

**CÁTEDRA JORGE  
HUNEEUS ZEGERS**



# ¿HACIA UNA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL VIABLE EN CHILE? CÁTEDRA DE DERECHO CONSTITUCIONAL JORGE HUNEUS ZEGERS<sup>1</sup>

*Rosalind Dixon<sup>2</sup>*

Muchísimas gracias, profesor Javier Couso, por la tan generosa presentación. Muchas gracias, decano Héctor Hernández, por sus palabras tan amables y por ser anfitrión de esta cátedra en su facultad. Quiero partir reconociendo la generosidad de la familia Huneus en hacer posible esta serie de conferencias. Alexandra Huneus, a quien conozco, es una destacada académica del estudio de los sistemas jurídicos latinoamericanos e interamericano. Su familia, y en especial su padre, hace posible esta conferencia. Y eso es algo muy generoso que no podía dejar de mencionar.

No podría ser mejor momento para hablar sobre derecho constitucional. Espero que las personas en el público se estén conectando porque ellos y ellas también están pensando qué significado atribuirle en sus vidas al plebiscito en el que acaban de participar, en el significado de este momento histórico del proceso en Chile y en la forma en que pueden ayudar a moldear el diálogo con respecto a cuál es la transformación constitucional que se persigue. A fin de cuentas, la Constitución la van a decidir ustedes y no las expertas internacionales como yo.

- 
- <sup>1</sup> Este artículo corresponde a una transcripción revisada y editada de la conferencia que la profesora Rosalind Dixon dictó en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneus Zegers, el día 11 de noviembre de 2020. En varias partes de la conferencia la profesora Dixon utilizó para sus ejemplos el apellido Hernández y el nombre Javier. Se refiere al entonces decano interino de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, profesor Héctor Hernández, y al profesor Javier Couso, quien tuvo a su cargo la presentación de la Cátedra Huneus.
  - <sup>2</sup> Académica de la Facultad de Derecho de la University of New South Wales (UNSW), Australia. Es Manos Research Fellow, Directora del Centro Gilbert + Tobin de Derecho Público, Directora Adjunta de la Iniciativa Herbert Smith Freehills sobre Derecho y Economía, Codirectora de la Nueva Iniciativa de Igualdad Económica de la UNSW y codirectora académico del Gran Desafío sobre la Desigualdad en la UNSW. Es, asimismo, Asimismo, co-presidenta de Asociación Internacional de Derecho Público, ICON-S. La autora desea agradecer a Javier Couso y Sergio Verdugo por proporcionar un contexto útil antes de la conferencia, y a Domingo Lovera por su generosa ayuda en la traducción y redacción de la transcripción de la conferencia.

Con todo, les quiero ofrecer algunas ideas y sugerencias sobre cómo este proceso puede desarrollarse si es del caso que quiere lograrse una Constitución más estable y una transformación más bien realista. Voy a dividir la presentación en cinco temas amplios. Primero, ¿qué debiese incluir la transformación constitucional? Segundo, ¿dónde se deben tomar las decisiones? Tercero, ¿en qué nivel se deben diseñar una Constitución? Cuarto, ¿cuánto de este proceso se arraiga a las tradiciones y normas chilenas de cara a, o versus, las normas y tradiciones globales? Y quinto, ¿qué tipo de procedimientos deberían desarrollarse a partir de aquí, es decir, del plebiscito?

### **1. ¿Preservar o transformar? Preservar y transformar**

La primera pregunta es, ¿cuál es el enfoque que los chilenos y las chilenas debieran adoptar en un momento tan histórico como este, en el que pueden redefinir su Constitución? Mi respuesta sería que este enfoque debiese ser una mezcla entre la búsqueda de transformaciones constitucionales, pero también de preservaciones. ¿Por qué preservar?

Primero, porque la estabilidad es buena para la vida de las personas. Las personas tienen la expectativa de que pueden confiar en el sistema de gobierno para planificar sus vidas y tomar decisiones para sus vidas y las de sus familias. Las personas tienen conexiones con lo que ya saben y conocen. La psicología social ha demostrado, una y otra vez, que la gente tiene lo que se denomina un “endowment effect” (de atribuir más valor a las cosas por el hecho de poseerlas). Si yo le ofrezco una taza al decano Hernández y me dice, “Yo estoy dispuesto a pagar \$10 por ella”, y luego yo le digo que ahora quiero comprarla de vuelta, no sería raro que me respondiera que ahora debo pagarle más de \$10 por la misma taza. ¿Por qué? Porque nos conectamos a lo que sabemos y a lo que tenemos. Por lo tanto, existe una razón psicológica para honrar aquello que ya tenemos, al igual que un sentido o idea de la existencia de una tradición. Y lo positivo en torno a esa tradición, es algo que puede conectarnos a todos y todas juntas.

A veces las tradiciones son bien extrañas y bastante arbitrarias. Y si la gente de afuera viene y nos visita podría no entender nuestras tradiciones. Pero estas tradiciones sí tienen sentido para quienes viven ahí y las han experimentado desde su infancia. Mantener algunas de esas tradiciones es positivo, entonces, para preservar el sentido de comunidad de las personas, así como para promover una forma de solidaridad colectiva. Por lo tanto, hay buenas razones para mantener las cosas y preservarlas: la estabilidad,

las conexiones de las personas, las tradiciones positivas que nos conectan y nos unen.

