

Legal |
Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

Apuntes constituyentes: balance y perspectiva futura (final)

"...El proceso constituyente, en general, y el trabajo de una Convención, en particular, importa un sofisticado equilibrio entre tres principios: representación, participación y deliberación. El proceso constituyente fallido los tuvo, pero no en el equilibrio adecuado. La continuación del proceso en general, y del diseño institucional y reglas de funcionamiento y procedimentales de una potencial nueva Convención 2.0., seguirán siendo evaluados sobre estos elementos..."

Martes, 06 de septiembre de 2022 a las 11:00



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

José Francisco García

El categórico triunfo de la opción Rechazo (61,8%, con casi 8 millones de sufragios) en el plebiscito constitucional ante la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional, y cuyos contenidos hemos venido examinando en este espacio en el último año, cierra la etapa final del proceso constituyente iniciado con el Acuerdo por la Paz Social y la nueva Constitución (Acuerdo 15-N) y materializado, en sus pilares estructurales, por la Ley N° 21.200, que incorporó a la Constitución vigente un procedimiento para elaborar una nueva Constitución.

Así, y en medio de la discusión sobre las razones que llevaron a un fracaso tan estrepitoso y las conversaciones entre los principales actores políticos acerca de cómo continuar este proceso o iniciar uno nuevo, resulta fundamental detenerse, a modo de balance, en situar este proceso a la luz de otros procesos constituyentes fallidos en perspectiva comparada; analizar aquellos elementos de contenido rescatables y aquellos descartables de la propuesta de la Convención de cara al futuro (ante una probable Convención 2.0.) y profundizar en algunos aprendizajes y lecciones acerca del modelo de Convención y sus reglas procedimentales, pensando en una potencial nueva Convención 2.0. Esto último es especialmente importante para evitar cometer los mismos errores que marcaron el fracaso de la Convención 1.0.

Procesos constituyentes fallidos en perspectiva comparada

Es cierto, no es fácil encontrar casos en que el fracaso del proceso constituyente se verifique en la fase de plebiscito ratificatorio ciudadano. Un ejemplo es Francia, con el rechazo a la primera propuesta de nueva Constitución de 1946, conducente a la Constitución de la IV República (Elkins y Hudson, 2022, dan cuenta

de 11 casos de rechazo entre 179 referendums entre 1789 y 2016). Con todo, debemos tener presente que existen varios ejemplos de procesos constituyentes fallidos a nivel global. Podemos pensar en el caso de Islandia (2010-2011), destacado por su carácter participativo y deliberativo, y sus dimensiones tecnológicas, pero también el de la Presidenta Bachelet (2015-2018), cuya fase participativa fue celebrado en el informe OCDE (2017). A estos podemos sumar los casos de Nepal (2008), Turquía (2011-2013) y Sri Lanka (2015-2019), entre otros.

También encontramos procesos constituyentes que fracasan parcialmente para luego salir adelante. Un ejemplo paradigmático es el camino a la Constitución de Sudáfrica de 1996. Esta no entraría en vigencia antes de que la Corte Constitucional certificara que todas las normas de la nueva Constitución cumplían con los 34 principios consagrados en la Constitución interina (1993), que orientaba el trabajo de la Asamblea Constituyente. El texto tuvo que volver y ser modificado por la Asamblea Constituyente.

Por otro lado, la Constitución boliviana (2009) enfrentó serios problemas en su gestación. La Asamblea estuvo paralizada más de un año ante el retiro de los asambleístas de la oposición acusando al partido (MAS), del entonces Presidente Evo Morales, de infringir diversas reglas, entre ellas, el *quorum* de aprobación de normas de 2/3. Tras meses de negociaciones, la oposición volvió a la Asamblea a cambio de una serie de garantías, como mantener la regla de 2/3, un plebiscito ratificatorio final y acuerdos sobre contenidos mínimos, por ejemplo, el límite a la reelección a Morales, bicameralismo, un sistema electoral proporcional para el futuro Congreso, entre otros. La nueva Constitución logró, con votos opositores y en una versión más moderada a la pretendida originalmente por el MAS, ser aprobada y luego ratificada por la ciudadanía por sobre el 60%.

