

Introducción

Claudio GROSSMAN GUILOFF*

La presente publicación reúne una serie de artículos que abordan, desde diferentes perspectivas, de autores chilenos como de otras nacionalidades, temas referidos a los procesos constituyentes que han sido objeto de debates en Chile durante los años 2021-2023.¹ En un contexto regional caracterizado por constantes transformaciones sociales, políticas y económicas, los análisis incluidos en esta publicación son una contribución relevante para avanzar en la comprensión del rol del derecho constitucional, y su relación con el poder estatal, la democracia, los derechos fundamentales y la ciudadanía.

En el marco de nuestro proyecto sobre el desarrollo constitucional en Chile, con el apoyo de American University Washington College of Law,

IX

INTRODUCCIÓN

* Abogado y doctor en derecho de la Universidad de Ámsterdam, Holanda; profesor de derecho de American University Washington College of Law; decano emeritus de American University Washington College of Law. R. Geraldson Scholar for International & Humanitarian Law; miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas; ex presidente del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fue miembro del Comité Técnico de Admisibilidad, en el que se desempeñó como vicepresidente. Fue agente de Chile en el caso *Bolivia vs Chile* ante la Corte Internacional de Justicia. Es autor de numerosas publicaciones en derecho internacional, educación jurídica y derechos humanos; ha recibido numerosas distinciones por sus contribuciones al derecho internacional, incluyendo Nelson Mandela Award, otorgado por la asociación de escuelas de derecho de Estados Unidos en enero de 2025.

¹ El Proceso Constitucional 2023, es la forma establecida para redactar una nueva propuesta de Constitución Política de la República de Chile. Esto, tras la firma en diciembre de 2022, del Acuerdo por Chile, compromiso adquirido por una mayoría de las fuerzas políticas del país. El proceso se desarrolló mediante tres organismos: Comisión Experta, que desarrollaría un anteproyecto de texto constitucional, Consejo Constitucional, que aprobaría y podría modificar dicho texto y Comité Técnico de Admisibilidad, que actuaría como árbitro cuando existieran requerimientos sobre propuestas que podrían infringir las normativas o principios establecidos. Proceso constitucional 2023, disponible en: <https://www.procesoconstitucional.cl> (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

y como miembro y vicepresidente del Comité Técnico de Admisibilidad² en Chile durante el proceso constitucional 2023, nuestro objetivo ha sido presentar los análisis elaborados por miembros de la Comisión Experta³ y del Comité Técnico de Admisibilidad, en ese país, para demostrar la riqueza de los conceptos jurídicos y debates ocurridos en Chile. Además, se incorporaron análisis efectuados por expertos internacionales en derecho constitucional comparado, y derecho internacional.

La metodología que culminó en la publicación de este libro tuvo lugar en varias fases. Para seleccionar y profundizar los distintos temas incluidos en la publicación, se celebraron tres reuniones de expertos en la facultad de derecho de *American University Washington College of Law*, y una más en Santiago de Chile; además de numerosas consultas e intercambios entre los participantes de este proyecto.

La primera reunión de expertos se celebró los días 9 y 10 de agosto de 2023, identificando normas internacionales, nacionales y comparadas relacionadas con procesos constitucionales. Asistieron expertos de Canadá, España, México, Venezuela, Argentina y Estados Unidos, entre otros.

² El Comité Técnico de Admisibilidad fue uno de los tres órganos establecidos para desarrollar el proceso constitucional en Chile durante el año 2023. Estaba compuesto por catorce integrantes, todos abogados con amplia trayectoria en el ámbito jurídico y académico, especializados en áreas como derecho constitucional, penal, tributario e internacional, con experiencia en docencia y asesoría legislativa. Este Comité fue el encargado de resolver los requerimientos que se interpusieran contra propuestas de normas aprobadas por la Comisión Experta o el Consejo Constitucional que contravinieran las bases institucionales y fundamentales. Se constituyó el 6 de marzo de 2023 en la sede del ex-Congreso Nacional en Santiago, marcando el inicio del proceso de elaboración de una nueva Constitución durante el segundo proceso constitucional en Chile. Comité Técnico de Admisibilidad Proceso Constitucional, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiapolitica/> <https://www.procesoconstitucional.cl/>. (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