Pero, asimismo, existen razones igualmente importantes para aspirar a la transformación. ¿Cuáles son estas razones? La primera es que existe un consenso amplio en Chile de que la Constitución debe repudiar la era de Pinochet. Ella ha sido ya repudiada políticamente y lo ha sido, también, en muchos otros niveles. Sin embargo, la Constitución es el documento más fundamental de un país y envía un mensaje al futuro con respecto a, por ejemplo, lo que los sudafricanos llaman el “nunca más”. En Sudáfrica, el “nunca más” de la Constitución fue el apartheid. En Alemania, el “nunca más” para la ley fundamental fue el Holocausto. Y algunos dirían que, en los Estados Unidos, el “nunca más” de las enmiendas de la Reconstrucción – las enmiendas 13, 14 y 15 – fue el repudio a la esclavitud. Para Chile, el “nunca más” de la nueva Constitución es la dictadura militar y los abusos de los derechos humanos que bajo ella se experimentaron. Eso por sí solo es una razón para aspirar a una Constitución transformativa que mande una señal clara que diga: “nunca más”.

La segunda razón para querer una transformación es una de carácter democrático. Hay algo profundamente empoderador en el ejercicio de nuestra agencia ciudadana para reclamar la Constitución como nuestra. Y hasta cierto punto es irrelevante si es similar o es muy distinta; es simplemente el proceso de estar involucrado lo que importa. Por supuesto que no podemos rehacer la Constitución todos los años, probablemente ni siquiera la queremos reemplazar cada década. Nuevamente, hay algo deseable con respecto a la estabilidad y la Constitución que, como ocurre con el promedio de ellas, va a durar unos 19 años.<sup>3</sup> En Chile debiesen, de hecho, enfocarse por lo menos en lograr una Constitución que alcance los 19 años de duración. Sin embargo, rehacerla y reformarla en su completitud es un ejercicio de ciudadanía democrática que se debe celebrar como un ejercicio de autogobierno que nos hace libres. Es lo que el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Stephen Breyer, llamó en un breve, pero bello, libro que escribió una forma de “libertad activa”. Ejercer el autogobierno democrático es una forma muy importante de ser libres.<sup>4</sup>

La tercera razón para pensar en torno a la transformación constitucional, es la clara demanda en la sociedad chilena por reformas económicas y sociales.

---

3 Nota del editor: la profesora Dixon se refiere a un estudio en el que se sugirió que las constituciones duraban, en promedio, 19 años. Véase, Elkins, Zachary et al., *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge University Press), 2012.

4 Breyer, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our democratic constitution*, (Knopf Publishing), 2005.

Existe la idea extendida de que el sistema de pensiones necesita una reforma, que el sistema de salud necesita reformas y que hay muchísimas otras áreas de las políticas sociales y económicas donde las personas han hablado, ya sea a través de sistema de votos, ya sea a través de protestas, diciendo que quieren un cambio. Las constituciones, como les voy a explicar en los comentarios que seguirán, no puede resolver todos los reclamos por cambio ni las aspiraciones asociadas. Sin embargo, pueden entregar un marco para ellos, así como establecer las bases y las reglas para que las reformas sociales y económicas sean posibles.

Les quiero sugerir, sin embargo, que es importante reconocer que van a existir desacuerdos sobre cuál es la naturaleza de esa reforma y cómo será. Y ello es saludable y es apropiado para una democracia. En otras palabras, no debiésemos asumir que porque la gente quiere una reforma, todos van a estar de acuerdo con respecto a cómo debe ser esta reforma. Y por ello creo que tenemos que diseñar el proceso de creación y de reforma de la Constitución que tenga este desacuerdo muy presente.

Mi manera de explicar este desacuerdo tiene sentido para algunas personas, mientras que no para otras. Así es que perdónenme por unos minutos si es que no les hace sentido. Una forma de entender el debate con respecto a las reformas económicas, la encontramos entre aquellos que son socialistas democráticos y los que son lo que yo llamaría liberales democráticos. Los socialistas democráticos creen que el Estado tiene un amplio e importante rol que jugar en la entrega de algo así como un sistema público de salud y de pensiones. Y que existe algo deseable con respecto al Estado como el exclusivo proveedor de estos derechos y servicios claves; porque asegura igualdad en el acceso y un cierto tipo de economía de escala que no apunta al lucro y que se deshace del desperdicio que se asocia a la intervención de múltiples proveedores.

Lo vemos en Estados Unidos en las últimas primarias democráticas, a propósito del debate entre el senador Bernie Sanders y la senadora Elizabeth Warren; la idea de que las empresas de salud estén ganando dinero y siendo rentables es vista como un problema que debe solucionarse. Por lo tanto, proponen que los Estados Unidos debiera girar más bien hacia un sistema como Medicaid o Medicare, donde hay un único pagador y un solo proveedor en el contexto de un sistema público. La proponente más famosa y glamorosa hoy en día es Alexandria Ocasio-Cortez, pero todos tenemos nuestro propio proponente nacional de esta visión, y claro, atrae bastante.

Mi propia filosofía tiende a ser un poco más liberal que socialista democrática. Una parte de mi biografía que Javier tal vez omitió a propósito, es que fui profesora asistente en la Universidad de Chicago. Una de las conexiones entre Chile y Chicago es, por supuesto, la de los “Chicago Boys”. Quiero decir, Javier, que soy una de las “Chicago Girls”, y las chicas Chicago piensan distinto con respecto a la economía. Las chicas Chicago son más democráticas que los neoliberales, pero aun así tienen cierta conexión con los mercados. Esto por los beneficios económicos que aseguran, así como por la capacidad de poder entregar opciones de decisión individual a las personas.

Entonces, mi propia visión preferida con respecto a las reformas económicas es liberal democrática. Esta visión rechaza el neoliberalismo y la idea de que el Estado no tiene un rol que jugar al regular mercados o garantizar dignidad y un mínimo social generoso para todos y todas. En cambio, sostiene que el liberalismo, para que sea realmente legítimo, debe garantizar tres cosas.

