó por declarar en receso al Parlamento en noviembre del 2007 o en Bolivia el 2006, en que la Asamblea asumió un poder por sobre los órganos del Estado.

ron recogidos por un Comité de Sistematización¹⁷, bajo la supervigilancia de un consejo ciudadano amplio y plural de observadores¹⁸. Su resultado fue el documento Bases Ciudadanas para la Constitución y el proyecto de Constitución enviado por la Presidenta al Congreso Nacional al final de su mandato¹⁹.

El gobierno de Sebastián Piñera tenía otra aproximación al tema. Su plan para el periodo 2018-2022 contemplaba una serie de reformas a la Constitución en la línea de perfeccionar el funcionamiento del Estado y hacer más eficiente su acción frente a las necesidades de los ciudadanos. El camino diseñado no apuntaba a la elaboración de una nueva Carta Fundamental, perspectiva que cambió después del amplio movimiento social que surgió a partir del 18 de octubre de 2019 (Zapata, 2020). Resurgió, entonces, la perspectiva de un proceso constituyente que, junto con corregir los defectos y limitaciones de la actual Constitución, mirara los desafíos del presente y del futuro (Cazor, 2007).

Un proceso constituyente institucional, la “hoja en blanco” y los factores determinantes

En medio del movimiento social, las principales fuerzas políticas suscribieron el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución en noviembre de 2019 (Couso, 2019). Poco más de un mes después, el 24 de diciembre, se publicó la Ley 21.200, que reformó la Constitución estableciendo un nuevo epígrafe bajo el título Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República, y que en 13 artículos recoge el consenso logrado por una comisión de especialistas encargada de plasmar las ideas del acuerdo. Estos cambios fueron complementados por la Ley 21.216 del 24 de marzo de 2020, que estableció el principio de paridad de género en la Convención Constituyente y habilitó los pactos electorales de los partidos políticos con los independientes. Queda todavía por determinar la forma de participar de los pueblos originarios.

El proceso constituyente sancionado tiene tres etapas: un plebiscito de entrada en que la ciudadanía se pronunciará a favor o en contra de iniciar la elaboración de una nueva Constitución por parte de una asamblea elegida al efecto; en caso afirmativo, se deberá definir si esa tarea estará en manos de una Convención Constitucional plenamente elegida, o una mixta, compuesta por mitades entre miembros electos y parlamentarios. Esta debe comunicar el texto aprobado al Presidente de la República, lo que supone que en algún momento se debe producir una votación al respecto. Recibido esto, el Presidente de la República debe convocar dentro de tres días a un plebiscito para que la ciudadanía ratifique o deseche la propuesta de la Convención, el que tendrá lugar 60 días después. Para ese evento el voto será obligatorio, tal como dice el artículo n° 142.

Los nuevos artículos n° 133 a 143 de la Constitución Política diseñan una Convención Constitucional con un mandato claro y acotado en el tiempo, como un organismo excepcional y temporal del Estado. Su tarea será exclusivamente elaborar una nueva Carta Fundamental; no puede interferir en el funcionamiento de las instituciones del Estado ni reformar la actual Constitución, mucho menos negarle la autoridad que sigue rigiendo hasta que entre en vigencia la nueva (artículo n° 135). Como órgano del Estado, no puede invadir la competencia ni las atribuciones de otros entes públicos, y forma parte -aunque sea temporalmente- de un sistema jurídico estatal jerárquico y complejo, en el cual intervienen en diferentes niveles autoridades que actúan dentro de una esfera propia de poder preestablecida.

Además, se fijan importantes límites a esta Convención:

- Un plazo de nueve meses, prorrogable por tres más para su funcionamiento. Transcurrido ese período deja de existir.
- De contenido: la nueva Constitución debe respetar el Estado republicano, el régimen democrático, las sentencias judiciales ejecutoriadas y los tratados internacionales vinculantes para Chile.

17 Era una entidad tripartita conformada por María Cristina Escudero, de la Universidad de Chile; Ignacio Irrarrázaval, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Rodrigo Márquez, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El comité tuvo la responsabilidad de diseñar e implementar la metodología de sistematización de las instancias participativas del proceso constituyente.

18 El Consejo fue presidido por Patricio Zapata y constituido por Benito Baranda, Jean Beausejour, Roberto Fantuzzi, Arturo Fernando, Patricio Fernández, Francisco Fernández, Gastón Gómez, Hernán Larraín, Héctor Mery, Salvador Millaleo, Ruth Olate, Juanita Parra, Lucas Sierra y Francisco Soto. Su función principal consistió en dar garantías de transparencia, inclusión y ausencia de sesgo político de la etapa participativa en sus diferentes fases.

19 En ese documento se priorizaron los siguientes principios: democracia, igualdad, descentralización, justicia, respeto/conservación de la naturaleza o el medioambiente, y bien común/comunidad. Estos dan origen en el documento a una serie de valores y reglas que los vuelven más operativos. Luego se explicita una serie de propuestas sobre cambios a las instituciones del Estado, poniendo énfasis en la participación incidente y una serie de consideraciones sobre los derechos de las personas y el modo de hacerlos efectivos. Concluye con un acápite especial sobre los resultados de la consulta indígena.

- De procedimiento: se establece un quórum de dos tercios de los convencionales en ejercicio para aprobar el reglamento de funcionamiento de la asamblea y para que esta pueda adoptar decisiones parciales o finales válidas²⁰.
- En caso de vicios esenciales de procedimiento se puede recurrir a una instancia formada por cinco ministros de la Corte Suprema, que solo puede anular la decisión recurrida, sin reemplazarla.

La primera tarea de la Convención será elegir presidente y vicepresidente y luego aprobar por dos tercios el reglamento de funcionamiento. Sesionará donde el Presidente lo indique o en su defecto, en la sede del Congreso Nacional. Es posible que la elaboración del reglamento sea uno de los asuntos más discutidos al inicio, como ha ocurrido en otras experiencias; por ejemplo, en Bolivia que demoró muchos meses en ese debate. Surgirán voces apuntando a obviar el quórum necesario, sea atribuyéndole a la Convención una competencia ilimitada o sea por la vía de interpretar que cada norma se aprueba separadamente, sin que exista una votación general del texto. Así, algunos han argumentado que, si no se obtienen los dos tercios en una materia, esta quedaría para ser resuelta por la ley sin que se vean afectados los acuerdos respecto de otras normas. Se produciría un proceso legislativo *sui generis* en el cual el órgano constituyente nunca se pronunciaría sobre un texto coherente.

Lo anterior se podría obviar si la comisión técnica que preparó la reforma a la Constitución u otra instancia representativa adelantara el trabajo elaborando un anteproyecto de reglamento que se ajustara a las disposiciones constitucionales y tomara en consideración el proceso legislativo, estableciendo alternativas en aquellos puntos de discrepancia. De esta forma se facilitaría la tarea de la Convención y se evitaría que consumiera el escaso tiempo que tiene en discusiones de procedimiento, como ocurrió en la Asamblea Constituyente de Bolivia del 2006 que tardó siete meses en establecer sus normas de funcionamiento.