³ La Comisión Experta fue de los tres órganos establecidos para desarrollar el Proceso Constitucional durante el año 2023, según lo establecido en la ley N°21.533 (*Ley No 21.533: Establece normas para el proceso de nueva Constitución*), publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 17 de enero de 2023. Su objetivo es proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile, el cual sería discutido por los 50 miembros elegidos mediante votación popular. Además, desarrolló un rol de colaboración en la armonización del texto final y la redacción de las normas transitorias. La Comisión Experta estaba constituida por 24 personas; 12 nominadas por el Senado y 12 por la Cámara de Diputados y Diputados, de carácter paritario, es decir igual número de mujeres y hombres. Proceso constitucional de Chile (s. f.) Comisión Experta-Proceso Constitucional, disponible en: <https://www.procesoconstitucional.cl> (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

La segunda conferencia, tuvo lugar los días 19 y 20 de febrero de 2024, convocando miembros de la Comisión Experta de Chile y académicos de los países identificados en el párrafo anterior. Este evento creó espacios para intercambiar perspectivas y establecer o profundizar conexiones entre los participantes.

La tercera conferencia titulada “Diálogo sobre lecciones aprendidas de los procesos de reforma constitucional chilenos”, se celebró el día 27 de febrero de 2024. Participaron, junto con el autor de esta introducción, otros dos miembros del Comité Técnico de Admisibilidad: Tomás Jordán y Víctor Manuel Avilés. La conferencia fue objeto de valiosas intervenciones e intercambios académicos que reafirmaron la importancia de las lecciones aprendidas y las vías para avanzar, que surgieron del proceso constitucional anterior en Chile.

Las contribuciones que efectuaron los distintos ponentes en las conferencias organizadas, así como los intercambios generados durante las mismas, dieron lugar a los estudios que se publican en este libro. Los autores chilenos contribuyeron desde su rol como actores claves en el proceso de reforma constitucional como se señaló anteriormente, ya sea como miembros de la Comisión Experta o del Comité Técnico de Admisibilidad, mientras que los juristas internacionales aportaron una perspectiva externa como expertos en derecho comparado, constitucional e internacional. Estos enfoques permiten a observadores, académicos interesados en diversas áreas del derecho, analizar distintos componentes de los intentos de transformación jurídica en Chile.

Las temáticas abordadas en los artículos reflejan la diversidad y complejidad inherente a los procesos de reforma constitucional en Chile. Algunos textos analizan los mecanismos de reforma constitucional y su impacto en la consolidación democrática, mientras que otros exploran los conflictos entre derechos fundamentales y sus fuentes internas e internacionales (*pacta sunt servanda*), las tensiones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, y los derechos económicos, sociales y culturales que fueron parte del debate. Asimismo, se examinan aspectos como la subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales, junto con los enfoques hacia los derechos reproductivos y ambientales.

Los análisis hacen referencia a limitaciones y desafíos pendientes en el derecho constitucional, tales como la efectiva implementación de los derechos consagrados en las constituciones, el fortalecimiento de las institucio-

nes democráticas y la necesidad de abordar temas estructurales como la desigualdad y la justicia social. Debido a limitaciones de tiempo y extensión, este volumen no cubre todos los temas tratados en las reformas constitucionales que han tenido lugar en Chile. Sin embargo, los tópicos seleccionados y la relevancia de quienes fueron convocados para esta publicación permiten comprender temas principales que fueron objeto de análisis y discusión.

