

Capítulo décimo primero

El marco de lo posible, en la búsqueda de una Constitución de consenso: contenidos y análisis de las limitaciones del mecanismo de creación constitucional utilizado en Chile el año 2023 en el contexto del tercer proceso constituyente.

Víctor Manuel AVILÉS HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Particularidades metodológicas con incidencia en el resultado*. III. *Acuerdos y desacuerdos a nivel de los expertos, y su contraste con el texto finalmente plebiscitado*. IV. *La encrucijada de la participación y las expectativas ciudadanas*. V. *Visión positiva: Materias con amplio acuerdo que podrían ser la base de modificaciones constitucionales futuras y necesarias*. VI. *Conclusiones*.

I. Introducción

Ante el estrepitoso fracaso del segundo proceso de creación constitucional que tuvo lugar en Chile durante los años 2021-2022,¹ en pocos meses y

* Abogado y profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho tributario; ex miembro del Comité Técnico de Admisibilidad del proceso constituyente; autor de varias obras y artículos en el ámbito de su especialidad.

¹ Para efectos de este trabajo entenderemos por “Primer Proceso Constituyente” el llevado adelante bajo la presidencia de Michelle Bachelet en 2015 y 2016. Por “Segundo Proceso Constituyente” entenderemos el que tuvo lugar entre los años 2021-2022 y por “Tercer Proceso Constituyente”, el del año 2023. El Primer Proceso Constitucional fue un proceso de participación ciudadana, a través de encuentros locales autoconvocados incluso en los hogares, realizados en base a una metodología ordenada (en cuanto a etapas y contenidos), con cierto nivel de control y auditoría sobre la ocurrencia y participación efectiva. Los resultados de dicha etapa inicial fueron revisados, sucesivamente, en Cabildos Provinciales y luego en Cabildos Regionales, para finalmente ser sistematizados en base a un

quizá ya abusando del mandato ciudadano inicial que activó dicho proceso,² a fines de 2022 se alcanzó un acuerdo parlamentario que, en enero de 2023, activó un tercer proceso constituyente. Este último, del que podría decirse que también fracasó en su propósito —cuestión que podemos poner en duda—,³ es el foco del análisis en este artículo. Este trabajo, en atención a su destino más bien internacional y de difusión, me permite

encargo fiduciario a instituciones de prestigio, todo bajo la atenta mirada de un Consejo Ciudadano de Observadores designado *ad hoc*. Finalmente, en base a los resultados, la presidenta Bachelet y su equipo elaboraron un proyecto constitucional completo que fue sometido al Congreso Nacional, junto con una propuesta de modificación constitucional para establecer las reglas de aprobación ciudadana, las que finalmente no se votaron, quedando entonces hasta allí este proceso. Nótese que el proyecto se ingresó a tramitación parlamentaria el 5 de marzo de 2018, a cinco días del cambio de gobierno, lo que probablemente fue señal de las complicaciones para lograr los consensos necesarios al interior de la coalición gobernante.

El Segundo Proceso Constitucional tuvo por centro la Convención Constitucional especialmente electa al efecto, en base al modelo de elección de los diputados —esto es, con proporcionalidad media si se compara con el proceso de elección de los senadores—, a lo que se adicionó un grupo de representantes de Pueblos Originarios electos en base a un número fijo y un sistema de paridad doble, esto es, un régimen de cuotas y un sistema de igualación de géneros en los resultados. Asimismo, se facilitó la participación de independientes en el proceso y su asociatividad. La elección que tuvo lugar en este proceso arrojó, en términos políticos, un fuerte cuestionamiento a los partidos de derecha e izquierda que gobernaron Chile en los últimos años. El resultado fue un texto calificable de extenso, abigarrado, con exceso de neologismos, abuso de conceptos jurídicos indeterminados o valorativos, y otras características más bien experimentales e ideológicas, que llevaron a un contundente rechazo ciudadano.

² Nos referimos al resultante del triunfo de la opción “Apruebo” (78,27%) a la pregunta “¿Quiere usted una nueva Constitución?”. Véase: Servicio Electoral de Chile, *Resultados Plebiscito Nacional 2020*, Santiago, Servicio Electoral de Chile, 2020, disponible en: <https://www.servel.cl/resultados-plebiscito-nacional-2020>.

