

REVISIÓN Y CRÍTICA AL PROCESO CONSTITUCIONAL CHILENO.

Gastón Gómez Bernales¹
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Diego Portales (Chile)

Mediante este trabajo procuro explicar y revisar algunos de los aspectos más críticos del proceso constitucional chileno, puesto en marcha con el plebiscito de 25 de octubre de 2020. Se acerca la fecha en que la Convención deberá entregar su Propuesta de nueva constitución, en reemplazo de la vapuleada Constitución de 1980 o de 2005; debate de fechas, que está cargado con el fuerte simbolismo, politización y conflicto que este proceso tiene. El proceso se ha ido contaminando con las tensiones que el proceso político ha sufrido, desde su origen convulsionado.

A esta relación entre el proceso constituyente y la crisis de octubre de 2019, justamente, está dirigido el capítulo inicial de este trabajo. He tratado de describir el llamado “estallido social” y el surgimiento del proceso constitucional, como vía de salida a la violencia y el desencuentro, con sus luces y sombras. La interrogante que surge, acerca de si un proceso de esta naturaleza logra exorcizar los demonios o más bien incrementa los desencuentros, está enraizada en todas sus atapas y hasta la fecha, tiene respuesta dudosa. Comienza a ser claro, sin embargo, que ni el apruebo ni el rechazo lograrán unir a los chilenos detrás de un orden constitucional común. Ello creo, abrirá un ciclo constitucional bastante más largo, que el que originalmente se previó, cuales quiera que sea la opción que en el plebiscito triunfe. Esto, de por sí, puede ser considerado un fracaso del proceso, pero debo subrayar la ingenuidad de creer que redefinir la reglas que rigen la compleja vida común, en medio de altas tensiones sociales y políticas, se solucionaba simplemente con una Convención y un plebiscito ratificatorio.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

De lo anterior se infiere que resulta ineludible –y a esto está dedicada la segunda parte del trabajo- conocer y revisar las etapas del proceso constitucional chileno, y de qué modo su premeditada configuración contribuyó o dificultó la deliberación en la Convención, y la Propuesta que hará. Ello supone abordar el reglamento de funcionamiento de la Convención. Ya hay más de doscientos artículos aprobados, en todas las materias, y demasiados informes de comisiones rechazados. Intentaré que se comprenda de qué modo el proceso y la Convención fueron afectados desde las postergaciones iniciales debido a los encierros de pandemia (que descalzaron las fechas), el cambio de la ley electoral que afectó la integración, y las elecciones presidenciales de 2021, que la politizaron enormemente. Aunque, no todas las dificultades de la Convención son atribuibles al contexto, también ha habido errores gruesos de diseño y de comportamiento de convencionales (como el del vicepresidente que terminó renunciando), que han afectado su trabajo. La creciente impopularidad de la Convención ha sido una influencia en su trabajo, de manera que se ha ido moderando en sus decisiones. Demasiada realidad para un proceso tan frágil. El riesgo de que la Convención sea la continuación de la crisis de octubre por otros medios, se ha vuelto un fantasma real.

Es evidente que los análisis sobre el proceso y la Convención después del plebiscito, quedarán afectados por el resultado. Si la ciudadanía rechaza la Propuesta, la crítica se orientará hacia los defectos de la Convención y del proceso; y si gana el apruebo, una tendencia fuerte será a alabar la Convención y el proceso, tendiendo a ocultar sus defectos, a esta altura, bastante claros. Por ello, en cierto sentido, estamos en buen pie para intentar juzgar el proceso con relativa independencia del resultado. No intento decir que el resultado del proceso es indiferente, muy por el contrario, el objetivo de la Convención es hacer una Propuesta que sea llevada hasta la ciudadanía, intento que se comprenda que cuales quiera que sea su resultado, el proceso ya puede ser revisado. Aunque el ciclo constitucional –va quedando claro- se extenderá bastante más allá del solo plebiscito de salida, y ello se debe a errores de diseño del proceso, a su implementación y al tipo de trabajo que ha desarrollado la Convención en su interior.

I. Los orígenes del proceso constitucional o como exorcizar la violencia

Sobre la crisis de octubre

Pocas veces los países deciden darle a un grupo de personas al poder de definir la totalidad de las instituciones y de los derechos que rigen la vida social. Aunque al final de ese proceso, le pregunten qué le parece. Para que ello acontezca, debe haber una particular necesidad. Abrir la puerta para redefinir las reglas básicas del orden social y político requiere especiales circunstancias. Por cierto, hay casos en los que ello es inevitable pues el orden o su fuente de autoridad, ha colapsado, desaparecido o se ha derrumbado². Pero nada de aquello parece haber sucedido en Chile, aunque pudo estar cerca. Si tomamos en cuenta la prevención de Elster, en el sentido que estos procesos están acompañados de poca disposición a la deliberación, la idea no parece seductora³. Salvo que uno no tenga nada que perder, pues probablemente cualquier arreglo institucional puede resultarle atractivo, mejor que el que se tiene. Curiosamente, quien tiene un arreglo institucional que le favorece, preferirá arriesgar antes que caer al abismo de la guerra hobbesiana, al fin y al cabo, un grupo de hombres que defina las reglas de la vida común, es una reunión de hombres de carne y hueso. ¿Estaba Chile en esos días de noviembre de 2019 ante la necesidad de embarcarse en un proceso constitucional? Y, ¿es un proceso constitucional la solución a la crisis –por llamarla de alguna manera- que se produjo en octubre? Son las preguntas que me hacen en conferencias de profesores en el extranjero.

Los hechos de octubre de 2019, están fuera de dudas. Han sido relatados largamente por muchos intelectuales y libros⁴. La revuelta⁵, la revolución^{6,7}, el

² Así sucedió con Alemania, Japón, España, los países salidos de la órbita soviética, Estados Unidos y todos los países coloniales que se independizaron.

³ Elster (2001) pagina 154.

⁴ Ejemplos de aquello son, Puduje Iván, Siete Kavezaz, Crónica Urbana del estallido social, Uqbar Editores, segunda edición, Santiago, nov. 2020; Landaeta Laura L. y Herrero A. Victor, La revuelta, las semanas de octubre que estremecieron a Chile, editorial Planeta, Santiago 2021; Quintana, Jaime, Sírvanse Conectar, editorial Catalonia, Santiago de Chile, primera edición, año 2020. Aunque un texto muy testimonial y poético, véase, también, de Fernández, Patricio, Sobre la Marcha, editorial Debate, primera edición, Santiago de Chile, 2020; Peña, Carlos, Pensar el malestar, editorial Taurus, primera edición, marzo de 2020; Ugalde, Benjamín, Schwember, Felipe

estallido, la asonada⁸, la insurrección⁹ –todos nombres con intención - se inició como una protesta estudiantil ante el alza de la tarifa del transporte público (treinta pesos, unos 0,03 euros), punto de inflexión, a partir del cual, rápidamente, se acumularon diversas demandas sociales: mejores sueldos, salud digna, pensiones, frenos a los abusos y tantas otras. Las demandas crecieron descontroladamente a todo tipo de anhelos, pretensiones, reivindicaciones, en pliegos de organizaciones sociales (por ejemplo, la Mesa Social), cacerolazos y todo tipo de expresiones ciudadanas (cabildos, televisión, radios, plazas). Se ha sugerido que todos esto fue espontáneo y no ha habido organizaciones detrás.

Las demandas poseían un marcado rasgo contra el modelo de desarrollo, supuestamente agotado, los abusos de grandes compañías y la iglesia, y la clase política (o por lo menos, así se cree). En la sociedad chilena anidaría un malestar profundo. Estas expresiones iban acompañadas de protestas callejeras que se convirtieron en violencia descontrolada, barricadas, cortes de calles y avenidas, enfrentamientos con la fuerza pública, saqueos a supermercados, farmacias, todo tipo de negocios comerciales, quemas de iglesias, destrucción de mobiliario y

y Verbal, Valentina (editores) libro colectivo, *El Octubre chileno, reflexiones sobre la democracia y la libertad*, editorial democracia y Libertad, Santiago de Chile, 2020; Fuentes, Claudio, *La Transición inacabada*, Editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2021, particularmente desde la página 196. Larraín, Guillermo, *La estabilidad del contrato social en Chile*, editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición, Chile, 2021; Mayol, Alberto, *BIG Bang, estallido social 2019*, editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2019; Larraín, Luis, *El otro golpe*, 18 de octubre de 2019, ediciones El Líbero, Santiago de Chile, 2020. Sería muy difícil citar una cantidad importante de artículos publicados en revistas sobre el tema de la crisis de octubre y sus consecuencias.

⁵ Landaeta y Herrero, ob cit, lleva por título “La revuelta”.

⁶ Ver, Gabriel Salazar, *Acción Constituyente*, Tajamar editores, primera edición, Santiago de Chile, página 52, Garcés Mario, *Estallido*, 2020, página 73.

⁷ Carlos Peña, ob cit (2020) sugiere una interesante distinción: “lo más probable es que (...) Chile no esté en medio de una revolución” para luego, decir, “pero si no habrá una revolución en un sentido sociológico, sí parece haberla en el sentido jurídico de la expresión”, página 55, lo que denota cuando el cambio se hace desde fuera de las reglas (lo que no sucede técnicamente así, en este caso). Me parece una conclusión apresurada, es raro que una revolución pueda hacerse desde arriba, cambiando, nada más, las reglas constitucionales.

⁸ Es el título de una columna que el escritor Arturo Fontaine T. publicó en la revista *Letras Libres*, véase *Asonada en Chile*, del 24 de octubre de 2019; en <https://letraslibres.com/politica/asonada-en-chile>.

⁹ Oporto V., Lucy, *Lumpenconsumismo, saqueadores y escorias varias: tener, poseer, destruir. Proyecto Patrimonio – 2019.*, en <https://www.ex-ante.cl/lumpenconsumismo-saqueadores-y-escorias-varias-tener-poseer-destruir>.

estatuas públicas, etc. No solo en Santiago, también en Valparaíso –cuyo centro fue violentamente quemado y saqueado, y el diario el Mercurio incendiado- y Concepción y otras ciudades del país. Las respuestas a estas demandas desde el poder institucional, fueron insuficientes y tardías, ya que, para ser justos, muchas de esas demandas no tenían expresión formal alguna, estaban animadas de intenciones de robo y saqueo o eran inalcanzables para cualquier gobierno. La gran mayoría de ellas, por lo menos en los primeros días, no pretendían la satisfacción de un interés, sino que la caída del gobierno y de toda expresión institucional; de hecho, el Congreso Nacional, instalado en Valparaíso, también fue atacado¹⁰; hasta las ambulancias y los bomberos fueron repetidamente objeto de la furia de los protestantes. En el medio de estas demandas, surgió nuevamente la idea de una asamblea constituyente, tal vez para atribuir algún sentido a todo lo que sucedía; unos, para impulsar un cambio radical de modelo, y otros, para darle una salida a la descomposición social; todo lo cual sugiere, que se llegó a la salida constitucional, pero por razones enteramente distintas, lo que rara vez sucede cuando estos caminos se abren por necesidad fundacional. La imposibilidad del gobierno para asegurar el orden y de, a un tiempo, responder a demandas acumuladas por décadas, pero inmediatas, derribó sucesivamente gabinetes y ministros. Nunca sabremos qué tan cerca estuvo de hacerse imposible el Presidente¹¹. La sumatoria de anhelos, reivindicaciones, demandas, y las expresiones sociales radicales, violentas y vandálicas de ellas, el lumpenfascismo y el lumpenconsumismo, como las llamó una filósofa¹², arrasó con todo tipo de obstáculos legales, policíacos, y morales. La obsecuencia con la violencia llegó a niveles pasmosos. La percepción de anomia en todos niveles sociales se instaló.

¹⁰ Es interesante pero el ex presidente del Senador, en esos días, señala en su libro *Sírvanse Conectar*, (véase nota 27) que el Congreso fue atacado el día 12 de noviembre, “Ese día hubo muchas dificultades alrededor de la sede del Congreso en Valparaíso. Fue la jornada con más intentos por traspasar los cordones de seguridad e ingresar al edificio. Y en rigor, durante esas horas, hubo bastante riesgo de que así sucediera” (pág. 110). Más adelante agrega, refiriéndose al día 13 de noviembre, que tenía reuniones de seguridad pues “sabíamos de los intentos de dañar el edificio y de forzar e ingreso (pág. 115) Entendíamos que la arquitectura ícono de la dictadura en la región de Valparaíso, podría representar un símbolo u objetivo político para ciertos manifestantes” (pág. 115)

¹¹ Quintana, ob. cit., relata una conversación entre senadores, en la que se concluyó que la probabilidad de que el gobierno no llegara a término era alta. Pág. 128.

¹² Oporto, ob. cit., página 5.

El resultado ha sido varias veces expuesto, hubo muertos, personas heridas con serias consecuencias a raíz de la acción de la policía, detenidos, fuerzas policiales agredidas, edificios incendiados, monumentos pintados o destruidos, 20 estaciones de metro quemadas y otras 41 dañadas, 187 malls y supermercados saqueados y varios de ellos quemados, asaltos, robos, y tantas otras experiencias dantescas.