Uno, debe entregar acceso realmente universal a un estándar decente de vida que permita llevar adelante una vida digna. Esto quiere decir que el sistema debe entregar una pensión y ofrecer un sistema de salud que asegure el acceso realmente decente para todos y todas. Sin embargo, no a través de un solo sistema de pago, sino que a través de lo que yo denomino una línea de base pública. Esto es, la idea de que existe un sistema al que puedan tener acceso todos aquellos que lo necesiten, mientras que todos aquellos que tengan los medios puedan contratar seguros privados, así como utilizar otras opciones para poder ahorrar para sus propias pensiones y su propia salud, ya sea a través de cuentas privadas o por medio de un sistema privado de salud. Sin embargo, la línea de base pública, si es realmente adecuada, asegura que no existan variaciones entre las partes más ricas de Chile y las menos ricas, sino que es universal y decente para todos.

Yo creo que eso está más cercano al modelo australiano – bueno, ocurre que soy una “Chicago Girl”, así como una “Sydney Girl” – donde hasta cierto punto el modelo de línea de base público es una solución de compromiso entre los modelos socialistas democráticos de Europa del Oeste y el modelo neoliberal de los Estados Unidos. Con todo, mi punto aquí es simplemente anotar que hay desacuerdo. Ustedes no me pidieron hoy día que diera una conferencia relativa a las reformas económicas y sociales. Lo que estoy tratando de subrayar es que existe consenso en Chile con respecto a la necesidad de una reforma económica y social, pero también desacuerdo con respecto a cómo se debe abordar esa reforma. Y que ello es saludable y también productivo, al

punto que se debe reconocer abiertamente en el espíritu del diálogo constructivo. No podemos permitir que el proceso de reemplazo de la Constitución falle o se vea sobrecargado por ese desacuerdo. Debe ser un proceso que guíe, moldee y empodere las reformas económicas y sociales, pero que no debe estropearse por el legítimo desacuerdo entre el socialismo democrático y las aspiraciones liberales democráticas para una transformación económica.

## 2. ¿Cuándo decidir? Aplazando algunas decisiones

El segundo tema que quiero abordar se refiere al cuándo se deben adoptar las decisiones. El profesor Tom Ginsburg – que es un “Chicago Boy”, aunque en verdad sus visiones políticas y económicas lo acercan más al mundo de Berkeley –, escribió conmigo un artículo llamado “Decidiendo no decidir: postergando en el diseño constitucional”.<sup>5</sup> En ese trabajo decimos que es importante para los y las constituyentes decidir lo suficiente, pero no tanto.

¿Por qué no tanto? Porque pueden cometer errores si tratan de abordar todo el futuro. Ello haría muy difícil, por la variedad y profundidad de los temas, permitir los acuerdos. Si estamos en desacuerdo con respecto a una reforma económica y social y tratamos de decidir absolutamente todo con respecto al sistema de pensiones en una asamblea constitucional, jamás vamos a terminar. Tiene que haber cosas que dejemos para los días posteriores, tanto para que el proceso no se vea sobrecargado con el desacuerdo como porque debemos aceptar que hay ámbitos donde puede haber cambios; la tecnología puede cambiar, el COVID puede cambiar nuestro mundo, y podemos dejar abiertas algunas decisiones constitucionales para poder acomodarlas a esos cambios.

Ahora bien, cuando decimos aplazar algunas decisiones no puedes simplemente dejar todo para el futuro, la nueva Constitución tiene que proveer un marco, guías y principios. Pero sí tratan de decidir demasiado en este único momento, van a sobrecargar el proceso y van a crear errores. Claro, una de las vías con las que el constitucionalismo lidia con estos problemas es permitiendo las reformas constitucionales en el futuro. Pero, de todas formas, si se sobrecarga demasiado ahora la Constitución va a ser menos resiliente, va a durar menos y será menos exitosa.

Una de las cosas que reclamamos en este trabajo, consiste en la falta de atención respecto de las muchas formas en que las decisiones pueden aplazarse. A veces el aplazamiento será a corto plazo, de hecho, cercano a una

---

5 Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, “Deciding not to decide: Deferral in constitutional design”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Nos. 3-4, 2011.



delegación. A veces un aplazamiento será de más largo aliento. Creemos que hay tres mecanismos principales en este sentido.

Primero, el modelo americano, donde se prefiere utilizar en la Constitución un lenguaje abstracto, general, parsimonioso, que si han estudiado derecho constitucional van a asociarlo inmediatamente con la famosa opinión del juez Marshall en el caso *McCulloch v Maryland*.<sup>6</sup> Allí, Marshall sostuvo que las constituciones no permiten la prolijidad de un código legal, deben durar para el tiempo por venir. ¿A qué se refiere exactamente Marshall con esto? Se refiere a que las constituciones tienen que estar escritas en términos abiertos, en un lenguaje abstracto y sin mucho detalle. Ahora, el efecto de esto es dejar ciertas decisiones para las cortes, para que sean ellas las que deciden qué es lo que este lenguaje abstracto quiere decir. Esta, como decimos, es una manera posible de aplazar las decisiones, y depende en cierta medida en el grado de confianza que se tiene con respecto a las cortes y en una cierta concepción de las constituciones como estos documentos abstractos. Es verdad que, con el tiempo, se ha vuelto un modelo bastante menos común en el mundo, especialmente en la sur global. Pero es, en definitiva, una posibilidad.

El segundo mecanismo o posibilidad, es lo que Tom Ginsburg y yo llamamos una “by law clause” (un tipo de disposición constitucional que explícitamente delega ciertos asuntos a la legislación futura). Es simplemente una disposición de la Constitución que señala que el parlamento puede o debe – puede ser una delegación obligatoria o discrecional – aprobar leyes sobre un determinado asunto. Por ejemplo, los y las constituyentes en la Convención Constitucional chilena podrían establecer una disposición en la que se señale que el Congreso puede o debe (dependiendo del modelo adoptado) aprobar leyes de reforma al sistema de pensiones dentro de un plazo de tres a cinco años desde otorgada la Constitución. De hecho, podrían especificar algunas guías o pautas acerca de cómo debiera ser esa legislación. En cualquier caso, se trata de un modelo muy diferente a uno que trata de incluir los detalles de toda la reforme previsional en el texto mismo de la Constitución.