Es posible hipotetizar que, desde la perspectiva comparada, el actual proceso constituyente chileno fallido (2019-2022) sea considerado, junto con el proceso de Islandia y el de Bachelet, como uno que fracasa, entre otras razones, pero de manera importante, por la decisión del órgano constituyente de enfrentar y excluir a la política tradicional y a la élite. En esta línea parece inclinarse de manera reciente el profesor Tom Ginsburg al explicar el fracaso de la propuesta de la Convención en el plebiscito del 4S.

Elementos rescatables y descartables de la propuesta de la Convención de cara al futuro

A pesar del fracaso de la Convención por persuadir a la ciudadanía acerca de las bondades de su propuesta, existen contenidos (principios, reglas e instituciones) que, sin perjuicio de los desafíos técnicos y equilibrios internos que la propuesta de la Convención no logró resolver o resolvió mal, parecen valiosos y ser aceptados por los más diversos sectores políticos (carta del Presidente Lagos o 10 compromisos de Chile Vamos), los que, con los ajustes debidos, podrán ser debatidos y eventualmente incorporados en una nueva Constitución.

Se trata del principio de Estado Social y Democrático de Derecho (sobre la base de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, aunque un listado menos extenso y más preciso en su formulación técnica como derechos fundamentales que en la propuesta); la igualdad sustantiva (esto es, un concepto más exigente de igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades en relación a la Constitución vigente); el reconocimiento de los pueblos originarios, de sus derechos colectivos, la multiculturalidad y la interculturalidad, y ámbitos de autonomía indispensables para su desarrollo; un compromiso fuerte con la protección del medioambiente; grados intensos de descentralización del Estado (pudiendo o no importar una versión más moderada de Estado Regional), y la paridad y enfoque de

género, tanto en aspectos dogmáticos como orgánicos. Se trata, por lo demás, de elementos nucleares de la propuesta. A lo anterior es posible sumar los principios de responsabilidad y sostenibilidad fiscal, avances en el capítulo V sobre "Buen Gobierno y función pública" o estatutos de órganos autónomos fortalecidos, como el de la Contraloría General de la República.

Por otro lado, parecen quedar descartadas (o al menos seriamente debilitadas), de cara a una nueva Constitución, las propuestas de la Convención orientadas a, primero, consagrar un Estado Plurinacional, y, de manera más específica, autonomías territoriales indígenas y un mecanismo/comisión de restitución de tierras en los términos propuestos. Asimismo, modificaciones sustantivas al Poder Judicial, especialmente la idea de crear un Consejo de la Justicia o de la Magistratura para asuntos vinculados al gobierno judicial o, de hacerlo, en una versión mucho más moderada que la propuesta, descartándose también un sistema de justicia indígena especial, paralelo a la justicia ordinaria y una versión fuerte de pluralismo jurídico. También parece haber consenso en que la naturaleza, a pesar de poder ser un objeto de protección constitucional con mandatos claros al Estado/legislador, no será titular de derechos fundamentales. La "inflación" de autonomías constitucionales también parece descartada, al igual que reglas excesivas en materia de autonomía fiscal bajo el modelo de descentralización, que no están bien equilibradas con los principios de responsabilidad y sostenibilidad fiscal. Incierto futuro también depara a las reglas habilitantes para crear empresas públicas regionales y locales.

