

¡MONTAÑISMO CONSTITUCIONAL!
CUANDO EL ÉXITO DEL PROCESO
NO ESTÁ EN LA CUMBRE,
SINO AL FINAL DEL DESCENSO

CONSTITUTIONAL CLIMBING!
WHEN THE SUCCESS OF THE PROCESS
IS NOT AT THE SUMMIT
BUT AT THE END OF THE DESCENT

*Alejandro Lagos Torres**

RESUMEN: En este artículo estudiamos los tres intentos para cambiar la Constitución chilena realizados en los últimos años, tratando de encontrar las razones que los han hecho fracasar. Para lograrlo, se relaciona dicho desafío constitucional con los problemas que presenta la ascensión a una montaña.

PALABRAS CLAVE: Constitución, cambio constitucional, procesos constituyentes, éxito o fracaso.

ABSTRACT: This article studies the three attempts to change the Chilean Constitution made in recent years, trying to find the reasons that have made them fail. To achieve this, this constitutional challenge is related to the problems presented by climbing a mountain.

KEYWORDS: Constitution, constitutional change, constituent processes, success or failure.

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

INTRODUCCIÓN

Hace cien años, formando parte de la Tercera Expedición Británica al Everest de 1924, desaparecieron los escaladores George Mallory y Andrew Irvine, que intentaron ser las primeras personas en alcanzar la cumbre más alta del mundo, y con su extravío nació el misterio, hasta aun hoy persistente, respecto a si fueron o no los primeros en lograr la hazaña. De haber tenido éxito, se habrían anticipado en veintinueve años a la primera ascensión conocida, la de Edmund Hillary y Tenzing Norgay en 1953. Y cuando en 1999, esto es setenta y cinco años después de la desaparición, fue encontrado el cadáver de George Mallory, ni sus restos ni los elementos hallados junto a él fueron suficientes para revelar el misterio, al tiempo que el cadáver de su compañero Andrew Irvine aún sigue desaparecido.

Cuenta la historia que un año antes, cuando en 1923 se encontraba George Mallory en una gira por Estado Unidos, recaudando fondos para la que sería su fatal expedición, a la pregunta que le hiciera de un periodista sobre por qué quería subir el Everest, su célebre y contundente respuesta habría sido “porque está ahí”. Mas esta respuesta es mucho más compleja de lo que parece. Por una parte, ser los primeros en llegar a la cumbre del Everest se había vuelto una cuestión de honor para el Imperio británico, que ya había sido derrotado en la carrera para llegar primero a los polos Norte y Sur, donde el Everest representaba el tercer polo de la Tierra, y el único aún no conquistado. Y para lograrlo, los británicos ya habían visto frustradas sus pretensiones en las expediciones de 1921 y 1922. Por otra parte, George Mallory, un experimentado montañista que había participado en las dos expediciones previas, era, a la vez, consciente de que, a sus treinta y ocho años, la expedición de 1924 era, tal vez, la última oportunidad que él tendría en su vida para alcanzar el techo del mundo, considerando las limitaciones técnicas del montañismo de hace un siglo, así como, también, el desconocimiento científico que aún se tenía de los efectos que la altura produce en la salud. Así, el 7 de junio de 1924, George Mallory partió del Collado Norte a conquistar la cumbre del Everest, pero jamás volvió.

Alcanzar la cumbre es lo que marca el éxito de la expedición, por cuanto es ella la razón de ser del desafío, por lo cual, si la cumbre no es conquistada, como consecuencia la expedición es un fracaso. Pero llegar a la cumbre y no regresar también es un fracaso. En efecto, el famoso montañista italiano Reinhold Messner, la primera persona en escalar las catorce cumbres de más de ocho mil metros del planeta, nos dice que “no es un héroe quien gana, sino el que regresa”. Y es por esto que se dice que la fotografía de la expedición exitosa no es la que se toma en la cumbre, sino la que se toma cuando todos los expedicionarios están de vuelta en el campamento base. Por tanto, el éxito del desafío requiere tanto llegar a la cumbre como regresar para contarlo.

Tenemos, entonces, que una cumbre no se puede alcanzar a cualquier precio. El frío, una mala planificación o la conocida hipoxia, esto es, la falta de oxígeno en el cerebro que provoca el mal de altura, son algunos de los muchos problemas que pueden llevar a una expedición al fracaso, incluso con consecuencias fatales. En el caso de la hipoxia, esta, además, impide pensar con claridad, y la persona puede sufrir alucinaciones.

Para el jurista que además guste de la montaña, pudiese ser inevitable asociar un desafío jurídico con la ascensión a una cumbre. En nuestro caso, en especial tras los recientes frustrados intentos por cambiar la Carta Fundamental, creemos que un cambio de Constitución tampoco puede materializarse a cualquier precio, haciendo abstracción del contexto y de los efectos a largo plazo. De hecho, una Constitución debe pensarse a largo plazo, sin dejarse llevar por las circunstancias inmediatas ni por intereses cortoplacistas. Y en este aspecto, cobra especial relevancia tomar los resguardos necesarios para no caer en conductas que tiendan a dichos fines, por cuanto en estas materias pareciera que la hipoxia también hace de las suyas.