³ En el caso del que denominamos Segundo Proceso Constitucional, el mandato ciudadano claramente era el de avanzar hacia una nueva Constitución; cuestión que no se logró en atención al rechazo ciudadano a la propuesta. Ante ello, un sector minoritario creyó ver que se entendía terminado el proceso con la aprobación indirecta y por defecto de la Constitución vigente. Más allá de los argumentos jurídicos válidos en dicho sentido, políticamente la mayoría entendió que el rechazo del borrador era necesario por inadecuado, pero que el mandato de avanzar a una nueva Constitución seguía vigente. Incluso, un sector político llamó a votar rechazo sobre la base del compromiso de activar un segundo proceso con otras reglas. En esta última lógica, en ineludible concluir que el segundo proceso fue un fracaso, por no lograr el objetivo. La situación es diferente en el tercer proceso constitucional, toda vez que el mismo se dio en un entorno de consenso previo al plebiscito en cuanto a que el rechazo implicaba cerrar el capítulo de la búsqueda de una Constitución *ex novo*, debiendo avanzarse a futuro en base a modificaciones parciales. Luego, si se asume de esta forma el tercer proceso, el mismo no fue un fracaso, sobre la base que se impuso una de las dos opciones en disputa. Este es un tema ampliamente discutible. Lo que es un hecho es que, en la actualidad, no existe duda sobre la plena vigencia jurídica de la

tomarme la licencia de acuñar ciertos neologismos (*i.e. constitución botín, neoconstitucionalismo latinoamericano 2.0*, etcétera).

La habilitación de este tercer proceso constituyente se realizó mediante la correspondiente reforma constitucional, contenida en la ley 21.433 de 17 de enero de 2023.⁴

Las características centrales de este procedimiento, para efectos de estas notas, las dividiremos en dos, esto es, las propiamente “estructurales” y las relativas a “contenidos”.

En cuanto a las estructurales, podemos señalar que se crearon dos organismos redactores —Comisión Experta y Consejo Constitucional—. Adicionalmente, se creó un órgano y mecanismo de resolución de controversias de fondo en caso de que se estimaren que las normas aprobadas en cualquier instancia violentaban por acción u omisión las bases —ya explicaremos su alcance—. Este último organismo se denominó Comité Técnico de Admisibilidad. Por su parte, se estableció que, en el evento de discrepancias sobre materias procedimentales, las mismas serían resueltas por cinco ministros de la Corte Suprema sorteados al efecto. Finalmente, el texto elaborado primero por los expertos y luego por el Consejo Constitucional —instancias donde la regla general de aprobación de normas fue $\frac{3}{5}$ —, sería sometido a un plebiscito ciudadano, con voto obligatorio. Todo ello, en un procedimiento breve que tenía fechas preestablecidas y que debía terminar en el acto plebiscitario el día 17 de diciembre de 2023. La consulta del plebiscito, concretamente, sería “¿está usted a favor o en contra del texto de nueva Constitución?”, con dos opciones “A favor” o “En contra”. Es decir, una vez más se plebiscita el texto *in integrum*, es decir, en una sola consulta.

Desde la perspectiva de los contenidos, lo primero que hay que decir es que a nivel de expertos se enfocó el trabajo desde el inicio sobre la base del texto de la Constitución vigente, no como tenor obligatorio o que quedaría vigente por defecto —pues todo pudo modificarse—, sino para llegar a un resultado más digerible, en el sentido de no innovar en lo que no era realmente necesario. Esto marcó un contraste con el proceso ante-

Constitución existente y no se visualiza espacio para argumentar, por ahora, una suerte de anomía constitucional.

⁴ República de Chile, *Ley N.º 21.433, que reforma la Constitución Política de la República para habilitar un nuevo proceso constituyente*, 17 de enero de 2023, en *Diario Oficial de la República de Chile*, 17 de enero de 2023, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1182050>.

rior. Asimismo, a diferencia del proceso anterior donde sólo se indicaron límites genéricos⁵ y sin un mecanismo claro de control de su cumplimiento, en la especie se establecieron las denominadas “bases institucionales y fundamentales”.⁶ Si bien no fue la forma en que se anunciaron las mismas —pues se hablaba indebidamente de bordes o límites—,⁷ ellas constituyeron en nuestra opinión inequívocamente el ejercicio incipiente por parte del Congreso Nacional del poder constituyente. Dentro de estas bases se encuentra el germen de normas generales, especialmente del tipo principios, aunque también existen otras más similares a reglas. Se trata de materias tanto dogmáticas como orgánicas. Dentro de las dogmáticas se encuentran, por ejemplo, las relativas a la definición de Chile como república democrática y país unitario; aspectos centrales de los derechos fundamentales y derechos humanos como finalidad del Estado, el que además se define como Estado social y democrático de Derecho, y otras. Por su parte, en cuanto a lo orgánico, se establecen las bases de los tres Poderes del Estado y del régimen político; se señalan algunos de los órganos autónomos que tendrán reconocimiento constitucional; se mencionan a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entre otras materias. Tal es la importancia que se asigna a las bases, que su respeto podía exigirse incluso en contra de las normas aprobadas por el Consejo Constitucional conformado por representantes electos por la ciudadanía, mediante el recurso especial que sería conocido en única instancia y sin recurso posible por el tribunal *ad hoc* antes señalado (Comité Técnico de Admisibilidad).