Si bien los hechos de esta crisis han sido ya, como dijimos, largamente relatados, no tenemos acuerdo alguno sobre cómo interpretarlos, sobre qué los causó ni muchos menos, acerca de si la violencia que se ejerció en esos días es purificadora o putrefacta. Los hechos hablaron por sí solos. Después de casi 30 días críticos y de intensas tratativas entre diversos sectores, el Presidente mediante un discurso el 12 de noviembre a las 22.30 aceptó iniciar un proceso constituyente, como se lo exigía la oposición¹³, y a esa altura del problema varios

¹³ Este es uno de los discursos más relevantes de la historia política de Chile, desde 1990. Vale la pena citarlo in extenso, duró 8 minutos, "Muy buenas noches, chilenas y chilenos: Hoy hemos vivido una nueva jornada de violencia, de destrucción que, estoy seguro, ha causado un grave daño y un grave dolor a nuestro país y a millones de familias chilenas. A pesar de todos los esfuerzos y todo el sacrificio y abnegación desplegados por nuestros Carabineros y nuestra Policía de Investigaciones en cumplimiento de su mandato y obligación constitucional, el orden público ha sido vulnerado y la seguridad ciudadana no ha sido respetada. Para fortalecer la importante e indispensable labor que deben cumplir Carabineros y la Policía de Investigaciones, hemos decidido abrir la posibilidad de reintegración a Carabineros y a la Policía de Investigaciones de todas aquellas personas que hayan tenido un retiro reciente y que hayan tenido un servicio destacado para aumentar la capacidad y aumentar la eficacia de nuestras Fuerzas de Orden y Seguridad. Pero, sin duda, esto no es suficiente, dada la realidad que estamos viviendo los chilenos esto no es suficiente. Esta grave situación de violencia y delincuencia atenta severamente contra nuestra democracia, contra nuestro estado de derecho y, sobretodo, atenta y vulnera las libertades y los derechos de todos los chilenos, pero muy especialmente de los más vulnerables y de nuestra clase media necesitada. Estos son tiempos de unidad, son tiempos de grandeza. Eso es lo que todos nuestros compatriotas nos piden y con tanta razón. Por eso tenemos que hacernos el firme propósito de que esta situación tiene que terminar y tiene que terminar ahora, y tomar plena conciencia de que eso depende del esfuerzo y del compromiso que pongamos cada uno de nosotros. Todas las fuerzas políticas, todas las organizaciones sociales, todas las chilenas y chilenos de buena voluntad tenemos que hoy día unirnos en torno a tres grandes, urgentes y necesarios Acuerdos Nacionales. Primero, un Acuerdo por la Paz y contra la Violencia que nos permita condenar en forma categórica y sin ninguna duda una violencia que nos ha causado tanto daño, y que también condene con la misma fuerza a todos quienes directa o indirectamente la impulsan, la avalan o la toleran. Segundo, un Acuerdo para la Justicia para poder impulsar todos juntos una robusta Agenda Social que nos permita avanzar rápidamente hacia un Chile más justo, un Chile con más equidad y con menos abusos, un Chile con mayor igualdad de oportunidades y con menos privilegios. Y tercero, un Acuerdo por una nueva Constitución dentro del marco de nuestra institucionalidad democrática, pero con una clara y efectiva participación ciudadana, con un

de sus cercanos, también. Unos días después, se firmó el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, el 15 de noviembre, el que describía en líneas generales un procedimiento de salida a la crisis. Con ello, las protestas comenzaron a declinar paulatinamente, aunque nunca desaparecieron por completo¹⁴. La declinación del estallido coincidió con el período estival y luego a mediados de marzo, con la crisis sanitaria y el encierro de sus habitantes, de gran consenso. Pero el Acuerdo fue bien recibido en general por la ciudadanía, salvo algunos que lo miraron con distancia o lo rechazaron (la llamada Mesa Social) y aunque otros lo celebraron exclusivamente como un primer paso hacia la asamblea constituyente soberana, autónoma y popular¹⁵; un camino que el Acuerdo no tomaba. No hay claridad si fue el Acuerdo, el verano o el encierro lo que apaciguó las protestas, o todo ello junto u otra causa.

El Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución

El proceso constitucional dirigido a elaborar una nueva constitución, tuvo como fuente el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, redactado por el Parlamento, en los complejos días de mediados de noviembre de 2019. En breves dos páginas, el Acuerdo contenía dos cosas. La primera, el respaldo de todas las fuerzas políticas a un acuerdo por la paz, que era justamente el planteamiento que había hecho público el presidente en aquel discurso público de 12 de noviembre, unos días antes de la firma de este Acuerdo (lo que era un triunfo pírrico para él). Y lo segundo, la convocatoria a un plebiscito para que la ciudadanía decidiera si deseaba cambiar la Constitución, en cuyo caso se abriría un procedimiento para ello¹⁶, el que se describía en líneas generales. Nos hemos acostumbrado a creer que el procedimiento para redactar una nueva constitución era el remedio correcto a una crisis que el gobierno no había sido capaz de controlar, pero si no hay

plebiscito ratificatorio para que los ciudadanos participen no solamente en la elaboración de esta nueva Constitución, sino que también tengan la última palabra en su aprobación y en la construcción del nuevo pacto social que Chile necesita.”

¹⁴ En el mismo sentido Larraeta y Herrero, ob cit pág. 207; comparte la idea, Quintana, ob cit, pág. 127.

¹⁵ Ver, Garces, Mario, Estallido Social y una nueva constitución para Chile, editorial LOM, primera edición, 2020, páginas 60 y siguientes.

¹⁶ También el Acuerdo contemplaba una agenda social, ello demoraría mucho tiempo en implementarse y terminaría siendo parte de las reparaciones populistas de la pandemia.

claridad sobre las causas que provocaron la crisis y la violencia, las protestas y la anomia del llamado estallido, es difícil siquiera imaginar que una solución de ese tonelaje sea el remedio a la frustración y al odio. Algún convencional, hace poco, señaló que el proceso constituyente fue causado por el estallido¹⁷; un analista e intelectual le espetó que estaba confundiendo causalidad física con justificación moral de la violencia¹⁸. Si no están razonablemente claras las causas de la crisis ni de si la violencia de esos días es purificadora o putrefacta exigiremos al proceso constituyente resultados diametralmente opuestos y como es evidente, no podrá satisfacerlos todos. Una constitución nacida de un consenso extenso pudo haber logrado retejer el conflicto, pero ello ya es imposible; la Convención, avanzó por otro camino.

El Acuerdo, sin embargo, fue consecuencia de varias negociaciones y conversaciones entre los parlamentarios, en el Congreso, y entre estos y el ejecutivo. Sobre estos entretelones se ha escrito y especulado bastante: si tal o cual parlamentario fue el instigador, si intervino el ejecutivo y quiénes lo hicieron, quién se opuso o no, y otros semejantes. No vale la pena entrar en estos entretelones, en un texto como este. Naturalmente, este acuerdo no se hizo en un día, pues las diversas fuerzas políticas y especialistas y asesores venían conversando de un proceso constituyente (no necesariamente este), con bastante antelación. Solo hay que subrayar que el Acuerdo fue muy bien recibido por la ciudadanía. Posiblemente, porque era la respuesta institucional frente a casi un mes de paros, cortes de calles, saqueos y violencia en general; ingobernabilidad, que habían creado una percepción de guerra hobessiana, una especie de “homo

¹⁷ Véase, lo que dijo el Fernando Atria L, en <https://www.duna.cl/noticias/2021/10/19/fernando-atria>. Sostuvo, “Hay una diferencia entre la violencia de ayer y la violencia de hace dos años. **Precisamente porque la violencia de ayer, hoy día la podemos ver como algo que en los hechos abrió la puerta a una oportunidad que hoy día casi todos celebramos**, eso vale para la violencia del 2019, entre otras cosas”.

¹⁸ Carlos Peña, señaló: “es en mi opinión una falacia -he sugerido llamarla la falacia del 18 de octubre- derivar del vínculo causal entre dos hechos la misma valoración moral. No porque dos hechos estén causalmente vinculados deben ser evaluados de la misma forma. Ese es un obvio error lógico esgrimir el vínculo causal entre dos hechos para transferir el valor de uno de ellos (el efecto) al otro (su causa). Desde el punto de vista causal, enseñaba Kant, todo estaba vinculado con todo; pero eso no ha de impedirnos enjuiciar moralmente los hechos.” <https://www.ex-ante.cl/carlos-pena>.

homini lupus”, en un contexto de deslegitimidad institucional del Presidente y el Congreso, fundamentalmente. Contra fácticamente y después de pasada la crisis, se ha especulado con que los poderes y autoridades podrían haber hecho otra cosa, incluso algunos aventuran el uso de la fuerza; pero claro, ello no ocurrió.

Es interesante recordar, que este Acuerdo fue firmado por todas las fuerzas políticas con escaños en el Parlamento (Cámara de Diputados y Senado), con la excepción de dos: el Partido Comunista, que arguyó no haber sido invitado a la elaboración del Acuerdo, y el Frente Amplio, que lo rechazó (con dos importantes excepciones: Revolución Democrática, y el actual presidente de la República, G. Boric, a título personal¹⁹). Fue el precio que debió pagar el gobierno y las fuerzas políticas que lo acompañaban, por obtener lealtad institucional de las restantes fuerzas políticas –que hasta ese momento o se la habían negado o hacían solo tímidos esfuerzos públicos- para evitar la caída del gobierno o la prolongación de la crisis política y la violencia social existente.

Puesto que el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, en sus escuetas dos páginas, era excesivamente genérico y requería de redacción jurídica, en su contenido creaba una Comisión Técnica Asesora para que redactara y propusiera al Congreso una reforma constitucional específica que hiciera posible el Acuerdo. Los partidos firmantes y el ejecutivo, conformaron una Comisión de 14 juristas y politólogos de todos los sectores (excluidos los no firmantes)²⁰. La Comisión debía tomar sus acuerdos por unanimidad, lo que alcanzó silenciosamente en dos semanas y en su Informe final propuso al Parlamento un texto de reforma, el que es prácticamente igual al que se materializó a través de la ley 21.200, con dos

¹⁹ Es más, según informó la prensa, G. Boric fue pasado al tribunal supremo de su partido por la firma del Acuerdo y sancionado. Su movimiento político a consecuencia de su firma, se dividió.

²⁰ Isabel Aninat (representante de Evopoli), Arturo Fermandois (representante de la UDI), José Francisco García (representante de Evopoli), Gastón Gómez (representante de RN), David Huina (representante de RN), Ernesto Silva (representante de la UDI), Sebastián Soto (independiente). Los siete representantes de la oposición, en tanto, son: Sebastián Aylwin (representante de Comunes), Cristina Escudero (representante de la DC), Pamela Figueroa (representante del PPD), Claudia Heiss (representante de RD), Emilio Oñate (representante PR), Gabriel Osorio (representante del PS), Alejandra Zúñiga (representante del PL).

excepciones significativas, a saber, la primera, la Comisión Técnica propuso al Parlamento que el reglamento que regulaba la deliberaciones y decisión de la Convención sobre la nueva constitución fuera en su totalidad aprobado por 2/3 de sus integrantes y no, como en definitiva se plasmó en la ley 21.200 y antes lo decía el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, lo relativo a “votaciones” de las normas constitucionales con ese quorum agravado. La Comisión Técnica creyó que, con muy pocas excepciones, todo el procedimiento ante la Convención estaba orientado a votar las propuestas de nueva constitución, quedando fuera solo las deliberaciones. La ley 21.200 volvió herméticamente a la redacción anterior, consignada en el Acuerdo político originario. La segunda diferencia, estriba en el sistema electoral propuesto para la elección de los escaños de los convencionales. La Comisión Técnica propuso como sistema electoral la aplicación del mecanismo permanente de la ley de votaciones populares y escrutinios y no las normas transitorias, las que privilegiaban a algunos partidos menores, cuyos votos fueron imprescindibles para cambiar el sistema electoral binominal mayoritario vigente hasta 2015²¹. El Parlamento prefirió aplicar lo ya conocido: los artículos transitorios de dicha ley.

Los cambios al procedimiento de elección de los convencionales

Como dijimos, el procedimiento creado por la Ley de reforma sufrió inmediatos cambios, que fueron incidentes en sus resultados²². Apenas promulgada la reforma constitucional que preveía el procedimiento para redactarla y fijaba las fechas y etapas para ello, se enderezó el debate público y parlamentario sobre la

²¹ En reunión pública entre la CTA y el SERVEL, este organismo señaló que no tenía ninguna dificultad para reordenar los distritos electorales en conformidad a las normas permanentes de la LOC de VPE, lo que exigía tomar en cuenta el último censo. Aunque un problema no menor de aquello, radicaba en que el último censo del país no se había hecho concluido del todo bien, lo que podría causar distorsiones e inseguridades.

