

Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional

di Sabrina Ragone e José Ignacio Núñez Leiva¹

Abstract: Some Essential Features of the Constitutional Convention - This article elaborates on a few selected issues concerning the composition and functioning of the Chilean Constitutional Convention, starting from its background. First, it assesses the mechanisms put in place to achieve gender parity and ensure the presence of representatives of indigenous peoples. Second, it delves into the powers allotted to the Convention, trying to unveil the oxymoron under which it has been defined, either as a “completely free” body or as a “limited authority”.

Keywords: Chilean Constitution; Constitutional Convention; Amending Power; Constituent Power; Representation.

1. Introducción

El día 25 de octubre de 2020 será recordado porque se desarrolló en Chile la votación popular más importante desde el retorno a la democracia en 1991². Producto de diversos acontecimientos que se han superpuesto a una situación extraordinaria de estallido social, seguida por otras debidas a los estados de emergencia y catástrofe³ – pero que tuvieron como hito importante el denominado Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución⁴ – la ciudadanía fue convocada a las urnas para pronunciarse sobre dos cuestiones. Primero, si aprobaba o rechazaba la redacción de un proyecto de nueva Constitución y, segundo, en el caso de ganar la aprobación, a qué órgano le encomendaría la redacción de tal proyecto: una *convención mixta* conformada por 172 integrantes, la mitad elegidos por votación popular y por lo demás integrada por parlamentarios actualmente

¹ Los autores agradecen los comentarios de Pamela Figueroa Rubio sobre el texto de este artículo. Este artículo es el resultado de la reflexión conjunta de ambos autores; en concreto, los párrafos párrafos 1 y 3 han sido redactados por José Ignacio Núñez Leiva; el 2 y el 4 por Sabrina Ragone.

² Sobre ello, véase M. OLIVETTI, *Il plebiscito del 25 ottobre 2020, prima tappa del processo costituente cileno*, en DPCE online – Osservatorio sul processo costituente cileno, 27 de noviembre de 2020.

³ V. PIERGIGLI, *Dagli “stati di eccezione” al processo costituente. Una ricostruzione della recente esperienza cilena*, en DPCE online – Osservatorio sul processo costituente cileno, 11 de enero de 2021.

⁴ El texto del acuerdo puede ser consultado en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

en ejercicio, o una convención – denominada constitucional – conformada por 155 miembros, todos elegidos mediante sufragio universal, empleando el reciente sistema electoral que se aplica para la elección de diputados⁵. La opción “Apruebo” obtuvo el 78,27%, y el 78,99% de los votantes se inclinaron por la Convención Constitucional⁶.

En tal contexto es que planteamos lo imprescindible de reflexionar, sin perjuicio de otras, sobre ciertas cuestiones cruciales en el inminente derrotero de este proceso constituyente. A saber: 1) la configuración paritaria de la Convención Constitucional y la incorporación en la misma de escaños reservados para representantes de Pueblos Originarios; 2) la contradicción entre la metáfora de la “hoja en blanco” y los límites a que está sometida la Convención; 3) a qué controles estará sujeto su funcionamiento y, como consecuencia de lo anterior, si se trata del ejercicio de un poder constituyente originario, derivado o de otra índole.

Claramente, el plebiscito solo fue el punto de partida para el proceso constituyente⁷. El triunfo de la aprobación dio paso a las siguientes etapas reguladas por la actual Carta fundamental: la elección de los convencionales constituyentes, el trabajo de la Convención Constitucional que aprobará una propuesta de texto constitucional, el plebiscito ratificatorio⁸, además de la promulgación, juramento y publicación de la nueva Constitución. Las etapas finales dependen de la decisión que la ciudadanía asuma en el plebiscito ratificatorio (o, como también es llamado, “de salida”). Ello porque se ha adoptado el modelo del “reloj de arena”, según el cual la primera fase involucra a todo el electorado conforme al art. 130 de la Constitución, posteriormente se le encomienda a los convencionales el rol de redactores del texto (según los art. 131 y ss. de la Constitución) y en la fase final de nuevo se cierra el procedimiento con un plebiscito obligatorio (art. 142 de la Constitución)⁹. La aprobación en ese plebiscito, la promulgación y publicación del texto supondrá el inicio de un nuevo orden constitucional y la pérdida de vigencia de la Constitución Política actual. Por su parte, el rechazo en aquel plebiscito implicará la pervivencia de la misma. El proceso