A continuación, se hace referencia a las personas que participaron en este proyecto, como asimismo un breve resumen de sus contribuciones. Este resumen debe ser visto solo como una introducción e incentivo para leer exhaustivamente y comprender cada uno de los artículos que se incluyen en esta publicación. Los expertos que contribuyeron a esta publicación, y los temas que abordaron son los siguientes:

1. *Diego Valadés*

Con su artículo “Separación de poderes y sistemas de gobierno. El caso del proyecto de Constitución de Chile de 2023” reflexiona respecto del anteproyecto de Constitución, y considera que, aunque refleja avances importantes, también enfrenta desafíos y contradicciones. Analiza cómo las temáticas sobre la creación de un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado y el fortalecimiento de las herramientas de control político son pasos positivos, pero el texto debería ser evaluado más a fondo para garantizar que no surjan nuevas tensiones o problemas de concentración del poder que puedan afectar la democracia en el futuro. Así también, destaca el interés con que el constitucionalismo mexicano ha seguido la experiencia chilena y reflexiona en el sentido de que una de las claves del constitucionalismo moderno y contemporáneo consiste en evitar la concentración del poder, ya que de esto dependen, en buena medida, la eficacia del Estado de derecho, la observancia de los derechos fundamentales y la gobernabilidad democrática.

2. *Viviana Krsticevic*

En su artículo “El constitucionalismo frente a la cuenta regresiva de la humanidad: reflexiones en torno a la protección del derecho al medioam-

biente sano y a la naturaleza”, reflexiona en qué medida las materias objeto de su análisis se adecuan en el texto constitucional propuesto con las obligaciones internacionales del Estado chileno; y considera que el texto abordó ciertos aspectos clave del derecho a un medio ambiente sano, pero no adaptó de manera integral su contenido al conjunto de obligaciones en materia de derechos humanos. Considera que la inclusión de un capítulo sobre cuestiones ambientales representa un paso hacia adelante en lo que respecta a la protección constitucional otorgada al medioambiente, sin embargo, le parece evidente que varios temas quedaron sin resolver o formulados de manera que restringen la plena protección de los derechos. Por lo cual, plantea que Chile tendrá en un futuro la oportunidad de incorporar los principios más actualizados en la materia, y de actuar con solidez para dejar una carta magna adecuada a partir de un eventual texto constitucional o por su evolución a través de la interpretación constitucional.

3. *Carlos Ayala*

En su artículo “La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y las propuestas de Constitución en Chile 2022 y 2023” analiza la relación de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y su valor constitucional en los proyectos constitucionales de Chile de 2022-2023. Ayala evalúa diferentes enfoques sobre la integración de los derechos humanos en la Constitución y que, a lo largo de estos procesos chilenos, se destacó la incorporación de los derechos humanos en los tratados ratificados por Chile como parte integral de la Constitución, otorgándoles rango constitucional. Independientemente de la jerarquía de estos tratados en el derecho interno, deja en claro que el Estado está obligado a respetar y garantizar los tratados con base en el principio *pacta sunt servanda*. Refiere que en el anteproyecto de la Comisión Experta se propuso una fórmula similar a la vigente en la Constitución chilena, indicando que la soberanía está limitada por los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados; pero que posteriormente, la propuesta del Consejo Constitucional introdujo una redacción confusa al hablar de “derechos esenciales” y la pauta de interpretación de las normas de derecho interno “considerando” los tratados

sobre derechos humanos. A su parecer, esta ambigüedad podría conducir a interpretaciones contradictorias y afectar la responsabilidad internacional del Estado. Concluye argumentando que las propuestas de reforma constitucional reflejaron un intento de integrar los derechos humanos en la Constitución, aunque las formulaciones variaron en claridad y alcance, lo que generó distintos niveles de incertidumbre jurídica respecto a la jerarquía y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno de Chile.

4. *Daniela Kravetz*

En su artículo “Desarrollos en materia de derechos sexuales y reproductivos en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho comparado”, profundiza los temas que identifica el título. En ella destaca cómo a pesar de los avances, persisten importantes desafíos, poniendo como un ejemplo reciente el proceso constitucional en Chile en relación al alcance e interpretación que los derechos sexuales y reproductivos, al igual que su aplicación en el derecho interno, siguen generando controversia y polarización, donde el rechazo a las propuestas de la reforma constitucional en los plebiscitos de 2022 y 2023 generó un intenso debate sobre materias relacionadas con los derechos de la mujer; uno de ellos fue relativo al derecho a aborto, y otro tema que suscitó discusión fue el alcance de la objeción de conciencia y su posible impacto sobre el acceso a salud reproductiva.