En las líneas siguientes, queremos hacer algunas reflexiones sobre los tres intentos frustrados de cambio constitucional que ha experimentado nuestro país desde esta óptica del montañismo, según la cual el plebiscito ratificatorio es solo el ataque a la cumbre, pero después aún queda el desafío tanto o más complejo de bajar a la base, que en este caso equivale a la implementación del nuevo texto constitucional. Solo entonces podemos decir que el desafío terminó y “volvimos a la normalidad”. Nos centraremos especialmente en comentar el tercer proceso, concluido con el rechazo de la propuesta constitucional en el plebiscito del 17 de diciembre de 2023 por un 55,76 % de los votos válidamente emitidos.

I. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

Es un hecho que ciertos sectores de la sociedad chilena objetan de ilegítima la Constitución de 1980 por haber sido redactada bajo un régimen no democrático, refiriéndose a ella como la “Constitución espuria”, a lo cual se puede contraargumentar que ningún texto constitucional chileno ha tenido un origen completamente “democrático”, lo cual, además, por sí solo no incide en la calidad del texto, pudiendo, por tanto, esta primera crítica ser desestimada. Por el contrario, no obstante el muy loable trabajo realizado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la “Comisión Ortúzar”, entre septiembre de 1973 y octubre de 1978, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del plebiscito del 11 de septiembre de 1980, que ratificó la nueva Carta Fundamental, del que desde un principio se acusó fraude, entre otras razones, por

haberse realizado sin registros electorales, sin apoderados, y donde el uso de una tinta indeleble fácilmente borrable para identificar a los votantes permitía que más de algún elector concurriese a sufragar varias veces. Por tanto, parece razonable considerar que el plebiscito de 1980 fue al menos “irregular”.

En efecto, según el resultado oficial, el texto fue aprobado por el 67,04 % de los votos emitidos, incluyendo un 1,34 % de votos blancos que se contabilizaron a favor de la aprobación, esto es, dos tercios de los votos emitidos, aunque cabe la posibilidad de que dicho resultado no corresponda a la realidad expresada en las urnas. Sin embargo, es razonable pensar que efectivamente ganó la opción favorable al nuevo texto, aunque por un menor porcentaje de votos que el oficial, considerando que el contexto en el cual se efectuó el plebiscito era favorable al gobierno de la época, por cuanto en 1980 el relato socioeconómico se estaba cumpliendo y había una percepción general de progreso. Por el contrario, hacia 1982, en medio de la terrible crisis económica que dio paso a las primeras protestas contra el régimen, es probable que el gobierno no se hubiese arriesgado a realizar plebiscito alguno.

En este sentido, en 1980 podría haber ganado la opción favorable al nuevo texto, pero no por el 67,04 % oficial, sino por un 55 % o 58 % de los votos emitidos, resultado que, si bien reafirma que el pueblo chileno apoyó el nuevo texto constitucional, en contrapartida la mayor estrechez del resultado de todas maneras refleja la falta de un gran acuerdo en favor de la nueva Constitución. Creemos que esta constatación es esencial, especialmente en comparación con el último plebiscito del 17 de diciembre de 2023, pues, como veremos más adelante, una Carta Fundamental que no inicie su vigencia con al menos un 70 % de respaldo popular está condenada al fracaso.

Opuesta es la situación de la gran reforma constitucional de 1989, que fue negociada entre el gobierno y la oposición de la época, y aprobada con un 91,25 % de los votos válidamente emitidos, y que ahora sí contó con todas las garantías institucionales, como el Servicio Electoral, padrón, partidos políticos, apoderados, etc. Creemos que este plebiscito del 30 de julio de 1989 sí legitimó definitivamente la Carta de 1980, y si esto fuese desconocido, entonces habría que cuestionar también el resultado del plebiscito de 1988, el del “Sí” y el “No”, que también se celebró con las condiciones antes señaladas, y cuyo resultado nadie ha objetado jamás.

Y luego vino la gran reforma de 2005, realizada por el Congreso, sin plebiscito, lo cual es lo normal por cuanto, por tratarse de una reforma en un régimen democrático, le corresponde al ente que naturalmente tiene el poder constituyente derivado: el Congreso. A partir de este evento, cualquier duda de legitimidad debería haberse disipado, pero no fue así, pues los problemas continuaron tan pronto se aprobó dicha reforma, aunque ahora sustentada por nuevos argumentos.

En efecto, ya no solo se insistía en el subsanado problema de la ilegitimidad de origen, sino que ahora se objetaba con fuerza que el texto vigente imponía un modelo de sociedad y con la existencia de “trampas” que impedían que la voluntad popular se reflejara en el sistema político, por ejemplo, reglas supuestamente por sobre el estándar de las democracias representativas como los *quorum* reforzados, el control de constitucionalidad por parte de Tribunal Constitucional, el régimen especial de las leyes orgánicas constitucionales y la existencia de un sistema electoral que buscaba generar mayorías estables en el Congreso.