Como es conocido, el proceso siguió su camino con regularidad durante cada una de las etapas previstas, sin necesidad de recurrir a mecanismos de solución de controversias en cuanto al fondo,⁸ generándose un

⁵ Tales como la República, la democracia, los tratados internacionales o las sentencias ejecutoriadas.

⁶ República de Chile, Constitución Política de la República de Chile, art. 154, en *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de septiembre de 2005, disponible <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>.

⁷ El concepto de *bordes* es más propio de un poder que nace cercenado en su alcance. En la especie, lo que daba cuenta la norma era más bien de un germen de regulación de la materia respectiva, la que debía ser luego desarrollada. De hecho, el borde sólo se traspasa por acción, pero no si simplemente se calla al respecto, mientras que la base se incumple si, por ejemplo, se omite su mención o desarrollo en el proyecto final. Con esta lógica se regularon las *bases* si se atiende, a su vez, a la regulación constitucional de las atribuciones del Comité Técnico de Admisibilidad.

⁸ Con la sola excepción de que sí existió una presentación para ante la sala especial de la Corte Suprema sobre aspectos formales, la que no obstante ser admitida a tramitación

borrador constitucional, mismo que fue plebiscitado, todo ello en tiempo y forma. No obstante, lo anterior; la sobriedad del comportamiento de los actores, y particularmente, el hecho de la proximidad entre la elección de los consejeros constitucionales —7 de mayo de 2023— y el plebiscito final —diciembre del mismo año—, la propuesta fue rechazada por un claro margen, el que en cualquier caso, fue inferior al del proceso anterior. Sólo el 44.21% de la ciudadanía aprobó el texto propuesto.⁹

En suma, el procedimiento fue regular en su deriva y marcado por un fuerte contraste comunicacional en relación al proceso anterior. Sobre las causas del fracaso del proceso ya se ha teorizado bastante, poniéndose foco tanto en aspectos metodológicos como sustantivos.¹⁰ En cuanto a lo metodológico, en nuestra opinión, fue un error crear un doble o triple mecanismo de generación de contenidos pues, de alguna forma, la existencia del borrador inicial de los expertos entró en competencia con el borrador final del Consejo Constitucional, lo que además dio una evidente vía de escape o salida al sector minoritario de este último estamento electo, una vez comprobado el ejercicio de la hegemonía mayoritaria al votar normas en su interior. Este proceso fue particularmente agudo durante la etapa de observaciones de la Comisión Experta al texto del Consejo Constitucional. Por su parte, y esta idea no es nuestra, el hecho de plebiscitar en una sola pregunta la totalidad del proyecto más el breve plazo del proceso generó una definición binaria que se podría haber evitado. Al respecto, en una reciente conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el profesor de Yale Bruce Ackerman señaló que:

al diseñar su referéndum, sin embargo, Chile siguió un camino tradicional que resultó ser un error. Cuando los votantes acudieron a las urnas, se les pidió emitir un solo voto sobre toda la Constitución, en lugar de dos votos distintos: uno respecto de los méritos de los esfuerzos institucionales de la propuesta para salvaguardar la democracia, y otro sobre

resultó finalmente rechazada. Ver: <https://www.procesoconstitucional.cl/suprema-rechaza-reclamo-y-consejo-debatira-enmiendas-que-crean-nuevos-capitulos/>.

⁹ Disponible en: <https://www.servel.cl/resultado-plebiscito-constitucional-2023/>.

¹⁰ Al respecto, ver: Verdugo, Sebastián y García-Huidobro, Luis Eduardo, “¿How do constitution-making processes fail? The case of Chile’s Constitutional Convention (2021–22)”, *Global Constitutionalism*, vol. 13, núm. 1, 2024, pp. 154-167, disponible en: <https://doi.org/10.1017/S204538172300031X>.

los compromisos sociales y económicos que el texto buscaba garantizar a sus ciudadanos.¹¹

En cuanto a lo sustantivo, el grupo hegemónico —quizá sorprendido por su propio éxito electoral y buscando avanzar sobriamente— no comunicó de manera adecuada los contenidos durante el proceso, lo que finalmente dio espacio al grupo minoritario para, publicitariamente, empatar la acción del Consejo Constitucional con el pretérito comportamiento de la Convención Constitucional, aunque con sentido ideológico opuesto. Lo anterior, para lograr el rechazo final del proyecto, como ocurrió. De cualquier forma, creemos que esa asimilación fue injusta y más allá de la impericia comunicacional del grupo hegemónico en este tercer proceso constituyente, no fue lo anterior lo que selló por sí mismo la suerte del proceso. Se sumó que algunas normas de la propuesta levantaron increíblemente el llamado al rechazo final por parte de un sector de las fuerzas tradicionales de la derecha chilena, sellando el resultado del proceso.¹²

En sentido contrario, sin duda este tercer proceso tuvo aciertos —por ejemplo, la inhabilidad temporal de los partícipes del proceso para ser candidatos a cargos de elección popular en el futuro inmediato, de manera de asegurar que se pensara en una Constitución para el largo plazo—, y en conjunto con los dos procesos anteriores, deja enseñanzas relevantes a efectos del diseño de procesos de creación constitucional. Paridad, involucra-

¹¹ Ackerman, Bruce, “Procesos Constitucionales en Chile: A pesar de su fracaso final, hay mucho que aprender del esfuerzo chileno por repudiar el legado constitucional de Pinochet”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 20, núm. 1, 31 de julio de 2024, pp. 13-20, DOI: 10.5354/0718-2279.2024.75453, disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/75453/77019>.

