



CICLO DE CHARLAS Y CONVERSACIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

SERIE INFORME
LEGISLATIVO **61**
ISSN 0717-1536

NOVIEMBRE 2020



COMPILACIÓN Y PALABRAS INTRODUCTORIAS: NATALIA GONZÁLEZ B.

ABOGADA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, MASTER EN DERECHO (LLM) DE LA UNIVERSIDAD DE CHICAGO, BECARIA FULBRIGHT, CONICYT Y DE LA UNIVERSIDAD DE CHICAGO. ACTUALMENTE ES DIRECTORA DE ASUNTOS JURÍDICOS Y LEGISLATIVOS DE LYD.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO	05		
INTRODUCCIÓN	06		
PRIMERA CHARLA ¿QUÉ ELEMENTOS SON PROPIOS DE UNA CONSTITUCIÓN? ¿QUÉ MANTENER Y QUÉ CAMBIAR?	10	I.I JORGE CORREA SUTIL	10
SEGUNDA CHARLA: “EL PLEBISCITO A LA CANCHA”	17	II.I JAVIERA PARADA	17
		II.II ERNESTO SILVA	21
TERCERA CHARLA: “CONVENCIÓN CONSTITUYENTE, CONVENCIÓN MIXTA O CONGRESO CONSTITUYENTE”	25	III.I PATRICIO ZAPATA	25
		III.II CONSTANZA HUBE	28
CUARTA CHARLA “LAS INCERTIDUMBRES QUE ENCIERRA EL PROCESO CONSTITUYENTE Y LA EVENTUAL NUEVA CONSTITUCIÓN: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA”	32	IV.I ENRIQUE NAVARRO	32
		IV.II SEBASTIÁN CLARO	38
CONCLUSIÓN	43		

RESUMEN EJECUTIVO

La presente Serie Informe es una compilación de las ponencias realizadas en el marco del Ciclo "Proceso Constituyente: ¿qué está en juego?" organizado por Libertad y Desarrollo en alianza con EMOLTV con el objetivo de contribuir al debate de los asuntos constitucionales.

El Ciclo, en el que participaron destacados académicos y personeros públicos, fue dividido en cuatro sesiones, dos de ellas moderadas por la Directora Ejecutiva de LyD, Marcela Cubillos, y las otras dos por la Directora de Asuntos Jurídicos y Legislativos, Natalia González.

En la primera, titulada "¿Qué elementos son propios de una Constitución? ¿Qué mantener y qué cambiar?", participó Jorge Correa Sutil, abogado constitucionalista y ex miembro del Tribunal Constitucional.

En la segunda, cuyo nombre fue "El Plebiscito a la cancha", participaron Javiera Parada, gestora cultural y colaboradora de la Fundación Red de Estudios para la Profundización Democrática (RED), y Ernesto Silva, Rector y Vicerrector de Postgrado, Educación Continua y Extensión de la Universidad del Desarrollo.

La tercera sesión se tituló "¿Convención Constituyente, Convención Mixta Constituyente o Congreso Constituyente?" y en ella debatieron Constanza Hube, abogada constitucionalista y subdirectora del Depar-

tamento de Derecho Público de la Universidad Católica, y Patricio Zapata, abogado constitucionalista y Profesor Asociado Adjunto del Departamento de Derecho Público de la Universidad Católica.

Por último, la cuarta sesión "Las incertidumbres que encierra el proceso constituyente y la eventual nueva Constitución: una perspectiva jurídica y económica", tuvo de expositores a Sebastián Claro, economista y ex consejero del Banco Central, y Enrique Navarro, abogado constitucionalista, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae y consejero del Colegio de Abogados de Chile.

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Ley No. 21.200 que modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, sobre Reforma de la Constitución, establecida en el Decreto N° 100 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República. A través de la referida reforma constitucional, el Congreso aprobó la realización de un plebiscito nacional, de entrada, que tuvo lugar el domingo 25 de octubre de 2020 (ello tras ser pospuesta su fecha original de realización, prevista inicialmente para abril de 2020, a causa de la pandemia del Covid-19) y un itinerario y procedimiento para contar con una eventual nueva Constitución. En ese plebiscito la ciudadanía aprobó con una mayoría de un 78,27% contra un 21,73%, nacional, el que nuestro país se diera una nueva Constitución que debe ser concordada y propuesta por el órgano denominado Convención Constitucional (en adelante "CC" o "Convención"), dejando atrás a las alternativas del Rechazo y de la Convención Mixta Constitucional, en parte integrada por parlamentarios.

Tras la aprobación en el plebiscito de entrada, el Presidente de la República deberá convocar a la elección de los miembros de la CC. La CC tendrá 155 integrantes electos de acuerdo con las normas que rigen la elección de los diputados, salvo porque contará con paridad de género en su inte-

gración conforme a la reforma aprobada bajo la Ley No. 21.216 y por el hecho que el número de integrantes podría eventualmente aumentar. Ello, de aprobarse por el Congreso Nacional la reforma constitucional que dispone escaños reservados para pueblos originarios en la Convención, proyecto de ley que a la fecha en que se escribe esta Serie de Informe, se encuentra en trámite en el parlamento, y tal y como está concebido, dispone aumentar la cantidad total de miembros en 24 escaños para pueblos indígenas.

Para efectos de la elección de los convencionales constituyentes se considerarán los distritos electorales del artículo 188 de la Ley No. 18.700 (28 distritos, con magnitud de 3 a 8) y las normas del 187 de dicha ley, y sistema electoral D'Hont. Pueden ser candidatos los chilenos que hayan cumplido 18 años y no hayan sido condenados a pena aflictiva. No hay más requisitos, inhabilidades o prohibiciones, con excepción de las normas sobre afiliación e independencia, haciéndoles, no obstante, aplicables las incompatibilidades que actualmente rigen para los diputados. Las autoridades públicas y aquellas que sean electas vía elección popular pueden presentarse, pero cesarán en sus cargos, por el sólo ministerio de la Constitución, desde que se inscriban las candidaturas. Quienes desempeñen un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal pueden ser candidatos (diferencia con elección parlamentaria actual) y deberán

suspender dichas funciones desde el momento de la inscripción de las candidaturas. Funcionarios públicos (con excepción de las autoridades referidas) y trabajadores de empresas del Estado pueden presentarse y ser elegidos y podrán hacer uso de un permiso sin goce de remuneraciones mientras sirvan en la Convención. No pueden ser candidatos a cargos de elección popular mientras ejercen sus funciones y hasta un año después que cesan en sus cargos en la CC. Estarán afectos a las normas sobre probidad en la función pública y prevención de conflicto de interés, y a la ley del lobby y gestiones que representan intereses. Las reglas aplicables a la CC lo son también a la CMC: remuneración mensual de 50 UTM (\$2.500.000) además de asignaciones que establezca el Reglamento de la Convención (administradas por comité externo que determine el mismo Reglamento). Serán aplicables a esta elección, además de las leyes mencionadas a propósito del plebiscito de entrada, la Ley de Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.

De acuerdo con el texto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional para estos efectos, en su primera sesión, la Convención deberá elegir un presidente y un vicepresidente por mayoría de sus miembros en ejercicio. Deberá, asimismo, conformar una secretaría técnica integrada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional. Conforme se aprobó en el Congreso Nacional, la Convención deberá aprobar por 2/3 de sus miem-

bros en ejercicio las normas y el reglamento de votaciones. Si la Convención infringe las reglas procedimentales y de funcionamiento, se contempla un procedimiento de reclamo que será conocido por 5 ministros de la Corte Suprema elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.

La Convención tendrá un plazo de funcionamiento de 9 meses máximo, para redactar y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución, contados desde su instalación, prorrogable por otros 3 meses. Redactada y aprobada la nueva Constitución por la Convención, o vencido el plazo o la prórroga, la Convención se disuelve de pleno derecho. La propuesta de texto de nueva Constitución, en todo caso, deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Asimismo, no puede poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que las instituciones que integren se supriman o sufran modificación sustancial y deberá establecer el modo en que otras autoridades establecidas en la Constitución actual cesarán en sus cargos o continuarán en sus funciones.

La Convención tiene una serie de limitaciones conforme establece la Constitución. En este sentido, no puede (i) alterar quorum ni procedimiento de funcionamiento para la adopción de acuerdos, (ii) intervenir ni ejer-

cer otra función y atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o la ley, (iii) negarle autoridad ni modificar la Constitución actual en tanto no entre en vigencia la nueva, de manera que sigue plenamente vigente, (iv) atribuirse la soberanía mientras esté en funciones. Ésta reside esencialmente en la nación y es ejercida por el pueblo a través de plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y la ley determinen y por las autoridades que la Constitución actual establece, y (v) como así tampoco sus integrantes, o fracción de aquellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce la Constitución.

En el evento que la Convención concuerde un texto de nueva Constitución deberá comunicar al Presidente de la República la propuesta de texto constitucional aprobada por la Convención, el que deberá convocar dentro de los 3 días siguientes al plebiscito nacional para que la ciudadanía rechace o apruebe la propuesta de nueva Constitución. El plebiscito se llevará a cabo 60 días después de la publicación del referido decreto en el diario oficial, si ese día fuera domingo o si no, el domingo siguiente. Si el plebiscito se encuentra en el lapso de 60 días antes o después de una votación popular, el plebiscito se retrasa al domingo posterior inmediatamente siguiente. Si por aplicación de esta regla cae en enero o febrero, se corre para marzo. En este ple-

biscito aplicará el sufragio obligatorio para los que tengan domicilio electoral en Chile. La calificación del plebiscito debe quedar concluida 30 días después por el TRICEL y la sentencia será comunicada al Presidente de la República y al Congreso. Si se aprueba la propuesta de nueva Constitución en el plebiscito, se deberá convocar al Congreso pleno para que el texto sea promulgado (acto solemne) y los parlamentarios juren respetar y acatar esta nueva Constitución en un acto público y formal. Deberá ser publicada en el Diario Oficial dentro de 10 días desde su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha (salvo que la misma Convención haya establecido vigencias diferidas para algunas normas). Sólo a partir de ese momento queda derogada la Constitución actual. Si se rechaza la propuesta de Nueva Constitución en el plebiscito, queda vigente la actual Constitución.

Es en el contexto del itinerario y normas antes descritas (contenidas en la referida reforma constitucional aprobada en el Congreso y en tanto aún se debaten otras dos reformas relevantes al proceso -en particular en lo relativo a la integración de la Convención Constitucional por parte de personas que pertenezcan a pueblos originarios y de candidatos independientes-) que durante los meses de julio y agosto pasado se convocó a un grupo de académicos y destacadas personalidades públicas a conversar sobre el proceso constitucional y qué esperar de una eventual nueva Constitución. En las se-

siones con ellos sostenidas, se les invito a reflexionar acerca de los contenidos que corresponden sean abordados en una nueva carta magna; la idoneidad del instrumento y camino abierto por los partidos políticos y el Presidente de la República para hacerse cargo de las demandas de la ciudadanía; de los órganos llamados a redactar una nueva Constitución, y a reflexionar sobre las incertidumbres económicas y jurídicas que envuelve el proceso y qué contenidos corresponden sean abordados en una nueva Carta Fundamental.

De esta manera se estructuró un ciclo de charlas denominado "Proceso Constituyente: qué está en juego", cuyas ponencias se presentan a continuación.

I. PRIMERA CHARLA ¿QUÉ ELEMENTOS SON PROPIOS DE UNA CONSTITUCIÓN? ¿QUÉ MANTENER Y QUÉ CAMBIAR?

I.1 JORGE CORREA SUTIL

"Quisiera valorar la importancia de conversar sobre contenidos constitucionales. Para bien o para mal, la Constitución se nos instaló como el remedio de una crisis que todos juzgamos es profunda. Vamos a entrar a este proceso constituyente sin un diagnóstico compartido o dominante en la sociedad chilena, acerca del modo de solucionar los males que han aquejado a la política y sin tampoco saber con claridad cuáles son estos males. Eso estaba bastante claro al inicio de los procesos constituyentes de 1833, 1925, incluso el de 1980 y el del año 2005. Estaba más claro en las constituciones alemanas, en la salida de la Segunda Guerra Mundial, en Estados Unidos después de su independencia o de Sudáfrica después del Apartheid.