Y a lo anterior se fue agregando la exaltación de los derechos sociales, donde el relato crítico al texto usó como “ariete”, no solo la falta de consagración constitucional de determinados nuevos derechos, sino que, además, otros tantos derechos sí mencionados en el texto pero que “no se cumplían”. Mas debemos señalar al respecto que se cumple o no se cumple una norma que existe, no una norma que no existe, por lo cual, si tal o cual cosa “no se cumple”, no es por falta de norma, sino que en última instancia es por falla del Estado en su papel de servir a la persona y de velar por el bien común. Y, en segundo lugar, a veces no es cierto que las cosas no se cumplen, pues, si bien todo es perfectible, no es menos cierto que muchas veces los servicios públicos funcionan mejor de lo que el relato estándar afirma.

Dicho todo lo anterior, para desenredar nuestro problema constitucional, creemos necesario distinguir dos subproblemas independientes, aunque entrelazados entre sí. El primer problema corresponde a todos aquellos elementos de nuestra Carta Fundamental que no funcionan bien, que en general corresponden a defectos en la parte orgánica del texto, y que es de lo que menos se habla, por cuanto el relato crítico se ha estacionado en los derechos que el texto reconoce o no reconoce, que en todo caso pueden y deben ser complementados, por ejemplo, para salvar lagunas, con principios generales como la servicialidad, la búsqueda del bien común o la subsidiariedad, lo cual no es aplicable respecto de los órganos constitucionales, puesto que, por el principio de legalidad, un órgano tiene o no tal facultad, se requieren o no tales o cuales requisitos para dirigirlo, etc., es decir, los defectos de diseño no son subsanables recurriendo a los principios generales. El segundo problema es la “tranca” de la legitimidad de origen, que tiene el inconveniente de inducir a rehacer todo desde cero innecesariamente, desconociendo que en el texto hoy vigente lo original de 1980 es poco contenido, pues, por una parte, cerca de la mitad del texto vigente fue escrito después de 1989, en tanto gran parte de la otra mitad son disposiciones que vienen de Bernardo O’Higgins al inicio de la República, de Diego Portales y la Carta de 1833, de Arturo Alessandri Palma y la Constitución de 1925, y de la gran reforma a dicha Carta efectuada en 1970, es decir, lo novedoso de 1980 tal vez no excede del 10 % del texto vi-

gente, y en todo lo anterior hay cosas que sí funcionan, como también hay muchas disposiciones que corresponden a tradiciones republicanas.

La distinción señalada nos parece importante, pues si realmente lo que se quiere es mejorar lo que no funciona, no es necesario rehacer la Constitución desde cero, ni menos someter a la institucionalidad y a la sociedad chilena al enorme estrés que significa plebiscitar un nuevo texto en su conjunto, procedimiento que induce a que la gente ponga especial cuidado en lo que le perjudica de un nuevo texto constitucional.

Es en este contexto en el que comenzaron a sucederse los intentos por cambiar la Constitución.

II. PRIMER ACTO

En 2015, durante su segundo mandato, Michelle Bachelet dio inicio al primer proceso para dictar una nueva Constitución para Chile, siendo, tal vez, lo más vistoso de este proceso los cabildos desarrollados durante 2016, instancias en las que se esperaba que la ciudadanía debatiera qué temas debía considerar la nueva Carta Fundamental, lo cual sería utilizado como insumo para la redacción del nuevo texto. Pero, en general, la participación fue baja, al tiempo que se criticó que las pautas entregadas a la ciudadanía eran muy rígidas, con preguntas demasiado dirigidas, y en las que se consultaba a las personas sobre temas técnicos que hacían surgir dudas si la gente en realidad llegaba a comprender, por ejemplo, sobre la forma de Estado y la forma de gobierno que debía adoptar Chile.

Por otra parte, en el afán de dar mayor protagonismo a la participación ciudadana, se prescindió de los partidos políticos, lo cual demostró, con el paso del tiempo, que le restó fuerza al proceso, sin que la clase política llegase a interesarse en forma seria en sacar adelante el desafío. Este “error de manual” ya había sido advertido como causa del fracaso del muy participativo proceso constituyente de Islandia en 2011, que solía ser mostrado como un ejemplo de participación ciudadana, pero silenciando, a la vez, el hecho de que la falta de apoyo partidista lo hizo fracasar.

Luego, en un hecho sintomático de lo antes mencionado, la presentación de las conclusiones se efectuó en una ceremonia en La Moneda, sin la participación de autoridades de otros poderes del Estado ni de los partidos políticos.

En los últimos días de este periodo presidencial, se ingresó al Congreso, vía mensaje, el proyecto de nueva Constitución, el cual nos sorprendió profundamente puesto que, considerando todo el tiempo y los recursos invertidos en los cabildos, en realidad era bastante parecido al texto vigente, sin perjuicio

de presentar severos problemas de redacción que en ciertos casos hacían ininteligibles algunas disposiciones. Una vez hubo dejado la presidencia Michelle Bachelet, su sucesor, Sebastián Piñera, no continuó la tramitación del proyecto, por cuanto el cambio constitucional no formaba parte de su programa de gobierno.