La pronta aprobación del reglamento será un indicador sobre el espíritu existente entre los miembros de la Convención: si predominara un ánimo de entendimiento, la tarea sería simple; por el contrario, las disputas de procedimiento reflejan siempre desconfianza en los otros, cuando no búsqueda de subterfugios para hacer prevalecer la propia voluntad. El tema es relevante. Prueba de ello es que la Organización de Naciones Unidas (ONU), en su centro virtual denominado Constitutionmaker, ofrece una guía sobre los puntos centrales para elaborar un estatuto de funcionamiento de los organismos encargados de aprobar una nueva Constitución. Atribuirle un carácter constituyente originario contravendría lo dispuesto explícitamente en el acto de reforma constitucional que le dio origen y el acuerdo político en que se sustenta, pues la Convención no está llamada a ejercer directamente la soberanía, sino que está concebida como un poder constituyente derivado, al igual que los actuales poderes colegisladores: el Presidente y el Congreso Nacional. Si la mayoría de la Convención quisiera sobrepasar esos límites, incurriría en una nulidad de derecho público al contravenir los artículos 6° y 7° de la Constitución vigente. Si esa idea prosperara se generaría un grave conflicto institucional²¹.

La Convención Constitucional sería un poder bajo la Constitución que pretende sustituir. Es un órgano *de jure*. Está sujeto a reglas y principios, como los señalados en la reforma que la estableció. Su origen popular no la exime de respetar las normas que la constituyen. Si actuara en contra de esas normas, si pretendiera transformarse en un órgano constituyente originario, pasaría a ser un poder irregular, *de facto*, con todas las consecuencias políticas y jurídicas que ello implica, principalmente la invalidación de sus decisiones.

Este diseño contrasta con la idea de un poder constituyente originario, por definición, ilimitado; se inicia con pensadores clásicos como Locke, Paine o Sieyès, pero ha cobrado actualidad principalmente por la difusión en las aulas universitarias del pensamiento de Carl Schmitt, quien definía el poder constituyente

20 El artículo 133 señala: “la Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos”. Si no se alcanza el quórum necesario o si la ciudadanía rechaza el nuevo texto constitucional, la Constitución vigente sigue rigiendo. No se produciría un vacío normativo.

21 Como plantea Sagüés (2016), el poder constituyente “derivado”, o poder constituyente “constituido”, o “reformador”, está sometido, a más de las reglas y principios propios del poder constituyente originario —que, según vimos, son las del derecho internacional, las que él mismo se dicte y ciertos principios y valores—, a otras reglas jurídicas preexistentes. Ellas son a veces de rango constitucional —los artículos y cláusulas de la constitución anterior, que va a reformarse en todo o en parte, y que disciplinan la enmienda, y otras de categoría sub constitucional —por ejemplo, las dictadas por el poder preconstituyente que convoca a la reforma—. En algunos países, las reglas condicionantes del poder constituyente derivado son de contenido, o de procedimiento, o de ambos temas.

como un acto de soberanía llamado a crear un nuevo orden jurídico en contraposición a un enemigo, como expresión directa de la voluntad popular, sin sujetarse a otras normas que las que él mismo determine. El poder constituyente soberano puede violar el ordenamiento jurídico positivo instituido, pues su legitimidad emana de la voluntad popular expresada en momentos excepcionales a través de un líder (Schmitt, 1982). Schmitt terminó apoyando la experiencia nazi en Alemania. Desde la vertiente opuesta -y análogamente rupturista-, Antonio Negri y el pensamiento populista plantean un poder constituyente igualmente omnimodo, pero con una orientación democrática radical de tipo anticapitalista (Negri, 2015; Laclau, 2004).

Este tipo de pensamiento ha servido para sustentar los procesos constituyentes de corte bolivariano en América Latina²². Pero el proceso chileno se aparta de esas experiencias: nace de un acuerdo político y una reforma constitucional, que lo establece y regula su competencia y las normas básicas de su funcionamiento, estableciendo su propósito y delimitando la competencia para llevarlo a cabo. Poco tiene en común con el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que influyó a las asambleas constituyentes de países de inspiración bolivariana, como Bolivia (2009), Ecuador (2008) y Venezuela (1999) (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2010). En aquellos hubo algún tipo de ruptura política que se definía como revolucionaria, y en la orientación del trabajo constituyente jugaron un papel hegemónico los movimientos políticos que originaron a los nuevos gobiernos y en particular, sus líderes: Evo Morales, Rafael Correa y Hugo Chávez, respectivamente, quienes intervinieron en los trabajos de las asambleas cuando lo estimaron necesario. Más allá de los avatares políticos de esos países, sus procesos constituyentes pretendieron romper con el canon occidental-colonial y adoptar un esquema político de insurgencia para realizar ciertos propósitos sociales.

Reaccionando frente a sistemas políticos erosionados por la inestabilidad y la corrupción, surgieron movimientos revolucionarios. Sus líderes, como diría Maquiavelo, en vez de incentivar sistemas democráticos estables, en mayor o menor grado afirmaron su poder personal mediante el sistema de las reelecciones indefinidas, salvo el caso de Rafael Correa en Ecuador.

En la región hubo otros cambios constitucionales de corte más incremental²³ y algunas expresiones de poder constituyente originario irregular (desde el punto de vista de la norma constitucional precedente). Así ha ocurrido en Colombia con la Constitución de 1991, en Perú con la de 1993 y con el proceso de reforma constitucional argentino de 1994.

Nuestro desafío constituyente es singular: se busca una nueva Constitución mediante un proceso regulado, que se aparta tanto de la experiencia bolivariana como del camino de las sucesivas reformas. Su suerte dependerá de múltiples factores, entre los más relevantes, primero, el clima político y social imperante en el año 2021 marcado por las campañas presidencial y parlamentaria, dentro del cual se debería evitar la confrontación. Los casos de Italia, España y Colombia muestran la importancia de un escenario que favorezca el logro de acuerdos²⁴. En este punto, también habrá que cuidar la relación de la Convención con la ciudadanía manteniendo una comunicación constante.

En segundo lugar, es necesaria la existencia de liderazgos políticos constructivos capaces de forjar acuerdos mayoritarios. Es importante que el debate, la polémica y el intercambio de ideas sean llevados con argumentación seria, sin sectarismo ni intolerancia, y buscando soluciones prácticas y razonables. Más que acudir a doctrinas o ideologías, lo importante es prestar atención a la historia y a la experiencia teniendo a los principios como orientación²⁵.

22 Por ejemplo, en Bolivia el Reglamento de la Asamblea Constituyente señalaba en su artículo 1°: “La Asamblea Constituyente es Originaria, porque radica en la voluntad de cambio del pueblo como titular de la Soberanía de la Nación. La Asamblea Constituyente es un acontecimiento político extraordinario, emerge de la crisis del Estado, deviene de las luchas sociales y se instala por mandato popular. La Asamblea Constituyente convocada por Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, es unitaria, indivisible y, es la máxima expresión de la democracia. Se encuentra legítimamente por encima del poder constituido. La Asamblea Constituyente tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional y tiene como mandato transformar y construir un Nuevo Estado Boliviano. En relación con los poderes constituidos, el Poder Constituyente es la vanguardia del proceso democrático, depositario del mandato social para transformar y construir un Nuevo Estado Boliviano. Por las características del proceso constituyente boliviano, la Asamblea Constituyente no interfiere en el normal funcionamiento de los actuales poderes constituidos, hasta la aprobación del nuevo texto constitucional y el nuevo mapa institucional”.

23 Para un panorama general de la región ver Andrews (2017).

24 Italia venía saliendo de la guerra y debía establecer la república democrática en el marco de los Acuerdos de Yalta que habían establecido las fronteras entre Occidente y la Unión Soviética, y dentro de ese esquema las principales fuerzas políticas lograron los entendimientos necesarios. En España, en tanto, los Pactos de la Moncloa fueron la plataforma indispensable para el cambio constitucional.

25 En Italia se alcanzó un acuerdo entre las principales corrientes políticas, donde tuvieron un rol destacado A. De Gasperi (DC), Palmiro Togliatti (PC) y Pietro Nenni (PS), entre otros. Y en España la elaboración de la nueva Constitución fue precedida de los Pactos de la Moncloa entre el gobierno de Suárez, los partidos de oposición, empresarios y organizaciones sindicales.