Un tema más complejo son las modificaciones al régimen político. En principio, parece descartada la idea misma de un bicameralismo asimétrico, la eliminación del Senado, la eliminación de la iniciativa exclusiva presidencial legislativa o modificar las reglas sobre veto presidencial. Con todo, seguirá pendiente el debate acerca de cómo avanzar hacia un régimen político que promueva mayores grados de colaboración y cooperación entre el Ejecutivo y el Congreso, algo que el modelo presidencial no es capaz de lograr. En lo que en todo caso hay consenso, es que de prevaler el modelo presidencial debe respetarse su coherencia interna, algo que la propuesta no lograba satisfactoriamente a juicio de diversos expertos. También se generó gran consenso en establecer un estatuto constitucional de los partidos robusto y lineamientos más precisos respecto del sistema electoral parlamentario, especialmente, consagrar un umbral mínimo de acceso a escaños parlamentarios (4% o 5%).

Aprendizajes acerca del diseño de Convención y sus reglas procedimentales

¿Cómo continuar el proceso constituyente o iniciar uno nuevo, que sea democrático, participativo e institucional, sin volver a cometer los mismos errores y buscando como objetivo final y pragmático el que en un plebiscito ratificatorio, digamos en septiembre de 2023, sea aprobada una propuesta de nueva Constitución por una amplia mayoría?

Por supuesto se trata de la gran pregunta del momento, y no tengo una respuesta categórica. Sí tenemos algunos aprendizajes y lecciones acerca de cuestiones de diseño y procedimentales que podrían favorecer los acuerdos y llegar a buen puerto.

1. El paradigma post-soberano: muchas etapas y actores (sumándose incrementalmente a lo que hemos avanzado).

Desde una perspectiva teórica conviene destacar en términos positivos que el actual proceso constituyente se ha desarrollado bajo el paradigma de los procesos constituyentes post-soberanos (Arato, 2016). Este

modelo busca dejar de lado el modelo tradicional de poder constituyente (que asociamos a Siéyes o a Schmitt) y que en nuestro continente se ha asociado a asambleas constituyentes soberanas e ilimitadas, para, por el contrario, encausar un reemplazo constitucional en democracia mediante una asamblea representativa con poderes limitados, con objeto único, con límites sustantivos y procedimentales, continuidad legal y con múltiples actores en varias etapas, entre otros. Recordemos que una de las tentaciones de algunos de los convencionales más radicales al interior de la Convención Constitucional fue precisamente transitar hacia el modelo de Asamblea Constituyente soberana e ilimitada, marcado, por ejemplo, por la propuesta inicial de reemplazar la regla de decisión de 2/3 en materias procedimentales y votación de normas que formarían parte, a mayoría simple (o absoluta).

La idea, bajo el modelo post-soberano, de un proceso constituyente con múltiples actores y etapas ha sido especialmente relevante y visible para el proceso que concluye: (1) reforma constitucional habilitante en el Congreso Nacional; (2) plebiscito de entrada; (3) elección de convencionales; (4) elaboración de una propuesta de nueva Constitución por la Convención (bajo límites procedimentales y sustantivos) e incorporando iniciativas ciudadanas de normas constitucionales, y (5) plebiscito de salida.

Por lo mismo, la continuación de este proceso, o el inicio de uno nuevo, podría incorporar nuevos actores y etapas: (i) un nuevo acuerdo procedimental por parte de las fuerzas políticas, sobre la base del Congreso Nacional, pero también incorporando un acuerdo sustantivo que establezca "bordes" a una futura Convención (en la lógica del proceso irlandés que se describe más adelante); (ii) una comisión de expertos con un rol relevante (aunque sus decisiones no sean vinculantes); (iii) una Convención 2.0., y (iv) un plebiscito ratificatorio, entre otros, y sin perjuicio de algunos factores/etapas que volverán a repetirse.