III. SEGUNDO ACTO

El inicio de este segundo intento se encuentra en el mal llamado “estallido social” del 18 de octubre de 2019. En esta ocasión, en un intento por detener la violencia desatada, un acuerdo transversal “por la paz y la nueva Constitución” abrió un nuevo proceso constituyente, aunque la violencia solo se detuvo como consecuencia de las cuarentenas decretadas para combatir la pandemia de COVID-19 a contar de marzo de 2020.

A partir del acuerdo, se llamó a un plebiscito para abril, el cual fue aplazado al 25 de octubre de 2020 producto de la pandemia, para que la ciudadanía manifestara su aprobación o rechazo a la idea de elaborar una nueva Constitución. En dicha ocasión, con voto voluntario y con las severas restricciones impuestas para enfrentar la pandemia, en que contagiados y grupos de riesgo no podían sufragar, participó tan solo el 50,95 % del padrón electoral, ganando la opción de aprobación con un 78,28 % de los votos válidamente emitidos, correspondientes a tan solo un 39,7 % del total de electores habilitados para votar. Y lo que siguió fue un completo desastre.

Para comenzar, la elección de convencionales se realizó utilizando reglas anormales, con listas de independientes formadas en los hechos por colectivos fuertemente politizados, con escaños reservados para pueblos originarios que resultaron sobrerrepresentados, y con regla de paridad, que, en definitiva, dieron como resultado un órgano redactor muy cargado a la izquierda y para nada de representativo de la sociedad chilena. Por otra parte, desde la mismísima ceremonia de inicio del trabajo de dicho órgano, el proceso fue una antología de conductas aberrantes y de faltas de respeto, todo inserto en un ambiente violento en el cual a todo el que piensa distinto se le trataba de “extremo”. A lo anterior, deben agregarse problemas formales de procedimiento durante el trabajo mismo, como la trampa de reponer propuestas de normas que ya habían sido rechazadas por el pleno, el poco tiempo que se dio en las comisiones para exponer ideas, el desechar el pleno todas las iniciativas populares de normas, muchos acuerdos se tomaron sin que quedase registro alguno, sin micrófonos, sin cámaras, sin actas, sin secretario, en definitiva, sin “historia de la ley”.

En cuanto al fondo de la propuesta, se trató de un texto larguísimo con un claro espíritu “refundacional”, no solo con muchos detalles, sino que, ade-

más, conteniendo demasiados temas propios de normas de desarrollo y de políticas públicas, que resultó repleto de experimentos ajenos a nuestra tradición cultural y jurídica, como la plurinacionalidad, los sistemas diferenciados de justicia para distintos grupos humanos, el Estado regional, etc., de conceptos no jurídicos como el “maritorio” o los “bienes naturales comunes”, y redactado con un deplorable mal uso de nuestra lengua castellana.

En consecuencia, el resultado del proceso no fue de extrañar: la propuesta fue rechazada en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, ahora con voto obligatorio, por un contundente 61,86 % de los votos válidamente emitidos. Y para la historia quedó que este fracaso fue la primera vez que en el mundo una propuesta constitucional elaborada por un órgano democráticamente elegido resultaba rechazada.

En todo caso, si bien este fracaso significó un gasto equivalente a construir un hospital, que fue a parar a la basura, no es menos cierto que esta caótica experiencia sí sirvió para sacar cosas en limpio, con lo cual se puede considerar que sí ganamos “algo”: el “contraejemplo”, esto es, que Chile no quiere una Constitución con experimentos académicos, es decir, que, en caso de llegar a materializarse un cambio constitucional, ahora sabemos a dónde no queremos llegar como sociedad. En efecto, el apruebo de entrada en octubre de 2020 fue “en abstracto”, el rechazo de salida de septiembre de 2022 fue “en concreto”.

IV. TERCER ACTO

Lo que parte mal, termina mal, y este fue el caso del tercer intento de cambiar la Constitución. Cabe señalar que el “acuerdo por la paz y la nueva Constitución” de noviembre de 2019 prescribía que, en caso de rechazarse la propuesta constitucional en el plebiscito de salida de septiembre de 2022, continuaba rigiendo la Carta vigente, lo cual se plasmó en el inciso final del art. 142 de la Constitución. Pero esto no ocurrió, ya que, a los pocos meses del plebiscito, lo señalado en dicho artículo fue incumplido.

En efecto, un nuevo acuerdo político, si bien bastante transversal, pero de todas maneras con importantes disidencias en varios sectores del espectro político, acordó iniciar un nuevo proceso constituyente, interpretando que la voluntad popular ya se había expresado en tal sentido en el plebiscito de octubre de 2020, no obstante que esta interpretación no solo vulneraba el texto constitucional, sino que, además, el contexto nacional transcurridos dos años ya había cambiado, y la idea de una nueva Constitución había perdido fuerza en la ciudadanía, más preocupada del gran deterioro económico del país y de la grave crisis de seguridad que se experimentaba.