Creemos que este modelo que denominamos de “by law clause”, ofrece una alternativa atractiva en tanto herramienta moderna de elaboración o creación constitucional, que además es consonante con la emergente tradición constitucional del sur global. En efecto, en esta tradición se vienen adoptando constituciones más específicas y que transfieren más decisiones para los

---

6 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

congresos que a las cortes. Por eso, creo que se trata de una alternativa que merece un estudio más acabado por los y las constituyentes de Chile, como un modelo prometedor para diseñar las disposiciones constitucionales de varios ámbitos, incluidos, diría, las disposiciones sobre derechos sociales.

La tercera posibilidad de aplazamiento consiste en adoptar un lenguaje constitucional específico, pero conflictivo al mismo tiempo. Por ejemplo, garantizar constitucionalmente el derecho a la propiedad, pero también el derecho a la vivienda adecuada. Estas dos disposiciones inevitablemente van a entrar en conflicto, por ejemplo, cuando la gente se encuentre en sus lugares de asentamiento informal (como las tomas) situados en propiedad privada y su dueño solicite la evicción de esas personas para así poder disponer de su propiedad (por ejemplo, para desarrollar un proyecto inmobiliario).

Hay por cierto maneras de reconciliar estos derechos. Una de las mejores maneras en el mundo, según mi punto de vista, que ofrece una suerte de modelo para abordar estos debates, se encuentra en la Constitución Sudafricana y el lenguaje a que echa mano la sección 25 de esa Constitución al intentar balancear el derecho a la propiedad privada y los otros intereses sociales relevantes.<sup>7</sup> Sin embargo, la otra alternativa, como digo, es adoptar el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda y dejar que las cortes, y en alguna medida, hasta donde sea posible, el Congreso, establezcan o busquen la forma de reconciliar estas disposiciones en disputa.

Esto es un modo de aplazamiento de las decisiones paulatinamente al alza. Tiene algunas ventajas, como darle algo a ambos lados. Sin embargo, se trata de un modelo que yo aconsejaría mirar con cierta precaución. Ciertamente, permite a la élite ir a su base electoral y decir, “ven, ganamos el derecho a la propiedad”, y la izquierda ir a las suyas y decir, “ven, ganamos el derecho a vivienda”, cuando la verdad es que los dos grupos obtuvieron solo la mitad. Esto puede ser algo, de todas maneras, bueno. A fin de cuentas, se trata de un compromiso.

Pero si a la gente se le prometió un todo – les dijeron, “ganamos el derecho de propiedad” – y ocurre que solo obtendrán una versión modificada del mismo, o en cualquier caso una versión limitada del derecho, entonces van a estar decepcionados. Y puede que culpen a la Constitución por esa decepción

---

7 Nota del editor: se trata de intereses que en Chile hemos denominado como los relativos a la función social de la propiedad. En efecto, la sección 25 de la Constitución de Sudáfrica, dispone que nadie podrá ser privado de la propiedad, salvo en los casos en que la ley así lo disponga (1). En efecto, agrega que se podrá expropiar para satisfacer fines públicos o en virtud del interés público (2.a) Añade que, a los efectos de esta sección, el interés público incluye el compromiso de la nación con la reforma agraria y con las reformas adecuadas para lograr un acceso equitativo a todos los recursos naturales de Sudáfrica (4.a).

al no advertir que las constituciones siempre importan una forma de compromiso, lo que se traduce en un incumplimiento de su promesa. Por lo tanto, este tercer modelo de disposiciones específicas, pero contradictorias, que Tom y yo caracterizamos como intercambio de seguros (“insurance swaps”),<sup>8</sup> ofrece un modelo atractivo que permite una salida pragmática a través de estos compromisos. Pero acarrea, también, un cierto peligro: que los y las representantes políticos de ambos lados vendan a sus sectores los resultados de esos acuerdos como victorias de su sector, de esta manera abriendo un margen para la decepción y por lo tanto un desencanto con el proyecto constitucional que puede terminar amenazando la legitimidad y la estabilidad de la nueva Constitución. En definitiva, se trata de una herramienta que, aunque está sobre la mesa como una posibilidad, debe ser utilizada con mucha precaución.

### 3. ¿A qué nivel decidir? Una Constitución multinivel

El tercer tema que quisiera tocar se refiere a los diferentes niveles en los que las constituciones pueden consagrar o decidir asuntos. Nuevamente Estados Unidos domina nuestra imaginación sobre estos asuntos en el mundo, en especial en países que han tenido una relación histórica con Estados Unidos, como Chile o Australia. Y en ese sentido, vemos a la Constitución como un documento muy similar al modelo recogido en el proceso de enmienda del Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos que establece fuertemente un sistema de constitución rígida.

Pero la realidad es que, si leen con atención el Artículo 5, van a ver que tiene un sistema de enmienda o reforma muy difícil de implementar para la mayoría de las disposiciones de la Constitución, y un sistema casi imposible de implementar con respecto a algunas disposiciones como la relativa al derecho de cada Estado a llevar dos senadores al Congreso de la Unión. Así es que, en efecto, la Constitución estadounidense por sí sola entrega luces sobre el modelo que el profesor David Landau de la Universidad del Estado de Florida y yo llamamos un enfoque escalonado o en niveles (“a tired design”) con respecto al diseño constitucional.<sup>9</sup> Se trata de un enfoque que crea múltiples niveles o escalas para una constitución y que distingue entre lo que ustedes podrían llamar los aspectos constitucionales fundamentales o mínimos

8 El término está tomado de Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, “The South African Constitutional Court and Socioeconomic Rights as ‘Insurance Swaps’,” en *Constitutional Court Review*, N° 4, 2011.