²² La Ley de reforma constitucional N° 21.200 tuvo tres grandes reformas para adecuar su procedimiento, básicamente la integración de la Convención; véase, las leyes números. 21.216 de 24 de marzo de 2020, 21.296 de 10 de diciembre de 2020 y 21.298 de 23 de diciembre de 2020. Pero, además, debe tomarse en cuenta la ley de reforma 21.221 de 26 de marzo de 2020 que establece un nuevo itinerario constitucional y otras reformas, a raíz del encierro por la pandemia; la ley N° 21.324 de 7 de abril de 2021 que posterga las elecciones de convencionales constituyentes del 10 y 11 de abril al 15 y 16 de mayo; la ley 21.315, sobre propaganda electoral de los candidatos a convencionales constituyentes y franja electoral; y, N° 21-432 de 11 de marzo de 2022, relativa a las causales y modalidad para la renuncia de convencionales.

forma en que debería estar integrada la Convención. La Comisión Técnica había debatido sobre el particular, pero como el Acuerdo para la Paz y la Nueva Constitución nada decía sobre la integración de la Convención, no se pronunció sobre ello. Es muy factible que el debate sobre la manera de integrar la Convención haya comenzado en el parlamento desde el mismo instante de la firma del Acuerdo. En todo caso, el debate parlamentario culminó con la dictación de la Ley 21.216, de marzo de 2021, según la cual, las declaraciones de candidaturas de las listas de partidos, pactos de partidos o listas independientes debían estar integradas paritariamente, comenzando la lista o pacto por el nombre de una de las mujeres, y bajo sanción de tener las declaraciones por no presentadas. La ley recogía diversas experiencias e imponía igualdad de género en la competencia para los cargos, exigiendo que las listas o pactos fueran paritarias y estuvieran encabezadas por una mujer. La ley de reforma constitucional agregó paridad de género en los resultados de la competencia por los escaños, pues la Convención debía ser paritaria. En nuestro ordenamiento, la idea de una competencia paritaria –o relativamente- no es nueva pues la legislación política, exige la presencia en las listas de partidos y en los pactos para las elecciones de, al menos, un 40% de mujeres²³. La nueva legislación fue más allá, involucrándose en los resultados de las votaciones, pues la Ley de Reforma Constitucional estableció que la Convención debía estar integrada, igualitariamente, de hombres y mujeres, previendo reglas para corregir la aplicación del sistema d’hont y asignar los escaños de la Convención por mitades, aunque ello es materialmente imposible con una Convención de 155 integrantes. Eventualmente, además, la regla admitía interpretación en el sentido de que, para cumplir con la regla de paridad de resultados, incluso se recurriría a la lista o al pacto contrincante, lo que en los hechos no se produjo.

Dicha ley de reforma contempló, además, la participación de “listas de independientes”, los que para cada distrito electoral quedaban habilitados a presentar un candidato más que el número de escaños que hubiera que adjudicar por distrito electoral, aunque prohibía estas listas a nivel nacional. Para efectuar su

²³ Ley 20.840, denominada, Sustituye el Sistema Electoral Binominal Por Uno de Carácter Proporcional Inclusivo y Fortalece la Representatividad del Congreso Nacional.

declaración e inscripción de candidatura a la elección para Convención, los independientes o las listas de ellos, debían cumplir con las mismas reglas, que las candidaturas a diputado, y, además, de modo meramente indicativo, “contener un lema común que los identifique y un programa en el que se indicarán las principales ideas o propuestas relativas al ejercicio de su función constituyente”. Se requerirá para ello, el patrocinio de la candidatura de un número de “independientes igual o superior al 0,4 por ciento de los que hubieren sufragado en el distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, con un tope de 1,5 por ciento por lista de quienes hubieren sufragado en el distrito electoral respectivo”. Esta regla permitía el potenciamiento de las candidaturas entre los independientes y que el porcentaje por lista no superase el 1,5%; reduciendo, al menos, una 50% de las exigencias de patrocinios de independientes para postular²⁴. Ello fue incidente en la Convención, ya que más de un cuarenta por ciento de la Convención –incluso algunos señalan que más del 60%- fue elegida por esta vía y ello ha influido, decisivamente, en su trabajo.

Complementariamente, y sin modificar la regla del número total de escaños a elegir para la Convención (155), la ley 21.298 vino a reservar un conjunto de 17 escaños para los pueblos originarios²⁵. En tal calidad quedaron comprendidos pueblos de diversa entidad, bajo la siguiente distribución: Mapuche (7), Aymara (2), Rapa Nui (1), Lican Antai (1), Quechua (1), Colla (1), Diaguita (1), Kawésqar (1) y Yagán o (1), Chango (1)²⁶, con paridad de género.

²⁴ El artículo 13, del DFL que Fija el Texto Refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinio, ministerio secretaría general de la presidencia, señala que “Las candidaturas de independientes a diputados o senadores requerirán del patrocinio de un número de ciudadanos igual o superior al 0,5 por ciento de los que hubieren sufragado en el distrito electoral o en la circunscripción senatorial, según se trate de candidaturas a diputados o senadores, respectivamente, en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones”

²⁵ LEY 21298 Modifica la Carta Fundamental para Reservar Escaños a Representantes de los Pueblos Indígenas en la Convención Constitucional y Para Resguardar y Promover la Participación de las Personas con Discapacidad en la Elección de Convencionales Constituyentes.

²⁶ El INE (Instituto Nacional de Estadísticas) realizó el 2017 el censo de población y vivienda, el que arrojó que en el país existía un 12.8% de personas que entendían pertenecer a un pueblo originario, según el siguiente detalle: Total: 2.185.792. De ellos, Mapuche 1.745.147, Aymara

Por otra parte, las reglas que preveían una representación paritaria en la Convención, produjeron cambios en su composición, que no han sido bien recibidos en el feminismo. En efecto, como se recordará, las reglas de paridad por resultado exigían que la convención quedase integrada igualmente entre hombres y mujeres, sin perjuicio de lo cual, el resultado final determinó que 78 hombres y 77 mujeres la integraron. “La paridad dejó un sabor agridulce”, señala una autora destacada, porque en definitiva la corrección del resultado de las urnas por género favoreció a 11 hombres y solo a cinco mujeres²⁷. De haber aplicado las reglas de distribución de escaños vigentes, la Convención habría quedado integrada, claramente, por más mujeres que hombres. Agrega la misma autora, “una concepción de la paridad que impide que cualquiera, de los sexos, hombres o mujeres, ocupe más de la mitad de los puestos en disputa electoral (que hasta ahora la concepción dominante) puede en estos escenarios generar un efecto-techo o bumerang, al volverse contra las mujeres”²⁸. Sobran las palabras.

II. Las etapas del proceso constitucional.

La reforma constitucional

El 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial la reforma constitucional que introduce a la Constitución de 1980 un nuevo epígrafe, el segundo, denominado “[Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República](#)”, el que se inserta en el capítulo XV de la Carta que pasa a llamarse, a partir de esa fecha, “Reforma de la Constitución y del Procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República” y no, como hasta ese momento, Reforma de la Constitución. El cambio de los títulos y epígrafes no es meramente cosmético. A partir de la Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, la Constitución de 1980 concibe dos procedimientos de cambio; uno, cuyo objeto exclusivo es la reforma constitucional de su texto (epígrafe 1); y el otro, cuyo objeto es “elaborar”

156.754, Rapa Nui 9.399, Lican Antai 30.369, Quechua 33.868, Colla 20.744, Diaguita 88.474, Kawésqar 3.448, Yagán o Yamana 1.600 y otros 95.989.

²⁷ Véase, Zúñiga, Yanira, Nunca más sin Nosotras, editorial Paidós, Santiago de Chile, primera edición, 2022, página 81, cita además un caso conocido: el del Colegio de Abogados.

²⁸ Zúñiga, ídem, pág. 82

una “nueva” constitución en reemplazo de la actual, mediante un procedimiento con plazos precisos y etapas (epígrafe 2). Este trabajo solo se refiere a este último problema.

El proceso constitucional puesto en marcha en noviembre de 2019, en lo formal, posee cuatro etapas bien claras. La primera, de participación ciudadana a través del plebiscito desencadenante del proceso y luego, en caso de ser favorable, la elección de los convencionales que la redactarían. La segunda etapa, abarca desde la instalación de la Convención llamada a redactar la Propuesta de nueva constitución (día, lugar y reglas provisionales), la elección de sus autoridades (el tipo de mesa de trabajo), la definición de sus reglas internas de trabajo (reglamento de funcionamiento, rol de los plenos y las comisiones y otros) y el desarrollo de la deliberación, con votaciones incluidas. El resultado, es una Propuesta de constitución. El tercer momento o etapa, es el plebiscito de salida o de aprobación o rechazo de la Propuesta y las condiciones en que se realiza. La última etapa, la cuarta, tiene que ver con los efectos y consecuencias que se generan si gana el apruebo o el rechazo; si es el apruebo, cómo se ejecutará –por una comisión, el parlamento actual, futuro, deroga orgánicamente o solo la Constitución, etc.- y si es el rechazo, qué se prevé para ello –otro proceso, rige la Constitución actual, etc.-. Todo esto, en lo formal. Ello porque lo crucial del proceso, en clave comparada, es cómo la reforma concibe a la Convención, si como una asamblea constituyente autónoma, soberana y popular; o como, un órgano regulado por sus reglas fundantes y sometido a ciertas restricciones, pero capaz con libertad de efectuar una Propuesta de nuevo texto constitucional. Claramente, lo segundo.

Una asamblea constituyente o una convención

El proceso constitucional, aprobado por plebiscito el 25 de octubre de 2020, dota a una Convención de competencia para redactar una Propuesta de nuevo texto Constitucional; órgano, integrado paritariamente por mujeres y hombres y con la presencia de pueblos originarios y de independientes; todos los cuales, poseen mandato libre no revocable. A la convención le fue atribuida una competencia exclusiva o objeto único, puesto que su tarea se reduce –lo que no es menor- a

redactar la Propuesta de nuevo texto constitucional que se propondrá al país y no puede avocarse a otras tareas, por ejemplo, gobernar. El objetivo único tiene por propósito deliberado evitar que la Convención se erija en un poder al margen del derecho, aunque no por ello, menos autónoma para decidir el contenido de la Propuesta.

Del objeto exclusivo o único que se le atribuye a la Convención, se infiere que a la Convención le queda vedado procurar modificar las disposiciones constitucionales habilitantes (contenidas en el epígrafe segundo del capt. XV de la Constitución de 1980) y como es obvio, muchos menos, la reforma de la Constitución de 1980 (procedimiento contenido en el epígrafe primero del capt. XV de la Carta); reglas, que le resultan indisponibles²⁹. Si el objeto único de la Convención es elaborar la Propuesta, entonces, no puede cambiar las disposiciones habilitantes pues ello implicaría pronunciarse sobre aspectos que están fuera de su objeto. Es entonces también claro, que el poder de reforma o para cambiar el proceso constitucional – incluidas las competencias y poderes de la Convención- está expresamente depositado donde siempre ha estado: en el poder legislativo investido del poder de reforma del texto³⁰. Lo que ha quedado muy claro al solicitarle la Convención al Parlamento que convoque a plebiscitos dirimientes, los que requerirían reforma constitucional; iniciativa, que no ha prosperado.

Por ello, se señala que a la Convención le está prohibido ejercer soberanía, si aquello fuese su propósito o de algunos de sus integrantes³¹. Que la Convención tenga objeto único y le esté vedado cambiar las reglas constitucionales que la gobiernan, facilita que se concentre en lo que es su finalidad y no se desvíe procurando convertirse en soberana, esto es que su acción tenga por habilitación su propia voluntad, lo que la deja desprovista de fundamento normativo. En tal caso, sería un poder al margen del derecho. Por el contrario, el modelo de una

²⁹ Artículo 135 inciso tercero de la Constitución.

³⁰ Art. 135 inciso 2º, “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”.

³¹ Art. 135 inciso 3, prohíbe el ejercicio de la soberanía, la que continúa radicada en la constitución y las autoridades.

Convención constreñida en su poder mediante disposiciones habilitantes moderadas, parece ser una mejor técnica que dotar a la asamblea constituyente de soberanía o que esta se la atribuya, particularmente si coexiste con un orden constitucional que todavía conserva vigor formal.

Según lo caracterizan sus reglas constitucionales, el proceso constituyente definió mínimas reglas habilitantes: el quorum para tomar decisiones y el reglamento, el mandato libre y no revocable de sus integrantes, la necesidad de elegir a sus autoridades, el plazo en que debe entregar su Propuesta y consecuentemente su disolución, los límites de contenido que la Convención debe respetar en su Propuesta -el carácter de República del Estado de Chile, su sistema democrático, los tratados internacionales suscritos por el país, sobre todo los de derechos humanos, y las sentencias judiciales ejecutoriadas-, y el tribunal procedimiento y acción competentes para conocer las impugnaciones, si el órgano se extralimita en materias procedimentales (exclusivamente en estas). Por último, se previeron los efectos en el tiempo de la aprobación, promulgación y publicación de la nueva constitución, a saber, reemplazar la Constitución vigente, con dos excepciones, la primera, que no se puede poner fin a los mandatos de las autoridades electas sino en la hipótesis de supresión o afectación esencial del órgano al cual acceden; y la segunda, que puede determinar la vigencia de las autoridades no electas y de los órganos que sirven. Sus efectos se limitan a la constitución y no al resto del ordenamiento –leyes, reglamentos, actos administrativos y de administración, etc-, las que serán objeto de adecuación, en su caso, a través de las vías políticas democráticas. Si se observa con atención, la Convención quedó habilitada para determinar con autonomía el orden político, el tipo de estado, los límites entre lo público y lo privado, el modelo de desarrollo o bases del sistema económico, los derechos o espacios de autonomía y autodeterminación, la participación, entre otras cosas. Una combinación entre estabilidad y cambio.