Entramos a este proceso constituyente sin un liderazgo carismático. Muchas Constituciones son la herencia que dejan líderes que vuelcan su capital político en ella. La Constitución del 33 se llama, con justicia, Portaliana; la del 25 es, de alguna manera, hija del liderazgo carismático de Alessandri; están las Constituciones de De Gaulle, en Francia; de Mandela, en Sudáfrica; los derechos civiles en Estados Unidos son de alguna manera asociados a la figura de Lincoln y así, sucesivamente.

Entramos a un proceso con hartas expectativas, pues la idea de una nueva Constitución despierta esperanzas y temores

muy intensos. Entramos a este proceso con pocas fronteras o límites acerca de qué es lo que debiera aportarnos la Constitución para salir de una crisis. Los diálogos ciudadanos durante el gobierno de la Presidenta Bachelet tuvieron pocas fronteras en este sentido. Es por ello que, aunque parezca un poco elemental, hoy me propongo tratar una pregunta que parece modesta e inicial, como es la cuestión acerca de qué debe versar siquiera una Constitución.

Para desgracia de mi pretensión, no hay ningún texto normativo que establezca qué debe estar y qué no en un texto constitucional. En una Constitución puede escribirse cualquier tipo de reglas de convivencia e incluso, enunciados que ni siquiera son reglas. La de Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela reconocen el derecho a la recreación como un derecho fundamental. La de este último país, dispone incluso que el Estado garantizará la atención integral "de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia, a la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y privado". La de los Estados Unidos, alguna vez y durante 30 años, contuvo una prohibición de vender alcohol y ahora asegura el derecho a cargar armas. La nuestra, en su artículo 2°, establece que son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional.

Ahora dispone también el porcentaje que un cotizante puede retirar de sus fondos de ahorro previsional en una AFP. La de Brasil dispone, por ejemplo, que “las tasas de interés máximas que se pueden cobrar, no podrán ser superiores al 12% anual”, por lo que el cobro por encima de este límite será considerado como delito, según la Constitución brasilera. No hay, entonces, un orden normativo que establezca el catálogo de cuestiones que deben y las que no deben estar en una Constitución. Hay una tradición, pero estaremos muy probablemente ante una hoja en blanco, lo que permite también desentenderse de esa tradición o al menos preguntarse qué de ella queremos mantener y qué cambiar.

Para orientarnos en este mar de lo infinito, me parece que la divisa esencial, la premisa fundante y lo que quisiera proponer antes de cualquier discusión de contenido, consiste en entender que la Constitución tiene el mismo valor vinculante que cualquier otra norma jurídica. No obliga ni más ni menos que un tratado internacional, que una ley, que un decreto supremo o que una sentencia. Su peculiaridad no está en la obligatoriedad o en lo que puede disponer. En cambio, su rasgo distintivo es su forma. La Constitución se define por ser aquella fuente formal o continente de normas jurídicas de más difícil modificación. Si la democracia estipula que, por ser todas las personas iguales en dignidad y derechos, las reglas de convivencia deben resolverse deliberan-

do y luego por mayorías en los órganos representativos, la Constitución es, por definición, el conjunto de aquellas reglas que no son disponibles para la mayoría. La Constitución contiene las reglas acerca del modo en que se hace el resto de las reglas; es decir, las normas acerca de cómo se configuran los poderes públicos y cómo, y dentro de qué límites, pueden ejercer su poder. La Constitución es entonces, ante todo, un texto que regula la titularidad y el ejercicio del poder político.

Esto hace que las Constituciones reciban con propiedad el apellido de políticas. No debiéramos olvidarlo. Las Constituciones por definición no están llamadas a determinar un modelo social o económico, tampoco las bases del sistema de negociación colectiva, de salud o de pensiones. Eso es, a mi juicio, un agregado que introdujo con fuerza la Constitución del 80 y que ahora podría mantenerse y ahondarse, aunque con signo ideológico diverso.

Dejemos ese debate de lado por un minuto y volvamos a preguntarnos por aquello que no puede estar ausente en una Constitución. Lo que la Constitución no puede dejar de hacer es constituir el poder político. Definir quién manda, cómo manda y con qué límites manda o lo que es lo mismo, quién y cómo puede válidamente elaborar reglas jurídicas dentro del Estado (cómo se forman las leyes, quién y cómo puede dictar decretos, quién y cómo puede dictar una senten-

cia). Si el sistema es democrático, lo primero que debe contener una Constitución es el cuerpo electoral, o sea el pueblo que puede elegir a los representantes -de allí la indispensable necesidad de los capítulos de nacionalidad, ciudadanía y sistema electoral-. Las reglas acerca de cómo se constituye cada poder dentro del Estado, los requisitos para ocupar cada cargo público, la competencia o poder relativo de cada función, las causales de destitución o de cesación en el cargo. Son todas reglas que no pueden faltar en una Constitución del poder político. Si esas reglas estuvieran a disposición de las mayorías, no sería posible saber de antemano cómo y dentro de qué esfera de competencia podrían mandar cada uno de los poderes del Estado o las mayorías dentro de ellas. Podrían, por ejemplo, debatirse de manera distinta las leyes cada vez que se debatieran, lo que provocaría un conflicto permanente entre mayorías y minorías o entre aquellos y el Presidente acerca de las atribuciones de cada quien en la formación de la ley. En las democracias son las mayorías las que mandan, pero las reglas acerca del poder de cada cual y el modo y límites del poder de las mayorías, debe ser indispensable para ellas. La democracia es constitucional o no puede llegar a ser.

La Constitución fija entonces, las reglas que son precondition de la democracia. Me parece que esa es su definición esencial y a mi juicio comete errores -por eso he propuesto más la goma que el lápiz- para la

democracia cada vez que pretende ir mucho más allá de aquello, para encaminarse a definir aquello que debe quedar librado a la mayoría. Un signo de que la democracia anda bien es que ella debate modelos o políticas dentro de las reglas constitucionales y no acerca de las reglas constitucionales. El debate constante acerca de estas es una señal de crisis de la institucionalidad democrática.

En el caso chileno, a mi juicio, resulta preocupante el intenso debate constitucional con muy pocas propuestas o proposiciones acerca de los males de esta arquitectura del poder y que me parece que es lo primero que una Constitución define. Tras los impulsos de reforma o cambio constitucional no parecen haber ideas o fuerzas dominantes que generen consenso acerca de los defectos en la forma de constituirse el poder político y de las alternativas posibles y recomendables. Entrar en la arquitectura del poder es entrar a la sala de máquinas de la democracia. Aquí se define, entre otros, el régimen político -esto es la manera que se conforman y relacionan el poder ejecutivo y el legislativo- el grado de intensidad de la descentralización territorial, los modos de control o de sujeción del ejercicio del poder a las reglas preestablecidas.

Dejo enunciado este primer gran capítulo de la Constitución y quisiera proponer seis

principios, sin entrar a definiciones todavía, sobre el régimen político, descentralización y otras cosas. Son 6 importantes principios para tener presentes a la hora de rediseñar esta sala de máquinas del poder.

1. Parte esencial de esta arquitectura radica en el sistema electoral, no cualquier **sistema electoral** convive con cualquier sistema político.

2. Me parece a mí que la clave es **combinar bien gobernabilidad y representatividad**. No es fácil, pero los sistemas electorales más representativos suelen dificultar la formación de coaliciones estables y disciplinadas, mientras los minoritarios hacen más difícil la representatividad. De los 2 males padece nuestro sistema político.

3. Competencias claras. Cualquiera sea la forma en que se constituya la distribución del poder, las habituales diferencias políticas devienen en crisis cuando la competencia de cada cual es difusa y puede entrar en conflicto con la de otro poder. Diría que, de mantenerse el sistema presidencial -nuestra tradición constitucional ha logrado ese objetivo en grados razonables, salvo por la última reforma en materia de autoridades regionales que augura todo tipo de conflictos- no debiera omitirse el arbitraje de esos eventuales conflictos. En este sentido, el desprestigio del Tribunal Constitucional resulta muy preocupante, pues esa es la sede natural donde radicar los conflictos de competencia entre los órganos del Estado.

4. Ojo con las respuestas sobresimplificadas. Suele decirse, por ejemplo, que los sistemas presidenciales no funcionan si el Presidente no tiene mayoría en el Congreso. Es el infierno seguro, auguraba en una columna reciente en El Mercurio, mi amigo, Genaro Arriagada. Pero Chile experimentó 25 o más años de Presidentes sin mayoría en el Congreso y el país gozó de gobernabilidad y disfrutó de las libertades y goce progresivo de derechos económicos y sociales. El genio constitucional no consiste tanto en escoger éste o aquel modelo de régimen político, sino más bien hacerlo con coherencia y adaptarlo a la realidad del quehacer político nacional.

5. Transparencia y participación. Institucionalizarlas bien me parece clave para que el ejercicio del poder goce de legitimidad. Nuestro sistema político está desafiado y se juega su estabilidad en lograr que las demandas sectoriales (las étnicas y las llamadas ciudadanas), vuelvan a plantearse en los centros de poder institucionales.

6. Me parece que **estaremos en problemas si la Convención Constituyente no alcanza**, en esto de la arquitectura del poder, **una fórmula consensuada y bien pensada**, o no logra que las fuerzas políticas, y después la ciudadanía, acepten ese esquema como legítimo, para dirimir las subsecuentes e inevitables diferencias en materia de modelos sociales o económicos o de políticas públicas que vamos a tener como cualquier país las tiene.

Si la Convención no alcanza este objetivo, el debate constitucional continuará, las diferencias se amplificarán, se harán críticas y muy difíciles de resolver, si el procedimiento para adoptar las decisiones colectivas resulta cuestionado frente a cada decisión.

Dejo la arquitectura del poder atrás y voy a los derechos.

Los derechos tradicionales han convivido bien con las Constituciones. La primera ola de derechos, los llamados civiles y políticos, tratan de libertades que exigen que el poder se abstenga. En calidad de prohibiciones, resultan perfectamente armónicos con la idea de Constitución que he delineado, porque se erigen como límites del poder, como barreras infranqueables, como un coto vedado de la persona frente al poder político. La libertad religiosa prohíbe interferir con la práctica de cultos; la de expresión impide la censura previa; el derecho de propiedad, la privación de ésta sin previo pago del valor comercial y así sucesivamente. No creo que en esto vaya a haber gran dificultad ni quiebre con la tradición constitucional chilena.

Distinto, me parece, el caso de los llamados derechos económicos sociales. En Iberoamérica ha cundido la idea de que ellos no alcanzan la jerarquía que merecen si no son incorporados a la Constitución con iguales características que los derechos civiles y políticos. Se critica que su no incorporación correspondería a una visión

neoliberal o individualista que no valora la igualdad. Una vez que se instala culturalmente esa noción, y que a mí me parece que ya está instalada en Chile, enfrentamos un problema institucional bastante serio. El problema surge, porque a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos sociales son derechos de prestación y no de abstención estatal. No se satisfacen con la inactividad, sino que con la actividad del Estado. Su goce efectivo requiere de políticas públicas que necesitan de un diseño complejo y, generalmente, del uso de cuantiosos recursos públicos que se asignan a necesidades rivales. El problema es que en cuanto la Constitución los asegura propiamente como derechos, resulta muy difícil privarlos de acción judicial para reclamarlos.

Ello llama a la intervención judicial en un área donde los jueces no son aptos. No son aptos, primero, **porque sus decisiones son particulares**, los jueces no rediseñan ni podrían rediseñar toda la política pública, sino que la invalidan parcialmente. Por ejemplo, en el caso del alza de los planes de salud de las Isapres, las decisiones judiciales se limitan a favorecer a algunos en desmedro de otros que siguen pagando, ahora no sólo el costo de las prestaciones de salud, sino también la judicialización y el estancamiento del alza de planes de otros. Soy crítico de los cobros y sus alzas, pero no me parece que los jueces tengan el remedio, el que requiere de nuevas políticas públicas y no de

invalidaciones. El resultado de la intervención judicial es típicamente desordenador de la política pública y regresivo (favorece a los más litigantes que típicamente son personas con más poder).