⁵ En efecto, el sistema electoral vigente hasta 2015, denominado “binominal”, ha tenido el efecto de perpetuar en el tiempo las dinámicas políticas de forma artificial, llevando a la formación de dos bloques “forzados”, como lo afirma D.M. CASTANO VARGAS, *Un’Assemblea Costituente per il Cile*, en *federalismi.it*, 2 de diciembre de 2020, disponible en el enlace: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44517>.

⁶ Para una interpretación del voto como señal de una fractura entre élite económica y política y “pueblo” excluido de la prosperidad alcanzada por el país a lo largo de las décadas, véase F. MOYA, M. GOLDONI, *Pitfalls of a Precious Opportunity. Chile, the Constitutional Convention, and the Social Question*, en *Verfassungsblog*, 3 de noviembre de 2020, disponible en el enlace: <https://verfassungsblog.de/pitfalls-of-a-precious-opportunity/>.

⁷ Mayores antecedentes pueden encontrarse consultando el Capítulo XV de la Constitución chilena. Para comentarios e informaciones véase M. HENRÍQUEZ VIÑAS, J.I. NÚÑEZ LEIVA, *En busca de un nuevo pacto social y político*, en *Revista Mensaje*, n. 694, noviembre de 2020.

⁸ Sobre el papel de los plebiscitos en el proceso, véase R. GARGARELLA, *De la Constitución de 1980 a la Constitución democrática*, en *Derecho y Crítica Social*, vol. 6, n. 1, 2020, 110 y ss.; J. ELSTER, R. GARGARELLA, V. NARESH, B. RASCH (eds), *Constituent Assemblies*, Cambridge, 2018.

⁹ D.M. CASTANO VARGAS, *Un’Assemblea Costituente per il Cile*, cit., 13.

tiene una duración prefijada y mientras se desarrolle el itinerario trazado se mantiene vigente la Constitución Política de 1980.

La elección de los miembros de la Convención Constitucional, integrada por 155 hombres y mujeres elegidas por sufragio universal directo, se llevará a cabo el 11 de abril de 2021 y las candidaturas se han inscrito hasta el 11 de enero.

Si bien la labor de la Convención empezará en primavera, los debates acerca de su cometido, el alcance de sus poderes y su naturaleza ya están multiplicándose. Se anticipa que la aprobación por la Convención de la metodología de trabajo y de un listado de asuntos que lo guíe será objeto de ardua discusión. Sin embargo, los flamantes convencionales deberán estar dispuestos a adoptar un reglamento que propicie los acuerdos, una genuina deliberación, un trabajo eficiente, la transparencia y la participación ciudadana para un resultado consistente. Esta etapa de discusión, elaboración y aprobación de la propuesta del nuevo texto constitucional podría extenderse hasta mayo de 2022.

En el plebiscito ratificador o nacional constitucional, en el que el sufragio será obligatorio, la ciudadanía aprobará o rechazará la propuesta de nueva Constitución. Éste tendría lugar en agosto de 2022, toda vez que debe celebrarse sesenta días después de la publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que lo convoca. Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificador fuera aprobada, el Presidente de la República deberá convocar al Congreso Pleno para que, en un acto público y solemne, se promulgue y se jure o prometa respetar y acatar la nueva Constitución. Dicho texto será publicado en el Diario Oficial dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha. Con todo, la futura Carta podría comenzar a regir en septiembre de 2022 aproximadamente.

