

RECHAZO Y CONTINUACIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL O APROBAR PARA REFORMAR: LAS OPCIONES EN JUEGO

- El 4 de septiembre nos enfrentaremos a una de las decisiones más importantes desde el regreso a la democracia. Decidiremos sobre rechazar o aprobar la propuesta de nueva Constitución, tal y como fue concebida y acordada por la disuelta Convención Constitucional (y no los acuerdos para mejorarla tras el plebiscito). De ahí la importancia de participar y concurrir a votar.
- Si la propuesta constitucional se rechaza, el Congreso Nacional está plenamente facultado para acordar y aprobar, por 4/7 de los integrantes en ejercicio de cada Cámara, cómo habría de continuar el proceso constitucional en consideración a que existe un acuerdo político amplio y transversal en tal sentido. En tanto, y hasta que no se publique en el Diario Oficial una nueva Constitución, regirá la institucionalidad actual y las instituciones funcionarán como las conocemos.
- Si la propuesta se aprueba, el escenario es radicalmente distinto. Tan pronto se publique en el Diario Oficial, parte de nuestra institucionalidad experimentará de inmediato relevantes y complejos cambios. Mientras esos cambios se implementan y comienzan a discutirse las leyes para poner en práctica las materias cuya vigencia ha sido diferida, se comenzarían a discutir, asimismo, las reformas al texto que han comprometido las fuerzas políticas ligadas al Apruebo, debiendo cumplir requisitos procedimentales muy difíciles de alcanzar. Todo ello en un contexto político en que los incentivos habrán cambiado pues, pasado el hito electoral, posiblemente el comportamiento y disposición de los actores frente a estas eventuales reformas será diverso de imponerse esta opción.

La propuesta de nueva Constitución acordada por la disuelta Convención Constitucional adolece de severos problemas estructurales, presentes a lo largo de todo el texto. Se trata de una proposición con falencias sustantivas relativas a cuestiones fundamentales del diseño institucional, en al menos, tres ámbitos.

1. **Sistema político.** Un buen diseño del sistema político es clave para la concreción y acuerdo de las políticas públicas que preocupan a la ciudadanía en los más diversos ámbitos: sociales, económicos y relativos a la seguridad y el de orden público, entre otros. Sin embargo, la propuesta constitucional debilita seriamente las bases de la democracia representativa, encaminándonos a una democracia identitaria con un

Parlamento fraccionado. Lo anterior, pues la proposición descrea de los partidos políticos y privilegia una arquitectura que incentiva la atomización, en vez de moldear grandes mayorías. El sistema diseñado busca la radicalización del debate parlamentario por medio de dar continuidad permanente a las reglas electorales que fueron aplicables a la Convención, que rompen con la igualdad del voto y ante la ley, como los escaños reservados para pueblos indígenas, sobre dimensionados, entre otras. Estas reglas permitirán a las fuerzas más extremas distorsionar la discusión, al tiempo que ellas comprometen la alternancia en el poder. Luego el sistema diseñado crea incentivos para la generación de más y nuevos conflictos entre el Presidente de la República y el Poder Legislativo, como colegisladores. Ello ocurre con la iniciativa de leyes de concurrencia presidencial necesaria y con la regulación del veto del Ejecutivo. Esto, además de los que se producirán entre el Congreso de Diputado(a)s y la Cámara de las Regiones pues el diseño institucional priva a la segunda de involucrarse seriamente en el debate de materias muy relevantes para la ciudadanía (seguridad pública, derecho de propiedad, seguridad social, regulación laboral, entre otros). Se genera así un poder desmedido y sin contrapesos, internos y externos, para el Congreso de Diputado(a)s.

