
Desafíos del proceso constituyente¹



1

La emergencia sanitaria impedirá que el 26 de abril el pueblo chileno pueda iniciar su camino constituyente. No será sino hasta el 25 de octubre del 2020 cuando Chile aprobará o rechazará la elaboración de una nueva Constitución. A su vez, se pronunciará sobre la fórmula elegida para la conformación del órgano encargado de redactar, en su caso, el nuevo texto: una Convención mixta (mitad de representantes electos y la otra mitad designados de entre actuales parlamentarios y parlamentarias) o una Convención constitucional, donde todos los miembros serían electos para ese efecto, celebrándose esta elección en el mes de abril del 2021. Transitar este proceso constituyente no será un camino fácil, pero sin duda será una oportunidad para construir un Chile para las mayorías, un Chile más democrático e igualitario.

En este informe tratamos de ampliar el análisis sobre algunos aspectos que pueden facilitar o dificultar este camino.

Para ello, en un principio prestaremos atención a la composición de la Comisión Técnica, comisión paritaria (oficialismo/oposición), que desde la firma del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, tuvo encomendada la tarea de ejecutar todas las medidas conducentes a la realización del proceso.

Analizaremos a continuación las dificultades efectivas de la mencionada Comisión -ya cerrada- que, a pesar de estar constituida a partir de un mecanismo de paridad partidaria, se ve obligada a tramitar todos sus acuerdos como reformas constitucionales de la actual Constitución, lo que no sólo fuerza de manera impropia la Constituyente sino que, además, complica la adopción de acuerdos que deben contar con quórum cualificadísimos.

1 **Auxiliadora Honorato**, jurista y colaboradora de Celag; **Joaquín Urías**, profesor de Derecho Constitucional; **Luis de los Santos**, abogado en Derechos Humanos y Derecho Penal, y miembro de la cooperativa Derechos al Sur y; **Fernando Acuña**, jurista.

Finalmente, nos detendremos a analizar la última reforma constitucional, la que se posterga la realización del plebiscito, así como el desmedido afán “constitucionalizador” de este proceso, que pretende forzosamente blindar sus pasos constituyentes en la actual Constitución.

Terminamos analizando la normativa electoral que regirá las próximas citas, destacando algunos aspectos de interés, como el voto desde el exterior y la representación de naciones y pueblos originarios e indígenas.

1. La Comisión Técnica y su composición

El Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución planteaba, en su apartado 10, la creación de una Comisión Técnica encargada de determinar los aspectos indispensables para la materialización del referéndum y de la conformación de la asamblea encargada de elaborar una nueva Constitución.

Esta Comisión, conforme lo dispuesto en este numeral, debía ser paritaria entre oficialismo y oposición. La Comisión sería, por lo tanto, “cuoteada” entre los partidos políticos firmantes del Acuerdo.

2

En el mes de noviembre del 2019, quedó constituida la Comisión Técnica con siete integrantes representando a las firmas oficialistas (UDI, RN y Evópoli¹) y siete a las opositoras (DC, PPD, PS, PR, RD, PL y Comunes). Sus nombres son los siguientes:

Gastón Gómez (en representación de RN), **David Huina** (RN), **Sebastián Soto** (independiente-Chile Vamos), **Ernesto Silva** (UDI), **Arturo Fermandois** (UDI), **Isabel Aninat** (Evópoli), **José Francisco García** (Evópoli), **Cristina Escudero** (DC²), **Pamela Figueroa** (PPD³), **Emilio Oñate** (PR⁴), **Gabriel Osorio** (PS⁵), **Alejandra Zúñiga** (PL⁶), **Sebastián Aylwin** (Comunes) y **Claudia Heiss** (RD⁷).

Esta composición no ha estado exenta de críticas desde varias perspectivas. En primer lugar, **la falta de legitimidad del “viejo orden” para conducir el nacimiento del “nuevo”**:

1 Unión Democrática Independiente (UDI), junto a Renovación Nacional (RN), Evolución Política (Evópoli) y el Partido Regionalista Independiente Demócrata (PRI) conforma la coalición política denominada Chile Vamos, coalición oficialista.

2 Partido Demócrata Cristiano

3 Partido por la Democracia

4 Partido Radical

5 Partido Socialista

6 Partido Liberal

7 Revolución Democrática

1. Los miembros de la Comisión Técnica son designados por cuenta de los partidos representados en las actuales cámaras, de hecho, la mitad es designada por los partidos que conforman la coalición política “Chile Vamos”, que llevó a Sebastián Piñera a la Presidencia del país. Las actuales élites políticas se afanan por controlar el principal mecanismo de transición, la Comisión Técnica.
2. Si atendemos a los resultados que ofrece la encuesta llevada a cabo por el CEP (Estudio Nacional de Opinión Pública)⁸ en diciembre de 2019, esta situación estaría erosionando la legitimidad de origen de la Constituyente:
 - La confianza en partidos políticos en la actualidad se sitúa en un 2%, momento más bajo de los últimos años, estando el pico de máxima confianza en el año 2009, con un 16%.
 - La confianza en el Congreso como institución pública se situó en un 3% (en 2009 era de 26%).
 - En diciembre de 2019 sólo un 13% de la población se identificaba con algún partido, sufriendo una caída progresiva desde el 53% en el que se situaba en el 2006.
 - El 77% de la población no se identifica con ninguna posición política (derecha, centro, izquierda); esta falta de adscripción aumenta progresivamente desde un 44% en el 2006.
 - Entre quienes sí se adscriben a alguna opción política, un 7% se identifican como derecha o centroderecha, un 6% centro y un 15% se identifican como izquierda o centroizquierda.
 - Por el contrario, en cuanto al apoyo a las manifestaciones que se vienen dando en el país desde octubre del pasado año, el apoyo se sitúa en un 62%⁹.
3. En la práctica estos datos revelan lo que se ha venido manifestando una y otra vez desde que comenzaron las movilizaciones el pasado otoño en Chile: una fuerte desafección político-institucional de una gran parte de la población chilena. La conexión de grandes capas de población con las instituciones, con el *establishment* chileno y con los partidos del *status quo*, parece rota, y la imperiosa necesidad de conexión que se vincula a la elaboración de un nuevo pacto de convivencia, de una nueva Constitución, no parece poder efectuarse desde la dirección por parte del propio *establishment* impugnado.