El camino trazado hace coincidir la elección de los convencionales constituyentes con la elección de los gobernadores regionales, alcaldes y concejales en abril de este año. Recordemos que luego, en noviembre del mismo año se realizarán los comicios presidenciales, parlamentarios y de consejeros regionales. Por ello, el año 2021 será de una intensa actividad electoral. La elección del Presidente de la República, de los diputados y senadores se realizará bajo el marco constitucional actual, mientras esté en plena discusión el régimen político. En todo caso, el artículo 138 de la Constitución prevé la salida a un cambio de régimen, pues establece: “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. La Nueva Constitución deberá establecer el modo en que las otras autoridades que esta Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones”. Además de esta incertidumbre, dependiendo de la fuerza política que resulte victoriosa en las elecciones, habrá mayor o menor interés en el cambio del régimen

presidencialista, difiriéndose probablemente esta discusión hacia el final del proceso, una vez conocidos los resultados de dichas elecciones.

2. La composición de la Convención, con especial referencia a su naturaleza paritaria y a los escaños reservados para pueblos originarios

Con referencia a la composición de la Convención, cabe destacar en primer lugar su naturaleza paritaria, que ya la ha situado en el centro de debates sobre modelos comparados de órganos constituyentes, al tratarse de un experimento único. Para cuantificar esta paridad, la diferencia máxima que se plantea es de 45% vs. 55% a favor de un género, de conformidad con los mecanismos de presentación de listas y de corrección posterior indicados a continuación.

Los objetivos que persigue dicha medida están relacionados con el fortalecimiento del carácter democrático e inclusivo del texto constitucional, implementándose así el principio de igualdad en su vertiente material y no solo formal. En efecto, la paridad política, traducida en la posibilidad para las mujeres de participar en las decisiones estratégicas, normativas, políticas, exige un nuevo pacto social en el que se reconozca la necesidad del aporte de ambos sexos. En consecuencia, la decisión de la mayoría de los electores chilenos que votaron en octubre de 2020 fue un impulso a repensar la representación de forma dicotómica, exigiéndose la participación de hombres y mujeres en la redacción de la carta magna.

El mecanismo electoral de implementación de dicho equilibrio en la representación de mujeres y hombres se basa en el sistema “cremallera”: las listas compuestas por un solo partido, las listas de independientes y los pactos electorales tienen que tener como cabeza de lista a una mujer, y sucesivamente se ordenan de manera alternada los nombres de candidatos y candidatas.

Además, se establece un sistema de corrección, aplicable para que el resultado final de cada distrito sea paritario, que interviene una vez asignados los escaños. En aquellos distritos electorales donde se asigne un número par de escaños, se tienen que elegir a mitad mujeres y mitad hombres, mientras que en los impares se aplica una corrección si el resultado no fuese de por sí paritario (es decir, los candidatos del género sobrerrepresentado que hayan conseguido menos votos serán sustituidos por candidatos del género opuesto que hayan conseguido más votos, en su mismo partido, lista o pacto)¹⁰.

Ahora bien, asegurar la presencia de más mujeres (porque esta es, evidentemente, la lógica) en la Convención – tal y como en otros órganos

¹⁰ Véase la ley constitucional n. 21216 de 2020, que «modifica la Carta fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política para la República», disponible en este enlace: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143661>.

decisorios de cualquier nivel – es una apuesta. Su participación augura la adopción de un enfoque de género en toda parte de la Constitución, desde las normas orgánicas a los derechos a la organización del poder público. Sin embargo, solo el análisis empírico de los futuros debates y el estudio de las normas constitucionales que de ello resulten podrá demostrar hasta qué punto efectivamente la composición habrá afectado a los contenidos.

Otro elemento digno de destacar en la composición de la futura Convención Constitucional es la existencia de escaños reservados para representantes de pueblos originarios. No es necesario subrayar la importancia de que – en un país con un numeroso componente demográfico de personas que se identifican con pueblos originarios y con una Constitución actualmente vigente que no realiza ningún tipo de reconocimiento para ellos – en el órgano constituyente se asegure su presencia.