9 Dixon, Rosalind y Landau, David, “Tiered Constitutional Design”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 86, N° 2, 2018.

democráticos contenidos en una constitución, por una parte, y otras disposiciones constitucionales más susceptibles al cambio y a ser objeto de una revisión constante, por otra.

David y yo sugerimos, entonces, que una vez que se diseña una constitución, ésta debe operar al menos en dos niveles: a un nivel ordinario y a un nivel altamente blindado. Y debiéramos preocuparnos de reforzar esa división no solo a través del procedimiento de reforma, sino que también por el lenguaje que utilizamos. La ciudadanía debiera conocer el nivel de disposiciones constitucionales fundamentales desde el corazón. Debieran saber y comprender que los valores de la democracia, la unidad, la igualdad, la libertad, así como las garantías básicas del estado de derecho que se encuentran en ese núcleo central o fundamental de la Constitución, son los valores del país. Estos valores deben enseñarse a los niños en las escuelas y se deben celebrar en las festividades nacionales. Y es que la ciudadanía es el garante final de la estabilidad y el respeto de la Constitución. Por lo tanto, para que una estrategia que trata de establecer límites con respecto a ciertas áreas tenga éxito, es decir, para que establezca áreas que no sean de fácil alteración, se requiere que el reconocimiento constitucional no solamente se encuentre establecido a nivel formal. Sino que, además, tenga raigambre política y social.

Giremos nuestra atención a Venezuela durante los años 2007 y 2009 y los intentos de cambios constitucional de entonces. La resistencia más efectiva frente al cambio fue la popular, no la legal. Y esa resistencia se construyó en rededor de ciertos valores fundamentales como la libertad de expresión y otras libertades que, tanto estudiantes como otros sectores, se movilizaron para defender. O pensemos en el caso de Ecuador y los intentos del presidente Correa para extender sus períodos en el mando. Cuando quiso mantenerse por un tercer período, fue la agitación social y no las cortes lo que impidió que tuviera éxito. Necesitamos fomentar y empoderar la participación ciudadana para la protección de ese mínimo democrático. Esto quiere decir que, cuando se bosqueje la nueva Constitución, estos valores fundamentales o mínimos democráticos que incluso podrían ser inmodificables – por ahora diré solamente que debiera ser muy difícil reformarlos – estén escritos en un lenguaje lo suficientemente breve, accesible y comprensible para que la ciudadanía pueda llevarlos hacia, y en, sus corazones.

El segundo nivel, esto es el nivel constitucional ordinario, es el que se refiere a los asuntos del gobierno del día a día. Hay muchos asuntos complejos del mundo moderno que una Constitución debe abordar, por lo que este

nivel puede ser muy largo y no tiene que ser especialmente comprensible para los niños en las escuelas. De hecho, probablemente va a ser algo con lo que solamente los políticos y los abogados se van a vincular en el día a día. Pero eso está bien si este nivel opera en paralelo con, y en complemento, con ese otro nivel de valores y mínimos fundamentales. Este segundo nivel típicamente se debe diseñar con una visión de dinamismo y flexibilidad. Esto, debido al hecho que necesitamos o quizá tengamos que adaptar el sistema para que funcione. Y por ello, debe ser un aspecto de la constitución que debe ser relativamente sencillo de reformar y escrito en un lenguaje que permita el funcionamiento del sistema, sin importar si es extremadamente complejo de entender.

La Constitución ideal en mi cabeza, entonces, en un mundo moderno, en especial considerando las tradiciones y fortalezas del sur global más que las del modelo americano – aunque, por supuesto, lo podemos encontrar en el Artículo 5 si es que los miramos detenidamente –, es un modelo de Constitución de dos o tres niveles, si quieren, que cuenta con un grupo de valores o mínimos fundamentales altamente blindados al cambio y la reforma y que se expresan en un lenguaje atractivo para la gente, junto con otro nivel ordinario que es más flexible al cambio, fraseado en un lenguaje mucho más difícil de comprender, pero que le permita lidiar con las complejidades de un gobierno moderno.

#### **4. Lo global y lo local en el proceso constituyente**

El cuarto asunto que deseo abordar se refiere a la relación entre lo global y lo local. Una de las preguntas que recibí de parte de muchos colegas de los medios en Chile, y que me parece especialmente relevante, fue la pregunta de sobre si Chile debiese comenzar desde cero (desde una “hoja en blanco”) a redactar una nueva Constitución. De cierta forma ya contesté esta pregunta en la primera parte de la conferencia, al señalar que debiera comenzarse mirando a la estabilidad, valorando la tradición y la historia, no obstante el movimiento sea hacia la transformación. Pero también existe la pregunta relativa a si debe comenzarse mirando a modelos globales o a los modelos locales. ¿Cómo es que realmente se empieza a redactar una nueva Constitución democrática?

Mi sugerencia es mirar a lo global porque ofrece importantes modelos e inspiraciones, pero sin perder de vista que se debe comenzar desde lo local. Se debe comenzar con un conjunto de prioridades y objetivos nacionales, identificando cuáles son las tradiciones sobre las que se debe construir en Chile, así

como cuáles son las aspiraciones de transformación. Una vez que entiendan estas aspiraciones, pueden echar mano a las experiencias de Túnez y otras partes de Latinoamérica, Kenia o Sudáfrica, probablemente algunos de las mejores constituciones para encontrar modelos para alcanzar las aspiraciones chilenas.

Finalmente, se crea una suerte de diálogo “glocalizado”<sup>10</sup> en el acercamiento a la redacción de una nueva Constitución. Se comienza con las aspiraciones nacionales, y se dibuja desde las experiencias globales para poder asegurarse de que el texto y la estructura de la Constitución esté a la altura de esas aspiraciones. Mi sugerencia es que hay tantos expertos maravillosos en diseños constitucionales comparados en Chile, que se puede ser ambicioso y mirar ampliamente: pueden mirar a Latinoamérica, pueden mirar hacia Estados Unidos y España, pero pueden también mirar y analizar el resto del mundo. Y ese mundo ofrece interesantes modelos y ejemplos.