En tercer lugar, está el apoyo jurídico de la secretaría técnica designada por la propia Convención, según lo establece el artículo n° 137. Ahí deberían participar los especialistas en Derecho Público para asesorar y colaborar en la redacción de las fórmulas jurídicas que recojan el sentir mayoritario de los convencionales.

La mayoría de los expertos constitucionalistas de diversas orientaciones doctrinarias y políticas vienen reuniéndose y debatiendo los contenidos posibles de una nueva Carta Fundamental desde hace años en instituciones universitarias o en centros de estudio como el Centro de Estudios Públicos²⁶. En la Universidad Católica, desde hace varios años se viene debatiendo sobre el cambio constitucional desde distintas perspectivas²⁷. El resultado es asombroso: pese a la diversidad de orientaciones, entre ellos hay un amplio consenso que es oportuno considerar para disipar aprensiones²⁸. Así como hemos visto recientemente el papel positivo desempeñado por economistas para alcanzar un acuerdo para hacer frente a los efectos sociales y económicos de la pandemia, podría darse una situación análoga en la preparación de una nueva Carta Fundamental. No se trata de que los técnicos sustituyan a los políticos, sino que pongan sus conocimientos y experiencia a disposición de la deliberación constitucional.

La expresión “hoja en blanco”, que se ha traído a colación con ocasión de la discusión de la Convención, se ha prestado a malentendidos. Su significado se refiere a que los debates de la asamblea no deben estar condicionados por la actual Carta Fundamental, sin perjuicio que se recojan los avances constitucionales alcanzados. La “hoja en blanco” garantiza la libertad de los convencionales. No es posible hacer caso omiso de la historia política y constitucional del país, como se dijo al inicio de este trabajo. Tampoco la expresión “hoja en blanco” se refiere a una parcelación de la discusión del nuevo texto constitucional que prescindiera de un debate y una votación de tipo general.

Como es probable que esa Convención tenga una composición plural donde ninguna corriente cultural o política alcance el quórum de dos tercios, el diseño de su funcio-

namiento está pensado para que se logre un acuerdo, es decir, que se diseñe una arquitectura constitucional en que todos se sientan cómodos o incómodos, pero donde puedan convivir en un Estado con un grado mayor de legitimidad abriendo un nuevo ciclo político en el país.

La nueva Constitución debiera reflejar lo que Rawls (1999) llama consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) entre los distintos actores, ciudadanos y grupos políticos, lo que supone un sustrato cultural común de principios o valores, que Rawls sintetiza en la noción de justicia como equidad. Es el desafío de un proceso constituyente en una sociedad social y políticamente plural.

Nuevo pacto constitucional y nuevos debates

Debe haber un equilibrio entre las normas de una Constitución que fijan el marco del proceso político y las reglas de funcionamiento del Estado, por una parte, y el ámbito de la vida política propiamente tal, es decir, de la deliberación ciudadana sobre los asuntos de interés público. Lo que se consagra en la Carta Fundamental, en cierto sentido, se sustrae de la decisión ciudadana futura. De esto surge la tensión entre quienes postulan una Constitución minimalista, cuyas normas fueran principalmente de procedimiento, y quienes aspiran a una comprometida con ciertos principios y valores, y más frondosa en sus disposiciones. Lo cierto es que el nuevo pacto constitucional debe partir por buscar un balance entre ambas posturas.

La Constitución, en cuanto norma base o suprema del orden jurídico, determina lo que Zagrebelsky (2014) llama el pacto social (*pactum societatis*), que en una sociedad pluralista y compleja como la nuestra debería reflejar el común denominador entre los diferentes sectores que conviven en el país. Actualmente ese conjunto de valores está expresado en el derecho internacional de los Derechos Humanos, un punto de referencia obligatorio y que la propia reforma constitucional obliga a respetar, y el desarrollo del derecho constitucional de corte democrático. De ahí emana el principio de la supremacía constitucional que irradia a todo el orden social.

26 Ver Sierra (2015), Sierra (2016) y Chia y Quezada (2018).

27 Entre otras actividades, cabe mencionar los seminarios *¿Una nueva Constitución? Legado de la dictadura a 40 años del golpe*, Núcleo Milenio del Instituto de Ciencia Política 2013; *Nuevo proceso constituyente: antecedentes y repercusiones*, de la Facultad de Derecho el 2015 con la participación de los profesores Miguel Ángel Fernández, José Francisco García y Patricio Zapata, 2015; *Orden Público Económico y Nueva Constitución*, Clapes 2017 y *A propósito de octubre 2019: Nueva Constitución, plebiscito, convención mixta, convención constitucional*, Facultad de Ciencias Sociales.

28 Ver Asociación Chilena de Derecho Constitucional (2018).

Al fijar esos principios y reglas fundamentales y organizar la estructura básica del Estado y su relación con los ciudadanos, la Constitución debe dejar un amplio margen para la deliberación política, sobre todo en una etapa caracterizada por un acelerado cambio social. Esa delimitación configura el funcionamiento del sistema político (*pactum subjectionis*) según Zagrebelsky (2014), quien señala la importancia que tiene la concepción de la Constitución como punto de partida de un proceso que se desarrollará bajo sus normas en el tiempo, y cuya duración dependerá no sólo de su legitimidad de origen sino también de la flexibilidad para regular circunstancias imprevistas²⁹. Si se alcanza este objetivo estarán las condiciones para la existencia -de acuerdo al jurista italiano- de un derecho *mite*, expresión con la que tituló una de sus obras más conocidas y que ha sido traducida como “derecho dúctil”, es decir, aquel que no es hostil o ajeno a las personas, o bien, que es “razonable”.

Lo importante es que la Constitución asuma el pluralismo y siga un esquema variable de principios y valores, y determine los mecanismos mediante los cuales la democracia debe tomar sus decisiones, tanto en lo referente a la legislación y a la justicia como en el ámbito de la administración del Estado. En la esfera de “lo que se puede decidir” operan los poderes Ejecutivo y Legislativo, mientras la magistratura actúa en el ámbito de lo “no decidible”, es decir, constituye el pilar del sistema de control.

Un aspecto en plena evolución es el planteado por las “cuestiones políticas” (*political questions*) no justiciables, es decir, por un conjunto de materias en que los tribunales deben refrenar su competencia y no intervenir en la solución de los problemas que suscitan. También la Constitución debería dejar el campo abierto a la deliberación ciudadana, sobre todo en aquellos asuntos en que interviene directamente el avance científico.

Sin duda no se puede pretender resolver todos los debates políticos y culturales en la Constitución. Una Carta Fundamental está orientada al futuro, aunque vive en el presente, por lo que debe establecer el marco necesario para que los debates de hoy y mañana sean fructíferos. El mismo José Francisco García (2014), partidario de una Constitución minimalista, señala: “Para Sunstein las constituciones pueden ser vistas como estrategias de precompromiso, esto es, los ciudadanos se comprometen a sí mismos, de forma previa, a ingresar al pacto social,

a seguir ciertos cursos de acción. Esta visión captura uno de los objetivos centrales del constitucionalismo: asegurar las condiciones para una democracia pacífica y de largo funcionamiento que debe enfrentar diferencias sociales persistentes y el pluralismo religioso, étnico, cultural, etc.”. Pero ese pacto debe darse en torno a ciertos principios y valores hoy universalmente reconocidos.