Segundo, **porque alteran las prioridades** de las políticas públicas sin una mirada global a los efectos secundarios o indeseados. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones en materia de fármacos o de tratamientos para enfermos en peligro de muerte que dispensa la 3ra Sala de nuestra Corte Suprema, que ciertamente logra favorecer a quienes recurren, pero naturalmente y frente a presupuestos acotados, postergan a otros pacientes a quienes la política pública había prometido prestaciones y que permanecen en calidad de invisibles.

Tercero, me parece que esto trae problemas a la democracia, porque **los jueces adoptan decisiones definitivas sin tener responsabilidad política.**

Existen múltiples modelos para evitar la judicialización de las políticas públicas y la consiguiente politización del poder judicial. La Constitución de EE.UU. no incorpora los derechos económicos sociales; la alemana, tan sólo grandes principios que los jueces constitucionales han usado con enorme deferencia hacia los poderes electos. La Constitución española distingue entre derechos propiamente tales, que son los civiles y políticos y, en un capítulo aparte reconoce los "principios rectores de la política social

y económica", donde establece el deber de los poderes públicos de asegurar los derechos económicos sociales cuidándose de agregar, sin embargo, en su artículo 53/3 que "sólo podrán ser alegados ante las jurisdicciones ordinarias de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen". Es decir, establece los derechos, pero la forma en que se aseguran es competencia de los poderes políticos. La Constitución suiza, por citar una más reciente, los establece como objetivos estatales y no como derechos reclamables ante la judicatura, precisando que "no pueden deducirse directamente de estos objetivos sociales, derechos subjetivos a prestaciones del Estado". Ese es el panorama europeo.

Varios países anglosajones, cuyos poderes judiciales gozan de enorme prestigio, han ensayado fórmulas, más bien, dialógicas en las cuales las Cortes Superiores pueden obligar al legislador a reconsiderar una ley o un programa social y justificar públicamente su conformidad con los derechos fundamentales, pero sin invalidarlas y menos disponiendo de la última palabra acerca de cómo debe quedar esa política social.

Es una peculiaridad iberoamericana esto de instituir los derechos económicos sociales como derechos constitucionales igualmente reclamables ante la jurisdicción de los civiles y de los políticos. No se trata sólo de las llamadas "constituciones bolivarianas", porque también han seguido este modelo Colombia y Brasil y creo que hay una fuerte

presión para que así se haga en Chile. A mi juicio, esto no asegura el goce de los derechos económicos sociales, que más bien deben conquistarse en el área de la política, y debilita la democracia.

La Constitución, a mi juicio, no necesita ser el lugar para resolver las diferencias entre neoliberales y socialdemócratas. Estas son diferencias políticas legítimas que no se zanján de una vez con los argumentos morales y la estabilidad que se espera de una carta fundamental.

La Constitución debiera, creo yo, dejar que esos programas se alternen libremente al son de las mayorías que suelen etiquetarse despectivamente como ocasionales (como si pudiere haber otras). Así, los contendientes deberán ir al debate político público y no a los tribunales para ganar sus propuestas. No habrá Constitución de todos si unos y otros pretenden poner su ideología constitucional en estas materias, como creo ocurrió con la Constitución del 80.

Para liberar a la Constitución de este peso, de esta carga y de esta potencial "permanente crisis", los neoliberales debieran renunciar a su idea de mantener la consagración constitucional de la subsidiariedad, mientras que los socialdemócratas y socialistas debiéramos renunciar a consagrar nuestro modelo o pacto social en la Constitución; la que, a mi juicio y dentro de límites razonables, debiera ser neutra, dejando la

resolución de modelos económico sociales a la política y a sus ocasionales mayorías. Las fuerzas políticas deberán calcular si prefieren tener o no una Constitución más neutra, pero más legitimada, inclusiva y estable. Yo al menos, soy partidario, en materia de modelos, de entrarle a la Constitución más con una goma, que con un lápiz.

Por las mismas razones que he expuesto, soy partidario de ser particularmente escueto y sobrio en materia de principios constitucionales. La apelación al bien común o las declaraciones de que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, me parecen tan vagas, tan abiertas en su contenido, que sólo sirven finalmente a los jueces para terminar imponiendo a las mayorías, sus propias concepciones de familia o de bien común, de cuyo contenido legítimamente diferimos. Debiéramos simplemente seguir debatiendo esto en la política más ordinaria."

II. SEGUNDA CHARLA: “EL PLEBISCITO A LA CANCHA”

II.1 JAVIERA PARADA

“Voy a comenzar leyendo un párrafo de un libro que fue editado el año 2011 y que se llama “El Chile que se viene: ideas, miradas, perspectivas y sueños para el año 2030”. Lo editó Ricardo Lagos Escobar y Óscar Landerretche y hay varios capítulos, entre ellos, uno escrito por el profesor Jorge Contesse que se llama “El permanente desafío constitucional, reconocimiento de pueblos indígenas y derechos colectivos”. El párrafo señala lo siguiente:

“Chile no tiene una Constitución, tenemos un texto elaborado entre cuatro paredes dictado como decreto ley que ha sido reformado decenas de veces, pero que aún dista de ser una genuina Constitución. Carecemos de un pacto que podamos creer sea de naturaleza social, un acuerdo en el que una comunidad política se constituye con sus consensos y sus desacuerdos, sus culturas diversas y sus aspiraciones homogeneizantes. No tenemos un texto que dé origen a una práctica que fija reglas del juego que todos podemos aceptar por el hecho de constituirnos en ellas, aun cuando no estemos del todo sintonizados con sus cláusulas y con los resultados que procesos de decisión constitucional arrojen.”

Preparando esta presentación, he recordado varios textos que leí los años 2012 y 2013, cuando participé de la campaña “Marca Tu Voto”. Me acordaba de este texto porque es bien impresionante leerlo, sobre todo en

una época donde hemos visto el recrudecimiento de la violencia en la región de La Araucanía y el conflicto del Estado chileno con el pueblo mapuche que lleva decenas de años, siglos, sin resolverse. Uno lee este capítulo ahora y sigue teniendo la misma vigencia que en 2011. Debemos preguntarnos por qué. ¿Qué hace que pase el tiempo y sigamos enfrentados a los mismos problemas?

Hoy, a 40 años de haberse dictado la actual Constitución, podemos reconocer varios momentos constitucionales donde se hicieron reformas a ese primer texto y se podría decir que esas reformas fueron útiles para los períodos de tiempo que rigieron. Efectivamente, la Constitución de 1980 no es la Constitución que tenemos hoy día. El año 1989 se aprobó un conjunto de reformas muy importantes, que dan marco a los pactos para los primeros años de la transición y que sirvieron para dar estabilidad al país durante esos primeros años y hacer la transición de la dictadura a la democracia. Luego, el año 2005, el presidente Lagos vuelve a hacer una gran reforma, saca la firma del dictador Pinochet y, como sabemos, dice que ya no es la “Constitución de Pinochet”, que tenemos una nueva Constitución. Hay más de 50 modificaciones en ese momento, se han sacado varios de los llamados enclaves autoritarios que todavía continuaban, pero es curioso que hay dos cosas que no logran pasar por el Congreso: el sistema binominal y el reconocimiento de los pueblos indígenas. El 2015 se produce el cambio en

el sistema binominal. A esas alturas, en Chile ya había demasiadas demandas sociales que no estaban siendo procesadas por las instituciones políticas, las mismas que deberían transformar esas demandas en reformas políticas, para que la sociedad avanzara en la dirección que las grandes mayorías indicaban.

Los movimientos sociales por el cambio constitucional comenzaron el año 1980, inmediatamente dictada la Constitución. Pero no fue hasta bien entrada nuestra transición a la democracia que estos se convirtieron en una fuerza imposible de contener, resultando en las movilizaciones de octubre de 2019, durante estado de excepción constitucional, con millones de ciudadanos y ciudadanas en las calles. Antes de eso, ya en 2006, irrumpe el denominado "movimiento pingüino", y comenzamos a ver un desacople entre los movimientos sociales y la representación política y sus instituciones. Luego, creo que el 2011 es un momento muy importante en esta historia o construcción de este proceso constituyente –que es el mismo año en que se edita este libro que acabo de aludir– porque ese año irrumpen una serie de movimientos sociales. La primera manifestación grande es en contra de HidroAysén, en la Alameda; luego viene el masivo movimiento estudiantil y hay una serie de otros movimientos sociales, como los de la diversidad sexual, que irrumpen en el escenario.

Creo que en ese momento se comienza a

visibilizar, por un lado, la fractura entre los partidos políticos y los movimientos sociales y, por otro, que parte de estas demandas no eran simplemente sectoriales, sino que tenían que ver también con un modelo y una estructura legal que lo resguardaba, y que la sociedad parece querer cambiar. Entonces el año 2011 fuimos muchas las personas que nos dimos cuenta de que el problema de la educación, por ejemplo, tenía un origen constitucional y que, pese a todas las reformas, seguían existiendo impedimentos para hacer las reformas que nos parecían –y nos siguen pareciendo– fundamentales (por ejemplo, los quórums supra mayoritarios, la existencia de un sistema electoral binominal, entre otros).

Posteriormente, en 2013, la mayoría de las campañas presidenciales llevaban en sus programas la necesidad de nueva Constitución. En ese entonces, se armó la campaña "Marca Tu Voto", que promovía que la nueva Constitución tenía que estar hecha por una Asamblea Constituyente y que convocó a miles de compatriotas, a pesar de que tantos sugerían que la demanda era irresponsable y la campaña ilegal.

Entre el 2016 y el 2017 tuvo lugar el proceso constituyente de Michelle Bachelet, el que, a pesar de la alta participación ciudadana, estaba condenado al fracaso, dada la falta de convencimiento de la coalición gobernante. Vale la pena recordar cuánto se dijo que, de no hacerse estos cambios, sólo se

agrandaría el problema. Pero no hubo voluntad.

Y así entonces llegamos al año 2019, y al estallido social de octubre con muchas de las demandas acumuladas durante todos estos años. Entonces, lo que ocurre el 2019 en esa enorme movilización social es el resultado de todo lo que no hemos resuelto hasta ahora y de un sistema institucional que no es capaz de procesar las demandas de las mayorías. El resultado de esa incapacidad institucional es, como dije, una fractura muy profunda entre la ciudadanía y las instituciones políticas.

Vemos encuestas y estudios que nos hablan de la falta de confianza de los ciudadanos con las distintas instituciones, también con las empresas y con otras organizaciones que no forman parte del Estado: hay desconfianza y falta de legitimidad, y con eso es imposible asegurar el desarrollo de un país.

Todos estos son los antecedentes del 15 de noviembre del 2019, donde por primera vez la gran mayoría de actores políticos se ponen de acuerdo, empujados por este gigante movimiento social, para firmar el acuerdo que habilita el proceso constitucional de 2020. A esto hay que sumarle la pandemia, que nadie esperaba que ocurriera y que ha puesto aún más en evidencia las inequidades de nuestra sociedad. Pero también de un Estado que pareciera ser ineficiente, que

tiene exceso de burocracia y que se ha demorado en llegar a la gente con soluciones en estos momentos de urgencia y necesidad.

Por ello, pienso que Chile tiene una oportunidad histórica. En muchos momentos de nuestra historia hemos sido modelo de innovaciones institucionales y el mundo nos ha mirado con atención. Hemos tenido distintas experiencias, desde el proceso de la Unidad Popular -que era un intento de construir el socialismo en democracia- hasta el laboratorio neoliberal de los 80 o la recuperación de la democracia a través de un proceso democrático como el plebiscito, la Comisión Rettig o Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, y que fue modelo para muchos otros países que venían saliendo de dictaduras o de procesos de gran fractura social.

Chile nuevamente puede ser modelo para el mundo en cómo procesar una crisis social e institucional en democracia y con instrumentos que la propia institucionalidad se ha dado para encauzar la crisis. Es una enorme oportunidad y responsabilidad la que tiene nuestra generación política, para dejar de vivir en base a los traumas del pasado y poder mirar el Chile del siglo XXI, que no es el mismo Chile del año 80 ni del año 89 y tampoco el mismo del 2005. Chile es un país que tiene muchas posibilidades y una enorme diversidad cultural, geográfica, con distintos tipos de recursos, con un de-

sarrollo económico que los primeros años de la transición fue muy rápido, sacando a mucha gente de la pobreza, pero que hace años muestra signos de estancamiento y de una desigualdad que no afloja. ¿Qué nos dice ello? Que se requiere una renovación, y para eso también se requiere un nuevo Estado y sistema institucional.