8 <https://www.cepchile.cl/cep/site/edic/base/port/encuestasCEP.html>

9 Suma de las respuestas “Apoyó las manifestaciones” e “Inicialmente las rechazó pero después las apoyó”

La **segunda crítica** que podemos observar está íntimamente ligada a esto último: **la propia comisión era reflejo de un país viejo**. Una comisión en la que del total de 14 integrantes, tan sólo 5 son mujeres o donde no existía ninguna vocalía para pueblos originarios; o donde las conexiones con la vieja política son evidentes, por haber ocupado cargos en anteriores gobiernos, e incluso algunos han sido investigados por vínculos con financiación ilegal de partidos políticos. Tampoco faltan lobbistas de grandes rubros y empresas que han sido señaladas en las protestas y movilizaciones¹⁰.

2. Funcionamiento de la Comisión Técnica

A pesar de todo lo dicho podríamos conceder que era necesario un canal, un puente entre el viejo y el nuevo orden, y que en una suerte de revelación estadista, esta Comisión entendió su papel histórico y que, ya despojado de sus personales y partidistas intereses originarios, posibilita el cambio, dando cabida al nuevo país que está por llegar. Pero ¿cabe conceder esta confianza? ¿Cuál ha sido la labor desempeñada en este tiempo por esta comisión? Veámoslo.

4

Una vez constituida, la Comisión Técnica se encargó de redactar una propuesta de reforma constitucional para recoger en la actual Constitución el supuesto, hasta entonces inexistente, de elaboración de una nueva Constitución. El texto resultante se aprobó por unanimidad y se remitió al Congreso y al Senado para su aprobación.

La cuestión misma del procedimiento que se empleó tuvo como consecuencia la limitación de la capacidad de acción de la Comisión Técnica, ya que al remitir el texto a las cámaras actuales para que sean objeto de aprobación como reforma constitucional, se consigue que las mayorías requeridas para dicha aprobación (2/3), hagan saltar por los aires los equilibrios que se pretendían con la paridad inicial (aunque defectuosa, como habíamos dicho en lo que respecta a la representatividad del país real), que iba a jugar -en principio- como una suerte de equilibrio para marcar las reglas necesarias en la materialización del proceso. En la práctica, se ha podido comprobar su impotencia ya que, junto a los artículos aprobados provenientes de la Comisión, otras tres iniciativas han quedado frenadas por el Senado -que demuestra así la escasa autonomía de la Comisión-, para su tramitación separada. Las iniciativas frenadas son, precisamente, las relativas a la necesidad de garantizar la paridad de género en la composición de la Constituyente, la reserva de escaños para naciones o pueblos originarios, así como la posibilidad de presentar candidaturas independientes a las listas presentadas por partidos políticos.

10 Para más información se puede leer: <https://ciperchile.cl/2019/11/27/los-vinculos-con-el-poder-politico-y-empresarial-de-los-miembros-de-la-comision-tecnica-constituyente/>

De estas otras reformas tan sólo la primera, la relativa a la paridad del órgano constituyente, ha podido ver la luz hasta el momento, quedando las demás pendientes de poder llegar a aprobarse a tiempo. Así pues, la propia Comisión Técnica ha resultado ser inoperante para realizar, precisamente, las tarea que tenía encomendada que, recordemos, era la determinación de los aspectos indispensables para la materialización del referéndum y de la conformación del ente constituyente, ya que, si se trataba de aprobar una reforma constitucional que habilitase la redacción de una nueva Constitución, no era en absoluto necesario la constitución de esta Comisión -ya que existían las vías jurídicas suficientes para hacerlo-.

Pero, quizá, los aspectos más graves del proceso se encuentran en el texto aprobado, que articula el proceso de redacción de la nueva Constitución y que contiene previsiones inquietantes en lo que se refiere a la soberanía con la que debe contar el poder encargado de elaborar una nueva Constitución, el constituyente.

3. Reforma constitucional por la que se incorpora el procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República: un análisis de su contenido

5

Analizamos a continuación los aspectos relativos a la Convención Constituyente. Es preciso entender, de la lectura de los siguientes puntos, que las dificultades y complejidades que se señalan para un proceso constituyente con plenas capacidades se tornan aún más severas en el caso de una Convención mixta, una opción que no es en absoluto descartable dado que es la preferida de las derechas chilenas y el actual poder constituido. En ese caso, la mitad de la Convención estaría elegida por el Congreso y, por tanto, sus grados de libertad serían aún menores.

Naturaleza de la Convención

Las disposiciones propuestas por la Comisión, aprobadas por el Senado y reflejadas en la actual Constitución, se han elaborado con una clara voluntad: evitar que la nueva Convención Constituyente asuma el Poder Legislativo. Esto se hace muy evidente en lo dispuesto por el artículo 135¹¹, pero también en el refuerzo de la figura de la Presidencia, que se

11 Artículo 135. Disposiciones especiales. La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes. Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla. En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. *Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribu-*

convierte en un factor clave de la Constituyente conforme a lo dispuesto en el artículo 133¹².