El nudo del problema es una disyuntiva: cuánto establecer en la Constitución y cuánto dejar a la libre decisión de los ciudadanos y sus representantes. Es evidente que una nueva Constitución no debiera consagrar un determinado proyecto político, pero también lo es que, dado el desarrollo del constitucionalismo y del Derecho Internacional, no puede omitir ciertos parámetros básicos que no debieran ser olvidados, trasgredidos o reducidos a meras aspiraciones (Lerner, 2011).

Esta discusión parece zanjada entre nosotros en lo relativo a los derechos civiles y políticos, aunque conserva vigencia en otros ámbitos. Por ejemplo, en lo económico (Navarro, 2016; Fermandois, 2001). Hay Constituciones, como la alemana, que fijan solo un andamiaje general; otras como la española o la actual de Chile, que establecen lo que se denomina un “orden público económico”, regulando en forma más detallada la propiedad privada, la libertad de empresa, la competencia, el sistema tributario y el papel del Estado. Otro tanto ocurre con los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad. Este tipo de derechos están consagrados en forma de reglas y de principios. Las primeras son perentorias; los segundos, en cambio, como afirma Alexy (1993), son mandatos de optimización que la autoridad debe respetar y dar forma en la medida en que las condiciones de la sociedad lo permitan. Dworkin (1984), por su parte, distingue los conceptos constitucionales, en gran medida indeterminados, -como libertad, dignidad humana, equidad- de las concepciones constitucionales que adhieren a ciertas doctrinas o ideologías y comprometen al texto constitucional con esas opciones. Luego, será crucial definir si el Estado asume los principios de la Constitución tomando un papel activo en su promoción o si mantiene un papel más prescindente.

Aquí entra la discusión sobre el principio de subsidiariedad, que ha sido entendido de diversas maneras. Una cosa es verlo como un criterio de organización del Estado para favorecer que los problemas sean solucionados por las instancias más cercanas a los ciudadanos, y otra

29 Ver también Ackerman (2011).

muy diferente es concebirlo como pauta para delimitar la capacidad de acción del Estado en el campo social y económico (Fermendois, 2014). Hay aspectos que no se deben confundir: la desconcentración y descentralización del Estado, su relación con la sociedad civil y sus organizaciones autónomas y la regulación de la actividad económica³⁰. No se puede deducir del principio de subsidiariedad la tesis del Estado mínimo o de una supremacía del mercado; la intervención del Estado apunta no tanto a invadir un campo que le sería ajeno, sino a garantizar la justicia social y el bien común (Calvez y Perrin, 1958).

En la actual Constitución no se contempla este principio explícitamente. La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, lo desprenden de algunos de sus preceptos y le dan connotaciones diversas, según lo ya señalado³¹, en lo que prima muchas veces la concepción doctrinaria del intérprete. No cabe duda de que la actual Constitución se inclina en favor de una restricción del papel del Estado, dados el momento en que fue redactada y la composición de sus autores. Tal como hemos visto, nació contra corriente interrumpiendo una tradición constitucional.

Este tema seguramente estará presente en los debates de la nueva Constitución, porque existe una fuerte corriente de opinión que busca afirmar directamente la noción de Estado social de derecho, sea en forma explícita o sea a través de alguna disposición constitucional, como ocurre, por ejemplo, en la Constitución italiana con la llamada cláusula Basso, que toma el nombre del constituyente que la inspiró (Lelio Basso), y que afirma que “es obligación del Estado remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos y que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización de la sociedad”, según lo dispone el artículo 3° de la Constitución de 1947. Este principio fue luego recogido por la reforma constitucional de 1971 en Chile y por el artículo 1.1 de la Constitución Española.

Existe un nexo entre la noción de Estado social de derecho y la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales en un texto constitucional. La Carta Fundamental alemana, por ejemplo, consagra en sus artículos n° 20 y n° 28 el Estado social de derecho, y el Tribunal Constitucional de ese país ha desprendido de esa noción la existencia del derecho a un nivel de vida digno, dejando al legislador la tarea de definir su concreción y actualización permanente.

Estos derechos no pueden, sin embargo, quedar entregados a la mayoría parlamentaria porque son esenciales para la vida de las personas. Su consagración constitucional sirve para asegurar las prestaciones correspondientes, por ejemplo, en salud, educación, seguridad social y vivienda, que siempre están en riesgo, y muchas veces los beneficiarios directos carecen del poder suficiente para reclamarlas oportunamente³².

El Estado social de derecho tiene diversas expresiones doctrinarias o ideológicas, pero todas ellas se basan en el respeto de la democracia, la norma jurídica, la justicia social y los derechos de las personas. No es neutral, pero tampoco se compromete con un determinado proyecto político: establece parámetros democráticos, dentro de los cuales cabe la competencia electoral y la alternancia en el poder. Es el tipo de orientación que ha predominado en el desarrollo constitucional chileno en el siglo XX hasta 1973.

En el ámbito europeo, donde conviven gobiernos de muy distinto signo ideológico, las llamadas Directrices de Maastricht señalan que los Estados miembros de la UE deben respetar, proteger y dar cumplimiento a los derechos económicos y sociales, y que las razones económicas no excusan de cumplir un mínimo suficiente³³. Este planteamiento ha sido aceptado por los Tribunales Constitucionales de varios países europeos, señalando que tales derechos no son una mera aspiración programática, sino un mandato esencial de directa aplicación

30 En la doctrina social de la Iglesia desde la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI de 1932 el principio de subsidiariedad es concebido para la relación entre el Estado y los ciudadanos, teniendo en cuenta el rol de los organismos intermedios (N° 34). Sobre el caso chileno ver Centro de Políticas Públicas UC (2016).

31 Ver Sierra (2018).

32 Efectivamente, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales el año 2015 manifestó su preocupación por que algunos de ellos no se encuentran cabalmente reconocidos en la Constitución chilena actual, lo que redundaría en una precaria justiciabilidad. Obviamente la realización de tales derechos tiene que guardar relación con el nivel de desarrollo de cada país, pero no pueden ser desconocidos en su núcleo esencial.

33 Los acuerdos de Maastricht provienen de una reunión de juristas, en enero de 1997, quienes buscaban ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a estos derechos, y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Los participantes acordaron unánimemente sobre estas directrices, las que reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986.

que debe ser acatado³⁴. Se trata, como dijo Roosevelt al plantear la política del *New Deal* para hacer frente a la depresión de 1929, de que los ciudadanos no solo estén libres de temores, sino también de necesidades, y puedan contar con seguridad económica, social y moral. El futuro debate constitucional se centrará en la forma de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales y en los mecanismos para hacerlos efectivos y reclamables ante los tribunales (Heiss, 2020).

Luego, el constituyente debe tener presente la realidad para la cual trabaja y con un juicio de previsibilidad establecer en la Constitución los derechos fundamentales, determinando la forma de poderlos reclamar. Por lo complejo del tema, es útil la consagración de un deber constitucional para el Estado -como la cláusula Basso-, que comprometa a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden o dificultan la realización de las libertades y los derechos de las personas. Pero es importante evitar el peligro del utopismo constitucional que consiste en pensar que por establecer una serie amplia de derechos en la Constitución el tema de su concreción práctica queda resuelto. Se produce así la paradoja de los “derechos imposibles”, principal pero no únicamente por motivos económicos. Una vía de escape ha sido utilizar una cláusula de progresividad como las contenidas en los tratados internacionales o remitir la implementación de los derechos al ámbito de la ley.

En torno a la necesidad que la futura Constitución cuente con un marco de principios que amparen los derechos humanos pueden coincidir los juristas del “neoconstitucionalismo”, que sostienen que el Estado actual, al reconocer a la Constitución como norma jurídica básica, se ha transformado profundamente, acentuando el papel relevante de los principios en su interpretación, como también quienes siguen un criterio positivista derivado de Kelsen, por cuanto ellos también consideran que tales principios hoy forman parte del derecho vigente nacional e internacional³⁵.