Este Chile del siglo XXI, y esta generación de la que somos parte, tiene la posibilidad de discutir, en democracia y en paz, qué tipo de Estado y sociedad queremos. Si queremos continuar con un Estado subsidiario o queremos tener un Estado que asegure más derechos sociales; si queremos mantener un Estado unitario o queremos tener un Estado plurinacional como existe en países como Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos. Hoy día Chile es un país absolutamente centralizado y estamos perdiendo recursos, capacidades de las regiones y por lo tanto, es pertinente tener la discusión de cuáles van a ser las atribuciones de los gobiernos regionales y de los municipios, que durante el estallido y la pandemia han cobrado tanta relevancia. ¿Qué se va a hacer con el sistema tributario? ¿Vamos a seguir cobrando todos los tributos centralizada-mente y desde la capital se van a distribuir?

Sobre el régimen de gobierno, ¿queremos un régimen presidencialista o queremos darle mayores atribuciones al Congreso? Creo que el presidencialismo aumentado funcionó en su momento, pero hoy día tenemos mucha más diversidad política y esa

diversidad, gracias a la reforma del sistema electoral, está en el Congreso, pero claramente las coaliciones políticas durante los últimos cuatro gobiernos han tenido un problema de desacople entre los partidos, el Congreso y el Gobierno. Recuerden que en el primer gobierno de Michelle Bachelet aparecieron los llamados "discolos"; en el primer Gobierno de Sebastian Piñera también hubo problemas entre la coalición y el Presidente; la Nueva Mayoría parecía ingobernable, y durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera han sido evidentes los problemas entre la coalición y el Poder Ejecutivo.

Creo que esto no es simplemente un problema de conducción política ni de la personalidad de los presidentes y ministros, sino que hay un sistema político que se ha ido reformando por partes y que no tiene la suficiente coherencia para dar gobernabilidad. Entonces, lo que hace un proceso constituyente es invitarnos a que tengamos esa discusión. Hoy día tenemos la posibilidad de tener todas estas discusiones. Es nuestro deber no desperdiciarla.

Efectivamente, la pandemia le pone algunas exigencias nuevas a este proceso, pero en el mundo hay planificadas ciento cincuenta elecciones este año 2020, y al 1º de julio ya se habían celebrado cincuenta y cinco de éstas. Hubo elecciones durante la pandemia en Perú, Irlanda, Alemania, Camerún; o sea, la democracia, a pesar de esta crisis sanitaria, sigue funcionando. El plebis-

cito se debe hacer con todos los cuidados, las normas de sanidad y muchas campañas comunicacionales, porque efectivamente no estamos en tiempos normales.

Estoy convencida que para estos tiempos de polarización, de falta de confianza de la ciudadanía con sus instituciones, de noticias falsas, de excesiva concentración del poder político y de vulneración de muchos derechos democráticos, la mejor solución es más y mejor democracia. Hoy día los chilenos y chilenas tenemos la posibilidad de iniciar este camino que, una vez terminado, nos va a permitir construir juntos el futuro, con una Constitución que será fruto del acuerdo y que nos dará las certezas necesarias para seguir desarrollándonos como personas y como sociedad”.

II.II ERNESTO SILVA

“Javiera me inspiró a leer también una cita y déjenme compartirla con ustedes brevemente:

“Hoy 17 de septiembre firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile. Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional. Hoy nos reunimos inspirados en el mismo espíritu de 1833 y 1925, darle a Chile y a los chilenos una Constitución que nos abra paso al siglo XXI. Este es un logro de todos los chilenos, de los gobiernos

que hemos tenido, de sus legisladores, de los partidos de gobierno y oposición, de los trabajadores y los emprendedores, de la mujer chilena, de periodistas fieles a su ética de informar, de las instituciones civiles y armadas, de las fuerzas morales, religiosas, académicas y creativas de Chile entero. Esto nos aventura a una patria más grande, más unida, más prestigiosa y reconocida en el mundo”.

Estas palabras tienen sólo quince años y son del Presidente Ricardo Lagos Escobar. Un Presidente del Partido Socialista, de la socialdemocracia y que creo dio una conducción al país en un momento difícil. En los últimos meses, el Presidente Lagos consultado sobre esto, ha señalado que la derecha “lo dejó avanzar hasta ciertos límites”, pero creo que la elocuencia de sus palabras, la energía de su texto muestra que hace muy poco tiempo en Chile se habían dado pasos entre todos para ir construyendo los avances de un país que día a día se tiene que ir construyendo mejor. Y sobre ese país que hemos construido todos, es como yo creo que hay que seguir avanzando. Ese país que ha ido dando pasos y que los tiene que dar más rápido (mucho más rápido) es donde creo que hay que mejorar.

Para abrir la conversación, algunas reflexiones.

1.- ¿Por qué estamos en este proceso? Yo creo que Chile está en este proceso en parte porque necesita cambios profundos. No hay que tenerle miedo al cambio. ¿Cuáles son esos cambios? ¿Cuál es la dirección de esos cambios? ¿Cuál es la prioridad? En

mi opinión, no es el camino de una nueva Constitución la que va a acelerar los cambios más importantes en beneficio de las personas. Es ahí donde entiendo, están las principales discrepancias. Déjenme decir con mucha fuerza que yo estoy convencido que Chile necesita cambios y estos necesitan ser liderados y empujados hacia el futuro, pero los cambios no son sinónimo de nueva Constitución.

2.- Mi segunda reflexión es compartir **cómo progresan los países**. Los países progresan con capacidad para dialogar, de respetarse, sin violencia, en ambientes de paz, de tolerancia y miradas distintas y en pasos que permiten ir avanzando hacia el futuro, reconociendo lo que se ha hecho. La experiencia muestra, en general, que los países que más progreso tienen, la mayoría tiene Constituciones de larga historia, han ido mejorando, progresando, se han ido adaptando. Ahora bien, a veces los países se atascan o detienen, que es lo que yo creo que sienten y sentimos muchos chilenos, legítimamente. La pregunta para plantearse es por qué. En parte, porque el sistema político no es capaz de cooperar ni de construir ni de buscar acuerdos que permiten resolver los problemas que hoy día duelen.

3.- Y así con mi tercera reflexión, que creo que la gran necesidad de cambio hoy día en Chile tiene que ver con los **dolores de la clase media**. Yo comparto lo que decía Javiera en esto. La necesidad de abordar

temas de pensiones, de elegir un buen sistema de representación política, creo que el que tenemos en términos de sistema electoral es malo y cuando fui diputado me opuse a ese cambio. Hemos ganado en representatividad, pero hemos perdido en conversación. Hay una atomización, una fragmentación, una polarización que ha hecho que los que tienen que sentarse para llegar a acuerdos, hoy día estén más lejos. Las prioridades de la clase media, que están dadas principalmente en un trato con mayor dignidad, en sus pensiones, en contar con espacios públicos de calidad, en los servicios que presta un Estado que se ha ido quedando atrás, no han encontrado respuestas claras por parte de la política y se han quedado entrampadas en una política que no avanza. Pienso que no es la Constitución el problema, sino una combinación entre el sistema electoral, la dinámica de los partidos, la falta de diálogo y de liderazgos y la incapacidad también del Estado y del sector privado de poder responder más rápido a dolores muy concretos y también a esperanzas de largo plazo.

4.- Mi cuarto punto, que está conectado con eso, tiene que ver con el **clima político**. Octubre y noviembre nos hablaron de una necesidad de reflexionar todos juntos, pero marcaron también momentos de violencia inaceptables. De hecho, si ustedes miran el acuerdo que dio origen al proceso constituyente, se llama "Acuerdo por la paz y la nueva Constitución". Es tan fuerte que en su

encabezado dice que los partidos acuerdan buscar una salida institucional a la crisis que se estaba viviendo, o sea, lo opuesto a eso era un quiebre. Hoy día veo con preocupación que el clima político no es un clima de conversación, no es un clima de acuerdos y creo que eso es muy negativo si vamos a entregarle a los políticos el definir una nueva Constitución para los próximos años. En estas condiciones, el inicio de una nueva Constitución hace difícil, a mi juicio, un proceso que se proyecte hacia el futuro.

5.- La siguiente reflexión tiene que ver con **mi voto por el rechazo**. Yo soy parte de una centroderecha que tiene distintas miradas. Hay algunas personas que están por el rechazo, otras que están por el apruebo y creo que es el reflejo de una sociedad diversa, que tiene que poder conversar con otras miradas. En este punto, uno de los temas que quiero levantar con mucha fuerza en esta conversación y en parte tiene más foco en el plebiscito, es la legitimidad de las dos opciones. Es igual de legítimo estar por el apruebo que estar por el rechazo. Sin embargo, yo no creo que exista igual valoración, respeto y aceptación de esas dos legítimas opciones. Yo quiero reivindicarlas, como un tema central que permita la conversación, argumentación, explicación. Como dije, hay una centroderecha con distintas miradas, pero mi opción es el rechazo porque creo que hay que liderar cambios, pero priorizando aquellos más conectados con la clase media e ir perfeccionando la

institucionalidad. Eso va a lograr hacerse cargo mejor, más rápido y con más asertividad de los dolores que tiene Chile.

Creo que este plebiscito se gatilla por un proceso constituyente, como comentó Javier y tiene dos grandes ganadores, los que están por el apruebo y el rechazo y un gran perdedor, los que están por la violencia. Los que pretendieron secuestrar la política a través del chantaje, los que siguen todavía atacando comisarías o generando hechos de violencia para tratar de presionar, los que, por ejemplo, impidieron que Ricardo Lagos Weber pudiera presentar una indicación al proyecto de ley que permitió el retiro del 10% de los fondos previsionales porque les pareció inaceptable, los que hacen de las faltas de respeto a las ideas distintas la práctica de adhesión política, los que quieren hacer de las redes sociales el espacio de la funa, esos son los perdedores, porque acá hay opciones legítimas para iniciar una etapa que puede comenzar un proceso constituyente y donde los ganadores son los que plantean sus opciones respetando las ideas de los demás, defendiendo con convicción lo propio y tratando de convencer a otros. Los perdedores son los que promueven la violencia y que querían que el sistema que existe hoy día terminara por la violencia y no fruto de la conversación.

6.- El último punto que quiero plantear, es que yo fui diputado, presidente de un partido y **soy un optimista del futuro**. Creo que

hay que mirar hacia adelante con optimismo y para eso hay que conocer bien lo que viene en el camino. Siento que, pasado el plebiscito, donde votaré por el rechazo, el foco central es construir el grupo de personas que va a participar de una eventual Convención Constituyente. Compartir desde ya ideas para ir generando una propuesta de cambios para Chile es una cuestión que entusiasma, que es desafiante y a la que hay que dedicarle mucho tiempo y pasión".

III. TERCERA CHARLA: “CONVENCIÓN CONSTITUYENTE, CONVENCIÓN MIXTA O CONGRESO CONSTITUYENTE”

III.1 PATRICIO ZAPATA

“Tengo muy claro que estas son circunstancias extraordinarias, extraordinariamente complicadas. No vivo en algún lugar aislado, inconsciente de lo que pasa con mis compatriotas. Tengo claro que enfrentamos una situación económica dramática. Como soy más o menos viejo -yo viví en los años 80- sé lo que es tener un desempleo alto, lo experimenté a través de lo que sucedía en las familias de mis compañeros de colegio. Han pasado treinta y tantos años y volver a ver la tragedia del desempleo es realmente terrible. Ver cómo emprendimientos y empresas se derrumban. Sueños de una vida. Una tragedia.