Históricamente, las constituciones que suponen un cambio de régimen son elaboradas por una asamblea que asume la representación del pueblo y, en su virtud, el Poder Legislativo, combinando a la vez la tarea constituyente con la legislativa.

En el diseño que se hace aquí, la Convención se convierte en un órgano constituido, elegido exclusivamente para redactar la nueva norma del Estado.

Para asegurarlo, se introducen dos provisiones esenciales: la vinculación de la Convención por la Constitución en vigor, tremendamente problemática, a la vista de la facilidad con la que el poder constituido actual cambia a su antojo el texto actual de la Constitución, como analizaremos más adelante; y, en segundo lugar, la pervivencia del Parlamento actual, con sus funciones en pleno vigor en paralelo a la Convención, disfrazada en el texto bajo la genérica referencia a las “autoridades” actuales.

Este esquema plantea algunos problemas de relevancia que pueden obstaculizar gravemente los trabajos constituyentes. Baste enunciar los tres más llamativos:

6

- *La naturaleza del proceso electoral.* Puesto que los miembros de la Convención serán elegidos por el mismo procedimiento previsto para la elección de los diputados ordinarios, resulta difícil justificar que tengan menos legitimación que los congresistas y senadores actuales. Si el procedimiento electoral se orienta a trasladar la soberanía del cuerpo electoral a las cámaras, eso mismo sucederá con la Convención.

ciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución. El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito 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.

12 Artículo 133. Del funcionamiento de la Convención. Dentro de los tres días siguientes a la recepción de la comunicación a que hace referencia el inciso final del artículo 131, *el Presidente de la República convocará, mediante decreto supremo exento, a la primera sesión de instalación de la Convención*, señalando además, el lugar de la convocatoria. En caso de no señalarlo, se instalará en la sede del Congreso Nacional. Dicha instalación deberá realizarse dentro de los quince días posteriores a la fecha de publicación del decreto.

En su primera sesión, la Convención deberá elegir a un presidente y a un vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un *quórum de dos tercios* de sus miembros en ejercicio. *La Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos*

La Convención deberá constituir una secretaría técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.

Corresponderá al Presidente de la República, o a los órganos que éste determine, prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero que sea necesario para la instalación y funcionamiento de la Convención.

Es más, en la naturaleza de los procedimientos electorales está la idea de que la legitimación más reciente sustituye a la anterior. De ese modo, en términos de lógica constitucional, nada justifica que la Convención, como representación actualizada de la voluntad expresada por el procedimiento electoral ordinario, quede sometida al Parlamento existente y no lo sustituya¹³. **Convivirán peligrosamente dos legitimidades distintas y, posiblemente, enfrentadas.**

- *La sujeción a las normas vigentes.* Los miembros de la Convención estarán a un mismo tiempo sujetos al régimen jurídico actual y sus tribunales, y diseñando el futuro régimen constitucional. Esta dualidad, fácil de explicar en términos teóricos, planteará sin duda problemas sustantivos a la hora de funcionar.

La posibilidad de modificar en cualquier momento las normas constitucionales que regulan las funciones de la Convención (puesta ya de manifiesto con la reforma con motivo de la crisis del Covid-19) permite imaginar que, incluso, se cambien las normas de funcionamiento una vez empezados sus trabajos. Esta sujeción, a fin de cuentas, es una manera con la que el poder actual se quiere asegurar el control absoluto sobre la Convención, que perdería así su auténtico carácter constituyente.

7

- *El Parlamento como contrapoder.* A medida que avancen los trabajos de la Convención, el Congreso y el Senado actuales -sobre todo en el caso de que no se opte por la Convención mixta- tendrá, sin duda, la tentación de reaccionar continuamente a las problemáticas planteadas en la Convención. La posibilidad de que se fragüen acuerdos políticos o se aprueben piezas de legislación destinadas a neutralizar una u otra opción de la Convención augura una situación en la que no concurrirán la calma y la libertad necesarias para la aprobación de la nueva Constitución.

En estas condiciones, el texto previsto, en su afán de controlar y reducir las facultades de la Convención, plantea un escenario en el que será prácticamente imposible de evitar el choque de legitimidades, dando lugar a una conflictividad de consecuencias imprevisibles. Hay, pues, que prepararse para una situación extremadamente conflictiva en la que el éxito de los trabajos de la Convención no está garantizado. Con el marco aprobado y su inclusión en el texto constitucional vigente, la Convención ha perdido gran parte de su libertad constituyente.

13 Artículo 138. De las normas transitorias.

La Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de alguna de las normas o capítulos de la Nueva Constitución. La Nueva Constitución no podrá poner término anticipado al periodo de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial.

Es difícil imaginar cuál será el resultado de esta situación, pero no es descabellado imaginar un escenario en el que la Convención, en determinado momento, tenga que romper con el régimen anterior y asumir los poderes legislativos efectivos. A ello podemos llegar de diferentes maneras: desde el conflicto frontal -con la consiguiente ruptura de la paz social- hasta la aprobación de una Constitución provisional, con el único objetivo de dar paso a una nueva legitimidad.

En todo caso, no hay que menospreciar las consecuencias del carácter de “órgano constituyente” de la Convención. Conforme a la experiencia constitucional, el asumir esta naturaleza conlleva con frecuencia el asumir los poderes legislativos ordinarios y -de un modo u otro- liberarse de las ataduras del régimen anterior. Es una cuestión de hecho, que puede poner fácilmente en duda la aplicabilidad de la Constitución actual a una Convención Constituyente elegida con tal sentido. En estos términos, la percepción social de legitimidad de la Convención jugará un papel esencial.