Por supuesto, cuando tomamos algo de la experiencia de Kenia, tenemos que entender muy bien que Chile es diferente. No puede solamente tomarse algo prestado, envolverlo e insertarlo. Günter Frankenberg ha criticado muchísimo a la gente como yo, aunque no a mí en particular, pero sí a académicas como yo, que viene, da consejos y dice, “¿qué tal si ustedes simplemente toman el modelo de Kenia”, sin siquiera pensar en las diferencias de contexto, historia, tradición y las particularidades que nos hacen un pueblo<sup>11</sup>. Por ello es muy importante que las personas que vayan a ayudar en el proceso chileno de redacción de una nueva Constitución y que sugieren modelos globales, lo hagan prestando mucha atención a las similitudes y diferencias entre esos modelos y Chile. Y en este sentido, hay cuatro niveles que yo siempre les digo a mis estudiantes que deben considerar cuando piensen en similitudes y diferencias comparativas.

Lo primero es el texto. Pero esto da lo mismo si es que están redactando una nueva Constitución, porque tienen que redactar uno y no interpretarlo.

Lo segundo es sobre estructura. No tiene sentido en un sistema presidencial tomar prestadas regulaciones diseñadas para operar en un sistema parlamentario o viceversa. A veces las instituciones están conectadas a la forma de estado federal, de forma que tiene sentido tomar prestadas algunas regulaciones entre modelos federales, pero no si no es el caso. Hay que estar

---

<sup>10</sup> Nota del editor: como quedará claro enseguida, el término hacer referencia a un diálogo que es tanto global como local.

<sup>11</sup> Véase, en especial, el capítulo 4 de su *Comparative Constitutional Studies: between magic and deceit*, (Elgar), 2018.

muy atentos, por lo tanto, a los efectos estructurales de los sistemas, pues las disposiciones constitucionales no funcionan en un vacío. Sino que operan como paquetes y las estructuras tienen que centrarse en determinar cómo van a insertarse comparativamente.

También es aconsejable pensar en países con los que compartan algún tipo de tradición e historia legal. Por eso es muy importante no confundir lo que denomino similitudes coloniales lingüísticas con relevantes similitudes históricas legales. Por ejemplo, podría ser que la repudiación de la dictadura militar y el abuso de derechos humanos haga que Chile sea más parecido a algunos países de África o Asia, al igual que Latinoamérica, más que a los países de Europa occidental. Uno debe pensar en similitudes históricas no solamente en una larga línea de tradición, sino que también en términos de las aspiraciones transformativas que la Constitución refleja.

Lo último que deben considerar son las condiciones políticas y sociales. Si toman algo que funciona muy bien en una democracia multipartidista, pero ustedes tienen un solo partido, no va a funcionar. Similarmente, si están escogiendo experiencias que funcionan muy bien en países que tienen flujos migratorios a gran escala y lo insertan en una economía cerrada, podría funcionar como podría no hacerlo. Hay que preocuparse especialmente por el contexto. Y es por eso que tienen tanta suerte de tener tantos expertos en derecho comparado, como también personas alrededor del mundo que, como yo y otras, podemos ayudar a pensar si es que esto va a funcionar en Chile.

En cualquier caso, la iniciativa es siempre algo que debe venir de las personas en Chile: esto es lo que queremos alcanzar, cómo podemos lograrlo, por favor, ayúdenos a pensar al respecto por medio de un diálogo “glocal” para poder hacer que la presidencia (por ejemplo) funcione en Chile. Cualquier sugerencia de importar un set completo de disposiciones y normas desde otras partes, sin ese diálogo contextual que es clave para el éxito de esas experiencias, es, en mi opinión, un error.

Ahora bien, soy una abogada. Y las abogadas nunca hacemos grandes declaraciones sin ofrecer algunas excepciones. La excepción que quiero sugerir a lo que acabo de decir, es que existe un área en la que no siempre debemos adaptarnos, sino más bien estar comprometidos con lo universal. Hay ciertas formas en las que el mínimo democrático se debe anclar en prácticas globales reales. No podemos responder a la pregunta sobre qué necesita la democracia solo leyendo las grandes teorías políticas de John Rawls, Frank Michelman o Ronald Dworkin. En una democracia donde estamos en desacuerdo, la mejor

manera de saber cuáles son los mínimos que requiere la democracia para funcionar, es mirar alrededor del mundo y pensar: ¿qué es lo que las democracias que funcionan comparten en términos institucionales? Separación de poderes, estado de derecho, algún grado de reconocimiento y protección de derechos individuales, en especial los de carácter civil y político, elecciones libres y multipartidistas.

Esto lo que podemos apreciar de una suerte de prácticas globales inminentes. Y a su respecto no hay negociación. No existen versiones de estos mínimos, no hay algo así como la versión de Singapur o la de Chile de esos principios. Se trata más bien de un compromiso mínimo común entre todas las democracias que cualquier grupo de declaraciones fundamentales que llevan por nombre Constitución debiera proteger. Ese compromiso incluye un nivel básico de protección de derechos humanos, así como procedimientos políticos estructurales que forman parte de ese núcleo no negociable que cualquier Constitución verdaderamente en forma debiera reconocer y resguardar.