Por consiguiente, este tercer proceso partió con severas taras. Si es que realmente debió haberse iniciado. Si bien las doce bases negociadas en el nuevo acuerdo, que se alzaban como límites claros que el órgano redactor no podía desbordar, más todo el insumo resultante de los dos procesos anteriores, como las dos propuestas, los cabildos, las audiencias, las iniciativas populares, los expertos, las encuestas, etc., auguraban una experiencia más ordenada, y con una tramitación más parecida a la formación de la ley, un conjunto de elementos y circunstancias presentes en esta ocasión no eliminaban la posibilidad de un nuevo fracaso. Primeramente, se planteaba la interrogante de si era democrático el origen de este tercer proceso, por haberse incumplido adrede el art. 142 de la Carta vigente, con lo cual la eventual aprobación de la nueva propuesta conllevaba la carga de avalar una pillería. Por esta razón, algunos sectores tildaban de ilegítimo este nuevo intento, exigiendo para darle curso un nuevo plebiscito de entrada, en vez de dar por válido el de 2020. Otros grupos cuestionaban la excesiva participación de expertos en este nuevo proceso, lo cual entendían anulaba la voluntad de los redactores democráticamente elegidos.

En cuanto al órgano redactor, electo ahora siguiendo las reglas de la elección del Senado, pero con corrección de paridad, nueva sorpresa: a la inversa del proceso anterior, este resultó con una amplia mayoría de derecha, lo cual otra vez dio como resultado un órgano poco representativo de la sociedad chilena y, además, el sector ganador no comprendió o no quiso comprender que su victoria era con votos prestados como forma de protesta contra el gobierno, no apoyo a sus ideas.

Cuando la nueva propuesta estuvo lista, si bien se trataba de un texto mucho más moderado que el del año anterior, fue posible observar cómo se repetían problemas de la anterior propuesta, por ejemplo, un texto demasiado largo y con mucho detalle, lo cual hace imposible su aprobación por una amplia mayoría, con inútiles reiteraciones, subsistían sin corregir problemas del texto vigente como la relación entre el derecho internacional y el derecho chileno, al tiempo que se dejaba a la ley la regulación de materias importantes por el solo hecho de que los redactores no lograron llegar a acuerdo. Por otra parte, a nuestro entender generaba problemas nuevos, como la eliminación del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, la introducción de principios poco claros como el “Estado social”, y de conceptos indeterminados como que algo debe ser “razonable”, “adecuado” o “apropiado” cual patente de corso, así como la creación de nuevos órganos solo enunciados en forma vaga dejando toda la regulación a la ley, o la creación de “macrozonas” regidas por órganos superpuestos a los gobiernos regionales en vez de derechamente fusionar regiones.

Y así llegó el momento del plebiscito ratificatorio del 17 de diciembre de 2023. ¡Una locura! Quienes por años promovían el cambio constitucional apoyaban la opción “en contra”, y quienes desde un comienzo no querían di-

cho cambio se decantaban mayoritariamente por la opción “a favor”. El mundo al revés.

¿Pero cómo llegamos a esta situación? Por aberrante que pueda parecer, la decisión de los partidos políticos de apoyar una u otra opción era cortoplacista, no obstante que un texto constitucional debe pensarse a largo plazo, considerando sus efectos a cuarenta o cincuenta años. La oposición al gobierno apoyaba el nuevo texto esperando propinar al oficialismo una derrota mediática que afianzara sus posibilidades de triunfo en la próxima elección presidencial y parlamentaria, ¡en dos años más! Por el contrario, el oficialismo rechazaba el nuevo texto esperando evitar el triunfo mediático de la oposición. Por consiguiente, uno y otro sector no tenía interés alguno en la propuesta constitucional, sino que el apoyo a una u otra opción lo era pensando en las próximas elecciones presidenciales y parlamentarias. Y sobre este trasfondo operaba la propaganda. Unos iban en contra porque legítimamente no les agradaba el texto. Otros apoyaban la propuesta no por sentirse conformes con ella, sino bajo la ingenua e irresponsable ilusión de que así el derrotero constitucional se terminaría de una vez por todas, pese a que con el plebiscito de 2022 también debía terminarse el proceso, y, sin embargo, eso no ocurrió. Otros sectores, de una manera irracional e igualmente irresponsable, apoyaban una u otra opción solo porque el adversario apoyaba la opción contraria, pura visceralidad. En cuanto a los que aprobaban el texto bajo el supuesto de que ello favorecería en dos años más la elección de un mejor Congreso, cabe hacer presente que en política dos años son una eternidad, en ese lapso cualquier cosa puede pasar, lo cual quedó dramáticamente demostrado cuando solo un mes y medio después del plebiscito, el 6 de febrero de 2024, falleció Sebastián Piñera, quizá el único líder capaz de unir a la oposición, y que estaba aumentando su apoyo en las encuestas, lo cual envió al traste todo cálculo previo elucubrado antes del plebiscito.