Funcionamiento de la Convención

8

Respecto al funcionamiento de la Convención Constituyente, se pretende establecer una serie de cautelas vinculadas a su funcionamiento. La intención de un marco tan extremadamente cerrado parece responder nuevamente al temor de que, una vez constituida, la Convención tome vida propia basada en las mayorías que inspiren su elección. Este temor es, sin duda, más acentuado para el caso de una convención no-mixta.

Las normas procedimentales esenciales se han incluido fundamentalmente en el art. 133; evidentemente, las normas más relevantes incluidas en este artículo son las referentes a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en el seno de la convención. **La idea de los dos tercios busca, sin duda, bloquear la posibilidad de adopción de acuerdos con mayoría simple o absoluta, garantizando el derecho de veto en el caso de que la Convención, tras sortear las dificultades de la legislación electoral y el sistema de partidos actual, cuente con minoría conservadora.**

Este tipo de normas no es necesariamente negativo, en cuanto pretende reforzar la legitimidad de la nueva Constitución. Sin embargo, en la medida en que se aplique de manera muy estricta puede suponer también una vía de bloqueo. En la mayoría de asambleas constituyentes se prevén mecanismos más flexibles.

En aras de la operatividad, es posible imaginar un sistema en el que las decisiones se vayan adoptando por mayoría simple, sin perjuicio de que se realice una votación final del conjunto por mayoría cualificada.

En todo caso, la previsión constitucional -en los términos en los que está redactada- implica que los dos tercios son exigibles tan sólo para una primera votación en la que se apruebe el reglamento. En ningún momento se establece que todas las decisiones posteriores adoptadas conforme a ese reglamento deban aprobarse con una mayoría similar. Así pues, si se quiere que la Convención realmente avance en sus trabajos, será necesario negociar para conseguir los votos necesarios en esa primera votación, ofreciendo un sistema que garantice un cierto poder de veto sobre el texto final, pero que facilite la adopción cotidiana de acuerdos previos por mayoría. La votación final al conjunto será una votación polarizada, en la que, ante la opinión pública sólo se le ofrecen una alternativa a los partidos: o apoyan la nueva Constitución, o la boicotean.

Más allá, tampoco está claro qué pasará si no se consiguen los dos tercios necesarios para la adopción del reglamento de funcionamiento. La norma no ofrece una alternativa. Cuando una norma de este tipo se plantea sin alternativas, la realidad la provee. Así, ante la perspectiva de un bloqueo continuado no es disparatado imaginar una situación en la que la Presidencia de la Convención, con el apoyo de una mayoría significativa, apruebe unas normas provisionales de funcionamiento que eviten la paralización de los trabajos, en tanto se consigue el apoyo de los dos tercios necesarios para unas normas definitivas.

9

En todo este proceso, puede llegar a ser determinante la competencia de resolución de conflictos procedimentales en el seno de la Convención prevista en el artículo 136¹⁴.

De este modo, se ha querido otorgar a la Corte Suprema actual un papel de árbitro del procedimiento constituyente. Dicho esto, el problema volverá a plantearse si en las normas aprobadas internamente por la Convención -de manera definitiva o provisional- se establece un procedimiento diferente de reclamación.

14 Artículo 136. De la reclamación.

Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada. La reclamación deberá ser suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención y se interpondrá ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado. La reclamación deberá indicar el vicio que se reclama, el que deberá ser esencial, y el perjuicio que causa. El procedimiento para el conocimiento y resolución de las reclamaciones será establecido en un Auto Acordado que adoptará la Corte Suprema, el que no podrá ser objeto del control establecido en artículo 93 número 2 de la Constitución.

Finalmente, pero no menos grave. El poder constituido actual, con la introducción del art. 135¹⁵, sujeta al constituyente a los tratados internacionales vigentes y, al hacerlo, pretende establecer candados sobre el encaje internacional de Chile y, con ello, de su modelo económico. Es preciso recordar que Chile es el país con más tratados de libre comercio del mundo (26) con 64 países diferentes, que suponen el 85% del PIB mundial¹⁶.

El marco formal de la reforma y su rango constitucional

A las reformas de la actual Constitución Política de la República chilena que acabamos de narrar hay que añadirle un nuevo cambio. Mediante la Ley 21.200, (Art. único N° 3 D.O. 24.12.2019) se ha introducido un nuevo artículo 130 en el título XV de la Constitución, bajo el título “Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República”.

Con una cuestionable técnica legislativa, el primer apartado de este artículo reza:

***Artículo 130. Del Plebiscito Nacional.** Tres días después de la entrada en vigencia de este artículo, el Presidente de la República convocará mediante un decreto supremo exento a un plebiscito nacional para el día 25 de octubre de 2020.*

10

La decisión de incluir esta norma en el texto de la Constitución Política demuestra una falta de respeto de la idea de qué es una Constitución y qué debe regular.

Se trata de una norma diseñada para regir indefinidamente la nación, estableciendo un marco básico para el funcionamiento de los poderes públicos. La idea de vigencia indefinida casa mal con prescripciones puntuales como esta, cuya eficacia vaya a agotarse en un determinado día. Al mismo tiempo, normas tan concretas orientadas a una única ocasión y regulándola en detalle se contradicen con la idea de “marco básico”. No son propias de un texto constitucional sino de una norma de rango muy inferior. Esta deficiente comprensión de lo que es una Constitución está determinada, sin duda, por la utilización del ‘rango constitucional’ con finalidades políticas.

15 “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” Cita textual del artículo 135 inciso 4°

16 <https://www.elnuevodiario.com.ni/economia/451988-chile-pais-mas-tratados-libre-comercio-mundo/>

En este caso, sólo puede justificarse por un deseo de “blindar” determinados acuerdos políticos, otorgándoles el máximo rango normativo para evitar que sean discutidos por el cuerpo electoral titular de la soberanía. Se quiere hurtar a la nación la discusión sobre la manera en la que se va a decidir su futuro, extendiendo la fuerza normativa de la Constitución actual de tal manera que cierra la posibilidad de decisión en espacios cuya determinación debería quedar en manos de las mayorías políticas de cada momento.