## **5. El proceso y sus principios: ¿cómo alcanzar una transformación real?**

Ahora corresponde el quinto tema anunciado y que se refiere a los procesos, la pregunta por el cómo. ¿Cómo pasamos de este abrumador porcentaje de 80% de votación en favor de un cambio constitucional, y yo agregaría, en favor de una transformación constitucional, a un cambio real? ¿Cómo pasamos del reclamo por una transformación a una transformación realista? Aunque el proceso es importante – y quiero ofrecer varias sugerencias con respecto al tipo de proceso que va a ser capaz de lograr esas transformaciones reales –, lo primero que debemos lograr es que ese proceso sea lo más participativo como se pueda.

Chile comenzó bien al ofrecer un plebiscito de entrada en el que se le preguntó a la ciudadanía qué es lo que querían. Además, habrá un involucramiento ciudadano decisivo en la elección de la asamblea.<sup>12</sup> Sin embargo, estos no debiesen ser los únicos momentos en que se involucre a la gente y se le pregunte sobre sus visiones. Debe haber muchas micros estructuras disponibles para la participación ciudadana que permitan listar los diferentes puntos de vista de las diferentes personas y agrupaciones de la sociedad civil, para que se sientan parte de la conversación.

Esto trae importantes beneficios desde el punto de la estabilidad. Sabemos, por los estudios que se han desarrollado en todo el mundo, que ya sea que se

---

<sup>12</sup> Nota del editor: la conferencia tuvo lugar, como se indica al comienzo, en noviembre de 2020.



trate de políticas de agua o de constituciones, si las personas son incluidas y participan en el diseño de esas políticas, probablemente van a respetarlas y estar dispuestas a defenderlas. Por lo tanto la participación no es solamente un bien normativo. Es también un bien pragmático, en la medida que permitirá lograr una Constitución duradera. En definitiva, la participación debiese ser una preocupación fundamental y debiese ser algo que realmente apunte a empoderar a una parte importante de la sociedad chilena en una conversación con respecto a sus aspiraciones constitucionales.

Ahora bien, la participación es diferente de la consulta. El proceso de consulta, que es común en muchos contextos en el mundo moderno, se ha vuelto una palabra que ha sido privada de su contenido real. A la gente regularmente se le consulta sin ser escuchada. El decano Hernández, por ejemplo, me pregunta si quiero dar la conferencia el viernes o el lunes y yo le digo el viernes. Pero luego me dice, mire, la conferencia es el lunes. No hay una explicación o un diálogo real con respecto a esto. Eso no es participación o un proceso de consulta real. Un proceso de participación real debe ser uno bidireccional: si somos las personas privilegiadas que van a redactar la Nueva Constitución, tenemos que escuchar a las personas que estamos consultando y que van a participar. Debe haber un dialogo y debemos explicar las decisiones que tomamos y las que no tomamos. Porque va a haber gente en Chile que querrá que la Constitución haga y aborde todos los temas: que baje los precios del gas, que provea pensiones decentes mañana, que arregle el coronavirus mañana, etc. Y no puede. ¿Por qué? Debemos explicarlo y hacerlo con paciencia y con consistencia, como parte de un dialogo. No basta simplemente con decir los escuchamos, pero ahora decidimos nosotros. Tiene que ser un diálogo continuo y debe desarrollarse de ida y de vuelta.

Lo segundo que quiero sugerir con respecto a cómo avanzamos en Chile, dice relación con la relación entre principios y pragmatismo. Cualquier buena Constitución debe tener principios; no puede dar tratos especiales a algunos y no reflejar principios o ideas generales porque, de otro modo, no va a durar. Los tratos especiales van a durar mientras dure la política y estén los políticos que los apoyen, pero apenas los políticos que apoyaban esos tratos se vayan, esos tratos se van a acabar. Si yo soy lobista y el decano Hernández es otro, podemos llegar a un acuerdo; pero apenas los precios del mercado cambien vamos a necesitar un trato nuevo. Sin embargo, y como he dicho antes, las constituciones no son bienes que se transan en el mercado. Se supone que tienen que perdurar en el tiempo. Y por eso deben reflejar los principios

generales como el estado de derecho, la separación de poderes, la dignidad, el principio de igualdad y la libertad. Una serie de principios donde todos y todas realmente podamos concurrir porque son principios lo suficientemente inclusivos y atractivos para todas y todos.

Pero las constituciones también tienen que ser pragmáticas. Y hacer compromisos de este tipo en el año 2020 es complejo. Los acuerdos son vistos como una palabra sucia porque, en la visión de algunos, si uno logra acuerdos una ha transado sus principios o se ha transado a sí misma. Pero ocurre que los acuerdos y compromisos pertenecen al corazón de la democracia y de la política democrática. Los buenos acuerdos y compromisos deben ser defendidos por todo el espectro político como un bien de principio. No podemos avanzar ni lograr progresos en una sociedad compleja y plural, atravesada por desacuerdos, sin lograr estos acuerdos y compromisos. Necesitamos lograr esos acuerdos y compromisos como algo deseable, mientras se trate de acuerdos que pueden vincularse con algún nivel de principios. No se trata de comprometer los principios, sino que lograr acuerdos y compromisos sobre – y en cierta forma estar dispuesto a ceder – aspectos de lo que cada uno cree que es la más ambiciosa y perfeccionista visión de esos principios. No dejemos que lo perfecto se transforme en un enemigo de lo bueno. Busquemos y logremos el punto común que todos y todas podamos tolerar y apreciar por el bien que acarrea, quizá es la única vía de poder avanzar como sociedad.

Diría que todo esto es manifestación del espíritu general de la política constitucional que es capaz de erigir una buena democracia. Pero también me gustaría agregar algunas anotaciones para quienes no han estudiado el proceso chileno detenidamente, sobre cuán importante este espíritu general es para el contexto nacional. Hasta donde sé, la Constitución como un todo se debe de aprobar por una mayoría, pero cada una de las cláusulas o disposiciones de debe aprobar con el voto conforme de los dos tercios de los y las integrantes de la Asamblea. En un mundo de desacuerdos no habrá Constitución sin compromisos. Se quedarán con la hoja en blanco. Para poder progresar, necesitamos personas que, no obstante en desacuerdo, puedan encontrar el terreno en común para poder acordar las diferentes disposiciones que se van a adoptar en la Asamblea.