Para comprender mejor el proceso desarrollado en Chile, vale la pena abordar estos procesos de cambio en América latina. Para la teoría constitucional y la del poder constituyente, existe una diferencia substancial entre el poder de reforma y el poder constituyente. El primero, es un poder de cambiar el texto de una

constitución, pero sometido a reglas previas de diverso tipo: de procedimiento, quorum, participación ciudadana, hasta control constitucional. Para esta teoría, la consecuencia es que el poder de reforma no permite dictar una nueva constitución. La característica central de este poder, es que las reglas que habilitan el cambio o reforma no están, a su vez, bajo su poder, pues, en tal caso, estaríamos frente un poder constituyente originario, un nuevo titular de ese poder; en suma, a una nueva constitución, como sugiere Alf Ross. El poder constituyente originario, en cambio, es un poder no sometido a disposición alguna, de modo que es una voluntad política al margen del derecho, y cuyo titular tiene el poder de dictar una constitución; nueva, no por su contenido, sino por ser un acto de positivación. ¿Quién es el poder constituyente? Se interroga Schmitt, la respuesta: quien tiene el poder dictarla, el que es capaz de hacerlo³², lo que puede significar, cualquier titular. A partir de ese punto, el autor alemán confundirá legalidad con legitimidad, en sus famosas defensas escritas ante los fiscales de Núremberg. La teoría de la soberanía popular, esto es que el poder constituyente originario de hacer una constitución radica –permanentemente- en un pueblo *existencial*, el que no puede ser constreñido a derecho, como creía Sieyes, evidencia su carácter circular, pues si una asamblea soberana instaure reglas que la obligan o gobiernan, deja de ser soberana ya que acata reglas, y si no lo hace, no puede funcionar, en ausencia de reglas. Esta teoría originaria del poder, se ha prestado para modelos de cambio radicales en América Latina, que a juzgar por alguno de sus impulsores no han sido exitosos³³. Según prueban, en cambio, Levitsky y Murillo, los cambios constitucionales en América Latina, además de ser continuos y borrascosos, han de ser leídos como “reemplazos constantes”³⁴, por oposición a los modelos de cambio constitucional gradual, y en condiciones, además, de alta inestabilidad social, económica y política. Si a ello agregamos, debilidades económicas y desigualdad, en presencia de regímenes presidencialistas –no presidenciales-, entonces los volátiles caudillismos populistas, tan característicos

³² Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza Universidad Textos, Alianza Esitorial, Madrid, 1982, Página 99, el autor lo define así: “*El poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad, es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política*, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.

³³ Véase, más adelante, de Roberto Viciano, el Comentario introductorio. Véase nota 85.

³⁴ Véase, Levitsky, Steven y Murillo, María Victoria, Construyendo Instituciones sobre Cimientos Débiles: lecciones desde América Latina, pagina 17.

de este continente, irrumpen como salvadores, y al poco tiempo se reinicia el ciclo maximalista. Los cambios constitucionales acompañan nuevos ciclos de poder y de agotamiento del modelo anterior, potenciando que nuevos liderazgos creen su propio orden. Las asambleas constitucionales han sido usadas con este propósito, como demuestra Soto en sus investigaciones³⁵. El uso de la teoría democrática en los procesos constitucionales latinoamericanos aparece, nítido. Por el contrario, la experiencia comparada parece demostrar que los cambios graduales con altos niveles de consenso, colaboran mejor a la estabilidad y gobernabilidad de los países.

Me parece que el proceso constituyente que describen las reglas en el caso de Chile, procura tomar un rumbo moderado. Veamos sus etapas, para saber si lo logra o no.

La primera etapa: plebiscito y elección de los integrantes de la Convención.

El plebiscito

La primera etapa³⁶, se iniciaba con la convocatoria presidencial a un plebiscito ciudadano para decidir dos cosas, mediante cédulas distintas. La primera, si se quería o no una nueva constitución y la segunda, mediante qué procedimiento se redactaría³⁷. Solo si la primera pregunta era aprobada, procedería, como es

³⁵ Véase, Soto, Francisco, Asamblea Constituyente: la Experiencia Latinoamericana y El Actual Debate en Chile, en Estudios Constitucionales, año 12, N° 1, 2014, en la página 403, señala "De los dieciocho países de América Latina nos encontramos con once constituciones que han implementado una AC o la han regulado como mecanismo de reforma constitucional. La mayoría de las experiencias surgen como mecanismo no previsto en el proceso de reforma" "el carácter inconstitucional de estos procesos se ve matizado por el papel central que asumen los tribunales (...)". En la página 404, "Están los que piensan que este tipo de fórmulas no son del todo inconstitucionales, ya que se sustentan en la idea de que finalmente es el pueblo el titular del poder constituyente originario", "En consecuencia, en Latinoamérica se apelaría a la decisión presidencial sometida a referéndum decisorio, (...) como una suerte de costumbre para generar nuevas constituciones".

³⁶ Véase artículo 130 de la Constitución.

³⁷ El artículo 130 inciso 2° y 3° de la Carta, dice: "En el plebiscito señalado, la ciudadanía dispondrá de dos cédulas electorales. La primera contendrá la siguiente pregunta: "¿Quiere usted una Nueva Constitución?". Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, una al lado de la otra. La primera línea tendrá en su parte inferior la expresión "Apruebo" y la segunda, la expresión "Rechazo", a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas. La

evidente, la convocatoria a la Convención para redactarla. Los resultados fueron decisivos, un 78.28 estuvo de acuerdo en aprobar el inicio de un procedimiento para reemplazar el texto actual de Carta y un 79% hacerlo mediante una Convención Constitucional, con todos sus integrantes elegidos especialmente para esa tarea³⁸.

No hay total claridad acerca de por qué se acordó manejar la incertidumbre que supone la redacción de una nueva constitución de ese modo: iniciar el procedimiento de reemplazo constitucional con un plebiscito³⁹. La decisión estaba contenida en el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, de manera que la Comisión Técnica, cuyo papel era redactar jurídicamente el procedimiento para ello, debía respetar este punto, y el Parlamento, en definitiva, lo incluyó en la reforma constitucional de la Ley N° 21.200. Quiero explicar muy bien lo que quiero decir. Si se piensa en un modelo ideal de proceso constitucional, cualquier experto diría que se ha hecho lo correcto al diseñar este aspecto de participación⁴⁰. Pero en la realidad, ha provocado grandes dificultades.

El procedimiento de cambio que se inicia con un plebiscito puede resultar exitoso, en términos de que efectivamente se redacte un nuevo texto y este sea aprobado

segunda cédula contendrá la pregunta: "¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?". Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, 1 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 exclusivamente por miembros elegidos popularmente", a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas."

³⁸ ¿Cómo se explica la contradicción fina de ambas preguntas y cédulas? Si Usted vota rechazo debe además pronunciarse sobre cómo se redactaría el texto, lo que perturba su decisión. Resulta, además, bastante claro que el votante del rechazo tiene desmedrada su opción si es convocado a decidir, en un mismo acto, si quiere una nueva constitución y cómo redactar ese nuevo texto. La segunda cédula, da por hecho que se votó por el apurbo. Así estaba redactado el Acuerdo político que le dio origen.

³⁹ Es cierto que existen otros casos similares en el derecho comparado –vrg. El de Colombia- pero sigue siendo imprudente.

⁴⁰ En una conferencia en la Universidad Diego Portales, Rosalind Dixson señaló "Chile comenzó bien al ofrecer un plebiscito de entrada". Pág. 670, en ¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile? Cátedra de derecho constitucional <Jorge Huneeus Zegers, en Anuario de Derecho Público UDP.

por la ciudadanía, pero no maneja acertadamente la incertidumbre real y genera complicaciones. Es decir, la incertidumbre en Chile puede resolverse favorablemente, pero será por obra de la casualidad y no de la causalidad. La ciudadanía expresó contundentemente su deseo de reemplazar el texto vigente de Constitución mediante una convención; su decisión –no por ello deja de ser un deseo-, implica un pronunciamiento indirecto pero mortal sobre la Constitución vigente, la que es desprovista de legitimidad, al menos, sociológica. Paradojalmente, el procedimiento diseñado la transforma en backup de todo el proceso, si este sucumbe o fracasa. Si lo último acontece, es muy difícil que un país pueda resolver sus problemas o encarar el futuro con una constitución que la ciudadanía decidió reemplazar. Utilizar un plebiscito para iniciar el proceso no prevé, además, algo que estaba dentro de un horizonte previsible: que el procedimiento se retrasara -como sucedió-, debiendo elegir un gobierno y parlamento nuevos –entre otras autoridades-, desde un texto que la ciudadanía decidió reemplazar; gobierno, que ha de ejercer sus funciones por un tiempo relativo y en todo caso, impulsar una agenda o política triunfadora en las urnas. Un gobierno y parlamento que por varios años pueden tener que conducir el país. Es difícil gobernar y conducir un país desde una legitimidad puramente jurídica, cuyas normas han sido privadas de legitimidad de fondo. Aquí es aplicable el comentario de Elster, en el sentido de que “Pocas veces puede un país tener dos conjuntos de elites, una para elaborar la constitución y otra para gobernar”⁴¹, lo que acrecienta el problema mencionado. Un procedimiento que comienza así, en suma, no parece manejar acertadamente la incertidumbre⁴².

Se puede entender que algunos sectores “quemaran naves” en el sentido que no hubiera retorno, pero ello implica un riesgo considerable, si se toma en cuenta que el procedimiento impulsado podía retrasarse o fracasar (vgr. no se acuerda una propuesta de nuevo texto dentro del plazo, con los quórums o la ciudadanía la

⁴¹ Elster, Jon, compilador de *La Democracia Deliberativa*, editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 2001, pag. 154.

⁴² Los comentarios sugieren el plebiscito comenzó como una solicitud que alguna izquierda parlamentaria formuló para efectos de bloquear cualquier intento de retorno a la Constitución de 180, si la opción del cambio constitucional ganaba, y también lo apoyó la Unión Demócrata Independiente con la convicción de que la ciudadanía convocada protegería la Constitución de 1980, se trataba de un último cartucho.

rechaza plebiscitariamente). Hasta Colón sabía que quemar las naves era un todo o nada, y ello funciona bien con un aventurero, pero no con un orden político.

Pero, además de lo anterior, el plebiscito de entrada influyó marcadamente el diálogo y la deliberación posterior en la Convención. Si gana el apruebo –como sucedió– qué sentido originario tiene el proceso para las fuerzas que representaron el rechazo, que desechan la idea de una nueva Carta. Las ideas que defendían, estaban vinculadas por cierto al orden constitucional anterior y quedaron al margen del proceso interno de la Convención. Es una derrota política que buscarán revertir o quedarán al margen del proceso, como efectivamente sucedió. La experiencia chilena se orientó a que los sectores del rechazo quedaron marginados –aunque probablemente, no debido exclusivamente a ello– de la deliberación de la Convención u obligados a votar iniciativas en su concepto menos malas, justamente porque su posición no era consistente con una nueva constitución. Excluir de entrada ciertas ideas constitucionales no parece una manera acertada de deliberar o lograr acuerdos sustanciales, porque un proceso estable y realista exige tomar en cuenta, también, las ideas constitucionales y democráticas del pasado, algunas de ellas muy arraigadas en el país. Un plebiscito de entrada, en consecuencia, puede afectar el trabajo deliberativo e impactar sobre la búsqueda de consensos y acuerdos, como ha sucedido en Chile.

Además, un plebiscito afirmativo tiende a desechar el contenido *in toto* de la constitución anterior, lo que en un caso como el chileno, de extensa tradición constitucional, es una apresurada manera de condicionar el debate⁴³, marcando

⁴³ Si bien en alguna doctrina (Duverger, por ejemplo) se diferencia entre referendo y plebiscito, según si se convoca para aprobar a una autoridad o proyecto frente a elegir entre opciones o textos, la diferencia ha terminado por diluirse. Ello parece particularmente claro en nuestra tradición constitucional. Alessandri para legitimar la Constitución de 1925 convocó a plebiscito, para que, la ciudadanía de la época, decidieran entre tres modelos: una constitución parlamentarista, otra presidencialista, que él defendía, o ninguno de ellos, simbolizándolos mediante cédulas de color rojo, azul y blanco, para cada uno de ellos, respectivamente. Por otra parte, la convocatoria a plebiscito de la Constitución de 1980, lo fue para marcar un sí o no a la nueva Constitución, sin posibilidad de otro modelo. Por su parte, el plebiscito de 1988, fue llamado para decidir, con un sí o no, si la persona de Pinochet continuaría como presidente de Chile para el período siguiente, 1989-1997; en consecuencia, se convocó para decidir sobre si una persona continuaría en el cargo. El

negativamente el contenido de una tradición que se remonta, con altibajos, hasta comienzos del siglo XIX. Este punto de vista, coincide con la Comisión de Venecia, la que señala que debe recordarse que una tendencia refundacional desconoce que la “nueva constitución no existirá en un vacío histórico, jurídico y político y deberá operar en el contexto de la amplia cultura y tradiciones jurídicas que prevalecen en Chile”, pudiendo provocar problemas de interpretación y aplicación de las normas por los operadores y la ciudadanía en general, de modo que “las tradiciones jurídicas nacionales deben tomarse debidamente en cuenta a la hora de diseñar la nueva constitución”⁴⁴. Ello implica una deliberación honesta e inclusiva.

La convocatoria original a plebiscito era para el 26 de abril de 2020 y se realizó el 25 de octubre de ese año.

La elección de los integrantes de la Convención.

La primera etapa del procedimiento se cerró con la elección de los integrantes de la Convención que redactarían la nueva carta constitucional. El texto de la reforma constitucional, preveía que se elegirían 155 convencionales, a través del mismo sistema electoral y distritos electorales aplicado en la elección de diputados celebrada en 2017, es decir, bajo el sistema proporcional d’hont corregido, contenido en las normas transitorias, en los 28 distritos ya configurados, bajo la regla de cada ciudadano un voto. La elección del método para elegir la Convención, apenas ocultaba que los partidos estimaban que una integración semejante a la existente en la Cámara de Diputados representaba acertadamente a la ciudadanía. Sin embargo, la elección de los integrantes de la Convención fue, profundamente, modificada con posterioridad a la reforma constitucional por el

plebiscito de las reformas a la constitución de 1980, en 1989, fue convocado para aprobar o rechazar las reformas. La Comisión Técnica decidió utilizar el mismo modelo de apruebo o rechazado para los dos plebiscitos.

⁴⁴ Véase Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) Opinión sobre Chile, denominada Sobre La redacción y Adopción de Una Nueva Constitución, Adoptado por la Comisión de Venecia en su Sesión Plenaria, Venecia y en línea, 18 y 19 de marzo de 2022, sobre la base de los comentarios de Paolo Carozza, Josep María Castella Andrea, Janine Otlora Malassis, Hanna Suchocka y Kaarlo Tuori. Página 7.