Además, es un momento difícil porque hay hechos y niveles preocupantes de violencia, algunos de los cuales se arrastran desde antes del 18 de octubre y otros que detonan con mucha fuerza a partir de esa fecha y hay algunos que hoy están apareciendo de nuevo en La Araucanía. Los debates políticos, a veces, son muy tóxicos, así que quiero decir que entiendo y no desprecio ni me burlo de las personas que se preguntan qué podemos hacer en estas circunstancias. Creo que es una preocupación legítima, no la tomo a la liviana. Me parece que es bueno ser responsables y serios, es bueno mirar los riesgos y los peligros. Todo esto es distinto a caer en el miedo o a jugar con el miedo. Cuando uno es responsable y mira los riesgos, uno trata de encontrar equilibrios, uno puede salir adelante con respuestas bue-

nas. Pero cuando uno está dominado por el miedo o está en la industria de generar miedo, probablemente las propuestas que haga no van a ser muy buenas. Estoy muy preocupado y estoy muy consciente, lo que obliga obviamente a ser muy responsable.

Dicho esto, mi impresión es que sigue siendo cierto que tenemos que tratar como país de lograr una reactivación económica pronta y una pacificación, en conjunto con trabajar en una reactivación de la legitimidad institucional, de la cohesión social y de la democracia. No creo que sea lo uno o lo otro. Si a mí me dijeran que por trabajar en la legitimidad de las instituciones o por trabajar en la cohesión social, voy a sacrificar el objetivo económico, diría que no estoy de acuerdo con eso; no estoy dispuesto a que tengamos una cesantía del 15%, 16% o 18% por los próximos 3 años y que lo que hagamos contribuya a eso. Pero tampoco creo que, en aras de esa necesaria reconstrucción económica, de esa reactivación económica y de esa pacificación, haya que poner en algún congelador, para las calendas griegas, lo que a mí me parece que es una necesidad también: reactivar la legitimidad de nuestras instituciones, la cohesión social y nuestra democracia. Si lo hacemos bien, creo que vamos a estar en mejores condiciones para recibir los otros desafíos. Justamente porque la pandemia es terrible, porque el desempleo es difícil, porque la violencia es tremendamente preocupante, creo que nos merecemos un esfuerzo en

cohesión, en unidad como país. Eso pasa por conversar mucho, tratar todos los temas y hacerlo en forma transparente y abierta.

Esa sería mi posición animica, espiritual, con la que me acerco a la pregunta que nos hace Libertad y Desarrollo: ¿Cómo hacer un proyecto de nueva Constitución?

En 70 días más, cuando votemos apruebo o rechazo, no sé si en la misma u otra pa-peleta, nos van a preguntar, en caso de que gane el apruebo, ¿Convención 100% elegida o Convención Mixta? Y yo entiendo que el foco principal hoy lo vamos a poner en eso porque ya ha habido exposiciones sobre temas generales. Primero quiero decir, en esto del "cómo", que yo me alejaría de los dogmas. Siendo muy honesto, creo que no existe una forma perfecta para hacer un proyecto constitucional, hay muchas maneras, unas mejores que otras dependiendo de los países, pero yo sospecharía de alguien que me dijera "yo te garantizo que, si hacemos esta Convención o hacemos esta otra, vamos a tener un gran proyecto constitucional". Yo creo que uno tiene que tratar de proveer seguridad, pero hay que ser bastante humilde en el sentido que uno puede decir que esta fórmula parece un poco mejor dada nuestra realidad histórica y esta otra parece un poco peor.

En lo personal, el año 2015 escribí un artículo que decía que una nueva Constitución debiera ser generada por una Convención,

incluso propuse que ella se reuniera en Talca. Haciendo un homenaje a las regiones, sin tener ninguna asociación con Talca, lo hacía pensando en dar una señal muy fuerte de descentralización. La Constitución alemana se hizo en el pueblito de Bonn, la norteamericana se hizo en Filadelfia -en esa época era un pueblito-, la mexicana en Querétaro, así que a mí me parecía interesante, simbólicamente, hacerla en Talca. En esa ocasión yo dije que el Congreso podía elegir una Convención. Así que yo no vengo hoy día a decir que me parece abominable o deleznable que diputados y senadores jueguen un papel en el proceso constituyente, a diferencia de otra gente, yo no tengo una opinión terrorífica sobre nuestro Congreso. El otro día un dirigente empresarial dijo que éste era el peor Congreso en 30 años. A mí me gustaría saber cuál es su criterio para poner nota al Congreso y de paso, preguntarle qué nota le pone al Presidente de la República. ¿Cómo se compara este Presidente con los últimos 30 años de presidentes? Volviendo al punto, yo no tengo la opinión de que el Congreso es un desastre.

Hay momentos mejores y momentos peores, hay momentos en que el debate parece un poco simple, pero he visto un Congreso que en los últimos años ha estado dando una pelea interesante por cuestiones sentidas. Han prosperado iniciativas, en los últimos meses, que estuvieron 10 o 15 años esperando ser resueltas. Algunas de esas respuestas a mí no me gustan demasiado.

Por ejemplo, no soy muy partidario de eliminar la posibilidad de reelección indefinida, pero se ha hablado de eso, de la reducción de la dieta, cosas que a mí no me fascinan. Pero yo no tengo la opinión que algunos parecen tener del Congreso. Siempre me llama la atención que algunas de esas personas que hablan pestes del Congreso, de pronto cuando llega este plebiscito, dicen como gran solución y respuesta “dejemos el Congreso, dejemos que el Congreso haga una nueva Constitución”. Bueno, pero ¿en qué quedamos? O es una porquería o es una oportunidad valiosa. Creo, en esto, haber sido coherente. Creo que el Congreso chileno, especialmente luego de haber eliminado el binominal, es un parlamento con más jóvenes, con más mujeres, un Congreso que refleja más la realidad de Chile. Por eso yo no consideraría un desastre si una nueva Constitución se hiciera por una Convención Mixta, donde tuviéramos parlamentarios, a los que nadie les regaló el escaño, nadie le regaló el escaño a Carlos Montes, ni a Felipe Kast, ni a Andrés Allamand, ni a Camila Vallejos, lo sacaron con sus votos, y si a veces algunos parlamentarios se olvidan de eso, yo por lo menos no me olvido. No voy a referirme a los parlamentarios del 1% porque eso se pudo haber resuelto si no hubiéramos tenido subpactos. Yo nunca estuve de acuerdo con tener segunda cifra repartidora. No tendríamos diputados de 1 o 2%.

Pese a que creo que el Congreso puede ser un aporte, hay buenas razones para pensar que una convención elegida espe-

cialmente para el efecto puede abordar la discusión constitucional con un mayor velo de ignorancia. ¿Por qué? Porque van a ser convencionales que no están implicados en una carrera política. Qué difícil sería para diputados y senadores discutir una Constitución, por ejemplo, para suprimir una de las dos cámaras, si resulta que están tan directamente implicados. De hecho, muchos de ellos van a ir a la reelección el próximo año, legítimamente, entonces, van a estar haciendo una Constitución nueva durante el 2021 y van a estar simultáneamente haciendo campaña para reelegirse. Van a estar haciendo una Constitución que dibuja los contornos del Congreso, qué facultades tiene, qué habilidades tiene, cuando ellos van a querer seguir siendo parlamentarios.

Hay mucho trabajo legislativo para el 2021. A mí me parece que pensar que la mitad de la Convención es formada por parlamentarios y parlamentarios que van a dedicar 1/3 de su tiempo a legislar sobre previsión, temas procesales, temas laborales; 1/3 del tiempo haciendo una nueva Constitución y a partir de julio, seamos sinceros, 1/3 del tiempo haciendo campaña. Si lo que nos preocupa es el riesgo del populismo, probablemente los menos expuestos a esa tentación son ciudadanos que han sido elegidos para una tarea concreta, inhabilitados para postular después a un cargo político en el año siguiente y que vuelven, luego de hacer ese aporte, a sus vidas.

Déjenme decir que a mí me gusta que esa

Convención 100% elegida, sea también 100% paritaria. Es otro tema opinable, se pueden discutir las ventajas y las desventajas de una Convención paritaria y va a ser difícil que se logre la paridad en ese otro 50% de parlamentarios, se puede conseguir, pero va a ser difícil porque no tenemos 100 parlamentarias mujeres y 100 parlamentarios hombres, tenemos 45 parlamentarias mujeres y 153 parlamentarios hombres. Entonces, yo no he hecho la matemática, pero creo que van a necesitar un experto en trigonometría para calzar en esa mitad de la Convención, la necesidad de representar a las distintas fuerzas políticas y tener algo parecido a la paridad. No he hecho el cálculo, pero me parece que no va a ser posible.

Así que creo que hay buenas razones para tener una Convención 100% elegida, pero repito y quiero volver a decirlo, yo en esto no me acerco al problema con una aproximación de blancos y negros. Mi espíritu, mi ánimo no es de voluntarista, creo que se puede, tenemos las reservas morales como país, hemos estado en otra época en momentos difíciles. Hay veces que uno no puede elegir la circunstancia, las circunstancias te llegan y lo que tienes que decidir es si vas a salir a enfrentar las circunstancias o vas a esconder la cabeza".

III.II CONSTANZA HUBE

"Me voy a tomar la libertad, antes de entrar a la cancha de lo que se nos pregunta ¿Convención Constitucional, Convención Mixta

Constitucional o Congreso Constituyente?, de efectuar dos reflexiones a modo de contexto que pueden ser importantes desde mi punto de vista.

La primera reflexión tiene que ver con el escenario en que se da el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, que antecede la reforma constitucional que establece el itinerario constituyente. Nos encontrábamos en un contexto de extrema violencia desde el 18 de octubre del año pasado, luego de diversas manifestaciones y protestas ocurridas a propósito del alza de \$30 pesos del pasaje del Metro. Los violentos hechos del 18 de octubre fueron seguidos por una marcha multitudinaria y pacífica en la que se plantearon distintas demandas y hago hincapié en ese punto: no había una orgánica que la condujera y tampoco un programa ideológico. Mi reflexión está en que la nueva Constitución no fue la demanda que se planteó en esa marcha multitudinaria, sino que fue algo que se instaló con posterioridad. Me parece que es importante tener en cuenta ese contexto.

En este sentido, me parece interesante la reflexión que hace el rector de la Universidad Diego Portales, Carlos Peña, en un libro que me imagino muchos de ustedes han leído, "Pensar el malestar". Lo voy a citar brevemente: "la fuerza emocional del momento y la diversidad de quejas y demandas encontró de pronto un sentido, pero es obvio que la gente no se movilizó para

lograr un cambio constitucional -apenas 18 meses antes no endosaron esa demanda y la mayoría ahora indignada en vez de votar, prefirió quedarse en su casa-, sino que esto último fue una adscripción posterior que acabó confiriendo sentido a la protesta. Que existan razones normativas para el cambio constitucional, es una cosa, pero que ella sea la causa de la protesta, es otra muy distinta".

¿Qué quiero decir con eso? Que se instaló que la Constitución es la madre de todos los problemas o la causa de todos ellos, pero esa instalación se hizo con posterioridad a este estallido de violencia y no fue tema de discusión las semanas de octubre, sino más bien fue un tema que se fue instalando con posterioridad, con el objetivo de darle un cierto sentido, no a la violencia, sino a distintas demandas pacíficas y completamente legítimas. Esto, obviamente, lo digo en el contexto de octubre, porque por supuesto que el tema constitucional ha sido tema con anterioridad. No se puede desconocer el proceso constituyente que inició la Presidenta Bachelet, en que el presidente del Consejo de Observadores fue, precisamente, Patricio Zapata, y terminó todo esto en un proyecto de nueva Constitución que fue presentado al Congreso y que no tuvo discusión. Pero mi punto en este sentido no es desmerecer el Acuerdo, sino ponerlo en el contexto en el cual estábamos. El Acuerdo buscó encauzar institucionalmente una situación grave que teníamos en ese mo-

mento y que básicamente evitó un quiebre institucional.

El mayor mérito que tuvo el Acuerdo es que se logró en el Congreso y por medio de los partidos con representación parlamentaria, excluyendo al Partido Comunista y gran parte del Frente Amplio, pero se logra con el consenso de un amplio espectro político y me parece que ese es un punto positivo que hay que destacar. Sin embargo, también me parece que es importante tener en cuenta este punto en relación con el contexto.