2. **Sistema judicial.** El diseño del sistema judicial (que deja de ser un poder del Estado) compromete severamente su independencia, al proponerse la creación de un Consejo de la Justicia -integrado minoritariamente por jueces y con riesgos de captura por parte del poder político- que concentrará, además, las atribuciones de nombrar, evaluar y destituir a los magistrados. Así, se debilita el resguardo de nuestros derechos y libertades. Además, la propuesta crea diversos sistemas de justicia, nacionales e indígenas, que abren el camino para la discriminación arbitraria y la desigualdad ante la ley, existiendo incerteza (pues la propuesta no lo resuelve) sobre las materias que cada uno resolverá y respecto de quiénes ejercerá jurisdicción. De este modo, la justicia a impartir podría en buena medida depender de la etnia indígena a la que se pertenezca o no, siendo aplicables reglas diversas (pluralismo jurídico), que nos son conocidas por todos, con la incertidumbre que ello conlleva para la ciudadanía en general.
3. **Sistema económico.** El texto compromete las bases fundamentales para el progreso y el desarrollo humano, debilitando severamente el derecho de propiedad y la certeza jurídica respecto al uso de los recursos naturales. Al mismo tiempo, la propuesta genera incentivos para potenciar el conflicto entre los trabajadores y empleadores con un derecho a huelga prácticamente ilimitado. Asimismo, se otorga un rol activo al Estado en la economía sin tomar los resguardos necesarios para que éste compita en igualdad de condiciones y sin que se le exija actuar bajo las reglas del derecho común aplicable cuando actúa como empresario. Con ello podría verse

seriamente comprometida la declarada libertad de emprender y la libre competencia, entre otras garantías. En este diseño, la propuesta desdice del rol de la sociedad civil, marginándola de la provisión de bienes públicos, y no garantiza que puedan continuar cooperando con el Estado en las importantes funciones que hoy cumplen, en áreas como educación, salud, pensiones y vivienda.

PLEBISCITO DE SALIDA: LAS ALTERNATIVAS EN JUEGO

Conforme a los últimos datos públicos que se conocen respecto de las preferencias de la ciudadanía en el plebiscito de salida, los chilenos se estarían inclinando de manera relevante y transversalmente por el Rechazo. Tan solo un 12% de las personas encuestadas estaría por aprobar el texto de nueva Constitución, tal y como fue planteado por la otrora Convención Constitucional¹.

Ante este escenario, adverso para los partidos oficialistas y para el Gobierno, que, contrariando el marco jurídico vigente que lo mandata a ser prescindente, ha hecho evidente su preferencia por el Apruebo, las dos coaliciones que apoyan al Gobierno, a instancias del propio Presidente de la República, arribaron a un acuerdo en que se comprometen a reformar la propuesta de ganar la opción Apruebo. Ese acuerdo es tardío (porque tuvieron las mayorías en la Convención para haber hecho los cambios que hoy se proponen), insuficiente (porque no se hace cargo de problemas del sistema político propuesto y porque guarda total silencio respecto a las críticas al sistema económico, entre otras razones) e inviable (por las razones que explicaremos a continuación) y pareciera más bien obedecer a una estrategia electoral para apuntalar la opción del Apruebo. El solo hecho que el acuerdo reconozca que hay cuestiones estructurales de la propuesta que ameritan, a lo menos, una revisión, relativiza el compromiso de esas fuerzas con las virtudes de la propuesta constitucional y evidencia que las críticas efectuadas a buena parte del texto tienen asidero.

Por su parte, de imponerse la opción Rechazo en el plebiscito de salida, cabe recordar que ya se encuentra vigente, tras su publicación en el Diario Oficial, la Ley N° 21.481, reforma constitucional que modificó los quorums de reforma a la Constitución vigente, habilitando la realización de cambios a la Carta Magna por 4/7 de los miembros en ejercicio de cada cámara, como quorum general de reforma aplicable a todas las materias y capítulos de la actual Constitución. Ello reduce los quorum necesarios para aprobar una nueva reforma constitucional que permita, si se impone el Rechazo, iniciar un nuevo proceso constitucional. Todo ello en consideración al compromiso público y transversal de la clase política al efecto. En

¹ Según encuesta Cadem del 19 de agosto de 2022.

ese escenario, será el Congreso Nacional y el Presidente de la República, en su calidad de colegisladores, los que deliberarán sobre los diversos caminos conducentes a ese fin.

APROBAR PARA REFORMAR: UNA OPCIÓN INVIABLE

Las siguientes variables y razones hacen que a nuestro juicio la promesa y acuerdo de aprobar para reformar sea una opción muy difícil de materializar:

- a) **Contexto político:** si triunfa la opción Apruebo en el plebiscito, los incentivos de los actores -que comprometieron reformas- posiblemente cambiará. Sabido es que, a buena parte de los firmantes del acuerdo, en particular al Partido Comunista y al Frente Amplio, la propuesta constitucional les satisface ampliamente de manera que, de imponerse su opción, aunque sea estrechamente, es previsible que su compromiso con las reformas prometidas se debilite y ralentice.