¹² Sin duda, el resultado del proceso iba a ser rechazado por sectores de izquierda. No obstante, no era claro que los mismos tuvieran por sí mismos la capacidad para obtener una victoria. Por ello, lo realmente sorprendente fue el llamado de un sector de la derecha a votar en contra de un proyecto construido por una hegemonía de las mismas ideas. Tres normas, principalmente, gatillaron lo anterior, todo ello en el contexto de una indisimulada lucha de liderazgos al interior de lo que llamaremos la derecha emergente, conformada por el Partido Republicano —mayoritario en el Consejo Constitucional— y grupos ultramontanos al mismo. Estas normas fueron, en primer lugar la relativa al carácter no vinculante que, hacia el futuro, tendría el denominado *soft law* pues, en opinión de estos grupos, reconocía la posibilidad de que se le asignara un valor de fuente indirecta al mismo. En segundo lugar, se estimó que existía una peligrosa habilitación abierta para que el legislador pudiese limitar todos los derechos y libertades constitucionales. Finalmente, se cuestionaban materias relativas al desarrollo integral de la educación de los niños, en consideración también a convenios internacionales suscritos y vigentes.

miento de expertos, participación de pueblos originarios e independientes y existencia de bases son, quizá, las materias que han generado más discusión sobre su alcance positivo o negativo.

A diferencia del caso del segundo proceso, en el tercer proceso y luego del mismo, no existió mayor disputa sobre el contenido constitucional normativo vigente *ex post* al rechazo de la propuesta. En suma, operó inequívocamente la ratificación indirecta del texto constitucional actual, el que, por razones políticas, en el proceso mismo obtuvo sorprendentes y nóveles adeptos, más que por convicción, por comparación con el texto plebiscitado. Este último fue fruto de un ejercicio de la hegemonía que, en todo caso, fue permeable a ideas de terceros en la particular forma que expresaremos.

Expresado todo lo anterior con pretensión introductoria, a continuación, daremos cuenta de la hipótesis central que se pretende introducir en el presente artículo, a partir de la lógica de la Constitución material versus la Constitución formal,¹³ o más claro aún, entre Constitución en sentido absoluto versus Constitución en sentido relativo.¹⁴

Kelsen señala “la Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes” en tanto “la Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”.¹⁵

De la definición kelseniana se podría indicar que, si bien ambas son normas —consecuencia de su aproximación positivista—, la Constitución en el sentido material se refiere a las normas sobre creación de leyes, en tanto en el sentido formal, son un conjunto de normas con supremacía formal, de manera independiente al contenido.

¹³ SÁCHICA, Luis Carlos, “La Constitución Jurídica del Estado”, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, 12a. ed., Bogotá, Temis, 1996, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/3.pdf>.

¹⁴ *Material*, en tanto estructura y contenidos de normas y principios sobre la organización política estatal, con independencia del órgano que las elabora y el procedimiento adoptado al efecto, versus *formal*, centrado en “el modo especial de su formulación, a la competencia del órgano que la dicta y al procedimiento *sui generis* aplicado para expedirla”, como indica SÁCHICA, *op. cit.*

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 147.

Esta lógica se puede complementar con la distinción Schmittiana entre Constitución en sentido “absoluto”, es decir, el Ser del pueblo (en realidad, nación, indica el autor), y el de Constitución en el sentido “relativo”,¹⁶ que es propiamente una decisión adoptada por el Ser, noción esta última que aproxima a la idea de “ley constitucional”, la que a su vez se relaciona con la idea de Constitución en el sentido formal.

Aplicando estas categorías, en el contexto del llamado neoconstitucionalismo, particularmente al modo latinoamericano, se aprecia un incremento del conjunto de materias a regularse en una norma de rango constitucional en el sentido formal o relativo, normas que difícilmente son encuadrables en la idea tradicional de Constitución material o absoluta, pues que no se centran en expresar lo existente sino en sentar las bases para un cambio.

Entendemos por neoconstitucionalismo la “una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional”.¹⁷ Este concepto mismo, surge luego de la Segunda Guerra Mundial, tiene por características centrales la evolución desde el Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho con control de constitucionalidad de las leyes; aumento de los contenidos normados constitucionalmente, principalmente incorporando derechos sociales, culturales y económicos; y, relativización del contenido normativo de los derechos asimilándose a valores, entre otros, como señala Aldunate Lizana.¹⁸ Por su parte, aunque se presenta con diferentes tendencias, las características comunes de las Constituciones que entendemos bajo la idea de neoconstitucionalismo latinoamericano permiten entender por tales “determinadas Constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como «trasformadora»”.¹⁹ Es decir, la Constitución

¹⁶ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2017, pp. 35 y ss.