Una segunda reflexión tiene que ver con el tema que estamos discutiendo hoy día, relativa a la pregunta sobre Convención Constitucional o Convención Mixta Constitucional, y que se plantea en la segunda papeleta. Yo soy de las personas que les habría gustado una tercera vía, una tercera alternativa, una tercera opción. ¿Qué quiere decir esto? El Acuerdo del 14 de noviembre, o 15 de noviembre en la madrugada, le entregó a la ciudadanía una opción que es binaria: ¿Usted quiere una nueva Constitución? Apruebo o rechazo. El apruebo es el equivalente a "sí, quiero una nueva Constitución", quiero algo completamente nuevo, "partir de cero", y el rechazo es "quiero dejar todo como está", no quiero cambiar nada. A mí me habría gustado tener una tercera opción que nos permitiera a los ciudadanos poder elegir una alternativa vía reforma constitucional y vía Congreso Constituyente que puede ser este Congreso o el Congreso

que será elegido el próximo año. ¿Por qué? porque me parece que una de las grandes ventajas del Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución es que se logró en el Congreso, integrado por el amplio espectro político y solamente excluyendo a gran parte del Frente Amplio y el Partido Comunista. Nos guste o no nos guste el Congreso que tenemos, nos guste o no nos gusten los parlamentarios que tenemos, es legítimo y fue legítimamente electo y, por lo demás, fue electo por un nuevo sistema electoral proporcional. Entonces, me parece que precisamente una de las grandes críticas que se le hacía al sistema electoral anterior -sistema binominal, que era un sistema electoral proporcional, pero con efectos mayoritarios- es que era poco representativo. Se ganaba en gobernabilidad, pero se sacrificaba representatividad. ¿Qué es lo que se buscó con el sistema electoral nuevo? Ganar en representatividad. Entonces, me parece bien curioso -en el contexto que se trata de un Congreso legítimo, con parlamentarios elegidos legítimamente, con nuevo sistema electoral- que algunos parlamentarios que ingresaron al Congreso precisamente gracias a ese sistema electoral se hayan declarado como ilegítimos en algún momento para discutir una reforma constitucional o para eventualmente discutir una nueva Constitución. Hubo diputados que durante este período no se consideraron legítimos después de haber transcurrido sólo meses desde que asumieron para llevar adelante una reforma constitucional o para discutir una eventual

nueva Constitución, haciendo prácticamente una renuncia de sus funciones y deberes. El hecho de renunciar o desconocer la legitimidad que precisamente tienen gracias a que fueron elegidos legítimamente, no sólo me parece un poco curioso y contradictorio, sino también riesgoso.

Ahora vamos a la cancha: ¿Convención Mixta, Convención Constitucional o Congreso Constituyente? La segunda papeleta tiene estas dos alternativas: la Convención Constitucional con miembros electos especialmente al efecto en su totalidad (155) o la Convención Mixta (172) con la mitad integrada por parlamentarios y la mitad con miembros electos especialmente al efecto. Me gustaría señalar que mi voto, en la primera pregunta, si quiero o no una nueva Constitución, lo tuve decidido desde el principio. Respecto a la segunda pregunta, la verdad es que lo reflexioné bastante más y por eso me gustaría destacar las ventajas de una u otra alternativa.

La Convención Constitucional, es decir la convención completamente electa, tiene ciertas ventajas. Una de esas ventajas, desde el punto de vista de la elección, se concentra específicamente en propuestas constitucionales y no en programas políticos generales. Me refiero con esto a que la campaña está dirigida a temas constitucionales y no a programas más bien amplios y una segunda razón, más bien práctica, es que no distrae a los parlamentarios de sus

labores habituales. El Congreso se dedica a lo propio del Congreso y la Convención Constitucional se dedica a lo de la Convención Constitucional, lo que tiene ventajas prácticas de funcionamiento.

Por otra parte, la Convención Mixta Constitucional, es decir aquel órgano integrado por parlamentarios (diputados y senadores) y por miembros electos especialmente al efecto, tiene también sus ventajas. Me parece que las grandes ventajas son las siguientes, y que tienen que ver con lo que señalábamos antes con relación a la legitimidad, con el fortalecimiento de la institucionalidad, con el fortalecimiento del Congreso. Fortalece la institucionalidad, a mi juicio, el reconocerle un rol al Congreso Nacional en la decisión constituyente. Favorece también los acuerdos, a partir de lógicas de deliberación y consensos que son propias del poder legislativo. Se va a requerir de mucha voluntad para llegar a acuerdos en el caso de ganar el apurbo para poder llegar a un texto razonable en la constituyente. Además, me parece que reduce la probabilidad de conflicto que puede haber entre el Congreso y la Convención Constituyente. No van a estar como dos cajas separadas, generando una suerte de lucha de poder, sino que vamos a tener una parte de los parlamentarios que van a estar en el Congreso y que también van a estar en la Convención Constitucional.

Con esto me tiendo a inclinar hacia la Convención Mixta Constitucional. Me parece que los propios parlamentarios que plantearon esta opción en la segunda papeleta lo hicieron en el Acuerdo para que precisamente diputados y senadores integraran esa Convención, no en su totalidad, pero sí al menos una parte, y no solamente de una

cámara, sino de ambas. Me parece acertada una composición mixta en cuanto que sean diputados y senadores, pero además miembros electos especialmente al efecto. Me gusta y me parece que van a tener distintas miradas tanto del orden jurídico político vigente actual, como de lo que se pueda elegir con posterioridad. Esta suerte de lucha de poder que eventualmente se puede dar, me parece que se podría disminuir si encauzamos hacia una Convención Mixta y no hacia una Convención Constitucional especialmente al efecto. Es importante que la ciudadanía tenga claro que esa Convención Constitucional que va a ser electa especialmente al efecto, se va a elegir por el mismo sistema electoral que se elige a la Cámara de Diputados, la lógica de las listas va a ser la misma, por lo tanto, no va a ser algo muy diferente a lo que existe en la Cámara de Diputados actualmente. En ese sentido, me parece que la Convención Mixta puede darle un cierto valor agregado.

Como reflexión final, creo que muchas veces el lenguaje construye realidades y en ese contexto, me parece muy peligroso instalar esta idea de hacer todo nuevo y que la institucionalidad vigente es ilegítima. Creo que la composición mixta, en ese sentido, puede colaborar a evitar esa lógica de creer que todo lo que tenemos hoy día es ilegítimo, porque eso no es cierto. Lo que no se nos puede olvidar, como profesores de derecho constitucional, es que en un Estado de Derecho, donde gobernantes y gobernados nos sujetamos a las mismas reglas, en un gobierno de las leyes, la legitimidad no la entrega una encuesta, ni un sondeo de opinión, ni un concurso de popularidad, la entrega las elecciones democráticas y las reglas vigentes".

IV. CUARTA CHARLA “LAS INCERTIDUMBRES QUE ENCIERRA EL PROCESO CONSTITUYENTE Y LA EVENTUAL NUEVA CONSTITUCIÓN: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA”

IV.I ENRIQUE NAVARRO

“La Constitución Política de 1980 (“CPR”) ha tenido importantes reformas, cuestión que resulta fundamental conocer. Principalmente, la reforma de 1989, que fue pactada entre los militares y la oposición política y que permitió la transición pacífica a la democracia. En esa reforma se incorporó el respeto íntegro a los tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo un mandato que el Estado debe cumplir a través de sus distintas instituciones legislativas, administrativas y judiciales. Además, se estableció una transición de cuatro años para el primer período presidencial en democracia y también reformas a las diversas instituciones políticas. Asimismo, se incorporaron modificaciones en relación con los estados de excepción, algunos de los cuales hoy día se aplican. También se modificó el proceso de reforma constitucional. Ese pacto de 1989 permitió, en 54 reformas, el inicio y la transición pacífica a la democracia, encabezada por Patricio Aylwin.

Ahora, tras esas reformas, ya en democracia, también ha sido objeto de diversas enmiendas. Así, el año 1991 fue modificada en materia de delitos, indulto y amnistía; a la vez que también la administración comunal. Luego, las ha habido respecto del período presidencial, las elecciones de alcaldes y concejales. A su vez, se han incorporado nuevas instituciones como el Ministerio Penal Público en 1997. Se han efectuado cambios a la composición de la Corte Suprema,

incorporando abogados extraños a la carrera judicial. Se ha resaltado la igualdad entre hombres y mujeres en 1999 y se han modificado instituciones tan relevantes como los tribunales electorales y el proceso de reforma constitucional, entre otros.

Ya en la década del 2000 y en esos 15 años posteriores también se efectuaron importantes enmiendas, las que se cristalizaron mediante la reforma del Presidente Lagos en el año 2005. Estas reformas del 2005, que surgieron en sendas mociones en el Senado, fueron muy relevantes y -en esencia- aluden al fortalecimiento del Congreso Nacional, un mayor rol del mismo en materia de tratados internacionales, la consagración de las comisiones investigadoras y el mecanismo de interpelación. Especialmente relevante resulta la eliminación de los denominados “enclaves autoritarios”, entre ellos los senadores designados, el que las Fuerzas Armadas fueran únicos garantes, el retiro de los Comandantes en Jefe a través de un decreto motivado y la disminución del rol de Consejo de Seguridad Nacional. En materia de derechos fundamentales se precisó la legalidad de los tribunales, se derogó el delito de difamación, incluyendo normas en materia de jurisdicción de colegios profesionales (que no se han ejecutado todavía). Respecto de la protección ambiental, ésta también fue objeto de modificaciones. Por su parte, se reconoció el principio de publicidad y probidad. Y el Tribunal Constitucional fue modificado tanto en su integración,

con diez miembros (tres que designa el Presidente, tres la Corte Suprema y cuatro el Congreso) y además entregándole el control de constitucionalidad de las leyes tanto preventivas, como *a posteriori* (acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad). Esas modificaciones motivaron que el Presidente Lagos señalara expresamente que por primera vez teníamos un texto que cumplía con los estándares propios de la democracia.

Pero además, en los últimos 15 años el texto ha sido objeto de diversas enmiendas. Por ejemplo, en materia de educación parvularia, en relación con las progresivas reformas constitucionales, inscripción automática, asociación de municipios, el estatuto de la Corte Penal Internacional, las elecciones de ciertas autoridades, en materia de transparencia y asistencia a las víctimas. Luego, respecto de la integración de la Cámara de Diputados, el sufragio para los chilenos residentes en el extranjero, la obligación de rendición de cuentas por parte de las autoridades, la autonomía del SERVEL (otro órgano también establecido en la constitución el año 2015), la elección de gobernadores, la cuenta presidencial, la protección de datos personales dentro de las garantías constitucionales (art.19 número 4) y las recientes reformas de los años 2019 como del 2020, que han perfeccionado el sistema institucional. Especialmente relevante es la modificación a nivel legal del sistema electoral binominal por uno proporcional.

Entonces, nos encontramos con la siguiente situación. Esta Constitución, que nos rige aún, es la Constitución más reformada en la historia de Chile: se han dictado 52 leyes que han enmendado más de 250 normas contenidas en la Constitución. Sólo el capítulo del Banco Central no había sido enmendado, cuestión que también este año cambia, dada la iniciativa presentada por el Ejecutivo al Congreso para modificar el mismo.

La reforma de 1989 permitió la transición política en democracia con el gobierno de Patricio Aylwin y la reforma de 2005, a su vez, eliminó los denominados "enclaves autoritarios". El sistema binominal, que también era objeto de crítica, desaparece de la Constitución y hoy día se encuentra a nivel legal, en que para las elecciones parlamentarias tenemos un sistema proporcional.

En general, el texto, sus enmiendas y reformas han permitido el restablecimiento del régimen democrático y un crecimiento sustancial en los últimos 30 años según distintos autores de muy disímiles posiciones.

¿A qué desafíos nos enfrentamos en el futuro?

¿Qué observaciones suelen dirigirse aún contra el texto constitucional?

Por de pronto, hay muchos que estiman que existe una falta de legitimidad de origen del

texto constitucional, por la circunstancia que se hubiera promulgado y plebiscitado, sin garantías electorales el año 1980; pero reitero y hago presente también la circunstancia que las reformas del 89 y las 50 posteriores, también hay que sopesarlas en el análisis histórico de los últimos 30 años.