Este movimiento táctico, jurídicamente inaceptable, se ha demostrado muy pronto como contraproducente. Efectivamente, así como la ley 21.200, de 24 de diciembre establecía como fecha para el plebiscito la del 26 de abril, la emergencia sanitaria provocada por la Covid-19, obligó el 26 de marzo de 2020 (apenas un mes antes de la fecha establecida) a que el presidente de la República tuviera que promulgar una nueva Ley de Reforma Constitucional para cambiar la fecha al 25 de octubre de 2020 degradando -por su volatilidad- la necesaria estabilidad de una Constitución con vocación de ley entre las leyes y demostrando:

- La inutilidad de incluir en la Constitución contenidos no constitucionales. Eso puede obligar a reformar la Constitución de modo poco razonado y, en última instancia, quita valor a la noción misma de Constitución.
- La contradicción de establecer un procedimiento de elaboración de una nueva Constitución extremadamente garantista, a la vez que la actual Constitución se cambia con facilidad demuestra que todas las garantías formales impuestas tienen un límite. Si en la práctica la Constitución queda a disposición del **Congreso que la cambia cuando quiere**, se abre la puerta a cambiar también las normas para la elaboración de una nueva Constitución, durante incluso el propio proceso de elaboración de la nueva Constitución.
- Cuando la Constitución se usa como mera cobertura para un pacto partidista pierde todo su valor moral y jurídico: queda sometida a los mismos cambios que este tipo de pactos y progresivamente pierde toda autoridad moral sobre el país.

Sin embargo, pese a toda evidencia, el artículo 130 sigue regulando, por meras consideraciones tácticas, cuestiones ajenas al ámbito constitucional y propias de normas de mucho menor rango¹⁷, prescripciones no

17 Como, por ejemplo, que la segunda cédula contendrá la pregunta: "¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?". Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, una al lado de la otra. La primera de ellas tendrá en su parte inferior la expresión "Convención Mixta Constitucional" y la segunda, la expresión "Convención Constitucional". Bajo la expresión "Convención Mixta Constitucional" se incorporará la oración: "Integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejercicio". Bajo la expresión "Convención Constitucional" se incorporará la oración: "Integrada exclusiva-

materialmente constitucionales que resultan completamente inadecuadas. De una parte porque, como ha sucedido con la fecha, es posible imaginar variaciones en el texto de la pregunta que resultarán inconstitucionales salvo que vuelva a modificarse la Constitución. De otra parte, porque el grado de detalle demuestra una voluntad de extender la fuerza de la Constitución actual más allá de lo razonable en un nuevo texto.

Normativa electoral para el proceso constituyente

Trataremos de analizar ahora aspectos cruciales de la normativa electoral para el proceso constituyente.

En primer lugar, el **marco regulatorio** del proceso. Éste se encuentra en la actual Constitución chilena de 1980, concretamente en la Ley N° 21.200, publicada el 24 de diciembre 2019, por la que se modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, y que materializó el “Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución”, como expusimos ampliamente en el punto anterior. Por tanto, se ha dado la máxima protección, encorsetamiento y dificultades de maniobra, al cuerpo jurídico que regula la organización del plebiscito, pero sobre todo de la elección de la posterior Convención Constituyente. Efectivamente:

12

- La modificación del Capítulo XV consistió, por un lado, en un cambio de denominación, pasando de “Reforma de la Constitución” a titularse “Reforma de la Constitución y Procedimiento para elaborar una nueva Constitución”. Por otro lado, se añadieron 14 nuevos artículos *ad hoc* (del 130 al 143) para todo este proceso constituyente a los 3 ya existentes (del 127 al 129). Se salva así el que la nueva Constitución que surja de este proceso no sea una reforma de la Constitución actual sino una totalmente nueva.
- El primero de los nuevos artículos de la actual Constitución (el 130) regula la celebración del plebiscito. Recoge principalmente la fecha de la votación (en un principio prevista para el 26 de abril de 2020 y que, como ya hemos visto ha sido objeto reciente de modificación), las preguntas que se realizarán y las “fuentes jurídicas” que regularán su preparación y celebración. Estas últimas son las siguientes:
 - a) Decreto con fuerza de ley N° 2, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en los siguientes pasajes: Párrafo V, Párrafo VI, con excepción del inciso sexto del artículo 32 e incisos segundo a cuarto del artículo 33,

mente por miembros elegidos popularmente”, a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas.

Párrafo VII, VIII, IX, X y XI del Título I; Título II al X inclusive; Título XII y XIII;

- b) Decreto con fuerza de ley N° 5, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.556, orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral;
 - c) Decreto con fuerza de ley N° 4, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.603, orgánica constitucional de Partidos Políticos, en los siguientes pasajes: Título I, V, VI, IX y X
- El resto de la reforma constitucional (artículos 131 al 143) no hace más referencias a la primera consulta. Son todos preceptos destinados a regular la elección de la Convención Constituyente que redactará la futura Constitución.
 - Así, en el caso de que el resultado de la primera votación sea favorable a la elaboración de una nueva constitución por una Convención Constituyente, el artículo 132 establece las normas que orientarán la elección de sus miembros. Serán los tres decretos mencionados antes (al completo, sin restricción de artículos) y un decreto adicional: el Decreto con fuerza de ley N° 3, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.¹⁸

13

No existe ni en los artículos mencionados de la Constitución, ni en el Decreto 2-2017, que refunde la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios, ni una sola mención a la Comisión Técnica recogida en el apartado 10 del Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución del 15 de noviembre, que supuestamente debía determinar los aspectos para materializar todo el proceso.