¹⁷ Carbonell, M., “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 9 y 10.

¹⁸ Aldunate Lizana, Eduardo, *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 23, núm. 1, 2010, pp.79-102, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502010000100004&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950 (fecha de consulta: 29 de julio de 2024).

¹⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>.

comienza a expresar lo que *queremos ser* con cierto enfoque más bien asociado a izquierda, donde puede haber visiones diferentes —lo que llama al futuro conflicto y la inestabilidad—, por sobre dar cuenta de lo que *somos* y nos une. Aún más allá de lo que es establecer finalidades programáticas, incluso se establecen caminos precisos a dicho objeto, fuente de mayor conflictividad todavía.

Esta ampliación de contenidos a regularse constitucionalmente —principalmente en lo prospectivo—, al punto de incorporar más bien materias que debieran ser objeto de decisiones políticas legislativas y contingentes, es la que hace tentador y atractivo entender la Constitución como un triunfo político a ser alcanzado por un sector. Podríamos hablar por ello de una suerte de Constitución botín. Esta forma de entender la Constitución formalmente mantiene superioridad o supremacía, pero sustancialmente conlleva riesgos de inestabilidad y/o tiranía.

Así, es por esta vía que se llegó al fracaso en Chile del segundo proceso constitucional y quizá en parte del tercero, al someter temas contingentes a la decisión del constituyente, el que expuesto a esta disyuntiva actúa entonces bajo la lógica de intereses particulares o infra-estatales, también presentes tras la idea de post-soberanía.²⁰ Las claras diferencias entre el trabajo del Comité Experto —esmerado, limitado en su alcance y previsible— y el llevado adelante por el Consejo Constitucional —en parte en la lógica antes expuesta—, desarticuló tempranamente las posibilidades de éxito del proceso. Surgieron dos borradores en competencia. Dicho riesgo no fue correctamente leído por el grupo que llamaremos *hegemónico permeable*.²¹

²⁰ Neologismo incipiente en la Academia que apuntaría a reconocer la existencia de un sistema de ejercicio del poder policéntrico, de diferentes niveles y superposiciones, a partir de la constatación de la pertenencia del sujeto a diferentes agrupaciones no solamente identificables con el Estado-Nación.

²¹ El resultado de la elección de miembros del Consejo Constitucional fue inesperado. Ello, pues no sólo entregó mayoría a la centroderecha y derecha, sino que aún más, los grupos definibles como la derecha desafiante a la derecha tradicional, por sí solos, alcanzaron prácticamente todos los quórumos relevantes para el proceso y, en cualquier forma, sin su concurrencia, ninguna norma podría aprobarse. En este sentido hablamos de grupo hegemónico. En cuanto a su carácter permeable, queremos significar que más allá de lo que fue el discurso electoral contrario a la aprobación del texto propuesto, es evidente que este grupo sí escuchó los planteos minoritarios al interior del Consejo Constitucional, pero ofreció respuestas en las materias así levantadas que no eran las que la minoría esperaba. Así, podríamos hablar de un “neoconstitucionalismo latinoamericano conservador” o “2.0”, por contraposición al neoconstitucionalismo latinoamericano tal como lo hemos visto hasta ahora.

De alguna forma, esta evolución condujo nuevamente la propuesta de Constitución en el sentido formal y relativo hacia estado de “botín”, tendencia ya propia del neoconstitucionalismo latinoamericano, pero en un sentido ideológico diferente, por lo que lo llamamos coloquialmente 2.0.

El Comité de Expertos logró resolver interrogantes en lo propiamente constitucional y digamos relativamente simple —referente principalmente a reafirmar las bases y constituir autoridades y su forma de operar—, pero no logró acuerdos en lo complejo y propio del neoconstitucionalismo en sus diversas formas, que es la definición de lo que “queremos ser” y la respuesta a una serie de contenidos no ortodoxos que se espera incorporar a la Constitución botín. Este último fue, en parte, el enfoque del Consejo Constitucional. Esta clara diferencia llevó a un contraste entre proyectos, donde incluso algunos de los actores más entusiastas en el pasado de lo que estamos denominando Constitución botín, se vieron relegados a apoyar el borrador sobrio del Comité Expertos, proyecto que entró así en competencia con el del Consejo Constitucional.

Se rompió en los hechos la lógica evolutiva del diseño del proceso constituyente en etapas, apareciendo dos cabezas y también dos creaturas, lo que condujo finalmente al fracaso al hacer competir proyectos. El punto final al proceso se terminó de escribir el día que al interior del grupo que hemos denominado “*hegemónico*” se produjo —a su vez— una división, en donde, finalmente, un sector influyente de la derecha rechazó, por motivos muy diferentes a los de la izquierda, el proyecto de Constitución.