2. Re-equilibrar los criterios normativos orientadores y evaluativos de diseño de una nueva Convención: potenciar deliberación y experticia técnica

El proceso constituyente, en general, y el trabajo de una Convención, en particular, importa un sofisticado equilibrio entre tres principios: representación, participación y deliberación. El proceso constituyente fallido los tuvo, pero no en el equilibrio adecuado. La continuación del proceso en general, y del diseño institucional y reglas de funcionamiento y procedimentales de una potencial nueva Convención 2.0., seguirán siendo evaluados sobre estos elementos, que se materializan en criterios y estándares más específicos de legitimidad democrática, eficacia, transparencia, participación, entre otros, a la luz de la literatura especializada (Naciones Unidas, y sus programas Constitutionmaker y PNUD; IDEA Internacional; Interpeace; entre otros). Y si respecto del diseño de la Convención 1.0. los criterios asociados a los pilares democrático y participativo tuvieron gran importancia relativa, una Convención 2.0. debe dar mayor fuerza relativa al pilar deliberativo y al rol de los expertos. El elemento democrático seguirá estando vinculado a la elección de convencionales y al plebiscito ratificatorio (un plebiscito de entrada parece descartado) y el participativo a versiones más acotadas de iniciativas populares (por ejemplo, debieran reactivarse fácilmente las ya presentadas) y de consulta indígena.

Este equilibrio explica, de manera intuitiva, el que casi de forma unánime una potencial Convención 2.0. es concebida con un objetivo mucho más preciso y acotado, su labor podría ser llevada a cabo en tiempo más breve (6 meses), podrían anticiparse algunos elementos estructurales en el Congreso o en una comisión de expertos (por ejemplo, la redacción de un borrador de reglamento), una comisión de expertos de apoyo permanente y robusta, entre otros aspectos.

Lo anterior se está manifestando en diversas propuestas específicas acerca de cómo continuar con el proceso. Por ejemplo, que algunos partidos políticos estén proponiendo una Convención de tamaño más pequeño (PPD, 100 convencionales) o académicos propongan replicar el Senado, su modo de elección y funcionamiento, ajustando el reglamento del Senado a las necesidades de la Convención 2.0. (ver García-Huidobro). Asimismo, modelos de elección de convencionales sobre la base de listas nacionales, bloqueadas y cerradas o similares. También podemos destacar la propuesta del Presidente Lagos en el sentido de iniciar el nuevo proceso sobre la base de una comisión de expertos que proponga un borrador constitucional a una Convención 2.0. que la discuta y apruebe. Más allá de la factibilidad política de estas u otras propuestas, apuntan en la dirección de alterar o reequilibrar los criterios normativos orientadores del diseño de una nueva convención, dando más fuerza relativa a la deliberación y a la experticia técnica.

En un sentido similar, debemos pensar otras reglas orientadas a favorecer la deliberación. La actual Convención, diseñada sobre la base de la Cámara de Diputados, adoptó una fisonomía de lógica adversarial-parlamentarista, y no deliberativa. Existen una serie de elementos de diseño (tamaño de la asamblea) e instrumentos y mecanismos respecto de la agenda, diseño de la estructura pleno-comisiones y reglas de debate que pueden fortalecer la dimensión deliberativa del proceso y del trabajo de una potencial Convención 2.0. (ver Farrell y otros, 2020, examinando la Convención Constitucional de Irlanda 2021-2014, y procesos similares).

Junto con los elementos propios de la dinámica de un *mini-public*, destaca en el caso irlandés el que la Convención haya debido deliberar sobre ocho temas (que luego ella misma amplió a 10) que acordaron las fuerzas políticas. Ello nos lleva a nuestro próximo aprendizaje y propuesta.

3. Un Acuerdo 15-N 2.0, procedimental, pero también sustantivo (pactos políticos fundamentales básicos)

El Acuerdo 15-N es un acuerdo procedimental que quedó completamente entregado a una comisión de expertos que tuvo la suerte de integrar y que, en dos semanas, elaboró un anteproyecto de reforma constitucional habilitante del proceso constituyente que fue íntegramente ratificada por el Congreso (Ley N° 21.200).