Parlamento cuando determinó –cuyos efectos ya veremos- que esta debía ser paritaria entre hombres y mujeres, y reservó un número de escaños para pueblos originarios o indígenas (diecisiete), justificándolo, en que en el último censo aproximadamente un 12% del país afirmó sentirse, ser o definirse perteneciente a etnias originarias. Se confundió pertenecer a un pueblo originario con falta de identidad nacional. Por último, se cambiaron las reglas electorales, abriendo la puerta para que no solo los partidos políticos o los independientes en pactos con los partidos políticos pudieran ser candidatos a la Convención, sino que, también, los independientes y en listas conjuntas distritales. Las listas de independientes fueron objetivamente un cambio decisivo en las reglas de elección. Todo lo cual, influyó considerablemente en la integración de la Convención.

Se trata de una composición de la Convención, que en palabras de la Comisión de Venecia “no tiene precedente”⁴⁵, en modelos comparados.

La composición de la Convención

Si se miran los resultados generales la conclusión es clara. La Convención quedó muy fracturada en distintas “sensibilidades”. La derecha o centro derecha obtuvo 37 convencionales, la coalición socialdemócrata 27, la izquierda 28, independientes no neutrales 11, los pueblos originarios 17, la lista del pueblo 28 y otros independientes variados⁴⁶. Estos sectores, a su vez, están fraccionados en partidos, “sensibilidades” o “colectivos” (sobre todo la lista del pueblo), de manera que resulta muy difícil estructurar un acuerdo y a menudo, saber la posición de los grupos solo se advierte después de las votaciones. Tampoco se puede decir que los sectores, partidos, sensibilidades o colectivos actúen coordinadamente pues cada una de ellas está dividida por matices y fracciones.

⁴⁵ Véase Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) Opinión sobre Chile, ob. cit. Página 4.

⁴⁶ En septiembre de 2021, la prensa aseguraba la siguiente composición: 37 de la derecha, 28 de apruebo dignidad, 20 de lista del pueblo, 17 pueblos originarios, 10 independientes no neutrales, 9 independientes, 7 colectivo del apruebo, 17 pueblo constituyente, 9 independiente ex lista del apruebo. véase Crónica Constitucional N° 3, viernes 10 de septiembre 2021, del Diario el Mercurio, pagina 8, denominado “Cambian las fuerzas al interior de la convención”. Unas semanas después, la misma Crónica Constitucional daba cuenta de las nuevas alianzas y retrocesos, divisiones entre convencionales; véase, Crónica Constitucional N° 3, viernes 17 de septiembre 2021, del Diario el Mercurio, pagina 1, denominado “Nacen alianzas y otras se disuelven: el juego estratégico en la Convención”.

Más allá de los errores de cálculo de los partidos tradicionales, la confusión de elecciones municipales o regionales con elección de constituyentes, de la buena o mala campaña y o la confusión de mensajes, no puede desconocerse que los resultados son una señal potente de agotamiento del sistema de partidos que funcionó treinta años y del particular momento político post estallido que las fuerzas independientes simbólicamente representaron.

La fragilidad del sistema de partidos dominantes históricamente se advierte en la elección de “independientes”. La Convención resultó integrada –al menos- en un 43% por convencionales que no se identifican con los partidos, llamémosles, tradicionales, los que vieron disminuir sus votaciones y elegir menos convencionales que los que imaginaban, lo que las encuestas habían anticipado⁴⁷. Es muy probable, que cuando los partidos aprobaron la posibilidad de que los independientes fueran en listas, confiaron en que los votantes se comportarían como históricamente lo habían hecho en elecciones pasadas y apoyaran a los partidos. Sin embargo, las predicciones se equivocaron y la Convención quedó integrada por un porcentaje de independientes significativo, lo que con el correr del trabajo de la Convención ha descubierto el velo de las ideas monocromáticas que defienden. Además, la existencia de representantes individuales e independientes atenúa o hace desaparecer un sentido de responsabilidad para con el pasado y el futuro. El daño sobre los partidos tradicionales se repartió extensamente, pero afectó a uno más que a otros.

La conclusión, con todo, es determinante para la Convención. Los partidos “tradicionales” vieron disminuir fuertemente su masa electoral y peso relativo dentro de ella, lo que afectó más seriamente a la derecha que a las restantes fuerzas política, pues quedó sin posibilidad de vetar alguna proposición constitucional (sin, en consecuencia, alcanzar el tercio de convencionales, indispensable numéricamente para ello) y fuertemente aislada, en un contexto donde varios de sus convencionales electos habían hecho campaña por el

⁴⁷ La Encuesta Data Influye publicada el 22 de marzo y a unas semanas de la fecha original de las elecciones para convencionales constituyentes (11 de abril de 2020), pronosticó que un 41% de las personas pensaba votar por un candidato independiente y otro tanto, provenientes del mundo social.

rechazo (apropiándose, del escuálido 21% del electorado que arrojó el plebiscito). Una muestra de ello, es que la derecha perdió nada más ni nada menos que, entre la votación del rechazo de octubre de 2020 (1.635.164) y su votación para convencionales (1.173.1989), 461.966 votos. Una cuestión, en principio, inexplicable. Si se toma en cuenta, por otro lado, la votación que obtuvo para concejales de las municipalidades, efectuada el mismo día de las de convencionales, ese sector obtuvo 2.008.561 votos (los independientes no pueden aquí ir en listas separadas de los partidos), lo que comparado con el resultado de convencionales representa una baja o dispersión de casi un 42%. Con todo, en la reciente elección a diputados 2021 esta coalición recupera y crece su votación significativamente con 2.316.768 de votos, eligiendo 68 diputados y quedando con la mitad del Senado. Se puede decir que la coalición se recuperó electoralmente, sorteando el efecto de la Convención y del plebiscito.

El sector que denominamos centro izquierda o socialdemocracia, en verdad, enfrenta una verdadera debacle en la elección de convencionales, pues con 824.812 votos logra elegir 23 convencionales, a pesar de que para concejales obtiene, en cambio, 2.029.604 votos. Algunos partidos históricos (como la Democracia Cristiana) solo escogen un convencional. En el caso de este sector, el daño tiende a ser permanente pues en las recientes elecciones 2021 de diputados obtiene, bajo el nombre de Nuevo Pacto Social, 1.085.978 votos, un poco más que para convencionales y muy alejada de la votación para concejales.

Por último, la izquierda obtiene en la elección de convencionales, 1.069.225 votos eligiendo 28 convencionales, aunque en la de concejales saca 1.621.587 (menos 552.362 votos) lo que representa más del 50% de sus votos para convencionales. Votos que, prácticamente, recupera íntegramente en la elección de diputados, con 1.648.147, no muy lejano, por lo demás, a los 1.814.889 que obtuvo el candidato Boric a la presidencia en primera vuelta. Como se ve, entonces, los candidatos independientes agrupados en listas provocaron un impacto considerable en la elección de convencionales, llevándose aproximadamente el 43% de la Convención y dañando seriamente a los partidos tradicionales. Aunque, con la excepción del centro, los restantes partidos han recuperado su fuerza electoral en

las últimas elecciones, particularmente la derecha. El punto no es menor porque corresponderá a este Parlamento comenzar a aplicar la nueva constitución, salvo que se implante una regla de supresión en breve de sus organismos representativos. Algunos perspicaces, podrían pensar que tenemos una Convención escorada a la izquierda y un parlamento escorado a la derecha, toda una tensión.

A la debacle electoral de los partidos en la Convención, es posible –aunque el punto es contra fáctico- que haya contribuido la postergación de las elecciones previstas originalmente para el 11 de abril del 2020, las que, por efectos del encierro de la pandemia y otros hechos, se llevaron a cabo el 15 y 16 de mayo de 2021, en definitiva⁴⁸. Nunca lo sabremos con certeza. Tampoco podremos allegar claridad acerca de si el hecho de que las elecciones de convencionales se llevaran a cabo conjuntamente con elecciones de alcaldes, concejales, gobernadores y consejeros regionales, todas tan diferentes, conspiró contra la superficialidad y confusión de mensajes e ideas, que caracterizó la campaña, aunque creo que afectaron la calidad del debate constitucional previo a la elección. En efecto, las elecciones para la Convención (es decir, deliberar acerca de cuáles reglas deben dirigir u orientar nuestra vida común) se llevaron a cabo junto a la elección de alcaldes y concejales (quién administrará una municipalidad) y de gobernadores y consejeros regionales (vinculada a problemas regionales). Si bien no sabremos si esta confusión de elecciones pudo haber impactado en perjuicio de los partidos tradicionales, contribuyó a desorientar y confundir los debates, basta para ello, revisar las franjas electorales de convencionales. Un profundo error.

La paradoja de la participación

En ocasiones la realidad es cruda y deja en ridículo determinadas afirmaciones. Nos acostumbramos a sostener que la democracia chilena atravesaba una crisis

⁴⁸ Estas elecciones de convencionales, originalmente eran el domingo 25 de octubre de 2020, sin embargo, fueron postergadas para el 4 de abril a raíz de la [pandemia de COVID-19](#). Como esa fecha coincidía con la [Semana Santa](#), fueron postergadas nuevamente en una semana, quedando fijadas para el 11 de abril. Para facilitar el voto, la ley de reforma determinó que la votación se realizaría en dos jornadas: el sábado 10 y domingo 11 de abril, convirtiéndose en la primera elección en Chile que se realizaría en más de un día. Las elecciones fueron postergadas nuevamente para el 15 y 16 de mayo, a través de una reforma constitucional, el 6 de abril.

sería de legitimidad, causada por factores estructurales, especialmente la constitución heredada de Pinochet, y el sistema político, principalmente, la decadencia de los partidos políticos, síntomas que se expresarían en la abstención electoral que alcanza prácticamente en todas las elecciones de los últimos diez años el cincuenta por ciento del padrón electoral. Los resultados de participación verificados en el plebiscito, las elecciones de convencionales y la última y “competitiva” elección general de diputados y presidente, nos exigen comenzar a repensar esos problemas, pues la realidad no se aviene a ser explicada tan fácilmente. Un dato difícil de entender. La comparación simple sobre la participación ciudadana en esos procesos resulta preocupante: en el plebiscito, que indagaba para determinar si la ciudadanía quería reemplazar la actual Constitución –la heredada de Pinochet- logró movilizar hasta las urnas 7.562.173, lo que representa un 50,9% del padrón total de 14 millones 855 mil; es decir, la elección con mayor votación desde la instauración del voto voluntario. Para sorpresa de todos, cuando se les pidió a los ciudadanos que concurrieran a realizar sus sueños y elegir a los convencionales que redactarían la propuesta de reemplazo constitucional, la que contendría las reglas que definirían nuestra vida común futura y sus espacios de igualdad y libertad, concurrieron a votar 6.184.594 con el 41,51% del padrón que asciende, como dijimos, a 14.900.089. Más de un millón de personas no tuvieron interés en hacerlo. Por último, la participación electoral en las elecciones de diputados, parciales de senadores y primera vuelta electoral en el año 2021 ascendió 47.33%, lo que equivale a 7.114.800 pero de un padrón que creció a 15.030.973; votaron casi un millón de personas más que para elegir convencionales. Por último, en la segunda vuelta presidencial, al elegir un gobierno presidencial, concurrieron 8.364.534 con el 55.64% del mismo padrón electoral, todo un éxito desde el punto de vista de la concurrencia en el voto voluntario.

Sin embargo, las cifras reflejan cierta constancia y dudas. Al parecer, el sistema se comporta con un alto nivel de abstención, que no logra movilizar cambios significativos al alza, sino por el contrario, como en las elecciones de convencionales, a la baja. No logra entusiasmar a los electores, ni siquiera para elegir a quienes redactarán las instituciones y derechos que regirán en el futuro.

Las cuestiones constitucionales –plebiscito y elección de convencionales– generaron menos interés que la elección de presidente de segunda vuelta, conforme las reglas constitucionales de la Carta de 1980. Hay aquí aspectos a profundizar, pero las porfiadas cifras desafían algunas interpretaciones simples que conciben la abstención fácilmente como imputable a la Constitución vigente.

La segunda etapa: la Convención en funciones

La segunda etapa del proceso constitucional, se desencadenaba como consecuencia de la convocatoria a la Convención para que inicie su trabajo, en un día específico. Al reunirse o sesionar, la primera tarea que debía abordar la Convención era elegir a sus autoridades (presidente y vicepresidente) y redactar el reglamento de ella⁴⁹. En los hechos, la Convención amplió la mesa directiva, además de un presidente y vicepresidente, agregando cinco vicepresidencias y dos vicepresidencias indígenas de escaños reservados más, para lograr mayor integración de todos los grupos y acceso a la información. También se mejoraba la “gobernanza” interna del órgano. Se estimó que una extensa participación de los diversos grupos en la mesa, mejoraba la calidad del trabajo colectivo, al menos, en lo relativo a información básica del funcionamiento general, sobre todo administrativa y presupuestaria. Lo que resultó acertado. Todos los cargos son “rotativos” a los seis meses, con miras a que haya mayor inclusión. La Presidencia de la Comisión, con todo, concentra el grueso de las competencias protocolares,

⁴⁹ 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.”

presidir y moderar el debate, administrativas, registro y otras semejantes⁵⁰. La Mesa Directiva de la Convención, por su parte, reúne un importante número de atribuciones orientadas, más bien, al trabajo propiamente constitucional de la Convención^{51 52}.