La fórmula de los escaños reservados para pueblos originarios se aprobó con posterioridad al plebiscito del 25 de octubre, aunque su ingreso como proyecto de reforma constitucional es mucho anterior, factor que contribuye a darle legitimidad, evitando que se la considere como una modificación *ex post* a las reglas del juego aprobadas en el plebiscito. La vía de su incorporación a las normas que disciplinan el proceso constituyente fue la de disposiciones transitorias. Y al respecto la disposición transitoria cuadragésima tercera expresa: «Con la finalidad de garantizar la representación y participación de los pueblos indígenas reconocidos en la ley N° 19.253, la Convención Constitucional incluirá diecisiete escaños reservados para pueblos indígenas. Los escaños sólo serán aplicables para los pueblos reconocidos en la ley N° 19.253 a la fecha de publicación de la presente reforma»¹¹.

Estos escaños reservados se cuentan dentro de los 155 que en total conforman la Convención Constitucional. En consecuencia, se elegirá a 138 convencionales no indígenas y a 17 convencionales indígenas. Esto obligó al Servicio Electoral de Chile a efectuar una modificación en la cantidad de convencionales no indígenas que se elegirían originalmente en cada distrito, disminuyendo su cantidad en aquellos territorios en que existe mayor presencia de personas pertenecientes a pueblos originarios. Asimismo, no todos los pueblos tendrán la posibilidad de escoger idéntica cantidad de convencionales, pues también se distribuyeron los 17 escaños de conformidad a la cantidad de integrantes de cada uno de ellos. Así, por

¹¹ La mencionada ley “establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la corporación nacional de desarrollo indígena”. Sobre esta cuestión, véase D. NAMUNCURA et al., *Nueva Constitución y pueblos indígenas*, Santiago, 2016, disponible en la página www.uchile.cl.

ejemplo, el pueblo *Mapuche* elegirá a seis convencionales, mientras que el pueblo *Quechua* escogerá a un convencional¹².

El sistema de escaños reservados, además, se diseñó de tal forma que respete la regla de la paridad de género en la Convención. Para tal efecto, toda candidatura debe ir acompañada de un candidato o candidata alterno de sexo diferente, para el caso de que se requiera corregir por razones de paridad.

Finalmente, respecto de este punto, es necesario destacar que existencia de escaños reservados para pueblos originarios no implica obligación alguna, para los electores pertenecientes a ellos, de votar por aspirantes a dichas plazas. Una persona que figure en el padrón indígena puede sufragar conforme estime conveniente por candidatos no indígenas o indígenas.

3. ¿Hoja en blanco o Convención con poderes limitados?

¿Hoja en blanco o poderes limitados? Desde la suscripción del acuerdo por la paz social y la nueva Constitución¹³, antecedente inmediato de la reforma constitucional al capítulo XV de la Carta Fundamental, ha generado algún grado de preocupación en los sectores políticos más conservadores – particularmente aquéllos que de forma abierta convocaron a votar “rechazo” en el plebiscito de octubre – una metáfora con la que se intentó explicar el funcionamiento concreto del proceso constituyente¹⁴: que la incorporación de toda norma en el proyecto de nueva Constitución se efectuaría con la aprobación de los 2/3 de sus integrantes significaba iniciar el proceso desde una “hoja en blanco”. Esta expresión había sido usada por el ex Presidente Ricardo Lagos refiriéndose a la necesidad de una nueva Constitución que reemplazara a la de 1980¹⁵.

El (alto) quórum acordado para la aprobación de las normas constitucionales despertó suspicacias en ciertos sectores, pues es equivalente al que actualmente se requiere para modificar algunos capítulos de la actual Constitución. Por eso, la alusión a la hoja en blanco se empleó para explicar que, aunque fuesen altos, los quóruns de reforma constitucional tienen efectos diferentes a los de aprobación de normas constitucionales. Al existir

¹² Mayor información sobre la distribución de escaños según pueblo en el sitio web del Observatorio Nueva Constitución:
<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/cronograma-infografia/>.