También algunos cuestionan la existencia de leyes de quorum o leyes orgánicas constitucionales. En el derecho comparado esto no es inusual y se tomó de la realidad francesa de 1958 y la Constitución española de 1978. Los mecanismos de reforma constitucional que tienen un quorum mayor de 3/5 o la regla excepcional de 2/3 (en ciertos capítulos) son también coherentes con la experiencia internacional que alude a que la Constitución sea más difícil de reformar que una simple ley común. En Europa y EE. UU. los quórumos son normalmente 2/3, incluso en países como Alemania hay normas que son inmodificables, pétreas, como el régimen democrático y los aspectos asociados a la dignidad de la persona.

Como se ha expresado, la reforma del 2005 permitió un texto que, en palabras del Presidente Lagos, por primera vez era verdaderamente democrático.

Y así ha surgido el debate de cuál debe ser el rol que le corresponde al Congreso Nacional -que típicamente es el encargado junto con el Presidente- de materializar el poder constituyente derivado y de los me-

canismos que deben gatillarse para el perfeccionamiento de cualquier texto que rige en un determinado país.

Frente a eso, como sabemos, los hechos de octubre y noviembre del año pasado cristalizaron un acuerdo, el 15 de noviembre de 2019, surgiendo la necesidad de un eventual nuevo pacto constitucional, ahora en democracia.

Para eso, se establece que el 25 de octubre, salvo que condiciones sanitarias no lo hagan viable, se efectuará un plebiscito en que la primera pregunta va a ser si se desea un nuevo texto o no (si apruebo o si rechazo). A su vez, habrá un segundo voto en que se preguntará cuál es el mecanismo que yo quisiera en caso de que se redactara un nuevo texto, para que lo acometiera: Convención Mixta (con parlamentarios y ciudadanos electos) o Convención Constitucional (100% electa). Aquí no se encuentra la alternativa del Congreso Nacional que, en palabras de varios, podría ser un órgano también habilitado dado que el régimen electoral no es un régimen binominal, sino que proporcional.

¿Qué temas uno observa que generan debate constitucional en los distintos actores?

Por de pronto, el reconocimiento a los pueblos originarios. Este fue un tema que se planteó en la reforma del 2005 y que no se materializó, no hubo acuerdo. Para algunos

debiera ser un tema relevante, teniendo presente que los tratados internacionales obligan a Chile en esta materia y eso está vigente desde la reforma del 89.

En segundo lugar, el rol del Estado. Hay críticas a la subsidiariedad, aunque no está mencionada expresamente como término en la Constitución, y si avanzamos o no a una mayor solidaridad por parte del Estado. Cabe hacer presente que en el sistema constitucional vigente el rol solidario sí existe en materia de la integración de las regiones.

En otro tema, algunos consideran que deberían asegurarse nuevos derechos, como el derecho a una vivienda digna que reconocen tratados internacionales, pero también debe tenerse presente que estos últimos son normas aplicables directamente como consecuencia de lo establecido en el artículo 5 de la CPR, en 1989.

También se ha planteado -por algunos- la modificación del exceso de presidencialismo que existiría en nuestro país, para dar paso a un mayor rol por parte del Congreso Nacional. La Constitución de 1925, suscrita por el Presidente Alessandri, ya estableció un régimen presidencial fuerte en Chile, lo que fue claramente destacado por distintos autores. El propio Hans Kelsen -en 1926- hacía referencia a que el Presidente chileno tenía más atribuciones que el Presidente norteamericano. Por otro lado, las reformas

de 1943 y 1970, reforzaron el rol presidencial y, en ese sentido, la Constitución del 80 es heredera, por lo tanto, de esa tradición presidencial con la posibilidad de contemplar un ministro coordinador, que no es una norma que se haya llevado a la práctica.

Adicionalmente, pueden mencionarse diversas ideas que es probable formarán parte del debate futuro y que es importante tener presente:

- *Derechos de contenido económico/social*, que normalmente generan controversia. En el texto fundamental, la igualdad y la libertad son indubitadas y no hay mayor debate sobre ellas. Si sobre el rol subsidiario de las empresas estatales, que hoy día se materializa en la exigencia de una ley de quorum calificado, esto es, aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, para habilitar al Estado para estos efectos. Hay que tener presente que desde el año 1990 ha habido mayorías suficientes para autorizar la creación de empresas y no se han materializado. El proyecto que envió la Presidenta Bachelet, en marzo de 2018, establece una norma similar, pero en lugar de una ley de quorum, establece una ley común.

- *Derecho de propiedad*. A los actores económicos normalmente les parece relevante que haya reglas claras en el ámbito de los derechos, precisamente el derecho de propiedad. Las limitaciones están asociadas

a la función social y eso viene en una tradición chilena importante desde la reforma de 1967, que a su vez es heredera del texto primitivo de 1925, que por primera vez establece dicha finalidad social. A su vez, la privación del derecho de propiedad sólo se materializa a través de un mecanismo específico que es el de la expropiación por ley (por utilidad pública o interés nacional), estableciéndose como garantía básica para el expropiado, en caso de falta de acuerdo al efecto, un pago al contado y en dinero efectivo. No está autorizado, por tanto, el pago a plazo, como se permitió en la reforma de 1967.

- Las garantías básicas de un *debido proceso*: lo que supone que todo proceso o investigación (administrativa o judicial) sea efectuada por un tercero imparcial e independiente, en el marco de un proceso justo en el que se permita la adecuada defensa del afectado, concluyendo con una resolución motivada que puede ser impugnada judicialmente.

- El *fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos* frente a la administración del Estado y para ello, el desarrollo que ha tenido el recurso de protección en los últimos 44 años en Chile ha sido esencial. En efecto, las cortes han restablecido el imperio del derecho frente a actos arbitrarios o ilegales de particulares o de autoridades que han afectado derechos fundamentales. Incluso, en relación con derechos no tutelados

(como la educación y la salud), las cortes han aludido a otros derechos como la igualdad o el derecho de propiedad y han dejado sin efecto actos abusivos.

- Otro aspecto es la *relación entre la ley y el reglamento*. En general, nuestra tradición ha sido la de determinar con precisión cuáles son las materias de ley y establecer una potestad reglamentaria presidencial autónoma bastante acotada.

- El *presidencialismo* y la relación con el Congreso. Es evidente que en el último tiempo el rol del Congreso ha sido muy cuestionado, por algunos; incluso se habla de un pseudo parlamentarismo de facto, al establecer modificaciones vía normas transitorias a la Constitución respecto de materias de ley que son propias de iniciativa exclusiva presidencial. En este aspecto, es probable que haya una mayoría que esté por modificar el régimen de un presidencialismo fuerte y orientarlo a uno más matizado con un mayor rol por parte del Congreso en relación con el proceso legislativo, en el que el Presidente interviene excesivamente.

- Los principios que corresponden en materia de *sanciones*. La jurisprudencia ha sido muy clara sobre los principios que deben aplicarse en esta materia: la legalidad, la tipicidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc. son elementos que han sido desarrollados en los últimos 30 años por la jurisprudencia, tanto en la Corte Suprema,

como del Tribunal Constitucional. La Constitución no es mucho lo que indica, salvo la referencia a la legalidad, por lo que un futuro texto debería ser más explícito.

- El establecimiento de *tribunales* imparciales e independientes. En Chile, desde 1823, la Corte Suprema es el tribunal superior de la República que tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales, con una larga tradición.

- En materia de la fiscalización y el rol de la *Contraloría General de la República* respecto a la administración. La Contraloría General nace en 1927 y se incorpora a la Constitución en 1943, revisando los actos administrativos para ver si se ajustan a la ley y la Constitución.

- El rol que le corresponde a un *Tribunal Constitucional*, que fue establecido en Chile en 1970 siguiendo el modelo del Consejo Constitucional francés de 1958, los tribunales italianos de 1947 y alemanes de 1949. Fue reformado en el año 1980, consagrando el control de las leyes orgánicas y después nuevamente en 2005, entregándole la acción de inaplicabilidad, que radicaba en la Corte Suprema desde 1925.

- El *Banco Central* como ente autónomo, creado en 1925 y luego constitucionalizado en 1980 y una ley orgánica en 1989.

- Los *Tribunales Electorales*. Chile es uno de

los primeros países del mundo que establece tribunales electorales autónomos e independientes, ya en la Carta de 1925.

- Los mecanismos de *supremacía constitucional*, o sea, que las normas se ajusten a la Constitución, tanto desde el punto de vista material, como formal. La CPR debe además ser de aplicación directa e inmediata.

Hago presente que en el proceso de modificación o de creación eventualmente de un nuevo texto, el propio constituyente ha establecido límites. Así, no se pueden alterar ciertos elementos como es el concepto de la República, el régimen democrático, las sentencias ejecutoriadas y los tratados internacionales, los que constituyen elementos básicos para tener presente, en consideración -por ejemplo-a lo que establecen el Pacto de San José o la Convención Americana.

Finalmente, en cuanto al quorum de adopción de acuerdos, ello requiere un debido análisis. Se establece un acuerdo básico de 2/3. Hay que ver cómo eso se plasma, si es sobre la base de cada disposición, cada artículo o tiene que haber un acuerdo macro en general sobre el texto mismo y después se van desarrollando las respectivas instituciones. Allí hay que hacer presente que obviamente se va a requerir dictar un reglamento interno de funcionamiento de la Convención y además las controversias que se produzcan van a ser conocidas por cin-

co ministros de la Corte Suprema, quienes sólo se pueden pronunciar respecto de temas de carácter procedimental y no temas de contenidos de fondo. El futuro, sin duda, será desafiante”.

IV.II SEBASTIÁN CLARO

“Quisiera abordar el tema de las incertidumbres de este proceso, desde el punto de vista económico, por dos caminos.

Este es un proceso de mucha incertidumbre. Hay incertidumbre tanto por hacer algo, como por no hacer nada y, por lo tanto, creo que hay que reconocer que los caminos están muy abiertos. Lo que me preocupa es que veo un debate con muy poco fondo y de alguna manera, es una votación muy poco informada. Hemos discutido sobre un montón de cuestiones, menos los aspectos más fundamentales de la Constitución. Más bien, la discusión ha estado centrada en un eje de legitimidad -o no- de la Constitución actual, y agregaría a eso otro aspecto, que dice relación con la idea que algunos sostienen que el modelo está agotado y que la Constitución restringe la capacidad de dar próximos pasos.

Respecto a la legitimidad, yo no quiero desconocer que hay ciertos aspectos estéticos o de señales que pueden ser importantes en la discusión constitucional. Sin embargo, creo al mismo tiempo que si la discusión está exclusivamente centrada en la legitimidad por el origen de la Constitución, ello es insuficiente para sostener un proceso

como el que enfrentaremos.

Por otro lado, pienso que es incorrecta la idea de que la Constitución es restrictiva desde un punto de vista económico para avanzar en progreso y oportunidades. Siempre hay mejoras posibles, si uno escribiera una Constitución desde cero, no la escribiría idéntica a ésta. Es evidente que el paso del tiempo, la experiencia de otros países, la misma experiencia de Chile, va haciendo que existan espacios de modificación y mejora. Pero no es la Constitución la que restringe hoy un debate político genuino sobre el país que cada uno quiere construir. Y es que los desafíos que se enfrentan, los problemas económicos y sociales en Chile son amplios y dicen relación con un montón de dimensiones de la vida humana. Hablemos de los desafíos que ha generado la globalización en el mundo, el cambio tecnológico, la migración, cuestiones que no son exclusivas de Chile, sino que las estamos viendo en muchos países del mundo y obviamente que eso genera tensión en términos del diseño de las políticas públicas, efectos sobre el trabajo, el empleo y sobre el crecimiento económico. Esos temas, que en mi opinión son los que subyacen muchas veces a las discusiones, tensiones, preocupaciones de las familias y personas en Chile, no tienen su origen en una cuestión constitucional. Más allá de lo perfectible que puede ser la Constitución, ésta entrega suficiente espacio para que el debate legítimo político se lleve a cabo.