- b) **Contexto práctico e institucional: ¿reformar en tanto se implementa?:** el Gobierno ha comprometido una nutrida agenda de reformas estructurales que comenzarán a discutirse en el Congreso Nacional tras el plebiscito de salida (reforma tributaria, de pensiones, laborales, salud, etc.). A ello se sumará que el Congreso deberá comenzar a tramitar los más de 60 proyectos de ley que se identifican como necesarios para implementar la propuesta si ganara el Apruebo. Todo ello para la creación de una multiplicidad de nuevos órganos (sistemas de justicia, nacionales e indígenas, Cámara de las Regiones, asambleas regionales, Tribunales Ambientales en cada región, Defensor del Pueblo, Defensor la Naturaleza, Comisión Territorial para la restitución de tierras indígenas, entre otros); la adaptación de la institucionalidad vigente respecto de los organismos que sufren cambios (Cámara de Diputados, Banco Central, Tribunal Constitucional, DGA-Agencia Nacional de Aguas, entre otros); la implementación de los derechos de la naturaleza y los derechos sociales, el nuevo sistema electoral (con escaños reservados para pueblos originarios), y la nueva institucionalidad de las organizaciones políticas por mencionar tan solo algunos ejemplos.

Al mismo tiempo, una nueva institucionalidad comenzará de inmediato a regir a los actores públicos y privados. En efecto, en caso de aprobarse, tan pronto se publique la nueva Constitución en el Diario Oficial, Chile será un Estado plurinacional; deberá comenzar el proceso de restitución de tierras; se acaba el estado constitucional de excepción de emergencia; entra a regir el consentimiento indígena respecto de asuntos que afecten sus derechos reconocidos en lo que sería la nueva Constitución; la naturaleza será un sujeto de derechos; todos los derechos de aprovechamiento

de aguas otorgados con anterioridad se considerarán como autorizaciones de uso de agua (hay un resguardo temporal a los pequeños agricultores); la minería privada queda sin resguardo constitucional y quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare; y la propiedad industrial pierde resguardo constitucional, etc. Dado lo anterior, todos los actores deberán adaptarse inmediatamente a estos sustantivos cambios, lo que requerirá un esfuerzo, sin precedente, de la clase política.

En este contexto, no solo aparece tremendamente difícil y poco prioritario el proceso de reformas a la propuesta (que estaría rigiendo), sino que además se llevaría a cabo en un escenario en que buena parte de la realidad institucional, como la conocemos, estará modificándose. Es importante notar lo anterior pues, a priori, pareciera que hay cierta simetría entre aprobar para reformar y rechazar para continuar el proceso constitucional, pero lo cierto es que ambos parten de realidades políticas, institucionales y prácticas muy distintas.

- c) **Insoslayables limitaciones procedimentales para reformar:** las reglas resueltas por la disuelta Convención Constitucional para reformar su propuesta hacen extremadamente difícil materializar las reformas que se prometen y, que, en todo caso, son a nuestro juicio insuficientes.

Para introducir cambios al texto constitucional propuesto en materia de régimen político y período presidencial; diseño del Congreso de Diputado(a)s o de la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución, el Congreso Nacional actual requerirá de un quorum de 4/7 de los miembros en ejercicio de cada cámara además de plebiscitos ratificatorios de salida y, a diferencia de lo que se le exigirá al Congreso a partir de 2026, el actual deberá además plebiscitar las reformas que acuerde a los capítulos de naturaleza, medio ambiente y normas transitorias de la propuesta.

Pero a esto se suma una cuestión muy compleja y particular: la cuestión indígena. En el capítulo de derechos fundamentales de la propuesta de nueva constitución se establece que *“Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe”*. Por su parte, el capítulo de Forma de Estado, señala: *“Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus*

habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, la ejecución, la evaluación, la fiscalización y el control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes. Deberán promover, fomentar y garantizar los mecanismos de participación en las políticas públicas, planes y programas que se implementen en cada nivel territorial, en los casos que esta Constitución, la ley y los estatutos regionales señalen. Los pueblos y naciones indígenas deben ser consultados y otorgar el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten”.