II. Particularidades metodológicas con incidencia en el resultado

En este apartado, antes de entrar a listar materias en donde operó esta lógica —es decir, la decisión sobre el *Ser* en manos de los expertos designados y sobre lo que se *espera ser* en manos de la mayoría de los consejeros electos—, es necesario revisar algunas particularidades del proceso que incidieron en lo señalado.

En primer lugar, si bien es acertado en nuestra opinión que el tercer proceso constituyente tuviera una duración acotada, por esa vía se agudiza el fácil contraste entre dos proyectos diferentes (expertos y consejo), con el riesgo que ello genera.

En segundo lugar, entendidas las bases como un ejercicio incipiente del poder constituyente derivado por parte del Congreso Nacional, naturalmente se ha de entender que el primer encargo a los expertos designados debe ser centrarse precisamente en el desarrollo de las mismas a nivel de un texto. En esta línea, por ejemplo en lo relativo a materias críticas como los alcances del Estado social y democrático de Derecho, finalmente la falta de acuerdo entre expertos llevó a que mantuviera simplemente la amplitud de la fórmula ya acordada en el Congreso Nacional.

En cuanto a la elección de convencionales, se considera como un avance haber disminuido la proporcionalidad desde la magnitud o regla aplicada a los diputados (entre 3 y 8 electos por unidad), para llevarla a la de los integrantes del Senado (entre 2 y 5). Esto, en general, permitió la elección de liderazgos menos radicalizados y más representativos de amplios sectores de la población. Asimismo, se valora como más propio de una democracia la representación de los pueblos originarios en una magnitud variable y proporcional a la cantidad de ciudadanos que optasen por dichas alternativas, y no fija y predefinida con independencia de la adhesión popular real. Finalmente, la regla sobre elección de independientes que aproximó los requisitos para presentar candidaturas a la que es aplicable a los partidos políticos, así como la forma en que se resolvió la existencia de listas entre independientes, permitió un ejercicio más informado por parte de la ciudadanía sobre el pensamiento de los candidatos en relación al conjunto amplio de materias que han de resolverse en un proceso constituyente.

En sentido contrario a lo anterior, la existencia de dos niveles de redacción —Comité Expertos y Consejo Constitucional—, si bien parecía reflejar lo que la ciudadanía estimaba como razonable luego del magro resultado del segundo proceso —revalorización del trabajo de los conocedores del Derecho constitucional—, sentó las bases para una competencia de textos que de un lado debilitó el respaldo al borrador final y, de otro, permitió comunicacionalmente desvincularse del proceso aduciendo —en opinión de este profesor, sin fundamentos definitivos— una asimilación al comportamiento del grupo hegemónico del segundo proceso, pero ahora en sentido inverso.²²

²² Sostenemos nuevamente que el grupo hegemónico del tercer proceso sí escuchó las materias que las minorías buscaban regular y, en ese sentido, fue permeable, más allá de

III. Acuerdos y desacuerdos a nivel de los expertos, y su contraste con el texto finalmente plebiscitado

En general, sea por convicción o por imposición de la regla, la Comisión Experta incorporó al anteproyecto lo dispuesto a modo de bases. Como ejemplo, el reconocimiento de los pueblos originarios en el contexto de la existencia de una única —valga la redundancia— e indivisible nación chilena. Esta norma se aprobó por unanimidad y con solo una abstención, no sufriendo cambios relevantes a nivel del Consejo Constitucional. Otros ejemplos son Chile concebido como República democrática, donde la soberanía reside en el pueblo; o el Estado de Chile organizado como social y democrático de Derecho.²³

En sentido contrario, a nivel de la Comisión Experta, la cosa no fue tan consensuada en materias más propias de lo que hemos denominado lo que queremos ser. Por ejemplo, lo relativo al deber del Estado de promover la corresponsabilidad al interior de las familias, donde sólo existieron a favor 12 votos, por lo que se rechazó la propuesta. Otro tanto en materias como derechos sexuales y reproductivos (sólo 11 votos a favor), derecho de los cotizantes a elegir libremente las instituciones que administren sus recursos previsionales y la propiedad e inexpropiabilidad de los fondos previsionales (11 votos a favor y 12 en contra); funciones en materia de seguridad de los municipios (13 votos a favor 11 en contra), o la norma sobre control preventivo eventual de constitucionalidad de las leyes en cuanto al fondo y no sólo en cuanto a materias procedimentales o de competencia.