Con todo, hoy el desafío es más exigente. Más allá del conjunto de materias y elementos de contenido que antes identifiqué como rescatables y aquellos otros que parecen descartados *a priori* (o fuertemente erosionados), el nuevo proceso constituyente tiene que construirse sobre la base de un conjunto de pactos políticos fundamentales, acordados previamente por las fuerzas políticas. En algún sentido, aunque quizás de manera más minimalista, pueden replicar los 34 principios de la Constitución interina de Sudáfrica de 1993, conducente a la Constitución de 1996, o también los pactos de La Moncloa, conducentes a la Constitución Española de 1978, que sentaron los acuerdos fundamentales.

Así, por ejemplo, un pacto político fundamental que parece necesario consiste en avanzar simultáneamente hacia (a) un Estado Social y Democrático de Derecho, (b) un compromiso fuerte con la protección de la naturaleza y el medioambiente y (c) una Constitución Económica que logre el balance adecuado para generar condiciones para un desarrollo económico robusto y que, a la vez, sea socialmente inclusivo y ambientalmente sustentable. Las dos primeras ideas quedaron muy desbalanceadas en la propuesta de la Convención, pero ofrecen un punto de partida para pensar la cuestión. Por el contrario, un pacto equilibrado futuro requiere potenciar la garantía de libertad económica (débil en la propuesta), despejar las ambigüedades y controversias en el estatuto de propiedad (principalmente en materia de

indemnización por expropiación), precisar la actuación del Estado Empresario (especialmente el principio de neutralidad competitiva), volver sobre la importancia del estatuto de la minería (desconstitucionalizado en la propuesta) y de aguas, entre otros.

Otro pacto relevante, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y sobre la base de una carta de derechos sociales fortalecida, consiste en garantizar un rol amplio y activo de la sociedad civil y el sector privado en la provisión de estos valiosos bienes sociales.

En fin, otros pactos políticos fundamentales deben estar asociados al modelo de descentralización, a la democracia paritaria y al nuevo trato con los pueblos originarios.

Avanzar en pactos políticos fundamentales amplios, no solo son deseables y necesarios en términos normativos para construir las reglas de la convivencia democrática futura, y generar lealtad constitucional de todos los actores, sino que, encuentra buenos fundamentos en la literatura de las “constituciones como seguros políticos” (Ginsburg y Dixon, 2017). En efecto, dada la volatilidad de las preferencias electorales ciudadanas de los últimos años, todos los sectores políticos han sido grandes ganadores y grandes perdedores. Los pactos políticos fundamentales constitucionales son racionales y van en el interés de todos los sectores políticos ante potenciales riesgos, cuando sean minoría futura, de falta de acceso al poder político, de influencia en decisiones de política pública o incluso tratos injustos y arbitrarios (o persecuciones) de la mayoría.

4. Reglas procedimentales pro-consensos amplios

Desde la perspectiva de las reglas procedimentales —aquellas que típicamente formarán parte del reglamento de una eventual Convención 2.0.— parece relevante volver a insistir sobre algunas reglas críticas que pueden promover de mejor forma los consensos amplios, esquivos bajo la Convención 1.0. Veamos tres ejemplos:

a) Regla de “consenso suficiente”. Esta regla de decisión, fundamental en el proceso sudafricano, busca que, independientemente del *quorum* de decisión que se adopte en una potencial Convención 2.0. (mayoría, 4/7, 2/3, etc.) todos los grupos políticos representados deben participar de la aprobación de la propuesta de que se trate (al menos uno de sus miembros). Ello hace más probable la construcción de acuerdos transversales antes de que los proyectos sean votados en el Pleno, donde se arriesga la existencia de escenarios de votación trágicos de “todo o nada”. Para asegurar que las propuestas identifiquen espacios comunes de las distintas facciones, regulando lo suficiente y necesario para que todas ellas puedan votarlas a favor, el procedimiento debe estar centrado en las comisiones más que en el Pleno, y las comisiones deben estar compuestas y operar mediante procedimientos que aseguren la construcción de consensos.