¹³ El texto del acuerdo puede ser consultado en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile:
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

¹⁴ Sobre el compromiso alcanzado con el Acuerdo y las exigencias de las fuerzas de centro-derecha, véase M. OLIVETTI, *Il Cile torna sotto i riflettori: un processo costituente in una democrazia consolidata*, en *federalismi.it*, 2 de diciembre de 2020, disponible en el enlace:
https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=578&content_auth=%3Cb%3EMarco%2BOLivetti%3C%2Fb%3E.

¹⁵ F. ATRIA, *La Constitución tramposa*, Santiago, 2013, a su vez abogaba por un comienzo desde cero.

una *hoja escrita* – una Constitución vigente que se desea modificar – el requisito de los 2/3 equivale a que basta la negativa de 1/3 + 1 para que las enmiendas sean rechazadas. En cambio, al existir una *hoja en blanco* – un proyecto de nueva Constitución a ser elaborado sin contenidos preconfigurados – los 2/3 son necesarios para incorporar contenidos en la Carta Fundamental, de tal manera que aquellos puntos en que no se alcance tal mayoría no se incorporarán en el proyecto de nueva Constitución. Factor que estimula la suscripción de acuerdos amplios en torno a los contenidos constitucionales y deja a la legislación la misión de regular aquellos elementos que no han sido constitucionalizados.

Pero, como ya se anunció, los sectores conservadores atribuyeron otro sentido – más alarmista – a esta alegoría y afirmaron que la misma era equivalente a eliminar la tradición republicana y democrática chilena e intentar refundar un Estado desde cero. Así por ejemplo lo expresó en una columna – sugestivamente titulada “La trampa de la hoja en blanco” – publicada en uno de los periódicos más influyentes de Chile, *El Mercurio*, una ex diputada y ex ministra de educación del actual gobierno, militante de la Unión Demócrata Independiente (partido político que en su momento apoyó la dictadura cívico militar) y actual directora del instituto Libertad y Desarrollo, Think Tank de la derecha más conservadora: «Pero por eso inventaron la hoja en blanco, que les da una ventaja irremontable a quienes quieren partir de cero y cambiarlo todo. Y pone una trampa a quienes quieren mantener lo que les parece fundamental y mejorar lo que falta. Dicho en simple, invierte el peso de quién es el que tiene que juntar los votos. Hasta ahora es la Izquierda; si gana el Apruebo será la Centroderecha».¹⁶

Pese a afirmaciones tan extremas como la citada, existe un amplio acuerdo en torno a dos importantes cosas. Primero, que la idea de la hoja en blanco es un recurso retórico empleado para explicar la diferencia entre un quórum de reforma y uno de aprobación de normas de un nuevo texto. Y, segundo, que resulta evidente que la *hoja en blanco* no equivale a *foja cero*, en el sentido de que en la ciudadanía existe un amplio acuerdo en torno a la importancia de numerosas instituciones vertebradoras de la democracia constitucional y cuya presencia en una Nueva Constitución se estima imprescindible. Instituciones de tal relevancia, lejos de intentar ser suprimidas – pensamos – serán objeto de perfeccionamientos que permitan su articulación y coordinación con nuevas instituciones y derechos fundamentales que con la actual configuración de la Carta Fundamental no encontraban cabida¹⁷. Es decir, el ethos del actual momento constituyente se

¹⁶ M. CUBILLOS, *La Trampa de la hoja en Blanco*, columna publicada en *El Mercurio*, 6 de septiembre de 2020, disponible en el enlace: <https://lyd.org/opinion/2020/09/la-trampa-de-la-hoja-en-blanco>.

¹⁷ Como aval de estas conclusiones, consúltese el reportaje: *La hoja en blanco, los 2/3 y los tratados internacionales: Las dudas que volvieron, analizadas por constitucionalistas*, publicado el 4 de agosto de 2020 en el diario *La Tercera*, disponible en el enlace: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-hoja-en-blanco-los-23-y-los-tratados->

encamina no a desconocer los aciertos de la tradición constitucional chilena, sino a revitalizarla – soberanía popular mediante – con elementos exitosos del constitucionalismo contemporáneo. Todo eso puede ser constatado revisando los resultados de la etapa participativa del Proceso Constituyente desarrollado entre 2015 y 2018 por la ex presidenta Michelle Bachelet¹⁸ y en el Proyecto de Nueva Constitución que la ex mandataria presentó en el Congreso Nacional de Chile en marzo de 2018¹⁹.