El neoconstitucionalismo refleja los cambios operados en el Estado y en la ciencia jurídica de postguerra: la Constitución ha suplantado a la ley en su valoración (Comanducci, 2010). Según Ferrajoli (2007), la noción de

Estado de Derecho débil es sustituida por el imperio de la supremacía constitucional, que exige una coherencia entre el contenido de la ley y la norma constitucional. La democracia pasa a ser la forma del Estado y esta, a su vez, queda sometida a los principios de la Constitución, tanto en cuanto a los límites al actuar del Estado como al mandato imperativo para lograr ciertos propósitos de bien público. La Carta Fundamental ha dejado de ser un conjunto de aspiraciones o solo un sistema de reglas de funcionamiento de los órganos estatales: el principio de supremacía constitucional ha cobrado una nueva vigencia irradiando su fuerza imperativa a toda la sociedad y a todos sus integrantes.

Lo anterior nos lleva a concluir que en la actualidad el papel del juez ha cobrado una importancia mayor, tanto el magistrado ordinario como la Corte de Casación y el Tribunal Constitucional, porque por diversas vías pueden ser interpelados por el ciudadano, ya sea para que determinen una justa interpretación de las normas jurídicas en un litigio particular o, incluso, para que se prescinda de un precepto legal al momento de resolverlo. Los recursos de protección, inaplicabilidad y últimamente el contemplado contra la discriminación, así como el control de convencionalidad, han abierto el campo a la acción de la magistratura, para no mencionar el papel tutelar de la judicatura especial del trabajo, familia y de competencia tributaria y relativa al medioambiente. Como los antiguos tribunos de la plebe en Roma, los actuales jueces sirven de contrapeso al legislador y a la acción de la administración. Lo importante es que el juez no anteponga sus convicciones a las normas constitucionales y legales nacionales o internacionales, y no debilite la certeza jurídica mediante una jurisprudencia errática ni pretenda sustituir al legislador.

El debate constitucional no podrá obviar estos cambios doctrinarios y políticos del Estado al momento de establecer las bases de la nueva institucionalidad, pero es probable que sobre ellos haya más acuerdo que el que se piensa³⁶. Lo importante es que su expresión en normas constitucionales refuerce la democracia pluralista ya existente y dé un paso más allá hacia un Estado más comprometido con la suerte de sus ciudadanos y respe-

34 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España en sentencias 81/1982 y 65/1987. En Chile se ha producido una evolución interesante en esta materia. No solo en el ámbito doctrinario y en las cátedras universitarias, también en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, sobre todo en materia del derecho a la salud. Así lo demuestra la declaración de inconstitucionalidad del artículo referente a los criterios de reajustabilidad de los planes de salud de las isapres y la exigencia que el Estado otorgue los tratamientos necesarios para la cura de las enfermedades demandados por los afiliados.

35 Además de Bobbio, se puede consultar en tal sentido la obra de Ricardo Guastini y Luis Prieto Sanchís. En esa línea, juristas como Radbruch, Ross y Hart aceptan que el sistema jurídico incluya ciertos principios comunes a la civilización. En Chile, ver Squella (2001) y Viera-Gallo (2011).

tuoso del principio de mayoría, y se abran nuevos caminos de participación política. Sin embargo, hay que tener siempre en cuenta que las nuevas normas constitucionales siempre estarán sujetas a la interpretación legislativa, administrativa y judicial, según vaya evolucionando la sociedad, lo que va generando el derecho viviente.

Una Constitución marca un hito. Pero no es una estación final. Más bien es un punto de partida. No solo su interpretación y vigencia estarán condicionadas por la evolución de la sociedad, sino que con el correr del tiempo se irán dando nuevas negociaciones constitucionales que pueden transformarse en reformas a su texto, o simplemente en acuerdos sobre el significado de sus normas. Los autores de la nueva Constitución deben escapar de las tentaciones maximalistas e idealistas que apuntan a una norma que asegure la armonía cuando no la felicidad social, y concentrarse en dar forma a instituciones que hagan posible los derechos y libertades de las personas, y en canalizar los conflictos sociales y políticos con miras al bien común.

Repensando la organización del Estado

Otro tema que ha suscitado interés entre los especialistas de Derecho Público se refiere a la organización del Estado. La reflexión se ha centrado principalmente en la discusión sobre el régimen de gobierno con una constante crítica al sistema presidencial existente por el cúmulo de facultades que entrega al Presidente de la República, pese a que las reformas constitucionales del año 2005 aumentaron las atribuciones del Congreso, sobre todo en materia de fiscalización de los actos de gobierno.

Nuestra historia constitucional ha estado atravesada por dos grandes temas, que han provocado controversias e incluso rupturas institucionales y conflictos armados: las relaciones entre el Presidente de la República y el Congreso y el grado de autonomía de las regiones respecto al poder central.

Desde el retorno a la democracia en Chile y en general en América Latina, se ha debatido la conveniencia de introducir el régimen parlamentario, sobre todo por su capacidad para enfrentar y sortear las crisis políticas sin quiebres institucionales³⁷. Se ha sostenido también que el parlamentarismo se aviene mejor al modelo de una democracia deliberativa con amplia participación social.

Sea por la debilidad de los partidos políticos o por el peso de la historia política y constitucional, la opción parlamentaria perdió fuerza y muchos se inclinan actualmente hacia un sistema semipresidencial como el que impera en Francia, Portugal o Perú. Así ocurrió con el Grupo de los 24, que agrupaba a abogados de oposición a la dictadura y con dos comisiones especiales de la Cámara de Diputados presididas por los diputados Eugenio Ortega (1992) y Marco Enríquez-Ominami (2008), respectivamente. Esta posición cuenta actualmente con varios adeptos.

Sin embargo, antes de entrar, aunque sea en líneas muy generales, al debate sobre el régimen político es indispensable señalar que la futura Convención debería ampliar su mirada hacia la totalidad de la organización estatal. En Chile, el Estado ha desbordado el esquema triangular clásico de la separación y colaboración entre los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Hoy se expande hacia la denominada área de la “autonomía”, que apunta a la existencia de organizaciones estatales que gozan de un importante grado de independencia respecto de los demás poderes del Estado y en especial del Presidente de la República, y que cumplen importantes funciones.

En este ámbito se pueden distinguir diversos niveles:

- La autonomía constitucional de organismos, como los gobiernos regionales, los municipios, el Banco Central, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Servicio Electoral y la Justicia Electoral, el Consejo de Seguridad Nacional y el Consejo Nacional de Televisión.
- La autonomía administrativa: las empresas públicas y organismos de reciente creación como el Servicio Civil, el Consejo para la Transparencia y el Instituto de Derechos Humanos y las Universidades del Estado.
- La autonomía débil o relativa de los organismos públicos funcionalmente descentralizados que ejercen las más variadas funciones de prestación de servicios, regulación, control y supervigilancia y fomento.

36 Ver Fernández Baeza (2020) y Gajardo y Vásquez (2018).

37 Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia (1988) y Linz y Valenzuela (1994). En Chile, ver Godoy (1990; 1992).

Cualquier análisis sobre la estructura del Estado debe abarcar el conjunto de su organización, intentando en la nueva Constitución sentar las bases de un aparato público moderno, representativo, legítimo y eficiente.

Cabría también mencionar a los partidos políticos, que, sin formar parte del Estado, gozan de personalidad jurídica de derecho público y son vitales para canalizar y expresar el sentir ciudadano; contribuyen a la deliberación política y a la designación de los candidatos a cargos de elección popular, además de ser indispensables a la hora de dar forma a la sustentación política de un gobierno o de conformar la o las oposiciones en el Parlamento.