b) “Hoja en blanco” acotada y regla *default*. Otra decisión crítica es si la Convención 2.0. trabajará sobre una “hoja en blanco” y/o con regla *default*. En efecto, parece conveniente que la “hoja en blanco” será o no acotada a textos específicos, por ejemplo, trabajar sobre la última versión de la Carta de 1925, la Carta de 1980 vigente, la propuesta Bachelet y la propuesta de la Convención. Una versión más acotada de “hoja en blanco” favorecería la certeza sobre los márgenes de la discusión, disminuyendo las tentaciones refundacionales del nuevo proceso. Por su parte, la regla *default* (aquello que queda si no hay acuerdo) es especialmente delicada puesto que genera incentivos a vetos y bloqueos política y técnicamente

indeseables.

c) Una comisión de armonización permanente, robusta y que inicie tempranamente sus labores. Sabemos, se trata de una comisión de naturaleza orgánica o funcional de una Convención que, en nuestro caso, tuvo un rol poco significativo en la Convención 1.0. Por el contrario, de cara a la Convención 2.0., debe ser fortalecida y tener por finalidad la coordinación de los borradores de propuestas y articulados que, de manera permanente, preserve la coherencia e integridad técnica de los borradores que van surgiendo a partir del avance de los informes de las distintas comisiones temáticas, y las votaciones respectivas, también en el Pleno, con mecanismos de retroalimentación de las diversas comisiones temáticas, incluyendo propuestas de solución a las controversias —en esta dimensión— que van surgiendo al interior de una comisión, entre dos o más comisiones, entre una comisión y el Pleno, etc. De manera más específica, entre sus funciones destacarían realizar recomendaciones no vinculantes a las comisiones temáticas para lograr coherencia y visión sistémica de la propuesta de nueva Constitución en su desarrollo en la Convención. Con todo, las comisiones deberán dar cuenta de la forma en que se consideraron estas. A modo de ejemplo, proponer las bases de conciliación o una propuesta de texto alternativo para resolver diferencias al interior de una comisión temática o entre dos o más comisiones temáticas, o proponer la conformación de comisiones unidas, subcomisiones, paneles de expertos, entre otros, con el objeto de resolver dichas controversias.

Por supuesto, existen otras reglas procedimentales decisivas para el éxito de una potencial nueva Convención que estuvieron en el debate de la primera Convención y lo estarán nuevamente en una potencial segunda: el *quorum* de decisión para aprobar normas constitucionales, tanto en las comisiones como en el Pleno; si es necesario o no una votación global final (y su real sentido); si la regla de decisión en las comisiones será la misma del Pleno (alta, para discriminar *ex ante* propuestas puramente simbólicas, identitarias, que están destinadas a fracasar en el Pleno), entre otras.

Por supuesto, el fracaso de la Convención Constitucional no es solo imputable a aspectos de diseño. Son múltiples las causas que explican el amplio triunfo del rechazo (mala evaluación del gobierno, crítica a manejo de políticas públicas específicas, como seguridad e inflación, entre otros), pero desde la dimensión estrictamente constitucional, parecen ser importantes causas una propuesta de "idea" de país percibida como lejana, alejada de la agenda específica que parecía tener en mente la ciudadanía al votar apruebo en el plebiscito de entrada (casi un 70% de este electorado buscaba que se centrara en mejorar derechos sociales específicos). También un rechazo a la práctica política desarrollada por la Convención, especialmente de exclusión de algunos sectores, ahí donde la dimensión de unidad y búsqueda de acuerdos era percibido como necesario ante un proceso constituyente percibido como un proceso reparatorio y de generación de confianzas quebradas.

Con todo, un nuevo acuerdo 15-N 2.0. debe ser especialmente cuidadoso a la hora de pensar cada una de las reglas de diseño y procedimentales, muchas de las cuales, por la premura y circunstancias de la firma del 14N y madrugada del 15N no fueron suficientemente aquilatadas y examinadas críticamente en sus efectos y dinámicas futuras. Hoy es posible incorporar mayor racionalidad, reflexividad y pragmatismo que entonces.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online