Al mismo tiempo, cabe recordar una serie de límites que las normas que regulan la Convención imponen. Desde el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, se pensó en establecer cierto marco a su funcionamiento. Lo anterior teniendo a la vista experiencias como la venezolana (en su proceso de 1999) o la ecuatoriana (proceso de 2007-2008) donde los órganos constituyentes adoptaron decisiones que alteraron el funcionamiento de órganos o poderes del Estado antes de concluir la redacción de la nueva Constitución.

De esta forma el punto 5 del acuerdo establecía que “El órgano constituyente que en definitiva sea elegido por la ciudadanía, tendrá por único objeto redactar la nueva Constitución, no afectando las competencias y atribuciones de los demás órganos y poderes del Estado y se disolverá una vez cumplida la tarea que le fue encomendada. Adicionalmente no podrá alterar los quorum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos”.

Este mismo espíritu, posteriormente se plasmó en el actual artículo 135 de la Constitución²⁰, contenido en el Capítulo XV: Reforma de la Constitución y del Procedimiento para Elaborar una Nueva Constitución de la República, que establece (1) una prohibición a la Convención para

internacionales-las-dudas-que-volvieron-analizadas-por-constitucionalistas/LOR7D22NHREOBFE6TQP2JFD7Q/.

¹⁸ Disponibles en el Archivo Documental Michelle Bachelet Jeria: <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/cabildos-provinciales-resultados-cuantitativos>.

¹⁹ Disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>.

²⁰ Este artículo señala: «La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes. Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.

En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

atribuirse facultades que según la Constitución vigente le corresponden a otros órganos del Estado, (2) dispone la vigencia de la actual Carta Fundamental hasta el término del proceso constituyente, (3) prohíbe a la convención desconocer que la soberanía reside en la Nación, y (4) dispone que el texto de la Nueva Constitución deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Estas normas pueden ser vistas de dos formas. Primero – como se adelantó – un empeño por evitar que el órgano constituyente se arrogue el poder supremo de la nación, teniendo a la vista la experiencia comparada ya citada, pero también la génesis de la Carta de 1980: una dictadura que suprimió y sustituyó a los poderes del Estado con legitimidad democrática y que, al mismo tiempo, ofició de gobierno, legislador y constituyente. En segundo lugar, particularmente la última de ellas ha sido interpretada, por algunos sectores, como un freno o un coto a los contenidos de la futura Carta Política²¹. Sin embargo, pensamos que más que un freno se debería configurar como un piso mínimo (a partir del cual construir el nuevo pacto social) que reconoce tres elementos civilizatorios básicos de la tradición constitucional occidental: la república democrática como régimen de gobierno indispensable, el derecho internacional como un vasto acervo de derechos y garantías para las personas, y la certeza jurídica como uno de los fines del Derecho.

4. Entre poder constituyente y poder de reforma

Para abarcar los rasgos esenciales del funcionamiento de la Convención, también las formas de control del mismo resultan de interés.

Al respecto, una primera opción habría sido el Tribunal Constitucional. Sin embargo, éste ha estado sometido a contestaciones en los últimos años tanto como para transformarse en una de las entidades más criticadas por la opinión pública y la ciudadanía²². De ello es prueba que, antes de la promulgación de las normas que establecen el proceso constituyente, se encontraban en tramitación en el Congreso Nacional de Chile diez proyectos de reforma constitucional²³ para modificar su organización, composición y atribuciones. Por este motivo es que deliberadamente se evitó incluir

²¹ Con referencia a estos límites, Mastromarino hablaba de un proceso constituyente “domesticado”: A. MASTROMARINO, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, en DPCE online – Osservatorio sul processo costituente cileno, 27 de noviembre de 2020, 6.