Otro tanto, tampoco hubo acuerdo en materias más bien propias de la Constitución botín, como fueron la mención expresa a las sanciones en materia de violaciones a los derechos humanos, las que si bien se deben entender en perspectiva atemporal —con vigencia en cualquier momento— conllevan claramente un aspecto coyuntural. Otro tanto, en cuanto a la aparición recién a nivel del Consejo Constitucional de normas tales como

que las propuestas concretas no fueran las solicitadas. Esto contrasta fuertemente con la hegemonía ejercida en el segundo proceso, donde derechamente se operó de manera impermeable a los requerimientos de las minorías, aunque ellas se hubieren expresado en el proceso de participación ciudadana que se habilitó en su minuto. Luego, la forma en que se ejerció el poder por las mayorías en uno y otro proceso no es asimilable.

²³ En este punto quisiera agradecer a Pablo Rodríguez, cientista político e investigador del Instituto Libertad, por los aportes en cuanto a las materias discutidas y su devenir en las diferentes etapas del proceso constituyente.

el mandato al legislador de rebajar de la base imponible de los impuestos a la renta conceptos como “gastos objetivamente necesarios para la vida, cuidado o desarrollo de la persona y su familia” (número 31, del art. 16, de la propuesta) o de la norma sobre exención a las contribuciones de bienes raíces de los inmuebles destinados a la “vivienda principal del propietario” (número 29, del art. 16, de la propuesta).

Luego, si se contrasta el proyecto aprobado por la Comisión Experta con el del Consejo Constitucional, aparecen diferencias adicionales. Por ejemplo, a nivel del Consejo Constitucional se refuerzan normas asociadas a problemas coyunturales y de alta atención pública como, la creación de una Agencia nacional anticorrupción. Asimismo, frente a los intentos de legislar en determinadas materias culturales que se vieron durante los últimos años (v.gr. la prohibición del rodeo), el Consejo Constitucional incorporó como objeto de protección constitucional aspectos como lo que denominó “actividades propias de la identidad chilena”, esto es, juegos populares y deportes criollos, entre otros. En fin, mandatos para proteger la conciliación entre la vida familiar y la laboral con las labores de crianza y asociadas, aparecieron con particular fuerza a nivel del Consejo Constitucional. En sentido contrario, el enfoque de la interseccionalidad para la actividad estatal no fue mantenido en el texto finalmente aprobado por el Consejo Constitucional.

En cuanto a la jerarquía normativa de los convenios internacionales en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se incorporó en el Consejo Constitucional una inserción destinada a limitar el alcance del denominado *soft law*, la que resultó fundamental para el rechazo final de la propuesta a nivel popular.

Todo lo anterior, y como demostración de la hipótesis señalada, llevó a que en la votación final del texto en su integridad que tuvo lugar en la sesión del 30 de octubre, la izquierda y la centro izquierda votaron derechamente en contra. Así, el texto fue aprobado con 33 votos a favor y 17 en contra.

En fin, no es el objetivo de este artículo hacer un catálogo exhaustivo del comportamiento de todas y cada una de las instituciones a nivel de los dos textos que, finalmente, quedaron contrastados. La idea es simplemente demostrar que atendida la evolución y expectativa del proceso constituyente, con una amplia participación ciudadana, a nivel del Comité de Expertos el acuerdo fue simplemente básico, y difícilmente se pudo lograr algo dife-

rente. Por ello, sorprende la desilusión expresada por sus miembros, pues de contrario, se considera que hubo un éxito dentro del campo de lo posible. De otro lado, el enfoque político del trabajo del Consejo Constitucional, conformado por ciudadanos electos, necesariamente generó un contraste con el primer borrador con efecto en la votación final. Lo anterior, nos lleva a concluir que probablemente existió un problema de diseño.

IV. La encrucijada de la participación y las expectativas ciudadanas

En este acápite simplemente quiero llamar la atención de que la idea de avanzar a una nueva Constitución sólo alcanzó real apoyo ciudadano en el contexto de la crisis de octubre de 2019, bajo el triunfo de un sector que logró constitucionalizar los problemas sociales pendientes de solución en el país. Ese sin duda fue un triunfo político, aunque de corto vuelo, como quedó luego en evidencia. El problema de la estrategia que conllevó a dicho triunfo es que movilizó las expectativas ciudadanas desde el trabajo legislativo —que es lo recurrente y esperable— al trabajo constituyente. Y en ese escenario, resultó casi inevitable que la discusión constitucional avanzara más bien hacia el querer ser y al riesgo de la Constitución Botín, conforme se fueron movilizandando las mayorías. Esta dimensión de corto plazo del proceso constituyente —que podríamos calificar de contrario a su propia naturaleza, como tradicionalmente se ha entendido— marcó a fuego el devenir del proyecto. Luego, no deja de sorprender que ciertos sectores que perdieron temporalmente el apoyo popular —probablemente por el recrudescimiento de la crisis económica, la inseguridad y la inmigración sin control— reaccionaran con estupor ante la respuesta de la nueva hegemonía política a nivel de normas constitucionales propuestas.