Al final, el resultado del plebiscito fue un nuevo fracaso. El pueblo chileno otra vez volvió a manifestarse en contra de la nueva propuesta constitucional, en esta ocasión con el 55,76 % de los votos válidamente emitidos.

V. REFLEXIONES

Ante tanto cortoplacismo irresponsable, aquí nuestro análisis vuelve al montañismo: la cumbre no puede alcanzarse a cualquier precio. El día del plebiscito no se acaba el proceso constituyente, de la misma forma en que el día del ataque a la cumbre no se acaba la expedición. Una vez alcanzada la cumbre, aún falta bajar, y es sabido que la mayoría de los accidentes en la montaña se producen bajando, por lo que la expedición solo se termina una vez que se ha llegado

de regreso al campamento base. De la misma forma, el plebiscito equivale al ataque a la cumbre, en tanto la bajada corresponde a todo el proceso posterior de poner en marcha el nuevo sistema constitucional, esto es, dictar la normativa de desarrollo, la normativa de ejecución, instalar los nuevos órganos constitucionales, que se uniforme la jurisprudencia, tanto la judicial, la administrativa y la constitucional, todo lo cual puede tardar unos diez años en concretarse, antes de que el sistema se estabilice y “volvamos a la normalidad”, al campamento base. Y, de hecho, es cierta la probabilidad de que mucha normativa de desarrollo nunca se dicte y que la jurisprudencia no se uniforme, respecto de lo cual sí tenemos precedentes, incluso, con nuestro texto constitucional vigente. Además, en el caso del último plebiscito, considérese la gran cantidad de normas de desarrollo que debían dictarse por un Congreso tremendamente fraccionado.

Por consiguiente, cambiar una Constitución no es un fin en sí mismo, y no garantiza nada. Menos aun cuando se observaba que el ánimo constituyente de los chilenos había decaído. Al contrario de la mítica respuesta de George Mallory, una propuesta de nuevo texto constitucional no puede aprobarse “porque está ahí”, es decir, sin tener presente todas las dificultades que pueden presentarse durante la puesta en marcha de la nueva Constitución.

Para terminar, examinemos algunos puntos importantes.

1. *¿Cuándo es necesario dictar una nueva Constitución?*

Creemos que un cambio constitucional racionalmente tendrá lugar cuando una sociedad que habita un mismo territorio se enfrenta a un evento que marca un quiebre en la forma en que se desenvuelven sus relaciones como, por ejemplo, sería el caso de su independencia respecto de otro país, el término de una guerra interna o externa, o un severo cambio de régimen. Por el contrario, la simple anomia no es equiparable a las situaciones antes señaladas. Si bien compartimos la apreciación de que nuestra Carta vigente tiene problemas, estos tampoco tienen la entidad suficiente como para justificar rehacer todo desde cero. Y en cuanto al mal llamado “estallido social”, que fue precisamente una manifestación de anomia fomentada desde ciertos sectores, y que puso a Chile en camino a los dos últimos procesos constituyentes, cabe advertir que la salida que en esa ocasión se propuso para superar la crisis fue inadecuada y desproporcionada, por cuanto, pese a la violencia desatada, la institucionalidad chilena nunca dejó de funcionar. Por otra parte, si Sebastián Piñera caía en 2019, quedaba el mal precedente de que saltarse las reglas era una forma válida para solucionar problemas. La situación vivida en esos días no fue siquiera parecida a la que experimentaba nuestro país antes del 11 de septiembre de 1973, en que

el Congreso hacía semanas que no sesionaba, el Tribunal Constitucional se abstenía de resolver, y el Presidente de la República había sido declarado fuera de la ley por la Corte Suprema y la Cámara de Diputados de esa época.

Ejemplos hay de sobra de países que, enfrentados a reales crisis severas, fueron capaces de darse una nueva Constitución, siendo aprobada por mayorías importantes del electorado, como es el caso de la Constitución francesa de 1958, surgida de la necesidad de cambiar el sistema de gobierno dada la debilidad de los gabinetes que uno tras otro eran derribados por el Parlamento, y que fue aprobada con un 82,6 % de votos a favor, o de la Constitución española de 1978, nacida también de la necesidad de reglamentar la nueva era democrática tras el fin del régimen de Francisco Franco, siendo aprobada esta por un 87,78 % de quienes votaron.

Pero para que se produzca un cambio constitucional exitoso, además de la necesidad de que exista una causal de tal severidad que justifique dicho cambio, creemos que, además, se requiere, al menos, de otras dos condiciones. Primero, que haya liderazgos claros que conduzcan el proceso, como fue el caso de Charles de Gaulle, Michel Debré y René Coty en la Francia de 1958 o de Juan Carlos I, Adolfo Suárez y Torcuato Fernández-Miranda en la España de 1978. Lo mismo podríamos decir respecto de las últimas Cartas chilenas, con Diego Portales en 1833, Arturo Alessandri Palma en 1925 y Augusto Pinochet en 1980. Por el contrario, en los tres intentos chilenos nunca hubo un líder claro. Y segundo, para que un texto constitucional sea capaz de generar un amplio consenso, debe ser breve y contener lo esencial, nada de políticas públicas, lo cual se cumple en las actuales Cartas francesa y española, con unas once mil y diecisiete mil palabras respectivamente, pero que estuvo lejos de suceder con las dos propuestas constitucionales chilenas de 2022 y 2023, ambas de más de cuarenta mil palabras, tamaño similar al de la actual Carta Fundamental colombiana de 1991.