5. *Javier García Roca*

En su artículo “Estado social y democrático de Derecho, subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales: la propuesta de Constitución de Chile”, centra el análisis en la interpretación de la cláusula “Estado social y democrático de Derecho”. Su estudio desglosa diversos aspectos, comenzando por su anclaje constitucional y los tres elementos que componen esta fórmula: el Estado de Derecho, el Estado democrático y el Estado social, los cuales interactúan de manera recíproca y se limitan mutuamente. El texto también aborda la importancia de estos tres conceptos en el mar-

co constitucional y su interacción con otros principios. Sostiene que el análisis de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y su valor constitucional en los proyectos constitucionales de Chile de 2022-2023, revela diferentes enfoques sobre la integración de los derechos humanos en la Constitución. A lo largo de estos procesos, destaca la incorporación de los derechos humanos en los tratados ratificados por Chile como parte integral de la Constitución, otorgándoles rango constitucional.

6. *El autor de esta introducción, Claudio Grossman*

En su artículo “El régimen jurídico de protección del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano”, destaca que la libertad de expresión es uno de los valores fundamentales de la democracia. El autor hace un análisis enfocado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José) identificado los componentes esenciales de ese derecho, que, por haberse desarrollado en un tratado ratificado por Chile, son de cumplimiento obligatorio por ese país. El autor concluye que en general el proyecto constitucional se adecua a las obligaciones internacionales de Chile, pero destaca que los principios y normas de derecho internacional se encuentran en un estado de evolución producto del rol de la tecnología y de los medios de comunicación social. Esto requiere una adaptación constante de la jurisprudencia nacional, de modo que se cumplan con las obligaciones internacionales de Chile.

7. *Verónica Undurraga y Bárbara Concha*

En su artículo “Debates sobre la incorporación de Derecho internacional de los derechos humanos en el proceso constitucional chileno de 2023”, analizan los debates en torno a la integración del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno durante los procesos constituyentes. Las autoras consideran que este esfuerzo que culminó con el rechazo de la propuesta en el plebiscito ratificatorio, denota un espíritu de acuerdos transversales; que el anteproyecto de la Comisión Experta mostró un consenso político amplio y representó un avance en el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, con

potencial para mejorar la situación respecto a la Constitución de 1980. Sin embargo, con el inicio de la etapa del Consejo Constitucional, los equilibrios políticos cambiaron drásticamente generando retrocesos. Los procesos de 2022 y 2023 dejaron en evidencia las resistencias ideológicas y políticas al derecho internacional de los derechos humanos, pero también los esfuerzos para encontrar consensos. Destacan que documentar estos debates es clave para futuras discusiones en Chile y otros países con desafíos similares.

8. *Sebastián Soto Velasco y Simón Pinto Flores*

En su artículo “Herramientas para un presidencialismo de coalición: un examen a las atribuciones del presidente y del Congreso Nacional en los procesos constituyentes chilenos”: exploran cómo las herramientas propuestas por los procesos constituyentes chilenos pueden fortalecer el sistema político del país, equilibrando las atribuciones del presidente y el Congreso Nacional, para avanzar hacia un presidencialismo de coalición más eficiente y funcional. Argumentan que los procesos constituyentes chilenos propusieron diversas reglas constitucionales que pueden contribuir a mejorar el sistema político del país. Asimismo, destacan que la necesidad de revisar el sistema político chileno fue un acuerdo extendido en la discusión constituyente y que ambos procesos constituyentes, pese a sus diferencias ideológicas, coincidieron en preservar el sistema presidencial, reflejo de la cultura política chilena. Consideran que, ante todo, no debe creerse que hay un solo remedio para los defectos de un sistema político. En general, se trata de fenómenos multicausales y globales.