El tercer principio que debiese guiar este tipo de acuerdo y compromiso con enfoque participativo, es la regla de auto restricción y reciprocidad. Solo porque puedas ganar no significa que debieses tomar toda la victoria ahora. Una de las cosas que parece especialmente importante para las democracias,

y que en general no consideramos lo suficiente, es justamente esta regla de restricción y reciprocidad. Hay un libro fantástico de unos académicos de ciencias políticas de la Universidad de Harvard, Levitsky and Ziblatt,<sup>13</sup> que habla sobre el hecho de que los partidos políticos usualmente dan un paso atrás en vez de avanzar a consolidar en términos absolutos su triunfo o jugar sucio (“hardball”)<sup>14</sup>, cuando se trata de asuntos que son claves para la estabilidad democrática. Una de las cosas que se roto en la actual política de Norteamérica, por ejemplo, es que cada lado está jugando sucio; si se puede lograr una nominación para la Corte Suprema dos semanas antes de la elección presidencial, con la significancia que esto tiene en la política de los Estados Unidos, pues lo haremos. Si podemos reclamar algunos votos que tal vez no eran realmente nuestros, pero aun así podemos salirnos con la nuestra, pues lo haremos.

Sin embargo, esto de tomar todo lo que se pueda y no dar nunca un paso atrás, no es otra cosa que una actitud cortoplacista que socava las normas de reciprocidad y cooperación, al tiempo que compromete la estabilidad a largo plazo de los gobiernos. En mi visión, evitar el juego sucio implicará que no podremos encarcelar a los y las integrantes de la oposición tan fácilmente. Tal vez hicieron mal las cosas, pero podemos dejarlos marcharse, no se trata de encarcelarlos inmediatamente apenas terminan sus funciones. Pero también impide que se presionen los puntos de vista de un sector en la asamblea constituyente de modo de obtener un 100% de los asuntos que quieren acordar. Solo porque tengan los números de su lado en un cierto asunto, no significa que debiesen presionar su ventaja completamente en ese mismo asunto para imponer la totalidad de su punto de vista. La democracia permite un toma y deja (un gana y cede) durante un período de tiempo prolongado. Javier gana un día yo gano mañana, entendemos eso. Pero no castigemos o impidamos cualquier tipo de acuerdo potencial para tomar todo el premio hoy.

Con esta visión en mente, me parece que los partidos que lleguen a la Convención Constitucional deben verse a sí mismos como jugadores de largo plazo o aliento en la democracia chilena. Ese es el comienzo de una nueva era. Debiesen actuar como partidos o sectores que van a estar casados

---

<sup>13</sup> Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *Cómo Mueren las Democracias*, (Ariel), 2015.

<sup>14</sup> Nota del editor: la profesora Dixon utilizó la expresión “hardball” en su conferencia. De acuerdo al profesor Mark Tushnet, se juega sucio en términos constitucionales cuando los ganadores son capaces, porque pueden, de avanzar y disponer (quebrando) incluso de las normas y tradiciones que han venido dando forma a la política constitucional. Tushnet, Mark, *Taking back the Constitution. Activist judges and the next age of American Law* (Yale University Press), pp. 224-5.

políticamente por los próximos 50 años. Comenzar la relación en el espíritu de tomar algunas cosas y ceder otras, “sí, les damos esto porque sé que luego nos van a apoyar con esto otro”, permite el desarrollo de un compacto político a largo plazo y no simplemente un pacto transitorio para la asamblea.

Lo cuarto que quiero decir me remonta a donde comencé con respecto a las metas, el qué y el cuándo. Las constituciones deben ser capaces de lograr un cambio real. Si 80% de Chile dice queremos un cambio y la gente encargada de lograr ese objetivo es incapaz de ofrecer algún cambio significativo, va a haber una decepción masiva y tremendamente comprensible. El cambio real debe estar sobre la mesa. La transformación, de hecho, debe estar sobre la mesa. Pero tenemos que reconocer que hay desacuerdo respecto de esas transformaciones. No podemos, como dije antes, sobrecargar este momento con las aspiraciones de todos los posibles cambios que los chilenos y chilenas quieren alcanzar en la próxima década. Tenemos que guiarnos con esta idea de que las constituciones, finalmente, son marcos para gobernar. Fijan estructuras y principios para guiar esos cambios a través del proceso político. Las constituciones no terminan con la necesidad de la política.

Por ello, creo que los y las constituyentes deben exhibir un cierto grado de humildad con respecto a cuál es su trabajo. Deben ser capaces de mostrar ambición, pero al mismo tiempo un sentido de responsabilidad en este momento histórico. La transformación está ahí y ha sido solicitada; debe haber un cambio real. No debemos tener miedo al cambio. El cambio puede ser tremendamente saludable y positivo. Chile siempre ha demostrado ser un país dinámico y esa es una de las cosas que más admiro de sobre ustedes. He estado de visita dos veces, tuve la suerte de estar ahí el año pasado y ver cómo la sociedad y los rascacielos han cambiado. Hay allí un testimonio del dinamismo del pueblo chileno y su economía.

Chile es capaz de cambiar y deben tener la ambición de hacerlo. Pero los y las constituyentes también deben tener un sentido de humildad con respecto a cuál es su trabajo, por una parte, y cuál es el trabajo de la política legislativa y las cortes en el futuro, por otra. Con un balance adecuado de participación; pragmatismo y compromiso; reciprocidad y restricción; ambición y humildad; estoy muy segura que quienes están a cargo de la redacción de la nueva Constitución, podrán lograr una forma realista de transformación para Chile. Una transformación que será buena para su país y admirada por el resto del mundo.