Finalmente, creemos que el fondo del problema constitucional chileno es más político que jurídico, es la mala calidad de la política en general, por lo que nada se logra con solo cambiar de avión si en realidad el problema radica en la forma de pilotear.

2. ¿Qué es una “buena Constitución”?

Antes de cualquier otra consideración, creemos que el aspecto fundamental para que una Constitución pueda ser considerada como “buena” es que sea capaz de funcionar, considerando la realidad de la sociedad a la cual debe regir. Un texto constitucional puede tener un origen incuestionablemente democrático, pero si en la práctica se demuestra incapaz de funcionar, nos encontramos ante un texto que no sirve, es un mal texto que no cumple su cometido.

3. *¿Podemos rescatar algunas lecciones de los tres procesos vividos en Chile?*

Al analizar los tres procesos se pueden detectar al menos tres graves errores. Primero, en 2022 y 2023 se cometió el error de manual de prescindir de los partidos políticos, tal como ocurrió en el caso de Islandia en 2011, pues por mucho que se desconfíe del futuro comportamiento que puedan tener los partidos una vez que el nuevo texto esté en vigencia, igual estos van a reformar el texto cuando así lo consideren conveniente. Dicha exclusión refleja, en definitiva, una cierta soberbia y también algo de torpeza. Segundo, otro error manifiesto fue la refundacional teoría de la “hoja en blanco”, esto es, escribir las propuestas desde cero, por cuanto ello permite la “lista de supermercado”, para que luego el rechazo a la propuesta vaya sumando adeptos “por temas”, según los intereses de cada cual. Un texto eficiente que concite el apoyo de al menos un 70 % del electorado debe ser general y breve, por cuanto la Norma Suprema, la regla más general de todas, debe ser una sola y neutra, mientras que la equidad se logra con las políticas públicas. A su vez, toda propuesta debe mantener, tanto lo que funciona como las tradiciones republicanas. Por el contrario, un texto extenso y detallado solo le agrega lastre al proceso, cual mochila sobrecargada que obstaculiza al montañista. Y, por último, el tercer error es la tan repetida aspiración a que la Constitución “la escriba la gente”. ¿Quién? Redactar una Constitución es un tema técnico, en tanto que el poder constituyente por definición está radicado en el Congreso. Cualquier otra opción es mero oportunismo, pues los grupos chicos de presión saben que la vía legislativa no les conviene. Y esto es sin perjuicio de que un independiente en política es una contradicción en los términos, por cuanto un independiente “de verdad” en política no se mete.

4. *Dos afirmaciones muy repetidas previo a los plebiscitos de 2022 y 2023*

La primera afirmación, que mucho se repitió antes de ambos eventos por quienes apoyaban las respectivas propuestas, paradójicamente en cada plebiscito de distinta sensibilidad política, era que había que “aprobar y después reformar”. Esto es frívolo. ¿Qué sentido tiene aprobar para después reformar, si precisamente se llegó a los procesos constituyentes por la dificultad que se denunciaba para reformar el texto vigente? Y, por otra parte, reformar después, pero ¿cuándo? ¿Cuándo se pueda en cinco, diez o veinte años más? Nos parece un completo disparate, y una absoluta falta de seriedad. Si el texto no convence, no se puede aprobar. La otra afirmación, también proveniente de quienes apoyaban las respectivas propuestas, corresponde a una crítica a los detractores de cada

una en cuanto a “por qué en forma tan majadera fijarse en lo malo de los textos”, como si acaso lo bueno no fuera suficiente para compensar lo malo. Creemos que fijarse en los aspectos negativos de cada propuesta es la conducta más racional y lógica que debiese adoptar el votante, por cuanto es lo malo lo que produce daño, el que en ciertos casos puede llegar a ser irreversible. Esto es no tomarle el peso a lo que significa adoptar una nueva Constitución, al tiempo que manifiesta cómo le juega en contra al proceso el tener que votar por la propuesta a fardo cerrado, pues el fijarse en lo malo incentiva el rechazo.

5. El resultado del plebiscito visto desde el montañismo

Teniendo la papeleta dos alternativas: “a favor” y “en contra”, en realidad el día del plebiscito podían darse cuatro resultados posibles. Que la propuesta se apruebe por una gran mayoría o que se rechace por una gran mayoría, entendiendo por “gran mayoría” más de un 70 % de los votos o, bien, que se apruebe con un margen estrecho o que se rechace con un margen estrecho, entendiendo por “margen estrecho” con menos de treinta puntos de diferencia, por ejemplo, una diferencia menor a un 65 % - 35 % de los votos.