Luego, al comenzar, la Convención debía afrontar la difícil cuestión de redactar y aprobar el reglamento para su funcionamiento, como ha sucedido en todo este tipo de procesos. Sin embargo, a diferencia de otras asambleas u órganos de este tipo, la Convención decidió dictar 4 reglamentos, sobre materias diversas: funcionamiento⁵³, ética, participación y educación popular constituyente y consulta indígena. Aunque solo el primero lo publicó en el Diario Oficial, los restantes en la página web de la Convención. Esta dispersión de reglamentos sobre varias materias que se podrían haber incluido en uno solo, brevemente, conspira contra la comprensión general del proceso, desvía la acción de los convencionales en diversas y muchas comisiones y dificulta a la opinión pública no especialista seguir comprensivamente el conjunto de comisiones y el trabajo de la Convención⁵⁴.

⁵⁰ Véase el artículo 38 del Reglamento, extraordinariamente preciso y extenso.

⁵¹ Véase artículo 39 del Reglamento.

⁵² Una clave oculta del PCC es el papel que han jugado los secretarios de Comisión y del Pleno, los que tienen experiencia derivada del funcionamiento del Congreso Nacional. Dada la forma adoptada por el reglamento para la discusión y aprobación de las normas de la propuesta constitucional, ellos han sido claves para ordenar los debates (más que los propios coordinadores de comisiones), dar la palabra, cortarla cuando se extienden indebidamente los convencionales, la falta de experiencia y el partisanismo de los convencionales. Véase un artículo al respecto de Crónica Constitucional N° 3 del Diario el Mercurio, página 5, denominado “El inesperado protagonismo de los secretarios ante la falta de experiencia de los constituyentes”.

⁵³ Reglamento General de la Convención Constitucional, aprobado el 8 de octubre de 2021 y publicado el 13 de octubre del mismo año.

⁵⁴ El 13 de octubre de 2021 se publicó en la página web de la Convención el **Reglamento de Ética y Convivencia; Prevención y Sanción de la Violencia Política, Discurso de Odio, Negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de Probidad y Transparencia en el ejercicio del cargo. El mismo día y mediante el mismo procedimiento, la Convención aprobó el Reglamento de Participación y Consulta Indígena.** El día 19 de octubre publicó en su página el **Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente.** Por último, la Convención fijó otro reglamento denominado, Reglamento que Establece y Distribuye las Asignaciones de las y los Convencionales Constituyentes, y Crea el Comité Externo de Asignaciones y la Dirección de Administración, Finanzas y Transparencia de la Convención Constitucional.

En lo relativo al reglamento general, la exigencia constitucional era bastante básica, debía aprobarse el reglamento en materia de votaciones por 2/3 de los convencionales en ejercicio y por igual quorum, las normas de la constitución que se propondrían. La disposición constitucional, dejaba abierta la cuestión de cuál era el quorum para aprobar el resto de las materias del reglamento de funcionamiento, fuera de las reglas sobre votaciones. Naturalmente, un reglamento general de funcionamiento contiene normas sobre votaciones y otras que no lo son, lo que dificulta el tratamiento del tema. La cuestión del quorum de aprobación del reglamento quedó zanjado en el propio reglamento, en el sentido que este debía ser aprobado, modificado o derogado por la mayoría de la Convención⁵⁵, con excepción de los artículos 96, 97 y 103 que requerían, excepcionalmente, de 2/3 de los convencionales en ejercicio, debido a que estas normas abordan en el reglamento el quórum con que se aprobarían o rechazarían las normas constitucionales de la nueva Carta⁵⁶, a pesar de que ello ya está resuelto en el texto constitucional habilitante⁵⁷. Un porcentaje significativo de las normas del Reglamento fueron aprobadas por más de 2/3 (superior al 80%), aspecto interesante, aunque no muy decisivo, por obvias razones⁵⁸.

⁵⁵ Natalia González ha publicado un interesante artículo, donde se explica la posición de los sectores más conservadores de la Convención, y el punto de vista crítico sobre cómo se aprobó el reglamento. Sus objeciones son interesantes. Véase, su artículo Los reglamentos de la Convención. Compleja antesala para la discusión sustantiva de las propuestas constitucionales, en revista actualidad jurídica, número 45, año xxiii, enero 2020, pág. 80, 81, 82, 83, 84, 85 y 86.

⁵⁶ Alf Ross planteó un problema lógico en referencia a las reglas que establecen cómo modificar reglas constitucionales. La duda es cómo se deben modificar estas reglas que definen cómo modificar reglas constitucionales, a saber, no hay regla que seguir y se pueden modificar conforme cualquier regla o conforme al quorum de ella misma. Se trata del fundamento de las reglas autoreferentes o autosostenidas. Este problema constitucional se ha dado en Chile, a propósito de la reforma constitucional mediante normas transitorias de los retiros de las cuentas individuales de pensiones en las AFP. El reglamento, zanja este problema bastante bien, con el pequeño problema de que lo acordó solamente por mayoría que por dos tercios se pudiera modificar la regla de las reglas del reglamento.

⁵⁷ Véase artículo 103 del reglamento.

⁵⁸ Crónica Constitucional señaló que el 82% de las normas del reglamento fueron aprobadas por más de dos tercios. Cabe señalar que lo relevante no es qué votación alcanza sino bajo qué regla fueron votadas: 2/3 o mayoría. El resultado es contingente y considera a todas las normas igualmente importantes. Véase, Crónica Constitucional N° 8, viernes 1 de octubre 2021, del Diario el Mercurio, página 3, denominado “el 82% de los artículos sobre normas de votación fue aprobado por más de dos tercios de los convencionales.

A pesar de que, sobre este tema, a saber, el quorum del reglamento, hubo un intenso debate, que se expresó por la prensa⁵⁹, acerca de si la Convención era soberana o no para, en su reglamento, modificar –bajando- el quorum de aprobación de las normas constitucionales que se propondrían, en definitiva, se promulgó una regla en el reglamento que prescribe que las normas de la propuesta de constitución serían aprobadas por 2/3 de los convencionales en ejercicio. Por su parte, la regla del reglamento que prescribe el quorum de aprobación de las normas de la futura propuesta de constitución, se ultra garantizó pues solo puede ser modificada por dos tercios de los convencionales en ejercicio, a pesar de que el quorum general de reforma del reglamento es de mayoría. Como dato complementario, cabe consignar que ambas reglas –la que determina el quorum de aprobación de la propuesta de constitución y la que prevé el quorum de reforma de esta última disposición- no contaron con el apoyo de 2/3 del Pleno⁶⁰. Al comenzar la Convención, más allá del tecnicismo de si este proceder resiste análisis, tuvo la sabiduría, como Ulises y las sirenas, de cerrar la puerta a futuras tentaciones a rebajar el quorum por vía reglamentaria y así evitar un conflicto entre el reglamento, su práctica y la Constitución.

Incorporar al reglamento una regla que mantiene el quorum de 2/3, que ya estaba fijo en la regla constitucional habilitante, supuso reconocer que la Convención no es soberana para auto normarse, entre otras cosas, porque el cambio de regla fue un debate impulsado fuertemente por los grupos que afirmaron siempre que había que reducir ese quorum y que la Convención era una asamblea constituyente

⁵⁹ Véase, Pena, Carlos, columna de opinión, “una paradoja en la Convención”; y, Henríquez, Miriam, columna de opinión, “Sin riesgos de llegar a la Corte Suprema”; y, Soto Sebastián columna de opinión, “El enredo de los 2/3”, en Crónica Constitucional N° 6, viernes 17 de septiembre 2021, del Diario el Mercurio, pagina 8, denominado “Cambian las fuerzas al interior de la convención”, en Crónica Constitucional N° 6, viernes 17 de septiembre 2021, del Diario el Mercurio, pagina 2, 7 y 8, respectivamente.

⁶⁰ Se votaron en la sesión 24 Ordinaria (29 de septiembre de 2021) el artículo 94 (actual 96) obtuvo 96 votos a favor, 54 en contra y una abstención, se refiere a el quorum de aprobación de las reglas constitucionales; el artículo 95 (actual 97) (que se refiere a una cuestión distinta relativa a lo que sucede cuando se rechaza una propuesta o indicación en el pleno por sobre la mayoría de los votos del Pleno), obtuvo 120 votos a favor, 11 en contra y 21 abstenciones; y el artículo 101 (regla final de clausura que indica el quorum exigido para intervenir el reglamento) artículo 101 (actual 103) obtuvo 93 votos a favor, 59 en contra y una abstención.

soberana⁶¹. La indicación, de haber prosperado, habría abierto un período de fuerte inestabilidad. Por ello, con sabiduría técnica un profesor de derecho, filósofo y convencional, afirmó que de cambiarse la regla constitucional, previendo en el reglamento una regla inferior a los dos tercios para aprobar las reglas constitucionales de la propuesta, implicaba que se “acaba la Convención”⁶², ya que supondría una asamblea sin límite constitucional alguno. La Convención, en síntesis, normativamente, tiene suficiente autonomía para determinar la propuesta de nueva constitución, con límites procesales y materiales bien precisos y acotados. Los países han de darse las reglas que permite la “realidad”, diría Maquiavelo. Sin embargo, la regla de dos tercios es objetivamente pareja, ya que para aquellos que aspiran a evitar que una disposición llegue a la constitución les basta con un tercio para lograrlo, pero si quieren que la constitución tenga unas determinadas disposiciones, requerirán crecer hasta los dos tercios, toda una dificultad. No es lo mismo, el quorum de dos tercios para modificar o derogar una regla ya vigente (que opera en defensa del status quo), que la regla de dos tercios en un contexto en el que hay que reunirlos para poner una norma en la propuesta y un tercio para vetar, sin que nadie tenga esos quórums. En Chile, la regla ha obligado, en consecuencia, a intensas negociaciones y acuerdos, porque ningún sector, por sí solo, posee los dos tercios para aprobar disposiciones ni tampoco el tercio del Pleno para bloquear las propuestas. Es más complejo interpretar si todo esto ha favorecido o no la calidad técnica de las propuestas, pues la pura agregación de preferencias no es método ideal para elaborar una propuesta constitucional.

Si bien, la discusión, redacción y votación del Reglamento se llevó a cabo sin reglamento (solo, con normas básicas provisionales), el tiempo que se tomó la Convención para su redacción y puesta en vigencia (8 de octubre de 2021), más de tres meses, provocó demora en el inicio de los trabajos propiamente de la

⁶¹ La indicación de los convencionales Pueblo Constituyente, Movimientos Sociales Constituyentes, Chile Digno y Convencionales de Escaños Reservados dirigida a que las modificaciones al Reglamento relativas al artículo 101 para reemplazar dicha disposición en orden a que el quorum de modificación de los artículos 94, 95 y 101 del reglamento fue rechazada por 61 votos a favor, 91 en contra y 0 abstenciones.

⁶² Véase entrevista a Agustín Squella, Diario la Tercera, del 13 de septiembre de 2021.

Convención, lesiva en general para el objetivo central y único de ella: redactar una propuesta al país de texto constitucional, dentro del plazo de nueve o doce meses. Los puntos cruciales del debate, se reflejaron en dos materias o niveles: cuál es el procedimiento previsto para su trabajo y cómo se adoptarán los artículos de la futura Convención.

El trabajo quedó estructurado, en lo sustancial, en Comisiones y Plenos, debiendo iniciarse todo proyecto de norma constitucional y de disposiciones transitorias en comisiones, mediante iniciativa convencional constituyente⁶³. La Convención se estructuró en 7 comisiones temáticas, más una comisión de armonización de 40 integrantes que operará al final del trabajo. Un aspecto criticable, es que el reglamento al definir las materias de competencia de cada comisión, no solo distribuye las materias –algo perfectamente normal- sino que, como es el caso de la Comisión de Formas de Estado, anticipa el contenido que ha de tener la propuesta, opciones que debieran quedar abiertas a la deliberación de cada Comisión. Otro aspecto observable, es que en sus artículos 1, 2, 3, al definir el trabajo de la Convención, el reglamento recoge principios y otros tipos de enunciados que, correctamente entendidos, debieran estar comprendidos en un preámbulo al reglamento o en una explicación de motivos, pero no en un reglamento instrumental al trabajo de la Convención. Por último, lo que resulta criticable es que en el mismo artículo primero que se refiere a la “naturaleza” y finalidad de la Convención se diga que “en virtud del mandato que nos han conferido” los pueblos de Chile se defina, a sí misma, como una “asamblea representativa” “convocada (...) para ejercer el poder constituyente originario”. O es representativa o es soberana originaria, pero la combinación de ellas crea un órgano que se aparta de la idea de que hay reglas previas que la fundan y definen,

⁶³ Se dividió en comisiones temáticas: 1. Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral (25 integrantes). 2. Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía (19 integrantes). 3. Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal (25 integrantes). 4. Comisión sobre Derechos Fundamentales (33 integrantes). 5. Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico (19 integrantes). 6. Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional (19 integrantes). 7. Comisión sobre Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios (15 integrantes).

como acontece aquí. Tal vez se trata de una regla inconclusa, en sus consecuencias.

Las iniciativas constituyentes, que comienzan el procedimiento de adopción de una regla constitucional para la Propuesta, pueden surgir de los convencionales, por escrito y articuladas, pero, también, se abrió la puerta para iniciativas populares, las que superando los 15.000 “votos”, a través de plataformas computacionales, especialmente previstas para ello, obligan a la Comisión a pronunciarse sobre ellas⁶⁴. Las iniciativas que se aprueben en Comisiones se contendrían en informes de Comisiones, y pasarán al Pleno, y aprobadas en este último por dos tercios, forman parte de la propuesta de nueva constitución, más allá del trabajo final de la Comisión de Armonización que, en principio, debe tomar este material como dado y solo corregir cuestiones de lenguaje, estilo e incongruencias entre las disposiciones propuestas. En el Pleno, las indicaciones que no obtuvieran el quorum sagrado pero más de un cuarto de los convencionales en ejercicio deben volver por 15 días a comisiones para efectos de una nueva redacción, como nueva propuesta de norma, y retornaría al Pleno para ser discutida y eventualmente aprobada por el Pleno por los mismos 2/3, en su caso, sino queda desechada definitivamente⁶⁵.