9. *Domingo Lovera y Luis Marambio*

En su artículo “En busca del constitucionalismo dialógico: un modelo para armar” analizan las propuestas de la Comisión Experta en relación con el control de constitucionalidad y la justicia constitucional dialógica, la cual ofrece una solución a las tensiones entre el control judicial y el autogobierno democrático, al promover un diálogo interinstitucional sobre la interpretación constitucional. Este modelo busca evitar que un solo órgano como el Tribunal Constitucional tenga la última palabra, favore-

ciendo en su lugar un proceso de conversación continua entre instituciones y la ciudadanía, y aborda cómo la doctrina chilena ha comenzado a adoptar elementos de la justicia constitucional dialógica, reconociendo su potencial para mejorar el equilibrio entre el Poder Judicial y las instituciones democráticas, con lo cual, a pesar de que no fue implementado en el proceso constitucional 2023, sigue siendo una herramienta relevante para abordar las tensiones y mejorar la legitimidad del sistema político chileno, y la creación de caminos institucionales para facilitar este diálogo sería clave para fortalecer la democracia y mejorar la calidad de la justicia constitucional en Chile.

10. *Juan José Ossa*

En su artículo “Acuerdo de la Comisión Experta en Sistema Político: ¿más poder para el presidente o para el Congreso? Más bien incentivos para la mutua colaboración”, plantea que el sistema de gobierno chileno enfrenta una crisis de representatividad y funcionamiento que no sólo afecta al país, sino también refleja una tendencia global. El autor considera, además, que las propuestas formuladas por la Subcomisión de Sistema Político, Sistema Constitucional y Reforma de Estado⁴ representan un esfuerzo significativo para fomentar la colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo, preservando el sistema presidencial característico de Chile; y ofrecen una base sólida para futuras reformas constitucionales y legales. Considera que las propuestas presentan una base para mejorar el sistema político chileno de manera incremental, comenzando por reformas legales y constitucionales inmediatas, lo que podría impactar positivamente en el futuro del país.

11. *Victor Manuel Avilés*

En su artículo “El marco de lo posible, en la búsqueda de una Constitución de consenso: contenidos y análisis de las limitaciones del meca-

⁴ La Comisión Experta se dividió en cuatro subcomisiones para la elaboración del anteproyecto y cada una de ellas está conformada por seis integrantes, disponible en: <https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/subcomisiones/> (fecha de consulta: 4 de febrero 2024).

nismo de creación constitucional utilizado en Chile el año 2023 en el contexto del tercer proceso constituyente”, plantea que aunque el tercer proceso constituyente no alcanzó todos sus objetivos, en el contexto jurídico y político se lograron avances significativos dentro de las limitaciones impuestas, destacando la importancia de una aproximación evolutiva y pragmática al cambio constitucional en Chile. El autor consistente con su análisis concluye que el tercer proceso constituyente no debe ser considerado un fracaso, ya que logró avances en el marco de lo posible. En efecto, este proceso expuso, entre otras cosas, la necesidad de balancear aspiraciones democráticas y restricciones políticas, sugiriendo que el camino hacia una Constitución de consenso en Chile podría pasar por enmiendas y una evolución progresiva, en lugar de rupturas radicales.

12. *Tomás Jordán*

En su artículo “Estado social y derechos sociales en el Anteproyecto de la Comisión Experta: un modelo de Estado en perspectiva social”, plantea que el sistema de derechos sociales acordado por la Comisión Experta en el proceso de cambio constitucional 2023, junto con el establecimiento de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, se instauran como un modelo de Estado en «perspectiva social», caracterizado por el establecimiento en el texto constitucional de la fórmula social de Estado, el establecimiento de derechos sociales, la habilitación al legislador para su desarrollo, la garantía de los derechos y una cláusula de responsabilidad fiscal. Así, tal cuestión permite una interpretación de la Constitución desde los elementos configuradores del Estado social (redistribución y solidaridad), pero por medio de la provisión estatal y privada de los derechos sociales con miras a la corrección de las desigualdades sociales.