Si la propuesta se aprobaba por una gran mayoría o se rechazaba por una gran mayoría, en ambos casos podría considerarse que el resultado es bueno, en la medida que refleja un gran acuerdo transversal en la ciudadanía. Por el contrario, si la propuesta se aprobaba con un margen estrecho o se rechazaba con un margen estrecho, en ambos casos el resultado es malo, pues refleja una fractura en la sociedad, una severa polarización. Sin embargo, entre las dos hipótesis de resultado con margen estrecho, creemos que objetivamente es más malo que la propuesta se apruebe con un margen estrecho, por cuanto implica iniciar todo desde cero con un altísimo nivel de oposición. Una Constitución que comienza su vigencia con una contestación tan alta está condenada al fracaso, no hay razón para que acabe la crisis, se abrirá la Caja de Pandora, y no durará cuarenta años. En cambio, si la propuesta se rechaza con un margen estrecho, si bien dicho resultado igual refleja la polarización de la sociedad, al menos las cosas se quedan como están, en vez de saltar a una piscina sin agua.

Si volvemos al montañismo, entendiendo que el día del plebiscito es solo el día del ataque a la cumbre, y que el éxito de la expedición solo se concreta cuando tras hacer cumbre se termina sano y salvo el descenso, podemos considerar los cuatro resultados posibles de la siguiente manera: si la propuesta se aprueba por una gran mayoría, esto equivale a hacer cumbre y completar el descenso sano y salvo; si la propuesta se rechaza por una gran mayoría, esto sería suspender la expedición sin intentar la cumbre; si la propuesta se aprueba por un margen estrecho, esto corresponde a conquistar la cumbre, pero

no volver, es decir, se trata del peor de todos los resultados; y, finalmente, si la propuesta se rechaza por un margen estrecho, esto sería iniciar el ataque a la cumbre, pero abortarlo a tiempo por no ser favorables las condiciones.

El 17 de diciembre de 2023 el pueblo de Chile inició el ataque a la cumbre, pero por el 55,76 % de los votos decidió no correr riesgos y dar media vuelta, un rechazo con margen estrecho. Creemos que el resultado fue malo por cuanto refleja la polarización que experimenta la sociedad chilena, pero, al menos, se trató del resultado “menos malo”. La cumbre no puede lograrse al cualquier precio.

CONCLUSIÓN

Lo que parte mal, termina mal. Sin embargo, de los tres procesos constitucionales podemos extraer algunas conclusiones:

1. Redactar una Constitución es más difícil de lo que parece y de lo que se nos quiso convencer.
2. El texto actualmente vigente es más moderado y mejor escrito de lo que se suele afirmar.
3. El no separar el problema de la legitimidad de origen de la necesidad de mejorar lo que no funciona, ha resultado perjudicial para los procesos constituyentes, pues la obsesión por la legitimidad obliga a plebiscitar la propuesta en su conjunto, lo cual incita a rechazar.
4. Termina imponiéndose el cortoplacismo, lo cual refleja que no hay voluntad real de mejorar.

Paradójicamente, hoy tenemos vigente la Constitución más ratificada del mundo, como consecuencia de los plebiscitos de 1989, 2022 y 2023, más la gran reforma hecha por el Congreso en 2005, por lo que creemos que el problema de la legitimidad debería darse por superado.

Si bien no hay que tenerle miedo al cambio, tampoco se trata de “cambiar por cambiar”. El cambio no es un fin en sí mismo, igual como la cumbre no puede alcanzarse a lo que cueste. De aprobarse un nuevo texto con un margen estrecho, no hay razón para que la crisis termine.

En contrapartida, llegar a acuerdos implica ceder, y no se observa en la actualidad un real ánimo en tal sentido. Se enfrentan dos visiones de mundo demasiado contrapuestas y, si bien, en teoría, un texto breve facilita los acuerdos, no se ve disposición para elaborar un texto así.

Tampoco se debe tildar un texto de “ilegítimo” por el solo hecho de que no nos gustó.

Creemos que una reforma sería debería partir, en vez que, de una hoja en blanco, borrando de la Constitución lo repetido o redundante como el inciso

5.º del art. 19 n.º 1, lo superfluo como el art. 32 n.º 21, lo obsoleto como el capítulo XII, y lo que evidentemente es materia de ley como los incisos 6.º a 10.º del art. 19 n.º 24, para solo entonces, cuando tengamos definido qué temas realmente merecen tener carácter constitucional, comenzar a negociar reformas. De no hacerlo así, otra vez tendremos un texto enorme que jamás se aprobará por una amplia mayoría.

Sin una real voluntad inspirada en el largo plazo, y en ausencia de virtud cívica, no hay cambio alguno que pueda tener éxito.

Y, finalmente, concluyendo con nuestra evocación a la montaña, hay que ser valiente para dar media vuelta antes de que se imponga la hipoxia, para así poder volver sano y salvo antes de que ocurra un desastre.