Es posible que esta Comisión, paritaria entre oposición y oficialismo, haya desarrollado y concluido sus trabajos con la definición del marco antes expuesto. Al menos de forma oficial, no hay constancia de ello ni aparece su participación en ningún texto legal. Por lo tanto, reiteramos la idea que manifestábamos al inicio de este informe: la supuesta paridad de que se hacía gala en

18 Si bien estos cuatro decretos han recibido una mención constitucional, el texto de los mismos hace referencia a otras normas, en ocasiones de rango inferior, que regulan en general los procedimientos electorales y plebiscitarios, y que pueden consultarse en la página del Servicio Electoral de Chile, en su apartado <https://www.servel.cl/leyes/>

la constitución de esta comisión ha resultado ser escasamente operante.

En segundo lugar, queremos poner el foco sobre diferentes momentos del proceso constituyente **cuya regulación en un sentido u otro puede suponer una alteración de los resultados.** Podemos destacar tres hitos importantes sobre los que sería interesante reflexionar jurídicamente: el *plebiscito del 25 de octubre*, la *elección de los/as miembros* de la Convención Constitucional y la aprobación del *Reglamento de funcionamiento* de la misma.

Plebiscito del 25 de octubre de 2020 y Elecciones a la Convención Constitucional

Respecto de las dos primeras votaciones previstas, es innegable que de una correcta regulación electoral que favorezca la transparencia, la participación, y la independencia y pluralidad de las candidaturas dependerá un resultado de alto nivel democrático, que pueda legitimar al máximo el proceso constituyente.

En ese sentido, existen algunas cuestiones que a priori pueden resultar relevantes a la hora de lograr esos objetivos:

14

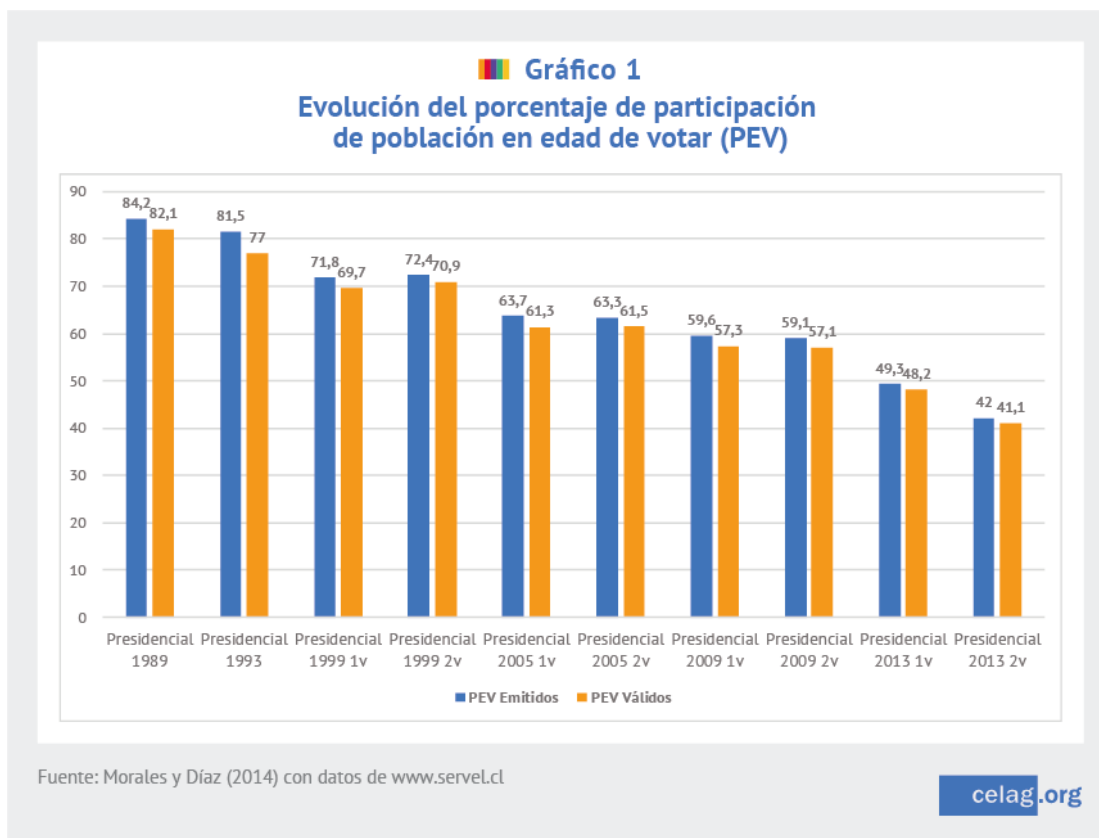
- Participación:

Que altos niveles de participación son sinónimos de legitimidad electoral parece una cuestión fuera de toda discusión, especialmente cuando se trata de procesos constituyentes. Sin embargo, las recientes reformas electorales chilenas parecen ir marcando un camino contrario, y no existen muchos elementos que hagan pensar que dicha situación dará un vuelco en este proceso constituyente. En primer lugar, por los datos expuestos en el primer apartado del presente artículo, con relación a la *afección/desafección* del pueblo chileno con la política institucional y los partidos políticos. En segundo lugar, es interesante mencionar un reciente estudio de 2016 de la *Revista Latinoamericana de Política Comparada*¹⁹, que se encargó de analizar las más recientes reformas en materia electoral que se produjeron ya con vistas al proceso constituyente. El informe estudia las modificaciones relativas al registro en el censo y voto obligatorio, analiza el establecimiento de la elección democrática de los consejeros regionales (lo cual es visto como parte del proceso de descentralización) y pasa revista al sistema de voto de los chilenos en el extranjero y al cambio del sistema electoral para las elecciones a diputados y de senadores de 2018.