Cualquier debate sobre el régimen semipresidencial, que parte por separar las figuras de Jefe del Estado y Jefe de Gobierno, debe pronunciarse sobre una serie de alternativas posibles:

- Si el Primer Ministro tendría que responder al Parlamento o solo podría ser removido por el Presidente.
- Si su designación depende únicamente del Presidente o debe contar con el visto bueno de la mayoría parlamentaria y cuando hay bicameralismo, si basta la anuencia en una de las ramas del Congreso o en las dos.
- En caso de que el Parlamento pueda destituir al Primer Ministro, determinar si ello afecta a todo el gabinete; por cuál mayoría podría ser censurado y si basta que lo haga una de las cámaras o las dos.
- Saber si basta con un voto de censura o si este debe ser constructivo, como en Alemania; es decir, que requiere sustentarse por una mayoría parlamentaria alternativa.
- Saber si el Presidente contaría o no con la facultad de disolver el Parlamento por una vez durante su mandato y de convocar a nuevas elecciones de una o de ambas ramas del Congreso.
- Delimitar bien las facultades o prerrogativas propias del Primer Ministro y aquellas que conservaría el Presidente.

Para funcionar, un régimen semipresidencial requeriría de la extensión del mandato del Presidente, lo que incidiría en la no simultaneidad de su elección con la de los parlamentarios. Además, se debe considerar, tratándose de Chile, si ese tipo de configuración del sistema

de gobierno no favorecería en exceso el fenómeno de la cohabitación de dos autoridades con distinta orientación política en la conducción del Estado, lo que podría trasladar el debate político desde el Parlamento a la gestión del gobierno, como ha ocurrido en Francia. La cohabitación podría, además, tender a alejar aún más la política del sentir ciudadano, que podría verla como una suerte de arreglo espurio entre adversarios políticos.

Uno de los objetivos de la propuesta del régimen semipresidencial es lograr que el Presidente cuente con mayoría parlamentaria, algo que no está garantizado. Si se buscan gobiernos de mayoría, sin optar por el parlamentarismo, hay otros mecanismos más adecuados: por ejemplo, el doble turno en la elección de senadores y diputados que no hubieran obtenido un alto porcentaje de apoyo (en un sistema uninominal), o la elección del Congreso justo después de la presidencial. La ingeniería constitucional puede imaginar múltiples fórmulas. Lo importante es que ellas sean coherentes, respeten los principios democráticos y se ajusten a la cultura política del país.

En cambio, si se mantiene el presidencialismo se podría explorar dar un paso ulterior en el reforzamiento de las atribuciones del Congreso, como, por ejemplo, revisar el ámbito de la iniciativa exclusiva del Presidente en materias de ley; definir mejor el límite de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente establecida por el artículo n° 63 de la actual Constitución; reequilibrar los quórum para que el Congreso pueda hacer primar su voluntad sobre un veto del Presidente de la República; establecer que en ciertas materias trascendentes de discrepancia entre el Presidente y el Congreso tanto el uno como el otro puedan convocar a plebiscito; y dar mayor potestad al Congreso en lo relativo a los tratados internacionales, exigiendo su intervención para que el Presidente de la República los pueda denunciar.

Cabe considerar, además, que una efectiva descentralización restaría facultades al Presidente en favor de los gobiernos regionales. El término del centralismo debe, sin embargo, evitar un manejo inorgánico de los recursos fiscales, aprendiendo de la experiencia de otros países de la región, y cumplir con la solidaridad interregional. Este es una de las demandas más sentidas y más postergadas. La elección popular de los gobernadores es un paso significativo, pero en la nueva Carta Fundamental debe ir acompañada por un traspaso efectivo de competencias y manejo de recursos, todo ello en el marco de un Estado unitario.

En lo relativo a la administración del Estado, se podría recoger en un solo acápite todo lo referente a sus principios esenciales, definiendo la función pública y el concepto de servicio público en relación con los intereses generales del país, así como la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Algunos de los principios que están en la Ley de Bases de la Administración del Estado y la Ley de Procedimientos Administrativos podrían ser elevados a rango constitucional. Asimismo, se debería crear en la Constitución el ente encargado de evaluar esas políticas, el cual debería gozar de autonomía.

La nueva Constitución debe abordar el tema del empleo público y la carrera funcionaria para garantizar su especificidad y evitar las distorsiones existentes en la materia. Las normas deberían hacerse cargo de las características actuales de movilidad en el empleo, del teletrabajo y del funcionamiento en equipo, así como de la flexibilidad de cada organismo para estructurar su propio funcionamiento sin lesionar los derechos de los empleados públicos, favoreciendo la evaluación por desempeño.

Otro punto crucial es el de la participación ciudadana. Mucho se puede aprender de los mecanismos clásicos de la democracia directa, como los diversos tipos de plebiscito, determinando bien la oportunidad de su procedencia y las materias sobre las cuales la ciudadanía se debe pronunciar. Lo mismo vale para la iniciativa popular de ley y la forma en que el Congreso debe realizar su tramitación. Es también relevante que la Constitución contemple mecanismos de consulta a los ciudadanos. Respecto de la participación en la gestión pública, se podrían elevar a rango constitucional algunos de los principales principios contemplados en la Ley 20.500, como la información oportuna, la consulta presencial o por internet, la prohibición de impedir o discriminar al momento de establecer las formas de la participación ciudadana, entre otras.

No se agotan aquí los asuntos de la organización del Estado que serán debatidos en la formulación de una nueva Constitución. Habrá, por cierto, discusiones sobre la Contraloría General de la República, la competencia del Banco Central, las atribuciones y sistema de nombramiento de los integrantes del Tribunal Constitucional y algunos aspectos de la organización de los tribunales, así como el estatuto de las FF.AA. y de Orden. Sobre todas estas materias hay suficiente conocimiento acumulado como para alcanzar acuerdos conducentes a una mejor acción estatal.

Algunos nuevos desafíos

El proceso constituyente también debe enfrentar los desafíos actuales y futuros de los sistemas democráticos y la actividad política. Algunos de los aspectos que se señalan a continuación trascienden el ámbito constitucional, pero sería positivo y en algunos casos indispensable que la nueva Constitución sentara las bases de su normatividad.

Uno de los principales desafíos de la democracia que conocemos es el debilitamiento del principio de representatividad de las autoridades electas a todo nivel. Se advierte un desajuste entre las instituciones y el nuevo sistema de comunicación y circulación de la información, dado por la democratización que ha generado lo digital, creando una suerte de nueva plaza pública, donde cada cual participa libremente. Se trata de un espacio en el cual no prima el debate razonado ni la argumentación de las ideas. Cada cual expresa su parecer y lo defiende, cayendo frecuentemente en descalificaciones e intolerancia. Sin embargo, al democratizarse la circulación de la información se crea una nueva realidad que exige cambios de fondo en la forma en que se da la deliberación política y la toma de decisiones. Las relaciones puramente verticales ya no tienen cabida.

No existe aún la elaboración política y jurídica suficiente para diseñar instituciones y mecanismos que den cuenta de este nuevo fenómeno. Algo se ha avanzado en lo relativo a algunos aspectos regulatorios de internet. Sobre todo, en materia penal, como la Ley 19.223 que sanciona los delitos informáticos. Por su parte, la Ley de Procedimientos Administrativos reconoce la validez de los trámites digitales, así como la Ley 25.506 la firma digital. La nueva Constitución debería entregar un marco general sobre la informatización, que, por ejemplo, resolviera el tema de la jurisdicción nacional respecto de actos jurídicos que, virtualmente realizados fuera del país, tienen efectos en Chile, como ocurrió cuando se abordó la sanción de la pedofilia.