Tal como se configuró en el Reglamento el procedimiento de aprobación de normas para la propuesta –independiente de desviaciones técnicamente posibles-, el Pleno nunca podrá deliberar sobre la constitución como un todo y tampoco votará “la constitución” con visión de conjunto, sino que se irán discutiendo y votando los artículos por separado, y una vez obtenidos 2/3 de los convencionales en ejercicio en el Pleno, la iniciativa pasa integrar el texto final de la propuesta. Esto es muy importante. El Pleno solo aprueba artículos de la propuesta. Puesto que el debate artículo por artículo y su votación, exige una votación de conjunto

⁶⁴ Véase, art. 81, 82, 83 y 84, en relación al 97 del Reglamento General de la Convención Constitucional

⁶⁵ El artículo 94 del Reglamento inciso tres de la CC, en caso de rechazo en general de un Informe de las Comisiones temáticas, la Mesa Directiva devolverá el informe a la comisión de origen, la que tendrá un plazo de 15 días corridos para evacuar un informe de reemplazo que deberá presentar al Pleno para su discusión y votación. En caso de rechazarse nuevamente, la propuesta se entenderá definitivamente desechada

que el reglamento no contempla. De hecho, se van formando decisiones puntuales que en un contexto general adquieren un balance diverso. Se puede afirmar que cada uno de los artículos ha sido aprobado por dos tercios pero que la constitución no lo ha sido así. Pero el punto de fondo no es solo formal: la Convención no deliberará sobre la constitución, en su conjunto. Tiene razón Elster, al sostener que el procedimiento adoptado, influye el contenido de la deliberación. A lo anterior debe agregarse, que la Comisión de armonización (que tiene una competencia posterior) solo tiene facultades de concordancia, coherencia, y “elaborar informes sobre posibles incongruencias” entre las disposiciones propuestas aprobadas; corrección de lenguaje, estilos, redundancias. Para tales efectos, abrirá un proceso de indicaciones de los convencionales, pero, ciertamente, estas indicaciones deberán estar dirigidas a los mismos objetivos de la Comisión; no pudiendo esta última, suprimir disposiciones aprobadas o introducir nuevos artículos no aprobados en Comisiones y Pleno⁶⁶. La conclusión es una, la Convención no deliberará sobre la propuesta general de nueva constitución que se hará al país.

La tarea “constituyente”, es decir, la propuesta emanada de la Convención, debe concluir dentro de nueve meses prorrogables por otros tres. Luego, al transcurrir ese plazo o entregada que sea la propuesta, la Convención se disuelve por el solo ministerio de la Constitución. La disolución automática de la Convención, ya sea debido a que cumple su objeto –presenta al país su Propuesta- o porque fracasa en ello –se cumple el plazo sin Propuesta, o no se aprueba- es una consecuencia del carácter de Convención con límites, evitando que se pueda auto convocar o prorrogar su mandato unilateralmente.

La Propuesta que se apruebe por la Convención, pasará al Presidente para que convoque a plebiscito, de manera que la ciudadanía se pronuncie aprobando o rechazando la propuesta. El Presidente no tiene facultad para introducir enmiendas a su texto ni para vetarlo, debiendo limitarse, dentro de un plazo fijo, a dictar el decreto que convoca a plebiscito.

⁶⁶ Hay buenas razones técnicas para sostener que la Comisión de Armonización con la aprobación por 2/3 del pleno puede introducir cambios importantes.

La tercera etapa: la participación ciudadana, el plebiscito

La tercera etapa de este procedimiento de cambio constitucional, consiste en el plebiscito de cierre, el que se lleva a cabo cumpliendo un ritual conocido: el Presidente, dentro de tercero día de recibida la propuesta de nuevo texto, convoca a plebiscito para 60 días, desde la publicación del decreto de convocatoria; fecha esta última, que puede sufrir cambios para efectuarse en el domingo más cercano, o si cae dentro de 60 días de elecciones generales, o si es verano (nada de esto parece que vaya a suceder). Es relevante consignar, que el plebiscito se llevará a cabo con voto obligatorio (bajo sanción de multa), lo que introduce un factor relevante de incertidumbre, pues en el plebiscito inicial concurrió a votar un poco más del cincuenta por ciento de los votantes con derecho a hacerlo, voluntariamente (en los últimos diez años, nunca ha votado en elecciones de presidente o generales más del 58% de los ciudadanos con derecho). La convocatoria debe incluir la frase: “¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?”, y se llevará a cabo mediante las mismas reglas del plebiscito inicial (es decir, con franja electoral gratuita). Es el momento de la ciudadanía y de la participación, aunque no se atisba si dará lugar a un juicio equilibrado o será arrasado el debate por las campañas de medios y la polarización creciente.

Como se advierte, hay entre los dos plebiscitos –el de inicio y el de cierre- una sutileza: haber votado en favor de que se desea una nueva constitución, no quiere decir, ni con mucho, que se está de acuerdo con la propuesta de nueva constitución que formula la Convención; en estricto rigor, la fórmula escogida por la Comisión Técnica admite perfectamente creer que Chile requiere una nueva constitución (formal y materialmente) pero que el producto que propone la Convención no está a la altura del objetivo para el cual fue diseñada.

Si la propuesta de la Convención es aprobada, el Presidente convocará al Congreso Pleno para que la promulgue y la jure, debiendo publicarse a la brevedad. Si, en cambio, el resultado del plebiscito arroja rechazo, la consecuencia también está prevista: “continuara vigente la presente constitución”, lo que demostraría que la Convención ha interpretado muy mal los anhelos

ciudadanos expresados en el plebiscito inicial, favorable al cambio. No deja de ser relevante para la estabilidad mínima del país, que, como consecuencia del rechazo a la propuesta de la Convención, rija la presente Constitución, sin dar paso al vacío, la anomia o algún fenómeno semejante. Algunos debates actuales proponen dotar a la alternativa del rechazo de contenido específico diverso a la vigencia de la actual Constitución, sobre la cual la ciudadanía ya se pronunció desfavorablemente.

Este sistema ideado por la Comisión Técnica y que hizo suyo el Parlamento, deja a la decisión política futura qué hacer si se rechaza en el plebiscito de salida la propuesta de nuevo texto de la Convención. Como dijimos, no hay incongruencia alguna entre desear una nueva constitución y rechazar el texto propuesto por la Convención. El punto de fondo, con todo, es que en default del texto propuesto por la Convención rige la actual Constitución, pero respecto de ella, la ciudadanía ya se pronunció por su reemplazo. Se podría sostener que, entre dos textos, el de la Constitución vigente y el propuesto por la Convención, la ciudadanía considera superior el vigente. No obstante ser cierto esa conclusión, el sistema no resuelve el problema de fondo: la ciudadanía desea una nueva constitución a la actualmente vigente y en una democracia las decisiones ciudadanas no deben ser defraudadas.

Última etapa: post plebiscito

La última etapa del proceso, consiste en saber qué sucede con la Constitución actual y todo el ordenamiento subsecuente a ella, a raíz de la entrada en vigencia del nuevo texto. Este es un punto central, que deben abordar todas las constituciones y sus reformas (en rigor, de todo acto jurídico estatal). En términos técnicos, si el texto constitucional nada dice, las disposiciones de la constitución entrarán en vigencia al momento de su promulgación y/o publicación; un hecho objetivo desde el cual podemos asumir razonablemente que todos están en posición pública de acceder y conocer sus disposiciones. La entrada inmediata en vigencia de un texto de esta relevancia, debe aquilatarse muy bien; entre otras cosas, porque habrá, como indica la evidencia, muchos actos jurídicos estatales

que no alcanzarán a concluir en su tramitación y deberá, por ello, resolverse si continúan bajo las reglas de la constitución antigua o nueva. Una entrada en vigencia sin matices, no es recomendable porque genera incertidumbres (los casos que conoce el Tribunal Constitucional, por ejemplo).

Pero el texto constitucional puede establecer disposiciones transitorias para diferir la vigencia temporal o territorial de toda o parte de sus disposiciones, y la Constitución lo admite expresamente en el artículo 138⁶⁷. Es ampliamente recomendable usar esta disposición para resolver genuinos problemas de aplicación de la nueva constitución respecto de la anterior. Las constituciones de 1833, 1925 y 1980 establecieron diversas disposiciones transitorias, con ese propósito. En principio, la Convención tiene opciones abiertas, aunque la prudencia aconseja enfrentar dos tipos de problemas, al menos; el primero, como todos los actos jurídicos estatales que se dictan, la constitución deberá decidir la fecha de su entrada en vigencia o aplicación temporal y/o territorial de sus disposiciones: ¿entrará en vigencia a la fecha de su promulgación y/o publicación? o lo hará, en todo o parte, en una fecha posterior, generando un período de vacancia (por muchas razones). Si la opción es un periodo total o parcial de vacancia, qué reglas regirán sobre ese período y respecto de qué materias. El segundo problema es crucial: qué sucede con el derecho (las leyes, reglamentos, actos en general o sentencias) dictado durante el período de vigencia de la Constitución anterior o aquel que aún está en tramitación.

La Constitución no prescribe ni ordena nada respecto de la entrada en vigencia temporal de la nueva constitución. La Convención está facultada para, entonces, decidir la oportunidad en que ella entraría en vigencia o diferir su vigencia para una fecha posterior a la publicación o promulgación, generando un período de vacancia constitucional, que deberá ser subsanado con alguna decisión. Si bien la Convención deberá decidir la fecha de vigencia, la Constitución actual sí prescribe qué efecto produce la entrada en vigor de la nueva constitución. Es decir, la Constitución no resuelve la cuestión de si se deberán ejecutar inmediatamente las

⁶⁷ El art. 138 de la Constitución dice: “La Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de alguna de las normas o capítulos de la Nueva Constitución.

disposiciones del texto, pero sí establece con claridad los efectos temporales que se siguen de la vigencia de la nueva Carta. La regla constitucional aprobada es bastante escueta, pues señala que la entrada en vigencia de la nueva constitución “deroga” la actual, que se encuentra contenida en el Decreto Supremo N° 100; acto, mediante el cual el Presidente Lagos promulgó el texto refundido de la Constitución de 1980, la que en esa ocasión recibió importantes reformas (como la supresión de los senadores vitalicios y los designados)⁶⁸. La primera interrogante que surge es que, dado que el efecto constitucional previsto es la derogación “orgánica” del texto, ¿puede la Convención determinar la ultra actividad de algunas de las disposiciones o capítulos de la constitución antigua? La respuesta tajante es negativa, en tanto el efecto de la entrada en vigencia está determinado constitucionalmente y se trata de la “derogación” orgánica del texto anterior. Por ello, la Constitución autoriza expresamente a la Convención a establecer normas especiales de entrada en vigencia, pero no a graduar sus efectos. Los efectos, en consecuencia, están claros, y se trata de la derogación del antiguo texto.

El texto no señala que también se derogan las reformas constitucionales posteriores, pero ello es obvia consecuencia del artículo 129 de la Carta, el que señala que una vez aprobada y vigente una reforma constitucional pasa a formar parte de la Constitución⁶⁹ y si la Constitución se deroga, entonces queda claro que se incluyen las reformas posteriores.

En consecuencia, la pregunta inicial tiene clara respuesta. La Convención puede libremente determinar la fecha de entrada en vigencia de la Carta nueva: inmediatamente después de su publicación y/o promulgación o para la fecha que ella determine, y si hay vacancia, deberá decidir qué estatuto se aplica en ese período; total o parcialmente, en ello no hay duda. La segunda interrogante tiene

⁶⁸ El artículo 142 de la Constitución señala, “A partir de esta fecha, quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005.” En purismo, el texto debió decir que la entrada en vigencia del nuevo texto deroga el decreto promulgatorio de la constitución de 1980, y todas sus reformas posteriores a ese año.

⁶⁹ Dice, art 129, inciso final, “Una vez promulgado el proyecto (de reforma constitucional) y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.

respuesta precisa, qué efectos produce la puesta en vigencia del nuevo texto. La Constitución también lo resuelve; en tanto, el efecto está previsto: se deroga la Constitución actual, consignada en el Decreto Supremo 100, que fija su texto refundido. En este caso, hay dos precisas y únicas excepciones a la derogación completa de la Carta anterior, y que la Constitución consigna: la Convención queda facultada para, en primer lugar, determinar que algunos órganos y autoridades designadas –no electas-, conforme la carta de 1980, prologarán su acción, es decir, para fijar que la entrada en vigencia de la constitución no deroga necesariamente todos los órganos y autoridades designadas conforme la Carta anterior, pudiendo fijar una fecha de extinción posterior (de manera que deja vigente el órgano y las autoridades anteriores, que de otro modo se extinguirían por la entrada en vigencia, ipso facto, en la fecha que se proponga). Y lo segundo, es que la Convención puede poner fin al mandato de autoridades electas, si es que la nueva carta acomete una reforma substancial al órgano del caso; de lo que se siguen, a contrario sensu, que, si la Carta no modifica substancialmente un órgano, las autoridades elegidas para ejercerlo podrán ser extinguidas por la Convención, y no continuarán ejerciendo su cargo, aun cuando hayan sido elegidas democráticamente. La Constitución entonces determinó que algunas autoridades continuaran en el cargo, no obstante haber sido elegidas de acuerdo a un orden político, ya en ese momento inexistente. Ello siempre que la constitución nueva no los “descontitucionalice”, esto es, no los mencione siquiera en el nuevo texto o sus normas transitorias, caso en el cual la entrada en vigencia del texto, al derogar la Carta antigua, los extingue, siempre que la ley no haya, también, definido el órgano y sus atribuciones.