Por lo tanto, la primera gran incertidumbre dice relación con que este proceso puede - o tal vez no- ser una fuente grande de frustraciones y de desilusión. Muchas personas pueden pensar que varios de estos problemas no se han podido solucionar porque hay una restricción impuesta por la Constitución. Yo creo que eso no es así. El debate sobre legitimidad, que dicho sea de paso en la RAE, en una de sus acepciones, es "algo que es cierto o verdadero", esconde los problemas más de fondo y usa a la Constitución como chivo expiatorio de las dificultades de nuestro sistema político para adaptarse y hacerse cargo de los problemas. Esta dificultad puede generar una gran desilusión o frustración, y eso inevitablemente al cabo de pocos años, es una fuente de incertidumbre más que una solución a las problemáticas de la sociedad actual.

Un segundo tema al cual me quería referir dice relación con las dimensiones más técnicas de la Constitución, que en sus aspectos económicos son diversas. Tenemos los temas de propiedad privada, qué rol cumple el Estado en la economía, los derechos de las personas llamados derechos sociales, hay temas relacionados con recursos naturales, iniciativa exclusiva del gobierno y del Presidente de la República en materia de gastos y de impuestos, el tema del Banco Central y otros en que la Constitución va definiendo la orgánica económica de cómo el país se va a organizar. Cuando uno revisa estos aspectos de la historia de cómo se llega a la Constitución el año 80 y

eventualmente a las modificaciones posteriores y las comparas con las experiencias de otros países del mundo, yo por lo menos llego a la conclusión que la Constitución actual no difiere sustantivamente de otras en estos aspectos fundamentales. Es suficientemente amplia para generar un espacio de discusión política donde los distintos actores políticos puedan decidir qué tipo de país le quieren ofrecer a la ciudadanía y que la ciudadanía elija. Muchas de las restricciones que se plantean, creo que no tienen su origen y causa en la cuestión constitucional, sino que son consecuencia de un debate político que se ha vuelto difícil no sólo en Chile, sino en otras partes del mundo también.

Quisiera referirme en mayor detalle a dos aspectos. Sobre el rol del Estado, se señala que la Constitución tendría un modelo económico implícito detrás. Mi lectura no es tal. Cuando uno mira las Constituciones de Chile, la de 1833, 1925 y la actual, no establecen limitaciones extraordinarias al actuar del Estado, más allá de que el Estado tiene la obligación de cautelar ciertos derechos que se le asigna a los privados, por ejemplo, el derecho de propiedad. No existe en la Constitución actual un reconocimiento explícito de un principio que restrinja al Estado en su actividad o para realizar actividades que también se realizan en el sector privado.

¿Qué dice básicamente la Constitución? Se reconoce y ampara a los grupos intermedios de la sociedad, asegura que todas las

personas pueden desarrollar actividades económicas, y establece que al Estado no le corresponde absorber actividades que puedan ser desarrolladas por las personas. Al mismo tiempo, reconoce que el Estado y sus organismos pueden desarrollar actividades empresariales, y las limitaciones para ello son bastante estándar. Primero, se establece un principio de no discriminación, o sea, el Estado tiene que hacerlo bajo las mismas reglas que el sector privado y segundo, tiene que ser aprobado por ley de quorum calificado, que, aunque parece un concepto un poco duro, no es más que la mayoría de los parlamentarios que han sido electos. Me parece que acá no hay una limitación importante al quehacer del Estado en la economía. Eso es importante respecto a la discusión que se ha dado, que la Constitución elige un modelo económico, restringe el quehacer del Estado en materia de poder proveer servicios, tener una actividad económica, etc., en mi opinión ese no es el caso en lo fundamental. Las ideas que subyacen y que están presentes en la Constitución chilena están recogidas en otras constituciones internacionales que uno podría calificar como de vanguardia, la Constitución de la Unión Europea, por ejemplo, que tiene principios que son bastante parecidos.

Otro tema dentro de los muchos que podríamos discutir es el de los derechos sociales. Acá se ha abierto un debate respecto de qué son estos derechos de las personas y cómo la Constitución los asegura o no. La Constitución en Chile promueve muchos

derechos, pero si tuviera que centrarme en aquellos de corte más económico social, hablaría de: vivir en un ambiente libre de contaminación, de la protección de la salud, la educación y la seguridad social. Por su relevancia, pero también porque está en otras constituciones, el derecho a la educación tiene un estatus especial. La pregunta acá no es cómo ponemos más derechos, no es un problema de cómo hacemos una lista indefinida de derechos, no es el principal tema. El tema es respecto del alcance de estas definiciones. ¿Qué se entiende por el establecimiento de derechos en una Constitución? Por ejemplo, en el año 1971, se introdujo en la reforma constitucional a la Constitución de 1925, el derecho a una remuneración suficiente para asegurar el bienestar y la dignidad humana y dos años después la inflación era de 600%. Posiblemente el principal ataque a una remuneración que asegure la dignidad humana es una inflación del 600%.

Lo que quiero decir es que listar simplemente derechos, no nos va a llevar muy lejos. Así lo reconoce la experiencia de muchos otros países que han listado un montón de derechos y que no se han podido cumplir, porque la restricción verdadera para cumplirlos es el diseño de políticas públicas y la capacidad económica del país, entre otros. En esta discusión de derechos hay un camino que es el establecimiento de derechos asegurables y exigibles ante tribunales, cosa que en la práctica puede llevar al gobierno a los tribunales de justicia,

versus una redacción del tipo aspiracional y con eso no quiero ser peyorativo ni mucho menos, sino una guía al quehacer del Estado en sus políticas públicas.

La Constitución de Finlandia es interesante porque toca algunos de estos temas en estos términos. Habla, por ejemplo, de que el poder público fomentará el derecho a la vivienda y habla de apoyar las iniciativas privadas en ese caso. También menciona que el poder público procurará un medio ambiente saludable. Me parece que ese fraseo es relevante en el sentido que reconoce que esta entrega de derechos a los ciudadanos se da en un marco que no es necesariamente exigible ante la ley, ya que, de lo contrario, exigir un medioambiente limpio y por lo tanto, exigir que el Estado me compense si eso no ocurre, obviamente lleva a los países a un descalabro en términos políticos y financieros.

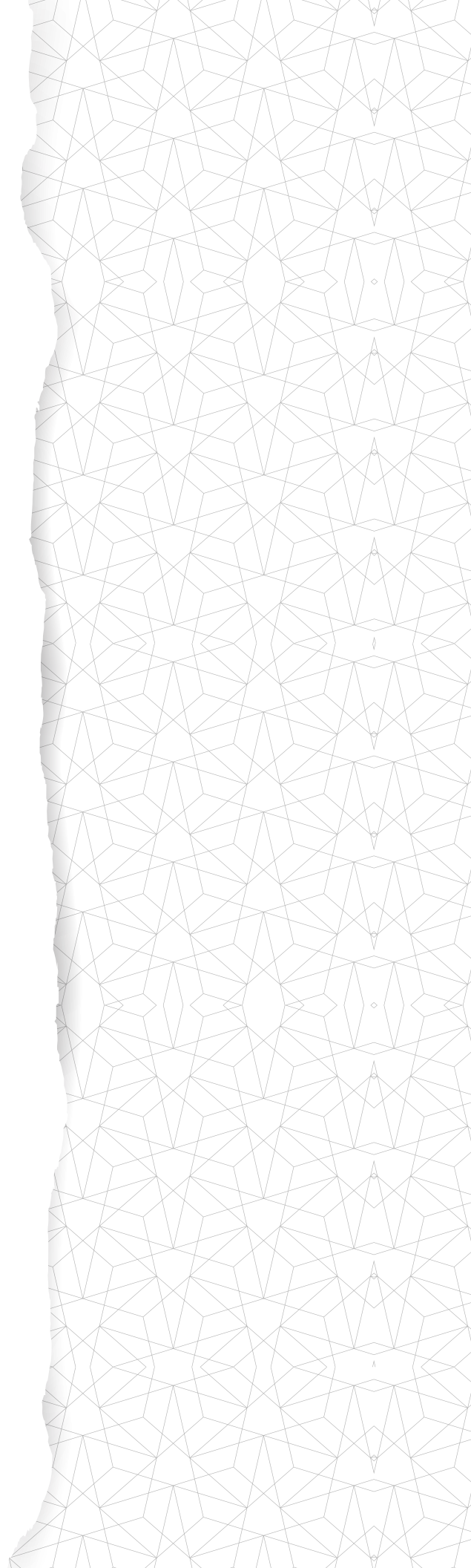
Lo segundo es sobre la provisión de estos bienes. Una cosa es promover el cumplimiento de ciertos servicios, de ciertos derechos, y lo otro es si la provisión debe ser pública o privada. Las Constituciones, en general, y la de Chile también, dejan abierta esa posibilidad y no establecen desde el principio si esa provisión debe ser pública o privada. No hay ninguna razón para que eso quede establecido y zanjado en una u otra dirección en la Constitución.

El tercer punto y con esto termino es res-

pecto a cómo se hacen cargo las constituciones de lo obvio. En toda decisión económica y social está la entrega de un beneficio, pero tiene que haber financiamiento y el problema del financiamiento es un problema mayor. Las restricciones que enfrentan los países y los gobiernos no son un invento, son una realidad. Los países que se han movido hacia la instauración de muchos derechos sin, al mismo tiempo, una clarificación constitucional respecto de que esos derechos están supeditados a la solvencia de las cuentas fiscales –porque de otra manera son las generaciones futuras las que terminan pagando la provisión de los derechos de los de ahora– entran en un espiral muy complejo. Esto es un elemento central. No en vano crecientemente las constituciones de muchos países del mundo han ido incorporando a sus constituciones los aspectos de solvencia fiscal. Creo que no puede haber una discusión de derechos, que idealmente debe tener un sesgo de aspiración y de guía sin, al mismo tiempo, hacerse cargo de que constitucionalmente tiene que haber una restricción, para que esa situación no nos lleve a una inflación ni a un problema fiscal mayor.

Evidentemente la incertidumbre de este proceso es alta. Las consecuencias de esto no las sabemos, aunque sí sabemos cómo son las decisiones económicas frente a la incertidumbre y por lo menos, la literatura es bien amplia en reconocer que un proceso largo de incertidumbre debiera tener

un impacto en la capacidad de los hogares de consumir. Cuando veo un futuro incierto me restrinjo y lo mismo sucede con las decisiones de inversión de las empresas. Yo no digo que una u otra votación en octubre zanje definitivamente esta incertidumbre, pero sí debemos reconocer que la falta de debate respecto del fondo del asunto y el hecho que, más bien, la discusión esté exclusivamente centrada en una cuestión de legitimidad y en que la Constitución es la fuente de nuestros problemas, yo creo que abre muchas más preguntas que respuestas. Por eso, creo que nos deparan dos años de bastante incertidumbre. Esta incertidumbre tal vez se justificaría si nuestra Constitución estuviera muy alejada de lo que uno considera son estándares internacionales o estándares adecuados a la realidad mundial, cuestión que a mi juicio, no ocurre".



V. CONCLUSIÓN

En julio y agosto pasado Libertad y Desarrollo convocó a un grupo de académicos y destacadas personalidades públicas a conversar sobre el proceso constitucional y qué esperar de una eventual nueva Constitución, y a reflexionar sobre la idoneidad del instrumento y camino abierto por los partidos políticos y el Presidente de la República para hacerse cargo de las demandas de la ciudadanía, de los órganos llamados eventualmente a redactarla y a proponerle al país un nuevo texto de carta fundamental, al tiempo de reflexionar sobre las incertidumbres económicas y jurídicas que envuelve el proceso y qué contenidos corresponden sean abordados en una nueva Carta Fundamental.

Las ponencias transcritas en esta Serie Informe reflejan los diferentes puntos de vista e inquietudes que asoman en este proceso que recién se inicia y se espera que concluya con el plebiscito de salida –en el cual se votará a favor o en contra de la nueva Constitución elaborada por la Convención– a más tardar en agosto de 2022.

Cuáles deben ser los elementos centrales de la Constitución, las oportunidades y riesgos que el proceso representa, el clima en el que se llevará a cabo esta trascendental discusión, son algunos de los temas abordados por los invitados convocados a participar en este ciclo de charlas.