²² Mayores antecedentes acerca de la historia y situación actual del Tribunal Constitucional chileno pueden encontrarse en J.I. NÚÑEZ LEIVA, *¿Es imprescindible el tribunal constitucional?*, en P. Figueroa, J. Tomás (eds) *7 propuestas para la nueva constitución de Chile*, disponible en el enlace: <https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/7-propuestas/>.

²³ Se trata de los Boletines n. 11.663-07; 11680-07; 11099-07; 5803-07; 5802-07; 6186-07; 10082-07; 11374-07; 11389-07; 12076-07, que se revisaban en el formato de proyecto refundido.

cualquier disposición que implicase algún grado de atribución de competencias o funciones a dicho órgano en este proceso.

Por eso en el actual artículo 136 de la Constitución se dispuso de un procedimiento de reclamación por infracciones únicamente formales, relativas al procedimiento dispuesto por la propia Carta Fundamental y a ser establecido por el reglamento de la Convención, a ser conocido por una comisión de ministros de la Corte Suprema. Esta gestión – por expresa disposición de la carta política – no procede respecto del contenido de las normas en elaboración por parte de la Convención, ni tampoco puede extenderse a los límites mencionados en el artículo 135²⁴.

En efecto, la norma dispone: “Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración”. Corresponde el conocimiento de esta especie de acción a una comisión integrada por 5 ministros/as de la Corte Suprema designados mediante sorteo, para cada una de las cuestiones planteadas.

Para que resulte procedente esta reclamación deberá estar suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención y se interpondrá ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado. La misma, además, deberá indicar el vicio que se reclama, el que deberá ser esencial, y el perjuicio que causa.

La resolución que se emita sobre estos asuntos no admite recurso alguno y ha de ser pronunciada dentro de los 10 días siguientes desde que se entró al conocimiento del asunto. En caso de resultar acogida la reclamación, producirá únicamente la nulidad del acto impugnado.

Respecto de este punto, el mismo artículo 136 es rotundo en señalar que: «Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo».

Es tradicional en la doctrina aquella clasificación que distingue entre poder constituyente originario y derivado. El primero no tendría límites y conduciría a la creación de nuevas constituciones, mientras que el segundo consistiría en la facultad de efectuar reformas a cartas fundamentales vigentes sometiéndose a un procedimiento predispuesto para tal efecto y – en ciertos casos – a cláusulas de intangibilidad.

Dadas las peculiaridades del proceso constituyente chileno en curso y que ya han sido mencionadas más arriba, algunos sectores – curiosamente polos opuestos en el espectro político – han señalado que se trataría del ejercicio de un poder constituyente derivado. Grupos conservadores han planteado tal tesis a efectos de enfatizar la existencia de límites

²⁴ El inciso final del artículo 136 expresa que «No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución».

sustantivos y exigibles al funcionamiento de la Convención, básicamente los contenidos en el ya mencionado artículo 135 (aunque ya sabemos que el artículo 136 excluye del control al marco dispuesto por el ya citado precepto). En cambio, sectores más radicalizados de izquierda, afines al asambleísmo y críticos del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, señalan que se trataría de una especie de trampa al poder constituyente al estar normada por la Constitución de la dictadura²⁵.