El estudio concluye que, con la introducción del voto voluntario, no se ha producido una mejora en la dimensión de participación. Los datos

¹⁹ http://politicacomparada.com/ediciones_anteriores/vol%2011%20revista%20lat.%20de%20politica%20comparada.pdf

así lo reflejan. En general, se aprecia que las reformas dirigidas a la fomentar la participación han conseguido todo lo contrario, y que la abstención favorece a los sectores conservadores, pues los resultados de participación de las dos últimas elecciones chilenas han sido los más bajos desde 1980.



También en el sentido de la participación, el estudio sólo puede hacer un pronóstico sobre el voto de los chilenos en el extranjero que, en principio, valora como positivo pero que no se puso en marcha hasta las elecciones de 2017. La votación de los/as chilenos/as en el extranjero es una demanda histórica de la izquierda promovida por Michelle Bachelet en su último mandato, que entendía que un buen funcionamiento de la misma puede beneficiar posiciones progresistas. Se calcula que pueden ser unos 450.000 votos desde el extranjero, muchos de ellos asociados a exiliados de la dictadura o a jóvenes que votarían al progresismo.

Convendría que no se produjese una situación donde el voto en el extranjero deje, en la práctica, a la gran mayoría sin poder ejercer su derecho al sufragio por cuestiones técnicas, administrativas o telemáticas. En principio, el proceso regulado actualmente parece ser sencillo. Basta con solicitar la inscripción o cambiar el domicilio en el Registro

Electoral para poder acudir a votar a las mesas electorales que se constituirán en las embajadas o consulados correspondientes²⁰.

En cualquier caso, es conveniente estudiar si se ha producido algún tipo de bloqueo o barrera para evitar el voto de estas personas en las únicas elecciones celebradas hasta el momento que han permitido el voto extranjero (las de 2017) y en aras a garantizar la máxima legitimidad del proceso constituyente. En general, la participación en dicho año no pareció reflejar un problema de acceso al voto en el extranjero, salvo la de aquellas personas residentes en España²¹, donde sólo votó el 50% aproximadamente, aunque los datos existentes no parecen del todo fiables, ya que el Servicio Electoral de Chile no desagrega porcentajes²².

Es importante tener en cuenta que, al igual que con el registro para las personas residentes en Chile, la inscripción debe haberse realizado 140 días antes de la votación, y surge la duda de qué ocurre con los/as chilenos/as inscritos en el exterior y que regresan a Chile una vez vencido dicho plazo.

- Pueblos Originarios Indígenas:

Uno de los riesgos importantes es que la nueva Constitución sea elaborada por un cuerpo técnico de élite -al igual que el Acuerdo por la Paz y una Nueva Constitución-, alejado de los distintos sectores culturales y étnicos. Dejará probablemente de lado una de las principales demandas hacia el proceso, el de la llamada autonomía y participación de los pueblos indígenas de Chile en el proceso constituyente (Rapa Nui, Aymara, Quechua, Atacameño, Coya, Diaguita, Mapuche, Kawashkar, Yamana) que podría resolver la deuda histórica que mantiene con dichos pueblos.

La experiencia comparada demuestra la existencia de una gran variedad de instrumentos, tanto para asegurar instituciones de autogobierno como de asegurar la representación descriptiva (mecanismos de cuotas, asientos reservados, incentivos específicos) y la sustantiva (prerrequisitos para candidaturas indígenas, por ejemplo).

La lógica de estructuras partidistas occidentales no forma parte de la cultura de muchos de los pueblos indígenas, y la pregunta es cómo se estructuraría un sistema que respete tradiciones indígenas propias, pero al mismo tiempo permita una representación adecuada de los diferentes pueblos presentes en el territorio en la Constituyente. Solo es posible con una corrección del sistema electoral, que es bastante compleja,

20 <https://www.servel.cl/voto-de-chilenos-en-el-exterior-2/> y también <https://www.servel.cl/como-se-vota-desde-el-exterior/>

21 El número de chilenos/as residentes en España es relativamente alto; se estima en más de 100.000. https://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_chilena_en_Espa%C3%B1a

22 <https://www.servel.cl/participacion-electoral-2/>

por lo que habría que garantizar la presencia de dichas comunidades en todo el proceso de participación, impulsar acuerdos entre partidos para garantizar la presencia de ellos e, incluso, garantizar una cuota en los órganos técnicos.

Con la actual normativa electoral es imposible que los pueblos indígenas estén representados en la Constituyente si no es a través de cuotas propias que establezcan en sus listas los partidos políticos, o se creen partidos indigenistas para la ocasión. Al igual que en otros países, como Bolivia, Venezuela o Nueva Zelanda, el sistema de implementación de escaños o asientos reservados para los pueblos indígenas en Chile, se podría estudiar para corregir el problema de subrepresentación que el sistema de partidos no ha podido garantizar hasta ahora. Hay un creciente desencuentro entre los intereses del sistema de partidos y las aspiraciones de los pueblos indígenas lo que, en el caso del pueblo mapuche, por ejemplo, ha propiciado que las movilizaciones de muchas de sus comunidades y organizaciones se hayan concentrado en la construcción de espacios propios para la reivindicación de autonomía y autodeterminación. Por otro lado, las formas de participación institucionalizada de los y las dirigentes indígenas se muestran insuficientes, no sólo porque estos no consiguen acceder a cargos directivos en los organismos estatales que se ocupan de los asuntos indígenas, sino por las lógicas que se generan de clientelismo y cooptación de liderazgos.