13. *Máximo Pavez*

En su artículo “El segundo proceso constitucional chileno: síntesis político-constitucional y algunas reflexiones sobre su desenlace”, ofrece una visión general sobre el segundo proceso constitucional chileno de 2023. Analiza las causas del quiebre político que impidió un acuerdo, sus impli-

cancias para el debate constitucional y busca ofrecer una lectura política del proceso. Considera que la Comisión Experta logró su cometido al elaborar un anteproyecto basado en un acuerdo transversal, y el Consejo Constitucional cumplió su función al redactar un texto acorde con las mayorías electorales. Como un segundo objetivo, busca ofrecer una lectura accesible para que un público no especializado pueda comprender qué ocurrió y por qué Chile, a través de este segundo proceso, no logró aprobar una nueva Constitución en democracia.

Los argumentos planteados y los temas escogidos por los autores en esta publicación tienen un significado de gran importancia que debe destacarse. Se trata de contribuciones que provienen desde perspectivas ideológicas diferentes, sobre todo en el caso de los autores chilenos, pero no limitados a ellos. A pesar de dichas diferencias, este proyecto se dio en el marco de una civilidad constante entre todos los participantes. Esto refleja en gran medida los procesos constituyentes que tuvieron lugar en Chile. Aunque dichos procesos reflejaron un amplio espectro de posiciones diversas vividas intensamente por la sociedad, ninguna de las fuerzas políticas que participaron en los procesos constitucionales desconoció o cuestionó su resultado. En fin, fue en toda su extensión, una profunda experiencia democrática para toda la sociedad chilena.

Finalmente, un tema inescapable que fue parte del debate en los procesos constitucionales y constituyentes en Chile incluyó la necesidad de proteger los derechos humanos fundamentales. Esto no solo es crucial para la población en general, sino que también es una condición previa para la protección de las minorías y para garantizar mecanismos que permitan a las minorías convertirse en mayorías.

Además, la discusión constitucional en Chile rebeló la importancia de adoptar una perspectiva de largo plazo al redactar una Constitución para todo el país. Los proyectos constitucionales no deben basarse únicamente en preocupaciones coyunturales ni en el parecer de la mayoría de turno en el poder, sino una Constitución para todos los chilenos y chilenas. La idea no es cambiar una Constitución cada cinco años, ya que esto generaría inestabilidad y agudizaría conflictos. En sociedades polarizadas, existe la tentación de adaptar el texto constitucional a los problemas actuales, lo que puede comprometer principios fundamentales permanentes, incluyendo los derechos humanos. Un enfoque útil es que cada actor político se ponga en el lugar de una futura minoría

política, ya que el poder cambia de manos y la historia ha demostrado la volatilidad de las posiciones de poder.

En este sentido, recomiendo la lectura del libro *The Black Swan* de Nassim Taleb,⁵ quien demuestra que muchos de los eventos más significativos de la historia moderna—como el impacto de internet o la caída del Muro de Berlín—fueron imprevistos. La lección es doble: quienes se sienten empoderados en un momento dado deben actuar con cautela, y el proceso constitucional no debe ser visto como una herramienta para aplastar a los adversarios, que son minorías hoy, pero que podrán ser mayorías mañana.

Esperamos que el valioso material que se recoge en esta publicación contribuya a enriquecer los debates constitucionales y fortalezca la noción de que diversidad de opiniones no lleva consigo la imposibilidad de diálogos indispensables para fortalecer la democracia.⁶

⁵ Taleb, N. N., *The Black Swan: The impact of the highly improbable*, Random House, 2007.

⁶ El autor agradece el apoyo de Claudia Comparini L., abogada chilena, LLM candidate en American University Washington College of Law, en la asistencia para la finalización de este proyecto.

El autor agradece la colaboración de María Agustina Moreno, LLM. candidate en American University Washington College of Law, en la asistencia para la edición de los artículos.