Con todo, parece que la opinión generalizada se acerca más a lo planteado por Negretto y Soto, en orden a que la dicotomía entre poderes constituyentes originarios y derivados «no resulta aplicable en el caso de sustituciones constitucionales desarrolladas en el contexto de democracias pre existentes»²⁶. Y es que, pensamos, las clasificaciones son siempre un reporte del pasado. Y una tan tradicional como la que comentamos obedece a realidades frecuentes en las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, en los procesos emancipatorios de las últimas centurias, o en procesos de pacificación de la segunda posguerra. Pero la realidad de finales del siglo XX y los albores del siglo XXI, en donde la regla general es la existencia de democracias constitucionales en el mundo occidental, resulta dificultoso mantener esa descripción binaria de los procesos constituyentes. Al contrario, sostenemos, debe incorporarse – a partir de la evidencia – una eventual tercera categoría: la de los procesos de remplazo constitucional institucionalizados, tal como el chileno, en donde con pleno respeto a la soberanía popular son los órganos representativos como el Congreso Nacional, quienes organizan un proceso orientado a la generación de una nueva carta fundamental. Y esos procesos se ven sometidos únicamente a las cortapisas expresamente establecidas por la norma que los disciplina, sin que se puedan inferir otras implícitas o propias del ejercicio derivado del poder constituyente.

Por lo demás, como Negretto y Soto destacan, existen en el derecho comparado varios casos de procesos constituyentes de sustitución total institucionalizados, que no admiten ser reducidos a la clasificación binaria ya mencionada. Ejemplos hay varios en la región: la iniciativa para activar el proceso de reemplazo es distinta en cada país, generalmente es el Congreso, mediante un proyecto de ley de convocatoria aprobado por la mayoría absoluta (Bolivia, Nicaragua y Uruguay) o dos tercios de sus miembros (Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Venezuela). En varias cartas se condiciona su convocatoria a un referéndum aprobado por la mayoría del Congreso (Colombia) o un porcentaje del padrón electoral

²⁵ Véase la declaración *La trampa jurídica de una lucha social: respuesta a la declaración de profesoras/es de Derecho y Ciencia Política*, disponible en el enlace: <https://www.ciperchile.cl/2019/11/21/la-trampa-juridica-de-una-lucha-social-respuesta-a-la-declaracion-de-profesoras-es-de-derecho-y-ciencia-politica/>.

²⁶ G. NEGRETTO, F. SOTO, *¿Cómo se regula un proceso constituyente democrático? Lo que indica la experiencia internacional*, en CIPER ACADÉMICO, 25 de noviembre de 2019, disponible en el enlace: <https://www.ciperchile.cl/2019/11/25/como-se-regula-un-proceso-constituyente-democratico-lo-que-indica-la-experiencia-internacional>.

(Ecuador y Venezuela). En algunos casos se permite convocarlo al Presidente de la República (Bolivia, Ecuador y Venezuela) y, como caso anecdótico, Venezuela da iniciativa a las dos terceras partes de los concejos municipales reunidos en cabildo. También hay Constituciones, como la de Bolivia, que permiten que la propia ciudadanía, por iniciativa popular, pida un referendo de inicio.

Finalmente, el proceso constituyente chileno representa un experimento desde varias perspectivas, desafiando nociones asentadas relacionadas con la representación democrática y la dicotomía clásica poder constituyente/poderes derivados. En realidad, cabe preguntarse, más allá aún del caso concreto, hasta qué punto un poder constituyente “puro”, ejercitado en el siglo XXI, de verdad podría corresponder a aquellos cánones de libertad absoluta que se le atribuyen en la doctrina tradicional, o bien se trataría de todas maneras de una facultad limitada, de alguna manera, por estándares internacionales y categorías comunes. Ello, naturalmente, si el Estado que se (re)funda quisiera entrar en el club de las democracias modernas a sabiendas de que hoy en día “los Estados no tienen todo bajo su control porque dependen de decisiones que se toman fuera de sus fronteras, de sus territorios, sobre todo decisiones a nivel económico financiero”. Una época de “soberanía en transformación”²⁷.

Sabrina Ragone

Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Università di Bologna
sabrina.ragone2@unibo.it

José Ignacio Núñez Leiva

Facultad de Derecho y Humanidades
Universidad Central de Chile

²⁷ T. Groppi, Entrevista al diario *La Tercera*, 15 de enero de 2020, disponible en este enlace: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/tania-groppi-constitucionalista-italiana-un-punto-importante-es-que-el-proceso-chileno-es-popular-y-no-elitista/5AXGQVLU2NFODA4XJ3RODOKEQ/>.