La duda hoy debería centrarse en cómo devolver las expectativas y el marco de lo propiamente constitucional —en el sentido material o absoluto, anotado inicialmente— a un adecuado minimalismo que junto con un sólido sistema de derechos y libertades y un mecanismo democrático que asegure la alternancia en base a elecciones regulares, permita a su vez la gobernabilidad en base al sentir mayoritario.

V. Visión positiva: Materias con amplio acuerdo que podrían ser la base de modificaciones constitucionales futuras y necesarias

En el pasado existieron borradores constitucionales con algún grado mayor de concesos que los producidos por el segundo y tercer proceso. Por ejemplo, el del primer proceso constitucional.²⁴

En la actualidad, más allá de que hemos planteado que no es simple definir, si en este tercer proceso estamos o no ante un fracaso del mismo, existen al menos dos materias centrales donde hay acuerdos para avanzar.

La primera de ellas tiene relación con el sistema de gobierno y la situación que en la actualidad afecta la gobernabilidad de cualquier proyecto político en el país. No se trata de una reforma completa al régimen de gobierno, sino al menos, de mecanismos para reducir la atomización en el Congreso Nacional y la exagerada cuota de poder que alcanzan parlamentarios electos, gracias al sistema proporcional, con muy bajas votaciones. Al respecto, existe un amplio consenso —aunque no unanimidad— sobre las ventajas de establecer umbrales para la representación parlamentaria al menos a nivel de diputados. La discusión se relaciona, principalmente, sobre el porcentaje exigido al respecto y las excepciones a la regla.

Relacionado a lo anterior, en la convicción de que es necesario fortalecer el rol de los partidos políticos en el contexto de una democracia representativa que empodere a los ciudadanos, se busca establecer una norma anti-díscolos, en sentido de crear una causal de cesación en el cargo de los parlamentarios que opten por renunciar al partido político que los presentó como candidatos.

Por su parte, se busca innovar en cuanto al ejercicio de la jurisdicción independiente por parte de los tribunales de primera instancia, por la vía de separar el control de la jurisdicción de lo que se relaciona con el desarrollo de la carrera funcionaria de los jueces. Alguna forma de consejo o consejos de la magistratura, con equilibrio político-técnico, debería prosperar. Esto es fundamental para asegurar el efectivo derecho a la doble instancia, parte del debido proceso.

²⁴ República de Chile, “Proyecto de reforma constitucional que establece un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución”, *Boletín N.º 11.617-07*, disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12132&prmBoletin=11617-07>.

Relacionado con lo anterior, ciertos problemas coyunturales, han llamado —quizá apresuradamente— a revisar radicalmente el sistema de generación de los jueces de los tribunales superiores de justicia. Acá tenemos más bien sentimientos encontrados sobre si las alternativas que se barajan asegurarán el resultado buscado.

VI. Conclusiones

Luego de este análisis podemos proponer que se profundice en otros estudios las siguientes hipótesis que hemos planteado:

1. Es dudoso que el tercer proceso constituyente haya terminado en un fracaso, al menos, si se entiende en su contexto jurídico y político;
2. El trabajo de la Comisión Experta y el sentimiento de frustración de muchos de sus miembros por el resultado final de su propuesta se basa en un excesivo optimismo inicial, que no tomó en nota la forma en que la sociedad movió el eje de lo constitucional, desde lo propiamente fundacional a lo más bien aspiracional;
3. Bien entendido dicho fenómeno, el trabajo de los expertos logró un alto nivel de resultados en el marco de lo que era posible;
4. En el contexto de constitucionalización de la mayoría de los temas políticos, la Constitución como instancia de unidad viró hacia la Constitución que hemos llamado botín, con el problema evidente de la temporalidad de sus postulados;
5. La existencia de dos instancias redactoras, con distintas fuentes de legitimidad —*auctoritas* e indirecta, de un lado, y democrática y directa, del otro—, casi inevitablemente ha de llevar —como ocurrió— a la existencia de dos proyectos que entraron en competencia, permitiendo al grupo político minoritario desafectarse del proceso y llevar al rechazo final de la propuesta;
6. Detrás del rechazo final está, también, la mano de los grupos ultramontanos al interior del grupo hegemónico de la derecha, que entrando en conflicto con los liderazgos, criticaron lo que hemos llamado neoconstitucionalismo 2.0, en cuanto a que la mayoría de la Convención Constitucional sí fue permeable a los nuevos temas levantados por la ciudadanía activada en sucesivos procesos constituyentes, y;

7. De cualquier forma, hay ciertos consensos básicos que podrían permitir un avance constitucional bajo la lógica de enmiendas y evolución, principalmente en materias como gobernabilidad democrática e independencia del ejercicio de la jurisdicción.

Finalmente, no podemos sino expresar nuestro temor en cuanto a que, de no avanzarse en la línea de lo indicado en el punto anterior, es probable que en el breve plazo se active nuevamente un proceso constituyente como espacio de una nueva victoria política de un sector.