17

Para evitar esto, distintos autores concluyen que deberían resolverse tres cuestiones:

- i. Definir el criterio que se utilizará para conformar el padrón electoral indígena, que a su vez se vincula con el establecimiento del número de escaños y su distribución por pueblo;
- ii. Discernir la mejor configuración distrital de la cual se obtengan dichos escaños;
- iii. Incorporar el principio de paridad de género para la ocupación de los mismos.

Sobre la primera cuestión, por ahora se barajaban dos criterios para la conformación del padrón indígena: el propuesto por la derecha, que avala el uso del registro nacional de la CONADI, y el visualizado por la oposición, que se basaba en el principio de autoidentificación indígena. En este ámbito, el principio rector debiese ser la autoidentificación indígena, estándar establecido por el Derecho Internacional de los pueblos indígenas. Escoger uno u otro es esencial. La segunda cuestión es si tener un distrito o varios distritos indígenas que puedan representar a las distintas etnias y culturas, dada la diversidad étnica y dispersión territorial. La tercera es una cuestión transversal ampliamente aceptada, como es la paridad.

En la actualidad hay varios proyectos de reforma constitucional en tramitación que abordan la representatividad de los pueblos originarios; concretamente, el Proyecto de Ley que Modifica la Carta Fundamental en materia de bases de la institucionalidad, reconocimiento de los pueblos originarios, derechos fundamentales, conformación y atribuciones del Tribunal Constitucional y libre competencia, introduce un nuevo artículo 29 transitorio en la Constitución, que establece escaños reservados exclusivamente para pueblos originarios. Para estos efectos, el actual registro electoral se separará en dos. El registro de los pueblos originarios determinará proporcionalmente el porcentaje de cuotas indígenas a nivel nacional, las cuales se descontarán del número de miembros establecidos en la reforma constitucional. A su vez, las elecciones serán en un sólo distrito a nivel nacional. Aún se encuentra en fase de aprobación y de enmiendas. Puede ser un primer paso para la representación de los pueblos originarios en la Constituyente, y una oportunidad.

Aunque a *priori* supone un avance respecto a la situación actual, no parecería colmar las exigencias de autonomía y representación de dichos pueblos. Y, por supuesto, existe el peligro de que dichos representantes indígenas se conviertan, de hecho, en representantes de los partidos del sistema electoral chileno, como hasta ahora. La experiencia comparada muestra que no existen fórmulas estandarizadas y que dependen mucho de la fortaleza del movimiento indígena a la hora de negociar un espacio de representación. Además, los escaños reservados en el proceso constituyente son fundamentales para la estampación en la nueva Constitución de otras medidas que favorecen la representación de dichos pueblos en el sistema político, incluyendo instituciones de autogobierno propias de los pueblos indígenas y participación en instancias locales, regionales y del nivel central.

18

- Transparencia y noticias falsas:

La difusión de noticias falsas a través de las redes sociales o la manipulación de la opinión pública mediante el uso ilegítimo y no autorizado de datos personales ha tenido un impacto muy negativo en procesos electorales recientes de distintos países, como Brasil o Estados Unidos, incluso en referendums como el organizado para decidir sobre la permanencia o salida del Reino Unido en la Unión Europea. Nociones básicas plebiscitarias, como el ejercicio libre del sufragio, se han visto cuestionadas y han puesto en duda la legitimidad de estos procesos.

No se trata ya de una cuestión muy novedosa. Sin embargo, no se encuentra en el ordenamiento chileno ninguna norma específica dirigida a controlar el impacto que las noticias falsas (o “Fake News”) puedan tener en los distintos procedimientos electorales. Tampoco respecto del uso de datos personales y difusión de información durante los meses y

días previos a la celebración de los comicios. La Ley de Servicio Electoral recoge una serie de conductas sancionables, pero ninguna se refiere a éstas en particular. Si bien pudieran encajar dentro de algún tipo de delito recogido en el Derecho Penal chileno, sería interesante proponer algún tipo de control, de organismo vigilante, un sistema de recogida, análisis y tramitación de denuncias, y/o un procedimiento sancionador específico suficientemente disuasorio que permita reducir el impacto tóxico de estas campañas, y que tienen origen tanto interno como externo, de manera que se pueda garantizar el resultado más limpio posible.

Reglamento de Funcionamiento de la Convención:

El otro “hito” normativo que, sin duda, será decisivo para determinar el texto de la futura Constitución es la elaboración del Reglamento de Funcionamiento de la Convención Constitucional. Ya nos hemos referido anteriormente a él y recordamos ahora cómo, tanto el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, como la consiguiente reforma constitucional, en su artículo 133, indican que dicho Reglamento, deberán aprobarse por una mayoría de dos tercios.

Sin embargo, como ya se ha señalado, nada impide (todo lo contrario, resulta aconsejable) que las decisiones respecto de los contenidos de la Constitución que se vayan adoptando durante el proceso de deliberación y redacción se produzcan mediando otras mayorías menos calificadas que permitan agilizar los trabajos jurídicos y eviten constantes bloqueos.

Conviene, finalmente, hacer referencia a la “Secretaría Técnica”, un órgano creado en el artículo 133 de la recientemente reformada Constitución que estará integrado por “*personas de comprobada idoneidad profesional y académica*” pero cuyas funciones, composición y demás elementos de funcionamiento no han sido regulados. Éste puede ser un elemento interesante de pugna en el que convendrá incidir y sobre el que no parece haber regulación alguna. La Comisión Técnica regulada en el artículo 10 del Acuerdo podría encargarse de su definición. Paridad de género, incorporación de realidades indígenas y originarias, expertos/as y activistas medioambientales, pluralidad de edad, de pueblos y naciones, y otras cuestiones son susceptibles de ser incluidas aquí para que la elaboración técnica de los preceptos sea fiel reflejo de la realidad plural y compleja del Chile actual.