También se advierte la falta de instrumentos e instancias de participación efectiva de la ciudadanía y de diálogo social directo entre los principales actores: empresarios y sindicalistas; consumidores y prestadores de bienes y servicios esenciales; comunidades locales y grandes proyectos de inversión, entre otros. Si bien la Ley 20.500 contempla el uso de internet para favorecer la participación ciudadana, sería importante que la nueva Constitución abordara este asunto.

La experiencia del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, que en su artículo 7° establece la consulta previa de los afectados en ciertos casos –así como lo hace la Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente–, podría extenderse a otros ámbitos de la sociedad, abriendo paso efectivo a la consulta ciudadana respecto de proyectos importantes o políticas específicas que incidan en la vida de un grupo determinado de ciudadanos. No se trata de hacer primar un interés particular o corporativo por sobre el interés general, sino de hacerlos partícipes de las iniciativas públicas y privadas.

Es evidente, además, la falta de mecanismos de participación ciudadana en los diversos niveles: iniciativa popular de ley, referéndum abrogatorio de ley, plebiscitos y consultas, entre otros. Si bien cada país tiene sus características, en el derecho comparado hay suficientes antecedentes para adecuar esos mecanismos a la realidad nacional. La regla debe seguir siendo la democracia representativa, aunque complementada con instrumentos propios de la democracia directa, sin caer en excesos que pueden dar origen a formas de gobernar de corte autoritario-plebiscitario.

En una sociedad que demanda fuertemente el fin de los abusos se hace también necesaria la existencia de una institución o un sistema de instituciones que ampare y defienda a los ciudadanos frente a la administración y las empresas que asumen la prestación de servicios públicos o concesiones de obras públicas, como un *ombudsman* o defensor de las personas. Se ha intentado hacerlo, pero sin resultados aún. Hasta ahora contamos con algunas instituciones que cumplen parte de esa función, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Defensoría de la Niñez, el Consejo para la Transparencia y el Sernac. Falta abordar en forma integral el tema de la defensa de los ciudadanos frente a abusos u omisiones de la autoridad.

En el mismo sentido sería útil que la Constitución reconociera los derechos de los consumidores y sus principios, recogiendo la jurisprudencia existente en la materia. Lo mismo vale para las organizaciones cooperativas, que deberían contar con un reconocimiento constitucional.

Otros desafíos que se deberían considerar son:

- La existencia de una institución autónoma que estudie permanentemente la evolución de la sociedad y sus transformaciones y sea capaz de auscultar los desafíos del futuro. Esta instancia debería relacio-

narse con las universidades e incentivar su quehacer de investigación. Fundación Chile puede servir como un punto de partida.

- Una agencia para evaluar las políticas públicas, que ha sido prometida por varios gobiernos sin que hasta ahora ninguno haya iniciado su creación. Ese importante tema queda hoy en manos de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, que actúa como juez y parte. Dicha Agencia –que existe por ejemplo en España– debería apelar al trabajo y conocimiento acumulado de centros especializados de carácter universitario.
- La protección de datos personales. Si bien contamos con una ley, falta definir la institución que se encargue del tema en plenitud. El Consejo para la Transparencia tiene un mandato genérico sólo sobre los bancos de datos del sector público. Todo parece indicar que, siguiendo el modelo de Gran Bretaña, se podría ampliar y especificar su competencia en esta materia.
- El pleno reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres y cómo el principio de la paridad se expresa en las diversas instituciones del Estado.
- Considerar la globalización como un fenómeno que abarca los diferentes aspectos del Estado, lo que supone pensar los diversos mecanismos de vinculación entre el país y el resto del mundo, comenzando por los tratados internacionales, ámbito en el cual el Congreso debe tener un papel más relevante, sobre todo en lo referente al trámite de su denuncia dando su anuencia al planteamiento del Presidente. Este punto se vincula también con la necesidad de definir mejor la relación del derecho internacional con el derecho interno chileno, especialmente en el campo de los derechos humanos (Núñez Donald, 2018), y la capacidad del Estado para delegar facultades en organismos supranacionales o internacionales, así como regular en forma más flexible la colaboración entre los diversos servicios de los Estados. En esta materia el Ministerio de RR.EE. debería servir de eje aglutinador.
- El reto de las migraciones: es necesario establecer ciertos principios generales al respecto, así como una mayor vinculación con los chilenos que viven fuera del país. Cabría revisar el requisito que actualmente se establece para ciertos chilenos no na-

cidos en el territorio nacional de avecindarse por un año en Chile para ser reconocida su calidad de ciudadanos (artículo n° 13 inciso final de la Constitución Política).

- El reconocimiento de los pueblos originarios, su cultura, tradiciones y derechos. Se debe no solo reconocer explícitamente su existencia, sino también buscar una adecuada inserción y participación de estos en la sociedad y en el Estado, entendiendo la diversidad cultural como un valor y un aporte. Uno de los puntos que seguramente será debatido es si se abrirá paso al concepto de Estado plurinacional, como ha ocurrido en Bolivia, o si la inserción de las etnias girará en torno a la noción de pueblos como ocurre en la mayoría de los países de la región.
- La inteligencia artificial. La Constitución además de impulsar su desarrollo y un acceso igualitario a los avances de la digitalización, debe hacer suyos los principios universalmente reconocidos en el sentido que los sistemas inteligentes no deben dañar ni por acción ni por omisión a las personas y que deben mantenerse siempre bajo control humano, lo que excluye aquellos sistemas de inteligencia artificial creados para perjudicar a las personas, salvo en materia de defensa. Deberían de servir de orientación los principios elaborados por la Unesco, que establecen la responsabilidad humana en lo relativo al diseño y funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial, así como el papel de supervigilancia de los poderes públicos. Estos principios tienen aplicación en todos los campos de la actividad humana.
- Cabría estudiar la posibilidad de elevar a rango constitucional la Comisión de Bioética creada por la Ley 20.120 sobre investigación en seres humanos, que hasta ahora no ha funcionado, manteniendo su carácter consultivo para los diversos órganos del Estado.

Conclusiones: hacia una nueva República

Cuando hablamos de una nueva Constitución nos referimos a un cambio significativo para el país. El resto del orden jurídico permanecería, pero al alterarse su fundamento, variaría su significado y podría cambiar la interpretación de sus preceptos, pues en el Estado

Constitucional la norma básica extiende sus efectos a todo el sistema (Ferrada, 2003). Su función es moldear las relaciones sociales, estableciendo reglas y principios que todos deben acatar. Las leyes deben ser aplicadas en forma coherente con la Constitución³⁸.

Las constituciones nacen en determinadas coyunturas de los procesos políticos y siempre guardarán relación con la situación precedente. En Chile la organización republicana existió como aspiración desde la gesta de la independencia y, luego de su consolidación, ha asumido tres formas duraderas: la primera con la Constitución de 1833 caracterizada por una visión autoritaria y el voto censitario; la segunda con la Constitución de 1925, en la cual se fue ampliando el cuerpo electoral y se abrió el sistema político a nuevos sectores sociales generando un incipiente estado de bienestar; y por fin la forma republicana que surgió de la transición a partir del plebiscito de 1988 como una democracia pluralista y asociativa.

Hoy se busca una nueva organización del Estado que recoja nuestra historia, dando vida a una república democrática y regida por el principio de mayoría, más deliberante y participativa, y con poderes públicos comprometidos con la realización progresiva de los principios constitucionales, jugando un papel más activo para impedir que alguien quede excluido o sea discriminado.