Así, el proceso legislativo deberá considerar la consulta indígena previa, la que es aplicable a las reformas constitucionales pues, en lo no previsto en el capítulo de reforma constitucional, rige el procedimiento de formación de la ley. Su alcance es más amplio que lo que dispone hoy el Convenio 169 de la OIT que exige que la afectación sea directa. Luego, la sola consulta podría dilatar eventuales reformas. Además, está el consentimiento indígena previo. Hay quienes sostienen que éste quedó circunscrito a materias locales al insertarse en el capítulo de Forma de Estado (que, en todo caso, no son pocas ni irrelevantes materias). Pero otra lectura, legítima y fundada, indica que son las autoridades locales las encargadas de garantizar el proceso “participativo”, pero que no se circunscribe a materias de interés local. La amplitud y extensión de la frase “*Los pueblos y naciones indígenas deben ser consultados y otorgar el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten*” sería decidora. Si en el mejor de los casos es una cuestión de interpretación, el asunto es que posiblemente las naciones indígenas exigirán el veto y con ello la cuestión se judicializará, agregando incerteza y mayores plazos a la posibilidad de reformar. Cabe destacar que buena parte de las reformas comprometidas en el acuerdo del oficialismo para reformar (plurinacionalidad, sistemas de justicia, estados de excepción, etc.) requerirían a nuestro juicio de dicho consentimiento con lo que la promesa se torna inviable.

Finalmente, si la propuesta se aprueba y, en adelante, quisiera hacerse una nueva Constitución, la tarea no será nunca más del Congreso, sino de una Asamblea Constituyente “*integrada paritariamente y con equidad territorial, con participación en igualdad de condiciones entre independientes e integrantes de partidos políticos, y con escaños reservados para pueblos y naciones indígenas*”.

REFLEXIONES FINALES

El 4 de septiembre los ciudadanos debemos concurrir a las urnas a manifestar, con sistema de voto obligatorio, nuestra opción de rechazar o aprobar la propuesta constitucional de la disuelta Convención Constitucional. Se trata de un hito de la

mayor relevancia que debiera convocar una alta participación ciudadana en consideración a lo que está en juego.

Por cierto, rechazar (y continuar el proceso) o aprobar (y reformar) plantean interrogantes e incertezas respecto de lo que sucederá a partir del 5 de septiembre. De ahí que sea relevante hacer un esfuerzo por dilucidar en cuál de ellos esas interrogantes pueden aminorarse y bajo qué camino será más factible lograr un texto con un diseño institucional razonable, tras el cual se una el país. Por las razones explicadas, la opción del Apruebo (para reformar) abre *a priori* más inquietudes que certezas sobre su viabilidad, considerando además que los incentivos de los actores habrán cambiado. En tanto, de imponerse el Rechazo, el marco jurídico que estará vigente es el actual, que, con sus luces y sombras, ha permitido el progreso sin precedentes de los chilenos y la alternancia en el poder democrático. En ese contexto, se retomaría la discusión para una nueva Constitución -compromiso compartido por prácticamente toda la clase política- y los nuevos quorum requeridos para pactar un nuevo proceso no serían un obstáculo. En este escenario, valgan algunas reflexiones.

La primera es que se debe aprender de la experiencia y de los errores cometidos en el proceso constitucional vigente. Si se impone el Rechazo, y en el evento que el Congreso resolviera que un órgano diverso es el llamado a proponer al país una nueva Constitución, el sistema electoral para elegir a sus miembros debe diseñarse para incentivar acuerdos transversales y representativos de las grandes mayorías ciudadanas. Debe considerarse que el escenario económico-social es distinto al del año 2019, además de que existe cierto desgaste de la población con la discusión constitucional. Por ello, el diseño debiera privilegiar mecanismos que puedan dar lugar a un debate serio, razonado y más acotado en el tiempo. También la arquitectura institucional debe respetar las bases esenciales de la democracia representativa, evitando fórmulas que distorsionen la igualdad en el voto, como sucedió con la elección de escaños reservados en la disuelta Convención, y que desconozcan la importancia de los partidos políticos como ocurrió con la fórmula de independientes en lista.

Paralelamente, las fuerzas políticas en el Parlamento deben reconocer que es insostenible paralizar la toma de decisiones públicas que van más allá del debate constitucional. Entre otras, es urgente resolver, en tanto se llevaría adelante la nueva discusión constitucional, cómo se promoverá con fuerza el progreso, la productividad, más competencia y la continuación de la apertura de nuestro país a mercados internacionales. La inacción en estas materias solo perjudica a los ciudadanos y el objetivo compartido de alcanzar un mayor desarrollo humano.