De manera que la Convención tiene respecto de las autoridades no electas democráticamente, la posibilidad de fijar una fecha de extinción del órgano y de la autoridad que lo integra, posterior. Pero respecto de las autoridades electas, cuyos órganos no son objeto de reforma substancial, no podrá prolongarlos más allá de la entrada en vigencia del nuevo texto, quedando extinguidas. Esta es una cuestión que deberá resolverse tomando en cuenta los órganos y el tipo de elección de sus autoridades. Respecto de las autoridades electas pertenecientes a órganos que son modificados substancialmente, la Convención deberá respetar

sus mandatos hasta su conclusión, respetando también el órgano que lo compone. Por cierto, lo que es una modificación substancial, dará lugar a controversias, en particular relativas a si los cambios de duración de mandatos, la reforma a atribuciones o facultades, el cambio al procedimiento, o el cambio a un subsistema en el que el órgano está inserto –por llamarlo de alguna manera- deberá considerarse modificación substancial.

Respecto del derecho subsecuente, la disposición anterior –la derogación del texto constitucional anterior- reduce bastante el ámbito de aplicación, pues las normas habilitantes optan deliberadamente por la aplicación paulatina de la constitución, a través de las instituciones que crea y las que mantiene. Dicho de otra manera. La convención crea la propuesta y una vez aprobada, las instituciones la desarrollarán, y aquí reside la clave: deberá obtener legitimidad y aplicación, demostrándose capaz y adecuada.

Comentario final

El proceso constitucional chileno surge en medio y como vía de salida a una crisis política mayúscula, que, como veremos, tuvo al país, durante treinta días, en una revuelta de violencia nihilista de destrucción, quema y brutalidad. A los pocos días de iniciada, se auto convocaron ciudadanamente concentraciones en varias ciudades para protestar y pedir cambios de diversa índole, calculándose la concurrencia en cerca de dos millones de personas, con las más variadas peticiones y pancartas, pero donde afloró con fuerza la idea de cambiar la Constitución. Estas concentraciones no pararon la violencia social diaria –ni menos la represión policial- pero estableció una diferencia considerable entre aquellos que querían darle un cause político a la crisis y aquellos empeñados en transformar al nihilismo en una fuerza desestabilizadora. Algunos pertenecientes a la primera línea, me han referido que incluso hubo un reemplazo relevante y perceptible entre quienes iban al choque después de las concentraciones, apareció el lumpen y los narcos. Pero como sea, la respuesta institucional fue encausar estas fuerzas mediante una salida con apego al orden establecido, restañar la elite gobernante y ofrecer un camino de solución.

Apartándose de los ejemplos de las Cartas de 1999 en Venezuela⁷⁰, 2008 en Ecuador⁷¹ y Bolivia⁷² y en cierto sentido también del de Colombia, aunque este último consensual, el proceso constitucional chileno no se basa en la ruptura con la Constitución vigente⁷³, sino que el poder legislativo –el Congreso y el Presidente– enmienda su texto para permitir la revisión total de ella, siempre que la ciudadanía así lo admita en un plebiscito. Es más, los poderes públicos escogieron una vía institucional, que admite la aplicación de la Constitución y todas sus autoridades en paralelo con la creación de una Convención que la reemplace. Ello ha provocado algunas declaraciones duras y presiones de toda índole, pero el punto de fondo ha sido que ambas instancias han mantenido un significativo decoro⁷⁴. No todas las experiencias comparadas semejantes sugieren la misma evidencia. En rigor constitucional, el proceso chileno no es formalmente distinto a todas las reformas que ha tenido la Constitución de 1980, conectando formal pero continuamente con el mismo Decreto Ley N° 1, de 1973. Pero si el proceso constitucional chileno tiene continuidad formal, no la tiene desde la perspectiva de fondo, en tanto, la Convención, con ciertas restricciones y mediante un plebiscito, puede proponer una constitución “nueva”, si la palabra nueva tiene algún sentido más allá del mero hecho de que, en un solo acto (con su promulgación), se deroga la Constitución vigente y se adopta una nueva forma, decisionalmente. Ya lo veremos.

⁷⁰ Véase el drama de Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.

⁷¹ ⁷¹ Véase, Negreto, Gabriel, Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada. En Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 16, diciembre de 2015, página 6

⁷² Después que la asamblea constituyente se erigió en organismo soberano intentando rebajar el quorum de redacción de la Carta, lo que generó un enfrentamiento político largo, después de lo cual debió ceder.

⁷³ Véase, Negreto, Gabriel, Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada. En Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 16, diciembre de 2015, página

⁷⁴ Negreto, ob.cit. página 9, sugiere que la coexistencia de parlamento y Convención “puede entrañar riesgos importantes” que él ve como “conflictos” derivados del intento de atribuirse o influir en el otro o sencillamente de disolver el parlamento y que la idea del poder soberano del pueblo sea un “instrumento de captura del poder en el estado por parte de grupo político. Este riesgo se ha materializado en algunas constituciones latinoamericanas”. Nada de esto ha sucedido en el moderado PCC. Las únicas dos tensiones claras y públicas, han sido la pretensión de la Convención de que se indulte a los presos producto de la crisis y de la violencia de octubre de 2019 (que el Senado no ha avanzado, seriamente) y el Senado que ha solicitado informe sobre el PCC a la Comisión de Venecia, sin duda para cuestionar algunas decisiones de la Convención.

Que el proceso constitucional chileno sea institucional, sin, por ello, excluir la potestad de reemplazo del orden constitucional, apartando la vía rupturista, que además admita continuidad durante la discusión de la propuesta (y en default de ella), facilita entender en toda su profundidad otro aspecto de la configuración de este proceso: está limitado por determinados bienes públicos o contenidos mínimos que deben ser respetados⁷⁵ en la propuesta. Por lo pronto, este poder de redacción se configura –siguiendo la tesis de norma habilitante– como, entonces, una potestad reglada, en tanto la Convención no puede reformar la Constitución vigente o sus normas habilitantes, incidir en las políticas ni dar órdenes ni imponer criterios o decisiones a los poderes públicos, y tiene competencia para elaborar una propuesta de reemplazo, mediante un procedimiento previsto (el que puede, en parte, configurar a través del Reglamento), por los quórums que se le imponen y con los límites de contenido que debe respetar. En este sentido, las reglas constitucionales que habilitan este proceso, quedan al margen de la competencia (aquí procede técnicamente hablar de competencia y no de poder) de la Convención, pues le son indisponibles. Aunque algunos convencionales lo hayan intentado, como sucedió durante la discusión del reglamento⁷⁶. Por lo pronto, la regla de aprobar el reglamento en materia de votaciones por dos tercios, como veremos, fue transgredida al votarse por mayoría.

Dos aspectos inciden en la caracterización de esta potestad constituyente. El primero, la existencia de autonomía para darse un reglamento de funcionamiento de la Convención (en rigor cuatro o cinco), cuya infracción es tutelada por la Corte Suprema, mediante una acción de revisión de lo actuado; reglas, que también le son indisponibles a la Convención y que nadie se ha atrevido a usar. En rigor, la Corte Suprema tiene competencia también para invalidar las actuaciones de la Convención que infrinjan las reglas constitucionales habilitantes. Se trata de una

⁷⁵ Véase art. 135 y 138 del Reglamento General.

⁷⁶ En la sesión 24 Ordinaria (29 de septiembre de 2021) se rechazó la indicación 329. De los convencionales constituyentes de Pueblo Constituyente, Movimientos Sociales Constituyentes, Chile Digno y Convencionales de Escaños Reservados, para sustituir la expresión “dos tercios de las y los convencionales en ejercicio” por “tres quintos de las y los convencionales presentes y votantes”, modificatoria del artículo 94: 63 votos a favor, 90 votos en contra, 1 abstención. Resultado: rechazada.

acción expedita, rápida, que conocen 5 Ministros de ese Alto Tribunal, elegidos por sorteo precisamente para ese efecto, los que se disuelven una vez dictada sentencia; para dar paso, luego, en caso de nueva impugnación, a otro sorteo. Es relevante subrayar que esta acción ante la Corte Suprema, no puede tener por objeto impugnar decisiones sustantivas de la Convención, sino infracciones a las reglas habilitantes o a las procesales que la propia Convención se ha dado y que constan en los reglamentos, ello conforme a la práctica legal chilena que permite diferenciar razonablemente entre infracciones al procedimiento de aquellas infracciones de fondo.

El segundo de los aspectos, apunta a los famosos límites de contenido, que establece el artículo 135 de la Carta. Como se sabe, esa disposición señala que la Convención, o sea la propuesta, no puede infringir el carácter de República del Estado de Chile, “su” régimen democrático, los tratados internacionales ratificados y vigentes, las sentencias judiciales ejecutoriadas y admite poner fin a los mandatos de las autoridades electas, del siguiente modo; dice: “La Nueva Constitución no podrá poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial”⁷⁷; cualquier observador imparcial, advertirá las complejidades que acarrearán ambas situaciones, lo que no es el lugar para analizar. Igual de compleja, aunque no lo aparenta, es la disposición relativa al término de las autoridades no electas directamente; dice: “La Nueva Constitución deberá establecer el modo en que las otras autoridades que esta Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones”⁷⁸. Cada uno de estos límites de contenido, tiene justificación técnica específica, pero este no es el espacio para hacer aquél análisis. Sí es importante subrayar, que no puede sostenerse que por el hecho de que esas reglas o límites no tienen sanción explícita ni, superficialmente hablando, acción ni procedimiento para hacerla respetar, entonces son “límites inútiles e inconducentes”⁷⁹ que además “no son

⁷⁷ Artículo 138 de la Constitución.

⁷⁸ Artículo 138 de la Constitución

⁷⁹ Zúñiga, Francisco y Alvarado, Enza, Nueva Constitución y Política Constitucional, editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021, página 27.

justificables”⁸⁰. Desde Hart en adelante, sabemos y se ha instalado en la conciencia jurídica, que el derecho es un sistema complejo compuesto por reglas, como demanda el profesor Zúñiga, caracterizadas por sanciones explícitas –reglas primarias- y otras diversas a estas últimas, pero que se refieren a estas y a otras reglas y prácticas, y que Hart llama secundarias; se trata de reglas sobre reglas, que por cierto no tienen esa forma usual de entender el derecho como sanción. Es un argumento voluntarista sostener que se trata de reglas ineficaces, ya que ignora el contenido complejo del derecho y las formas también complejas de hacer cumplir sus reglas; todo lo cual, parece confirmar el profesor Zúñiga al procurar demostrar cómo han de desactivarse estos límites, recurriendo al derecho común⁸¹.

En suma, el contenido de estas reglas constitucionales habilitantes –que han sido habilitadas por el poder constituyente derivado- y que son indisponibles a la Convención, relevan politológicamente que la ruptura fue evitada mediante un procedimiento que combina aspectos de soberanía popular, expresados en los plebiscitos y la competencia amplia de la Convención para definir el contenido de la propuesta, y otros, de soberanía nacional, vinculados a los poderes establecidos por la Constitución vigente. Se trata de un modelo mixto, que revela estabilidad institucional, ya que combina estabilidad y cambio; permite continuidad institucional sin dar paso a aventureros y nihilistas, pero admite la posibilidad de reemplazo constitucional. Como revela la experiencia comparada, todo esto puede fracasar, por diversos motivos. Sin embargo, la alternativa rupturista que adoptaron experiencias comparadas en América Latina han concluido mal, si tomamos en cuenta lo señalado por R. Viciano, en el sentido de que las experiencias de Colombia, Bolivia, Venezuela y Ecuador son un cierto fracaso, algunas de las cuales él asesoró, de modo que “el camino para lograr el triunfo del constitucionalismo democrático, social y regenerador, aún sigue sin desbrozarse totalmente”⁸². La pregunta interesante, es por qué esos procesos fracasaron o están fracasando, para ser más preciso: unos, por decantar hacia el autoritarismo

⁸⁰ Zúñiga y Alvarado, ob. cit., pág. 28

⁸¹ Ídem páginas 27 y 28

⁸² Viciano, Roberto en el Prólogo al libro de Zúñiga y Alvarado, ob cit, página 7.

caudillista, otros, por no tomar en cuenta la realidad del país y tal vez otros, por tratar de imponer modelos ideológicos; aunque, no puede descartarse que el fracaso se deba a todas las anteriores. Es el drama de América Latina, confundir la redacción de constituciones con la escritura de novelas. El constitucionalismo “regenerador”, contiene un conjunto de recetas religiosas acerca de cómo imponer modelos constitucionales a los diversos países. De ahí la molestia del profesor Viciano con el proceso constitucional chileno, al que califica como “Gran Trampa”, “la de pretender unir en el referéndum de activación del proceso constituyente, la voluntad constituyente del pueblo chileno a las limitaciones de ese mismo poder”⁸³, se trataría de una “maniobra”, “perspicaz” pero “ilegitima”. La equivocación del profesor Viciano, estriba en que en el proceso constitucional chileno no hay un poder soberano, existencial, y popular, auto normado o auto normándose, en marcha, a juzgar por lo acontecido en algunos países del Continente, sino una potestad sometida a reglas habilitantes que combina las posibilidades de reemplazo con las de continuidad.

⁸³ Viciano, Ídem, página 9