La nueva Constitución no dará origen a una “república ideal”, ni resolverá por sí sola muchos problemas. Lo importante es que los ciudadanos sientan que viven en un sistema político y jurídico legítimo, cuyas instituciones pueden recoger sus aspiraciones y enfrentar eficazmente los desafíos, garantizando la libertad y la deliberación ciudadana, y fomentando la solidaridad. Conflictos habrá siempre, lo importante es que puedan ser canalizados y resueltos oportunamente. Ha habido asambleas constituyentes que no han logrado llegar a buen puerto o cuyos frutos han sido de corta duración. La responsabilidad de los miembros de una futura Convención es acertar con una forma del Estado que responda a la historia del país y que sea capaz de fijar un marco general para su desarrollo.

Sus deliberaciones deberían concluir en la aprobación de un nuevo texto constitucional con el diseño de una Cuarta República democrática, que surgiría gracias al reencuentro entre las diversas corrientes culturales y políticas de la sociedad chilena.

³⁸ Apelando al “principio de razonabilidad” de la ley o mediante el método de la ponderación cuando entran en juego dos principios cuyos efectos formales aparecen contradictorios, la justicia constitucional ha ido fijando ciertos parámetros al legislador y a la administración.

Referencias

- Ackerman, B.**, 2011. *La constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R.**, 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrews, C.**, 2017. *Un siglo de constitucionalismo en América Latina (1917-2017)*. México: CIDE.
- Aristóteles**, 1959. *La política*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Asociación Chilena de Derecho Constitucional**, 2018. *Una nueva constitución para Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Atria, F.**, 2015. *La Constitución tramposa*. Santiago: Lom Editores.
- Bobbio, N.**, 1984. La promesse non mantenute della democrazia. *Mondoperato*, 5, pp. 100-104.
- Bobbio, N.**, 1994. *El futuro de la democracia*. México: FCE.
- Calvez, J. Y., y Perrin, J.**, 1958. *Églisé et société économique*. Paris: Aubier.
- Carmona, C.**, 2014. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. *Revista de Derecho Público*, 92, pp. 57-81.
- Cazor, K.**, 2007. Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional. *Ius et Praxis*, 13(1), pp. 45-74.
- Cea, J. L.**, 2004. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Centro de Políticas Públicas UC**, 2016. *Las organizaciones de la sociedad civil desde su marco jurídico e institucional: Configurando un actor social*. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC.
- Chia, E., y Quezada, F.**, 2018. *Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung.
- Clapes UC**, 2015. *Aportes para una reforma constitucional*. Santiago: Clapes UC.
- Comanducci, P.**, 2010. *Hacia una teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia**, 1988. *Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Couso, J.**, 2019. El colapso final de la constitución de Pinochet. *Santiago*, 8, pp. 14-16.
- Duverger, M.**, 1968. *La democracia sin el pueblo*. Caracas: Ariel.
- Dworkin, R.**, 1984. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Fernandois, A.**, 2001. *Derecho constitucional económico: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Ediciones UC.
- Fernandois, A.**, 2014. El mito de la constitución neoliberal. Derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Fernandois, A., y García, J. F. (eds.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional*. Santiago: Thomson Reuters.
- Fernández Baeza, M.**, 2020. *La constitución como acuerdo legítimo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Ferrada, J. C.**, 2003. *La constitucionalización del derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, P.**, 2007. *Principia Juris*. Madrid: Trotta.
- Fuentes, C., y Joignant, A.**, 2017. *La cuestión constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Santiago: Catalonia.
- Gajardo, J., y Vásquez, Y.**, 2018. *Nueva constitución: Ideas y propuestas para el cambio constitucional*. Santiago: Rubicón.
- García, J. F.**, 2014. Minimalismo e incrementalismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), pp. 267-302.
- Godoy, A.**, 1990. *Hacia una democracia moderna: La opción parlamentaria*. Santiago: Ediciones UC.
- Godoy, A.**, 1992. *Cambio de régimen político*. Santiago: Ediciones UC.
- Hart, H. L. A.**, 1964. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Heiss, C.**, 2020. *¿Por qué necesitamos una nueva constitución?* Santiago: Aguilar.
- Henriquez Viñas, M., y Lambeth, G.**, 2015. ¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores. *Estudios Constitucionales*, 13(2), pp. 153-168.
- Jordán, T., y Figueroa, P.**, 2017. El proceso constituyente abierto a la ciudadanía: El modelo chileno de cambio constitucional. *Hemiciclo*, 16, pp. 46-68.
- Kelsen, H.**, 1977. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Guadarrama/ Punto Omega.
- Laclau, E.**, 2004. *La razón populista*. México: FCE.
- Lerner, H.**, 2011. *Making constitutions in deeply divided societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lewinsky, S., y Ziblatt, D.**, 2018. *¿Cómo mueren las democracias?* Barcelona: Ariel.
- Lijphart, A.**, 1984. *Democracies: Patterns of majoritarian consensus government in twenty-one countries*. New Haven: Yale University Press.
- Linz, J., y Valenzuela, A.**, 1994. *The failure of presidential democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Moulian, T.**, 1997. *Chile actual. Anatomía de un mito*. Santiago: Universidad Arcis y Lom Editores.

- Navarro, E.**, 2016. *La constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*. Santiago: Universidad Finis Terrae.
- Negri, A.**, 2015. *El poder constituyente*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Núñez Donald, C.**, 2018. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, 24(3), pp. 379-420.
- Ossa, J. L.**, 2020. *Chile constitucional*. Santiago: FCE - CEP.
- Peña, C.**, 2020. *Pensar el malestar: La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago: Taurus.
- Peña Torres, M.**, 2011. Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al estado de derecho y a la democracia. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 47.
- Portales, F.**, 2018. *Los mitos de la democracia chilena*. Santiago: Catalonia.
- Rawls, J.**, 1999. The idea of an overlapping consensus. En: Samuel Freeman (ED.) *John Rawls. Collected Papers*, Harvard University Press: London.
- Ross, A.**, 1963. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Sagüés, N.**, 2016. *La constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sartori, G.**, 1988. *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza.
- Sartori, G.**, 1997. *¿Qué es la democracia?* México: Tribunal Federal Electoral.
- Sartori, G.**, 2009. *La democracia en 30 lecciones*. Madrid: Taurus.
- Sartori, G.**, 2011. *Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: FCE.
- Sierra, L.**, 2015. *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: CEP.
- Sierra, L.**, 2016. *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*. Santiago: CEP.
- Sierra, L.**, 2018. *Estado subsidiario, ¿peligroso o irrelevante?* Santiago: CEP.
- Schmitt, C.**, 1982. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza.
- Squella, A.**, 2001. *Filosofía del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Universidad Católica**, 2019. *Encuesta Nacional Bicentenario: Sociedad*. Disponible en <https://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2019/10/EB-SOCIEDAD-pdf>.
- Viciano Pastor, R., y Martínez Dalmau, R.**, 2012. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, pp. 7-29.
- Viera-Gallo, J.A.**, 2011. Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 47.
- Zagrebelsky, G.**, 2014. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zapata, P.**, 2020. *La casa de todos y todas. La nueva constitución que Chile merece y necesita*. Santiago: Ediciones UC.
- Zúñiga, F., y Gajardo, J.**, 2018. *Constitucionalismo y procesos constituyentes: Aspectos generales y mitos fundacionales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Zúñiga, F., y Gajardo, J.**, 2019. *Constitucionalismo y procesos constituyentes: Una revisión crítica al nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Santiago: Thomson Reuters.

CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN:

Viera-Gallo J. A., 2020. El proceso constituyente: ¿hacia la Cuarta República?. *Temas de la Agenda Pública*, 15(129), pp. 1-20. Centro de Políticas Públicas UC.



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE