



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
Investigaciones Jurídicas

Negretto, Gabriel Leonardo; Soto Barrientos, Francisco
¿Cómo se debe regular un proceso constituyente
democrático? Reflexiones a partir de la experiencia chilena
Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LV, núm. 163, e17494, 2022, Enero-Abril
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOL: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2022.163.17494>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42775443010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LV, número 163,
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17494](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17494)

Recibido: 26 de octubre de 2021

Aprobado: 17 de mayo de 2022

¿CÓMO SE DEBE REGULAR UN PROCESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO? REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA CHILENA

HOW SHOULD A DEMOCRATIC CONSTITUENT PROCESS BE REGULATED? REFLECTIONS FROM THE CHILEAN EXPERIENCE

Gabriel NEGRETTO*
Francisco SOTO BARRIENTOS**

Resumen:

A lo largo de la historia los reemplazos constitucionales han estado asociados a procesos de independencia o a transiciones del autoritarismo a la democracia; sin embargo, en las últimas décadas se han hecho cada vez más frecuentes en democracias ya establecidas, particularmente en América

Abstract:

Throughout history, constitutional replacements have been associated with independence processes or transitions from authoritarianism to democracy. However, in the last decades they have become more frequent in established democracies, particularly in Latin America. Constitutional

Latina. Los reemplazos constitucionales en democracia tienen consecuencias políticas y normativas que no han sido visibilizadas ni cuentan con un sustento analítico suficiente en la teoría constitucional tradicional. En este artículo, argumentamos que la regulación legal y constitucional anticipada de un proceso constituyente presenta claras ventajas para un régimen democrático cuando persigue como objetivos mantener un balance entre continuidad y cambio, facilitar el consenso entre las fuerzas políticas y promover la participación ciudadana. No obstante, el intento de someter un reemplazo constitucional a un marco legal preestablecido y detallado en la Constitución anterior tiene límites en un contexto de crisis de representación, que hace necesaria la elaboración de la nueva Constitución por una convención independiente. Para ilustrar este argumento, examinaremos el origen y contenido de la reforma constitucional que hizo posible el recientemente fallido proceso constituyente en Chile, las leyes que la complementaron y los reglamentos aprobados por la convención constitucional en este país.

replacements in democracy have political and normative consequences that have remained unnoticed or have not been properly analyzed in traditional constitutional theory. In this article, we argue that an anticipated legal regulation of a constituent process has clear advantages for democratic regimes when it aims to maintain a balance between continuity and change, facilitate consensus among political forces, and promote citizen participation. Nevertheless, the attempt to subject a constitutional replacement to a detailed and pre-established legal framework in the previous constitution has its limits in a context of representation crisis that makes it necessary the drafting of the new constitution by a special convention. To illustrate this point, we will examine the origins and content of the constitutional amendment that made possible the recently failed constitution-making process in Chile, the laws that complemented this reform, and the regulations adopted by the constitutional convention in this country.

Keywords:

Constituent process, Chile, constitutional replacement,

Palabras Clave:

democracy, legal regulation, constitutional convention.

Proceso constituyente, Chile, reemplazo constitucional, democracia, regulación legal, convención constitucional.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación legal de los procesos constituyentes*. III. *La experiencia chilena y su modelo de reemplazo*. IV. *Funcionamiento de la Convención*. V. *Los reglamentos de la Convención*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional ha insistido tradicionalmente en que los procesos constituyentes no pueden ni deben ser regulados por una Constitución o ley anterior, pues ellos expresan la soberanía del pueblo, que es absoluta, indelegable y no puede estar sujeta a norma alguna que la anticipe (Emmanuel-Joseph Sieyès, 1993). Esta idea, surgida a partir de los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII, y de las transiciones a la democracia de los años setenta y ochenta, no debería aplicarse cuando la Constitución es reemplazada en el contexto de instituciones democráticas preexistentes. Cuando la legitimidad de las instituciones vigentes en una democracia es cuestionada socialmente, es preciso renovarlas por medio de nuevas formas de representación de la ciudadanía. Pero esto llama a perfeccionar y complementar los canales legales establecidos para expresar la voluntad popular en un régimen democrático, no a suprimirlos suponiendo que es deseable o posible organizar un proceso constituyente sin partidos y fuera de toda institucionalidad.

Esta mirada tiene asidero en una larga tradición constituyente latinoamericana. Muchas Constituciones en la región, incluso algunas que datan del siglo XIX, prevén un procedimiento para la reforma general o el reemplazo total de la Constitución vigente. Más recientemente, varias Constituciones creadas en el contexto de democracias establecidas (incluyendo algunas sancionadas mediante la ruptura con el sistema legal precedente) incorporaron

estos procedimientos. Sin embargo, hay un escaso análisis sistemático sobre este fenómeno y su impacto político.

En este artículo argumentamos que la regulación anticipada de un proceso constituyente presenta claras ventajas para un régimen democrático cuando persigue como objetivos mantener un balance entre continuidad y cambio, facilitar el consenso entre las fuerzas políticas y promover la participación ciudadana. No obstante, el intento de someter un reemplazo constitucional a un marco normativo preestablecido y detallado en la Constitución anterior tiene límites en un contexto de crisis de representación, que hace necesaria la elaboración de la nueva Constitución por una convención independiente. Para ilustrar este argumento, examinaremos el origen y contenido de la reforma constitucional que hizo posible el recientemente fallido proceso constituyente en Chile, las leyes que la complementaron y los reglamentos aprobados por la convención constitucional en este país.

II. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS PROCESOS CONSTITUYENTES

Tanto en las revoluciones como en las transiciones a la democracia, la elaboración de una Constitución tiene como objetivo producir una estructura institucional en la que los principios que regulan el acceso a los cargos públicos y el ejercicio del poder se oponen radicalmente a los del antiguo régimen. Es por esta razón cuestionable que un proceso constituyente en este contexto sea regulado por la legalidad precedente.¹ La situación es muy distinta cuando se busca reemplazar una Constitución dentro de un orden democrático, pues aquí algunas instituciones básicas y sus principios animadores deben permanecer en su lugar, si el régimen ha de mantener su identidad. Si la legitimidad del sistema institucional es la misma, también debe existir un puente entre la vieja y la nueva legalidad constitucional. Sin embargo, la teoría jurídica ha tratado la posibilidad de reemplazos constitucionales regulados por una legalidad precedente como un fenómeno análogo a las enmiendas o reformas y de una importancia histórica y política relativamente marginal.

Desde la teoría del derecho se ha cuestionado la sola posibilidad lógica de que una Constitución establezca reglas para su propio reemplazo. Dicho procedimiento se situaría en una jerarquía superior al procedimiento legislativo. Con esto se apelaría a un procedimiento que sólo tiene apariencia de jurídico, ya que no tiene ninguna norma superior que le dé competencia. En consecuencia, las Constituciones que regulan la figura del reemplazo establecen un procedimiento que nunca sería jurídico ni constitucional (Riccardo Guastini 2001; Gustavo Zagrebelsky 2000; Alf Ross, 1993). La teoría constitucional, por su parte, ha estado mayormente ligada a la concepción clásica del poder constituyente como atributo de la soberanía popular, y por tanto desligada de todo constreñimiento legal, en la línea de pensamiento fundada por Sieyès y elevada a teoría general por Carl Schmitt (1982) en su crítica al normativismo.

En su discusión sobre modelos de procesos constituyentes, Claude Klein y Andrés Sajó (2012) oponen las instancias de creación constitucional *ex nihilo* a aquellas “sujetas a reglas”. Sin embargo, su análisis se enfoca principalmente en los primeros modelos, y dedican solamente unos pocos párrafos a analizar los segundos, por considerarlo un fenómeno inusual y desviado del concepto de poder constituyente. Ernst-Wolfgang Bockenförde (2000) argumenta que el poder constituyente puede y debe ser contemplado a través de un procedimiento que permita incluir a la democracia y a la participación en la forma de Estado, estableciendo un mandato claro a los poderes constituidos en orden a mantener un vínculo con el pueblo en el cumplimiento de la Constitución. Sin embargo, tampoco teoriza sobre esta alternativa como un modelo general de reemplazo constitucional en democracia.

Andrew Arato (1995, 2016) ha insistido en la idea de continuidad legal como una característica central de lo que denomina un proceso constituyente “postsoberano”. Según este autor, un proceso democrático de elaboración de una Constitución debería incluir la adopción inicial de una Constitución interina cuyas reglas limiten la adopción de la Constitución final, el uso de las reglas de enmienda existentes para brindar continuidad legal, y la aplicación de la Constitución interina por un tribunal constitucional. Si bien la crítica de Arato a la idea clásica del poder constituyente es acertada y algunos de sus componentes

podrían extenderse a los procesos de reemplazo constitucional en democracia, aplica principalmente a las particularidades de algunas transiciones a la democracia, como la de Polonia o Sudáfrica, que inicialmente crearon Constituciones interinas como parte de un proceso de negociación gradual para regular y moderar el conflicto entre los representantes del viejo régimen y las fuerzas democráticas.

Recientemente, Joel Colón-Ríos (2020) ha propuesto conciliar la teoría clásica del poder constituyente con la regulación de este, distinguiendo entre límites sustantivos y de procedimiento. Según este autor, imponer límites sustantivos a las disposiciones que un cuerpo constituyente puede adoptar como parte de una nueva Constitución puede ser incompatible con una teoría democrática del poder constituyente, dado que los ciudadanos o sus representantes no deberían tener restricciones para decidir el contenido del nuevo texto. Sin embargo, las restricciones de procedimiento establecidas de antemano para canalizar las preferencias y decisiones de los ciudadanos podrían facilitar en lugar de impedir elaboración democrática de la Constitución. Desde esta perspectiva, argumenta, es perfectamente coherente con los principios democráticos tener una Constitución que prescriba procedimientos para realizar la voluntad popular en un reemplazo constitucional, particularmente facilitando la participación de toda la ciudadanía en la elaboración de la Constitución, o que se acerque, en la medida de lo posible, a ese ideal. En varios trabajos, Colón-Ríos ha llamado también la atención al hecho de que este tipo de regulación legal ha sido establecido en algunas de las Constituciones sancionadas recientemente en América Latina, como la de Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009 (Joel Colón-Ríos, 2012).

Acordamos con la postura de Colón-Ríos en cuanto a que ciertas restricciones de procedimiento pueden facilitar más que obstaculizar la elaboración de una Constitución dentro de un régimen democrático establecido. Sin embargo, creemos que su visión sigue en aspectos esenciales arraigada en la idea revolucionaria del poder constituyente del pueblo al postular que no es posible establecer limitaciones de contenido a la nueva Constitución. En un contexto de continuidad del Estado y del régimen político debería ser posible

establecer ciertas limitaciones legales al contenido de las decisiones del cuerpo encargado de elaborar la Constitución, como por ejemplo respetar tratados internacionales firmados por el país desde el inicio de la democracia, pues esos tratados fueron firmados por representantes elegidos por medio de elecciones libres y equitativas. Por otra parte, consideramos que si bien el involucramiento ciudadano debe ser un componente esencial en un proceso constituyente democrático, no puede ser el único principio que maximizar. En un contexto democrático plural, también es importante facilitar acuerdos incluyentes al nivel de los representantes de fuerzas políticas organizadas.

La tradición constitucional latinoamericana es en efecto muy rica en ejemplos de regulación legal de procesos constituyentes (Gabriel Negretto, 2018). En varios procesos de transición a la democracia, la propia Constitución vigente contenía una regulación básica que hacía posible un proceso de reemplazo (o de reforma total) diferenciado de (o alternativo a) las reformas parciales. Estas disposiciones, en muchos casos heredadas del siglo XIX, se emplearon o sirvieron como modelo para regular la sustitución de la Constitución vigente durante los años iniciales de la transición a la democracia en países como la Argentina (1949), Guatemala (1985), Honduras (1982), Paraguay (1992) y el Uruguay (1942). En otros casos, cuando la Constitución vigente no regulaba su sustitución, se modificó el procedimiento de enmienda con el fin de autorizar la posibilidad de llevar a cabo una reforma total. Esto sucedió, por ejemplo, con la Constitución de Brasil de 1988 (basada en una enmienda de 1985 a la Constitución de 1967).

La enmienda de la Constitución vigente para canalizar legalmente su reemplazo fue una alternativa a la que también se recurrió en contextos ya democráticos, como el de Bolivia (2006-2009). También se han enmendado Constituciones para un eventual reemplazo que aún no se ha concretado, como fue el caso de Panamá, con la enmienda de 2004. En contraste con esta tendencia, en varios procesos de reemplazo constitucional en democracia de las últimas décadas, como el de Colombia (1990-1991), Venezuela (1998-1999), y Ecuador (2007-2008), hubo una ruptura inicial del orden legal. Aun así, los nuevos textos incluyeron invariablemente un procedimiento para que en el futuro se pueda canalizar el reemplazo del texto vigente de manera legal.

Además de establecer un proceso de reemplazo o de reforma total, la regulación de procesos constituyentes en la región ha indicado el cuerpo colectivo encargado de deliberar y aprobar el nuevo texto. Este cuerpo ha sido frecuentemente una asamblea o convención especial, que suele denominarse “constituyente”, teniendo por encargo exclusivo redactar y aprobar una nueva constitución. Sin embargo, hay países, como Uruguay, donde existe la alternativa de que esta tarea la realice, mediante un procedimiento especial, el propio Congreso (Francisco Soto, 2014).

También se regula quién tiene la iniciativa para activar el proceso de reemplazo, generalmente 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 (Bolivia, 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.

Aspectos específicos de la elección e integración de los cuerpos constituyentes suelen ser regulados por vía de leyes secundarias y leyes de convocatoria. En este sentido, se han diseñado fórmulas electorales especiales para elegir asambleas constituyentes, distintas de las que se emplean para seleccionar a los miembros ordinarios del congreso, generalmente con el fin de generar una mayor pluralidad e inclusión en la representación.² También se observa una tendencia incipiente, pero creciente, en la región, a facilitar la elección de independientes y delegados extrapartidarios, mejorar el equilibrio de género y representar a pueblos originarios (sea por asientos reservados o procesos especiales de votación). También se suele regular tanto por medio de ley como por medio de reglamentos de los cuerpos constituyentes los procesos de participación ciudadana durante la redacción de la Constitución.

No todas estas regulaciones, sin embargo, presentan características deseables, ni desde el punto de vista normativo ni desde las consecuencias que han tenido en la práctica. Por ejemplo, si tanto la participación ciudadana como el pluralismo representativo son objetivos deseables en un proceso democrático, un reemplazo constitucional podría activarse por una iniciativa popular o por la iniciativa de los poderes constituidos de someter la convocatoria de un cuerpo constituyente a referendo popular siempre y cuando se obtenga un acuerdo entre el Ejecutivo y la legislatura, el apoyo de una mayoría calificada en esta última, o ambas cosas. Estas características permitirían activar el proceso en caso de que los representantes políticos no logren llegar a un acuerdo frente a demandas populares de cambio e impedir que un solo actor político o institución se aproveche de mayorías circunstanciales para realizar reformas que redistribuyan poder en su favor.

En sentido contrario, no se debería activar el proceso por la convocatoria de un plebiscito hecha exclusivamente por el Ejecutivo, como se establece en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. La razón es que, al otorgarse esta capacidad al Ejecutivo, este último pudiera arrogarse la facultad exclusiva de reglamentar no sólo las condiciones de la votación popular, sino también de las etapas posteriores del proceso. Ésta fue la forma en que primero Chávez en Venezuela y luego Correa en Ecuador lograron construir un proceso plebiscitario que fue capturado por el partido de gobierno para sentar las bases de un régimen de marcadas tendencias autoritarias.

Como veremos en el apartado siguiente, la experiencia chilena profundiza en las temáticas de la regulación constitucional del proceso constituyente, llegando a tratar con mayor detalle la elección y atribuciones de la asamblea a la que se llama “convención” buscando lograr un balance entre el pluralismo representativo y la participación ciudadana. Si bien esta regulación buscó ser exhaustiva, no pudo prescindir, y en verdad requirió ser complementada por vía legal y reglamentaria. Este desarrollo fue crucial para regular la totalidad del proceso, aunque no estuvo exento de vicisitudes e incertidumbres, que fueron imposibles de superar totalmente, y que de alguna manera afectaron el resultado final.

III. LA EXPERIENCIA CHILENA Y SU MODELO DE REEMPLAZO

Hace más de una década se vienen sucediendo iniciativas para reemplazar la Constitución vigente en Chile, que si bien tuvo origen en una dictadura fue reformada numerosas veces desde 1989, con el fin de que se adaptara a un contexto democrático. Ya en las elecciones presidenciales de 2009, tres de los cuatro candidatos hicieron propuestas en este sentido. No obstante, el presidente electo, Sebastián Piñera, quien representaba a amplios sectores de centro derecha, fue el único que permaneció escéptico ante este espíritu reformista. El debate se retomó durante el segundo gobierno de Bachelet (2014-2018), quien impulsó un proceso de diálogos ciudadanos, que comprometió buena parte de su gobierno (Francisco Soto y Yanina Welp, 2017). En marzo de 2018, a pocos días de asumir el segundo gobierno de Sebastián Piñera (2018-2022), la mandataria envió el proyecto de nueva Constitución al Congreso (Boletín 11.617-07). Sin embargo, uno de los primeros actos de Piñera al comenzar su periodo fue abandonar este proyecto de manera absoluta y por un tiempo indefinido.

Esto fue así hasta la crisis de octubre de 2019, que desencadenó un movimiento por el cambio constitucional y logró sumar a amplios sectores del oficialismo. Fue entonces cuando se acordó entre todos los partidos con representación parlamentaria un itinerario para cambiar la Constitución vigente, que se tradujo en un procedimiento de reemplazo que fue finalmente promulgado en la Ley de Reforma Constitucional No. 21.200/2019, del 24 de diciembre, que incorpora un nuevo título al capítulo XV de la Constitución de 1980: “Reforma de la constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República” (Humberto Nogueira, 2020; Jaime Quintana, 2020).

La regulación del proceso por medio de una enmienda a la Constitución que se quiere reemplazar asocia el caso chileno a otros recientes, como el boliviano. Sin embargo, llama la atención el detalle con que se quiso canalizar el proceso. En Bolivia, se establecieron una serie de principios o lineamientos básicos, que luego serían completados por una ley de convocatoria sancionada por la legislatura, y eventualmente por un reglamento especial del cuerpo constituyente. En Chile, en

cambio, se buscó encauzar todos los aspectos posibles del proceso desde la propia constitución. Se incluyeron en la reforma un total de trece nuevos artículos que preveían desde la votación inicial autorizando el proceso hasta su aprobación final, pasando por la conformación del cuerpo constituyente y sus reglas de decisión (Gabriel Negretto, 2021).

Ciertos eventos no previstos afectaron estas regulaciones. Por ejemplo, producto de la pandemia sufrida al comenzar el 2020, la versión original del artículo 130, y que regulaba el plebiscito de entrada, tuvo que ser modificada, pues establecía como fecha para la realización de esta consulta el 26 de abril del 2020.³ Fruto de un nuevo acuerdo político, la fecha definitiva fue acordada en la Ley de Reforma Constitucional 21.221/2020, que establece que la consulta tendría lugar el 25 de octubre 2020 (Claudia Heiss, 2021; María Cristina Escudero, 2021).

En cuanto a la pregunta que se formuló en este plebiscito, el mismo artículo 130 señalaba que la ciudadanía dispondría de dos cédulas electorales. La primera contendría la siguiente pregunta: “¿Quiere usted una nueva Constitución?”. Bajo la cuestión planteada, se establecieron dos opciones: “Apruebo” o “Rechazo”, a fin de que el elector pudiera marcar su preferencia sobre una de las alternativas. La segunda cédula contenía la pregunta “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución?”. Bajo la cuestión planteada, de nuevo se establecieron dos opciones: “Convención Mixta Constitucional” o “Convención Constitucional”. Bajo la expresión “Convención Mixta Constitucional” se incorporó la oración “Integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejercicio”. Bajo la expresión “Convención Constitucional” se incorporó la oración “Integrada exclusivamente por miembros elegidos popularmente”, a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas.”

En términos porcentuales, la participación en el plebiscito del 25 de octubre 2020 alcanzó el 51% (dos puntos más que en la elección presidencial de 2017), pero registró la mayor participación de la historia de Chile en términos absolutos: 7.562,173 votos (la que sería largamente superada con la participación en el

plebiscito de salida). El 78.27% de los ciudadanos que votaron aprobaron iniciar el proceso de redacción de una nueva Constitución, mientras que el órgano encargado de hacerlo sería la Convención Constitucional, que se impuso a la opción de Convención Mixta por un 78.99%.

Por otra parte, y una vez aprobado el proyecto de nueva Constitución por la Convención Constitucional, cuyas características y funcionamiento veremos más adelante, el artículo 142 señaló que ésta debía ser enviada al presidente de la República para que éste convoque dentro de los tres días siguientes a dicha comunicación, mediante decreto supremo exento, a un plebiscito nacional constitucional para que la ciudadanía apruebe o rechace la propuesta.

En el caso de este plebiscito de salida, o como lo definió el artículo 142 “Plebiscito Constitucional”, el sufragio será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile. La sanción por no sufragar se estableció en una multa a beneficio municipal de 0.5 a 3 unidades tributarias mensuales, lo que equivale a aproximadamente 200 dólares.

Además, el artículo 142 señala:

En el plebiscito señalado, la ciudadanía dispondrá de una cédula electoral que contendrá la siguiente pregunta, según corresponda a la Convención que haya propuesto el texto: “¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Mixta Constitucional?” o “¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?”. Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, una al lado de la otra. La primera de ellas tendrá en su parte inferior la expresión “Apruebo” y la segunda, la palabra “Rechazo”, a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas.

Este plebiscito se realizaría sesenta días después de la publicación en el *Diario Oficial* del decreto supremo de convocatoria del presidente de la República, vale decir, el 4 de septiembre de 2022. También el artículo 142 señala

que el proceso de calificación del plebiscito nacional deberá quedar concluido dentro de los treinta días siguientes a la fecha de éste. La sentencia de proclamación del plebiscito será comunicada dentro de los tres días siguientes de su dictación al presidente de la República y al Congreso Nacional. Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito nacional constitucional fuere aprobada, el presidente de la República deberá, dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de la sentencia referida en el inciso anterior, convocar al congreso en pleno para que, en un acto público y solemne, se promulgue y se jure o prometa respetar y acatar la Nueva Constitución Política de la República. Dicho texto será publicado en el *Diario Oficial* dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigor en dicha fecha. 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 No. 100, de 17 de septiembre de 2005. La Constitución deberá imprimirse y repartirse gratuitamente a todos los establecimientos educacionales, públicos o privados; bibliotecas municipales, universidades y órganos del Estado. Los jueces y magistrados de los tribunales superiores de justicia deberán recibir un ejemplar de la Constitución. Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, continuará vigente la presente Constitución.

La tendencia latinoamericana antes descrita, que distingue procedimientos de reforma y de reemplazo, suele regular estos últimos en un solo artículo o en unas pocas disposiciones, donde se establecen de manera general las condiciones para activar el proceso de reemplazo, la intervención de los poderes constituidos y de la ciudadanía, y eventualmente algunos aspectos del proceso, como el *quorum* de aprobación de los acuerdos y el número de integrantes del cuerpo constituyente. En el caso de Chile, la regulación fue mucho más exhaustiva y particularista.

En el afán de regular desde la Constitución todos los pormenores de la elaboración de la nueva Constitución, se estableció en Chile una fórmula rígida de reemplazo vinculada a una circunstancia que sólo podrá ocurrir por una vez, bajo los plazos y condiciones estableció en los artículos citados. Aunque es probable que la nueva Constitución recoja la experiencia previa y establezca a futuro un

mecanismo más general y flexible de reemplazo, la reforma al capítulo XV de la Constitución de 1980 en principio apartaría a Chile del reconocimiento del reemplazo constitucional como fórmula permanente y que se proyecte en el tiempo. Constatamos, entonces, una primera diferencia, que aleja este mecanismo de reemplazo de los restantes textos latinoamericanos, aunque se reproduce la fórmula de establecer un plebiscito de entrada y cierre como se establece en otras Constituciones.

A continuación, la reforma constitucional extiende la aplicación de varios cuerpos legales a la votación de los plebiscitos, convención y plebiscito de salida. Esto, con el objetivo de homologar a los procesos electorales nuevos (plebiscito de entrada y de salida, elección de convencionales) a los existentes. Así, frente a cada una de las votaciones se remiten las disposiciones pertinentes de la ley 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, la ley 18.556, orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, la ley 18.603, orgánica constitucional de partidos políticos, entre otras.

Lo fundamental de esta derivación a la ley vigente es que si la opción “Convención Constitucional” resultaba aprobada, como fue el caso, se hacía extensiva la fórmula para elegir diputados en las elecciones de convencionales, vale decir, se utilizaría un sistema proporcional (método D’Hondt) para la selección de 155 convencionales en los mismos veintiocho distritos en que se eligen diputados. Esto quiere decir que habría de tres a ocho convencionales constituyentes por distrito, con una magnitud promedio de distrito a nivel nacional de 5.53. Así, se establece expresamente el artículo 131, que señala que serán aplicables los cuerpos legales vigentes al 25 de junio de 2020.

En el caso de haberse aprobado la opción “Convención mixta constitucional”, 86 convencionales hubieran sido elegidos a través del procedimiento descrito en el párrafo anterior (o sea, por votación popular), y los 86 restantes, vale decir los parlamentarios, hubieran sido electos en una sesión del congreso en pleno, convocada para este efecto por el presidente del Senado.

La regulación de la elección de la convención se complementó con dos leyes posteriores, la ley 21.216/2020, del 20 de marzo, y 21.298/2020, del 23 de

diciembre. Ambas incorporaron demandas de los movimientos sociales referidas a la paridad de género, participación de independientes y escaños reservados para pueblos originarios. En el caso de la primera ley, la fórmula aprobada interviene respecto al equilibrio en la representación de mujeres y hombres en la convención. Establece que las listas conformadas por un solo partido, las listas de personas independientes y los pactos electorales al órgano constituyente deberán estar encabezadas por una candidata mujer, y se ordenarán sucesivamente de forma alternada con las candidaturas de hombres. Asimismo, en los distritos que reparten un número par de escaños deberán resultar electos un 50% de mujeres y un 50% de hombres. También se establece la fórmula para distritos impares, para lo cual se aplicará una corrección por distrito, en el caso de que los resultados no sean paritarios. De esta forma, si un género se ve sobrerrepresentado, los delegados electos de dicho género se ordenarán de mayor a menor, y los con menor votación serán reemplazados por el o la candidata del género en minoría de su misma lista, pacto o partido.

La ley 21.216/2020 también reguló las candidaturas independientes, y permite la conformación de listas para la elección de los integrantes de la Convención constitucional, conformada por dos o más candidatos independientes. Esta lista regiría exclusivamente en el distrito electoral en el que declaren sus candidaturas, y se podrían presentar, en cada distrito, hasta un máximo de candidaturas equivalente al número inmediatamente siguiente al número de convencionales constituyentes que corresponda elegir en el distrito de que se trate. La declaración e inscripción de esta lista estuvo sujeta a las mismas reglas que las candidaturas a diputado, en lo que les sea aplicable, la que además deberá 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. Adicionalmente, cada candidato o candidata que conforme la lista, considerado individualmente, requeriría el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,4 por ciento de los que hubieran 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 lista de quienes hubieran sufragado en el distrito electoral respectivo.

La ley 21.298/2020 buscó la representación y participación de los pueblos indígenas reconocidos en la ley 19.253/1993.⁴ Se trata de los pueblos Mapuche, el Pueblo Aimara, Rapanui, quechua, Diaguita, Atacameño, Colla, Kawesqar, Yagán y Chango. Además, se estableció que cada declaración de candidatura debería inscribirse designando a su vez una candidatura del género opuesto, para guardar coherencia con la antes analizada 21.216/2020.

La ley 21.298/2020 permitió que haya diecisiete escaños reservados dentro de los 155 originalmente previstos. Las declaraciones a las candidaturas debían ser individuales, acreditar su pertenencia a un pueblo originario a través de registro oficial reconocido en la ley 19.253 y domicilio en función de las etnias que van a representar. En los casos de aimaras, diaguitas y mapuche, la ley estableció que se debía contar con el patrocinio de al menos tres comunidades o cinco asociaciones indígenas registradas en la ley 19.253, o un cacicazgo tradicional reconocido por la Ley, entre otros requerimientos. En los otros pueblos bastaba el patrocinio de una comunidad, asociación registrada o asociación indígena no registrada, o la recolección de firmas. De acuerdo con la reforma, quienes no estuvieran en el listado y se identificaran como electores indígenas podían solicitar, el día previo a la elección, y con una declaración jurada, autorización al Servicio Electoral.

La evolución de la regulación acerca de la forma en que se conformaría la convención permite afirmar que se pasó gradualmente de una mínima a una mayor innovación. A diferencia de otros procesos en América Latina, no se pensó inicialmente en tener un cuerpo constituyente radicalmente distinto de la legislatura ordinaria. Los delegados serían electos por la misma fórmula que la cámara baja y en los mismos distritos. Es más, una opción favorecida por importantes sectores de la coalición de gobierno (opción finalmente derrotada en el plebiscito de entrada) era que la convención se integrara en parte con miembros del congreso. Fue justamente con posterioridad a la enmienda constitucional que por vía de ley se completó la regulación del proceso de manera más novedosa y original, por medio de la paridad de género, la participación de independientes y pueblos originarios.

El procedimiento establecido fue muy claro en cuanto a lo que ocurriría de no ser aprobada la propuesta de la convención constitucional en el plebiscito de salida: continuaría vigente la Constitución de 1980. Y esto fue lo que finalmente ocurrió luego del masivo rechazo del borrador de Constitución en el plebiscito de salida. Esta no era la única solución posible. Se podría haber establecido que en caso de rechazarse el proyecto de nueva Constitución se prorrogaría automáticamente por un periodo adicional el funcionamiento de la convención para que se proponga un nuevo texto. O se podría haber establecido que se disolvería la convención y se elegiría una nueva, de manera similar a lo que se previó en Sudáfrica en la Constitución interina de 1993, o se hizo en Francia en 1946.

Sin embargo, mantener la Constitución de 1980 en caso de rechazo es un resultado que no terminó complaciendo a ningún sector político, ni siquiera a los sectores que en el pasado se oponían al cambio de Constitución. Esta es la consecuencia de que el reemplazo constitucional en Chile fuera pensado sólo para una ocasión y no como un procedimiento general.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCIÓN

La Ley de Reforma Constitucional No. 21.200/2019 reguló varias materias referidas al funcionamiento de la convención. En cuanto a los poderes y funciones de las asambleas constituyentes, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas dejan implícito que será la propia asamblea la que deberá autoregularse, o bien entregar dichas definiciones a la ley de convocatoria en temas puntuales (Costa Rica, Colombia, Paraguay). También hay cartas que asimilan a la asamblea con los procedimientos del congreso (Guatemala y Brasil).

Generalmente, las restricciones a las asambleas o convenciones constituyentes están dadas por los plazos de funcionamiento, que se extienden entre seis meses y un año. Particularmente se señalan otros temas; por ejemplo, en el caso colombiano la actual Constitución reserva al poder constituido, a través de una ley, establecer la forma de elección de los convencionales. En dicha ley se tendrán que definir las competencias, el período y las reglas del proceso electoral en su conjunto para la elección. Otras Constituciones establecieron limitaciones a

la intervención del cuerpo constituyente en el funcionamiento de los cuerpos constituidos o la prohibición de arrogarse atribuciones de éstos. En la Constitución de Panamá, por ejemplo, se establece que la Asamblea Constituyente no puede tomar decisiones retroactivas ni alterar el periodo de los órganos electos. En otras palabras, la asamblea sólo tiene capacidad plena para redactar la nueva Constitución, pero carece de potestad soberana y actúa bajo el imperio de la Constitución vigente hasta tanto ésta sea reemplazada legalmente. En algunos casos, se establece un umbral mínimo de votos para la aprobación del nuevo texto, como mayoría absoluta (Uruguay) o dos tercios de sus miembros presentes (Bolivia). Por último, varias Constituciones subordinan el resultado deliberativo de la Asamblea a un referéndum de ratificación para que la nueva Constitución entre en vigor (Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá y Uruguay).

En el caso chileno, las materias previstas por el legislador han sido variadas. Por lo pronto, el artículo 133 estableció que a los tres días siguientes a la recepción de la comunicación de la sentencia que califica la elección de Convencionales, el presidente de la República deberá convocar a la primera sesión de instalación de la convención, señalando, además, el lugar de la convocatoria. En su primera sesión, la convención debía elegir a un presidente y a un vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.

En cuanto al procedimiento, se estableció que la Convención debía aprobar las normas del nuevo texto y el reglamento por el voto de dos tercios de sus miembros en ejercicio. El mismo artículo 133 señalaba que la convención no podía alterar los quórum ni los procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos. La convención debía constituir una secretaría técnica, la que estaría conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional. Correspondía 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.

La regla de decisión establecida para que la convención aprobara la nueva Constitución es inusual en la mayoría de los procesos constituyentes que se han dado en el mundo. Por razones prácticas, en particular, para producir una

decisión de cambio, las nuevas Constituciones suelen ser aprobadas tanto en sus disposiciones particulares como en su texto general, por regla de mayoría, normalmente absoluta (Gabriel Negretto, 2017, 2020). Sin embargo, varios procesos de reemplazo constitucional realizados en democracia, como los de Sudáfrica, Túnez, Kenia y Nepal, han establecido reglas de decisión supermayoritarias, con el fin de fomentar decisiones consensuales y coaliciones incluyentes de reforma. En estos casos, sin embargo, siempre se han previsto mecanismos de desbloqueo en caso de que no se alcance el umbral requerido.

Una disposición común en cuanto a mecanismos de desbloqueo, incluida en los procesos de elaboración de la Constitución de Sudáfrica y Túnez, es someter el texto final a la aprobación popular si los reformadores no alcanzan la mayoría cualificada requerida. De manera similar, los referendos podrían usarse para la aprobación de disposiciones particulares en disputa en lugar de todo el texto, como en Bolivia. También es común la posibilidad de intervención de comisiones de expertos o políticas para que en caso de desacuerdo y luego de algunas rondas de votación, tengan la capacidad de forjar un texto de compromiso que se someta al pleno para su aprobación o rechazo sin enmiendas, para su aprobación con un umbral más bajo de votos, o para su aprobación por defecto si no se alcanza una mayoría cualificada para rechazar la solución de compromiso. Distintas combinaciones de estos mecanismos se aplicaron en los procesos de elaboración de las Constituciones de Kenia, Nepal y Sudáfrica (Gabriel Negretto, 2021).

Desde este punto de vista, lo peculiar del caso chileno no es tanto que se haya dispuesto que la Constitución debe adoptarse por mayoría calificada, sino la falta de previsión en cuanto a mecanismos de desbloqueo. Este vacío se dio por el potencial conflicto que existía entre sectores de izquierda y de derecha en cuanto a la interpretación del mecanismo de decisión. En tanto la derecha (para preservar su poder de veto) entendía que debían aplicarse los dos tercios para la aprobación de disposiciones en particular y el texto íntegro al final, la izquierda sólo aceptaba la primera interpretación, alegando que el texto vigente no podía continuar como opción por defecto en caso de no alcanzarse el umbral.

El artículo 135 establecía que la convención no podía 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 vigor el nuevo texto en la forma establecida en este epígrafe, la Constitución de 1980 seguiría plenamente vigente, sin que pueda la convención negarle autoridad o modificarla. De conformidad con el artículo 50., inciso primero, de la Constitución, mientras la convención estuviera en funciones, la soberanía residiría esencialmente en la nación y sería 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 la Constitución establece. Quedó 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 reconocía la Constitución.

Más allá de lo procedimental, si bien no se establecieron límites estrictos de contenido ni de principios que debieran seguirse en la redacción de la nueva Constitución, también en este punto se buscó someter el proceso a una regulación previa. El texto de nueva Constitución que se sometiera a plebiscito debía 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.

Otra novedad del proceso chileno tuvo que ver con la definición de una instancia de reclamación de terceros o convencionales ante el incumplimiento del procedimiento de reemplazo antes descrito. Según el artículo 136, se podía reclamar por 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 podía reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Conocerían de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada. La reclamación debía ser suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la convención, y se interpondría ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco

días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado. La reclamación debía indicar el vicio que se alegaba.

Por último, el artículo 137 estableció que el trabajo de la convención debía durar nueve meses, y podría prorrogarse, por única vez, por tres meses más. No fue un plazo irrazonable, aunque forjar acuerdos sobre temas en los que no exista consenso y, sobre todo, el intento de involucrar intensamente a la ciudadanía en el proceso de redacción de la Constitución, lo hizo un tanto restrictivo. Además, el plazo máximo fue rígido por haber sido establecido en la propia Constitución. En los hechos, se dio la extensión prevista de tres meses adicionales, y la convención terminó su cometido a tiempo.

V. LOS REGLAMENTOS DE LA CONVENCIÓN

Una vez instalada la convención el 4 de julio 2021, se dio a la tarea de elegir una mesa directiva y dictar una serie de reglamentos. Estos últimos fueron aprobados después de cerca de tres meses de trabajo, mediante la conformación de ocho comisiones provisorias.⁵ Las comisiones provisorias se dieron tiempo para recibir, en extensas jornadas, audiencias públicas donde las organizaciones de la sociedad civil hicieron sus aportes. Sólo en la Comisión de Reglamento se realizaron más de cien audiencias, que tuvieron que ser sistematizadas para nutrir los informes finales. De las ocho comisiones provisionales, cinco elaboraron textos reglamentarios. Todas estas normativas terminaron fusionándose en cuatro reglamentos: General; de Participación Popular; de Participación y Consulta Indígena; y de Ética y Convivencia.

Los reglamentos establecieron una serie de materias consideradas indispensables para la gestión de la convención, tales como principios rectores que deben ordenar el trabajo de la convención; reglas sobre votaciones y acuerdos (iniciativa, debate, tramitación y votación de las normas constitucionales); deberes y derechos de las y los convencionales constituyentes; incompatibilidades y cesación en el cargo; mecanismos de participación popular e indígena; prevención y sanción de la violencia política y de género, entre otras materias relevantes.

También se regularon siete comisiones temáticas que ordenarían el debate de contenidos:

- Comisión sobre sistema político, gobierno, Poder Legislativo y sistema electoral;
- Comisión sobre principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía;
- Comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal.
- Comisión sobre derechos fundamentales.
- Comisión sobre medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico.
- Comisión sobre sistemas de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional.
- Comisión sobre sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.

Los textos fueron aprobados por amplia mayoría. Particularmente, la propuesta de Reglamento (general) logró la más alta aprobación al ser apoyada por 145 de 155 convencionales.

Con todo, quizá lo más importante de todo este proceso reglamentario se produjo en el debate referido a la ratificación de la regla de los dos tercios como criterio de aprobación del texto constitucional. Ya hemos referido al debate durante la discusión de la ley de reforma constitucional 21.200/2019. Este debate también se prolongó a la constituyente y dividió las posiciones de los convencionales.⁶

Después de diversos intentos iniciales de sectores de izquierda, de impulsar el reemplazo de la regla de dos tercios por una regla de mayoría, la paulatina deliberación de los meses iniciales fue de a poco despejando los prejuicios que existían sobre los acuerdos de noviembre de 2019, y que dieron paso a la ley 21.200/ 2019. Dos visiones pugnarón en este debate: la que vinculaba la regla de los dos tercios con las prácticas autoritarias de la dictadura y la que veía en esta fórmula una garantía para construir amplios consensos. La clave para que esta última posición ganara apoyos fue la conformación de la convención, ya que los resultados de la elección de convencionales llevaron a que en el cuerpo constituyente no existiera ninguna mayoría política que pudiera imponer decisiones, ni una minoría con capacidad de bloquearlas. De esta manera, la regla

de dos tercios se convirtió en la mejor garantía de que todas las voces fueran escuchadas y tomadas en cuenta en las decisiones finales.

Con todo, la ratificación en el reglamento de la regla de los dos tercios no terminó con las diferencias en la convención. Como lo referimos anteriormente, una peculiaridad del proceso constituyente de Chile fue adoptar una regla de mayoría calificada para tomar decisiones, pero ningún mecanismo para superar el bloqueo en caso de que no se alcanzara el umbral. La discusión sobre este tema fue retomada luego que el Reglamento de Participación Popular estableciera como posible mecanismo de desbloqueo convocar a un plebiscito dirimente. Este plebiscito sería convocado para adoptar decisiones frente a las propuestas que no logran concitar el acuerdo de los dos tercios de la convención en el pleno, pero que superaran el apoyo de al menos tres quintos. Esta fórmula, promovida tanto por la izquierda como por sectores independientes, inmediatamente despertó el rechazo del oficialismo y de la oposición de centro. El mecanismo fue visto como una manera de vulnerar la regla de los dos tercios y de imponer las iniciativas que no logren el *quorum* constitucionalmente establecido.

Luego de sucesivos debates, el pleno aprobó finalmente los plebiscitos dirimientes. Lo hizo, sin embargo, con una fórmula que dificultaría mucho su aplicación. En caso de que surgieran propuestas que no obtengan el apoyo de los dos tercios, la iniciativa de convocar una consulta popular requería de una necesaria reforma constitucional que permitiera incorporar al plebiscito dirimente en la Constitución vigente. De esta manera, el debate se trasladaba nuevamente al Congreso Nacional. En los hechos, el mecanismo no fue nunca utilizado.

A pesar de que la convención logró en la discusión de procedimientos mantener el espíritu de consenso que existió en el proceso desde noviembre de 2019, es preciso notar que esto se logró sólo en parte, en virtud de la regulación inicial. La clave para disminuir la polarización fue la dispersión del voto en la elección de la convención, la alta presencia de independientes, y la ausencia de mayorías y minorías sólidas y cohesivas. Esto se debió, por supuesto, al haber adoptado reglas proporcionales de elección, normas de paridad de género, y

haber facilitado la elección de independientes. Pero estos resultados no estaban predeterminados. De hecho, es probable que el grado de conflictividad hubiera sido mayor si la elección, como se preveía, daba como resultado una convención compuesta por amplios sectores de izquierda y centroizquierda, opuestos por una minoría poderosa de derecha.

Sin embargo, fruto de un proceso de redacción descentralizado en una convención mayoritariamente compuesta por independientes y con organizaciones partidarias débiles, donde surgieron varios puntos de conflicto entre las propuestas iniciales de las comisiones temáticas y las votaciones en el plenario. Muchos de los reportes iniciales de las comisiones fueron rechazados en el pleno en gran parte de sus contenidos. Es muy probable que estos conflictos, a pesar de la aprobación final del texto por dos tercios, hayan dañado ante la opinión pública la imagen de la convención y del proceso.

El borrador definitivo se pudo presentar en los plazos comprometidos, en una ceremonia de cierre realizada el 4 de julio de 2022, donde el presidente de la República dictó el decreto que convocaba al plebiscito el 4 de septiembre. El texto definitivo contenía 388 artículos, 11 capítulos y 56 disposiciones transitorias.

Si bien en los meses previos a la culminación del proceso las encuestas venían señalando un creciente apoyo al rechazo de la propuesta, esta última se impuso por un margen mucho mayor al esperado. En el plebiscito, la opción de rechazar la propuesta alcanzó 7.882,958 votos (61.86%), mientras que la aprobación sólo logró 4.860,093 votos (38.14%). Con voto obligatorio, esta votación superó largamente el plebiscito de entrada, ya que participaron 13.021,063 de ciudadanos, equivalente al 85.82% del padrón electoral.

VI. CONCLUSIONES

En la medida en que los procesos constituyentes se desarrollen en contextos democráticos, se hará cada vez más evidente la necesaria convivencia entre órganos constituyentes y legislativos. Es una falencia del constitucionalismo liberal clásico el pensar a los procesos constituyentes como un evento rupturista que no puede ser normado. Si bien ha tenido y tiene aspectos que pueden ser

criticables o mejorables, el constitucionalismo latinoamericano ha sido pionero en distinguir entre mecanismos de reforma y reemplazo y en permitir la sustitución de las constituciones de manera legal.

Someter un proceso constituyente a reglas establecidas de antemano en la Constitución saliente presenta claras ventajas. En primer lugar, puede reducir los costos y el riesgo de negociar las reglas de acuerdo con la distribución del poder partidario del momento y canalizar de manera pacífica las demandas ciudadanas de transformación institucional. También asegura la continuidad legal dentro de un régimen democrático preexistente, y puede servir para generar colaboración y consenso entre los representantes políticos y promover la participación ciudadana. No obstante, es extremadamente difícil someter a una regulación estricta e integral procesos que se desarrollan en contextos cambiantes.

Comparativamente, el modelo chileno de reemplazo constitucional es el intento más detallado y comprensivo de regulación anticipada. Sin embargo, aunque demostró ser útil para encauzar inicialmente el proceso de manera consensual y participativa, también mostró que no es posible definir desde la Constitución todos los detalles del funcionamiento de una convención. Pongamos por caso el umbral de dos tercios que se estableció para la aprobación de la nueva Constitución. Aun si se hubieran creado claros mecanismos de desbloqueo, como en otros procesos, es probable que la aceptación o rechazo posterior de los mismos, hubiera dependido de la conformación final del cuerpo constituyente. Los resultados de la elección de la Convención Constitucional en Chile, más allá de las reglas preestablecidas, fueron producto de la dispersión de preferencias electorales y de la fragmentación partidaria que derivaron de la crisis de representación en el país. Y fue sólo en un contexto sin actores con capacidad de imponer o de impedir decisiones de manera unilateral cómo se favoreció la ratificación de la regla de mayoría calificada.

Nos parece que además la excesiva derivación a normas legales que hace la ley 21.200/2019 no es una técnica adecuada para ser regulada en un texto constitucional permanente. Esto da cuenta de la clara desconfianza que desde el inicio del proceso constituyente chileno tuvieron las elites políticas por una

fórmula general y flexible de reemplazo constitucional. Un proceso democrático de reemplazo constitucional debe considerarse como un conjunto de regulaciones que no pueden resolverse en una única instancia, sino mediante la integración gradual de principios básicos que debe contener la Constitución, reglas operativas generales que se deben incluir en una ley de convocatoria, y finalmente normas de procedimiento específicas que debe establecer el reglamento de la Convención.

Paradójicamente, a pesar de la falta de generalidad y el excesivo celo con que se quiso regular todos los detalles del proceso constituyente, se dejó fuera un aspecto crucial: establecer las consecuencias del rechazo del texto. Ésta será otra lección que deja el fallido proceso chileno. Si la regulación del reemplazo se hace por medio de reglas básicas que se aplican en cualquier evento, como ha ocurrido en otras Constituciones de América Latina, el fracaso de un intento permite activar nuevamente esas reglas. Si en cambio la regulación del reemplazo se hace para un caso particular, como ocurrió en Chile, debería preverse algún mecanismo para que, en caso de fracaso inicial, sea posible continuar con el proceso hasta la sanción de un texto definitivo. La incertidumbre que deriva de la solución propuesta por el inciso final del artículo 142, vale decir, mantener la Constitución vigente, podría activar un escenario de nuevas movilizaciones y procesos fácticos que afectarían la gobernabilidad del país.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARATO, A. (2016), *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000), *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.
- COLON-RIOS, J. (2012), *Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, London, Routledge.
- COLON-RIOS, J. (2020), "Constitution Making Through Law", en Gabriel Negretto (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press.
- CABO MARTÍN, C. de (2003), *La reforma constitucional, en perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta.

- ESCUADERO, M. C. (2021), "Making a Constituent Assembly Possible in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change", *Bulleting of Latin American Research*, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.14198/ambos.21034>.
- GUASTINI, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*. México, UNAM.
- HEISS, C. (2020), *¿Por qué necesitamos una nueva constitución?*, Santiago de Chile: Aguilar.
- HEISS, C. (2021), "Latin America Erupts: Re-founding Chile", *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 3, disponible en: <https://muse.jhu.edu/article/797784>.
- KALYVAS, A. (2005), "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power", *Constellations*, vol. 12, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- KLEIN, C., y Sajó, A. (2012), "Constitution-Making: Process and Substance", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michael Rosenfeld and András Sajó (eds.), Oxford, Oxford University Press.
- LANDAU, D. (2013), "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, núm. 47, disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf.
- LOUGHLIN, M. (2003), *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- NOGUEIRA, H. (2020), "El camino hacia una nueva Constitución", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29125>.
- NEGRETTO, G. (2016), "El Poder constituyente en la tradición constitucional americana. El legado problemático de los escritos federalistas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 3, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300002>.
- NEGRETTO, G. (2017), "Constitution Making in Comparative Perspective", en William R. Thompson (ed.), *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Oxford, Oxford University Press, disponible en: <https://oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-66>.
- NEGRETTO, G. (2018), *Constitution Building Processes in Latin America*, IDEA International, The Hague.
- NEGRETTO, G. (2020), (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University

Press.

- NEGRETTO, G. (2021), "Deepening Democracy? Promises and Challenges of Chile's Road to a New Constitution", *The Hague Journal on the Rule of Law*, disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-021-00158-2>.
- PARLETT, W. (2012), "The Dangers of Popular Constitution-Making", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, disponible en: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=bjil>.
- PARTLETT, W., (2020), "Expanding Revision Clauses in Democratic Constitutions", en Negretto, Gabriel (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press.
- ROSS, A. (1993), "La auto-referencia y un difícil problema constitucional", *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara.
- QUINTANA, J. (2020), *Sírvase conectar: crónica de los acuerdos y desacuerdo desde el estallido social a la pandemia*, Santiago, Catalonia.
- SCHMITT, C. (1982), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad.
- SIEYÈS, E. (1993), *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica.
- SOTO, F. y WELP, Y. (2017), *Diálogos ciudadanos: Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, LOM ediciones.
- SOTO, F. (2014), "Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile", *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100010>.
- ZAGREBELSKY, G. (2000), La Constitución y sus normas, en Carbonell, M. (coord), *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*, México, Porruá-UNAM.

* ORCID: [0000-0002-9196-8759](https://orcid.org/0000-0002-9196-8759). Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Máster en Asuntos Internacionales y Doctor en Ciencia Política por Columbia University. Actualmente es profesor titular y director del Programa de Doctorado del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Email: gabriel.negretto@uc.cl. Este trabajo fue parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N° 1200060: "Constitutional Change and Liberal Democracy in Comparative Perspective"

** ORCID: [0000-0002-9358-5217](https://orcid.org/0000-0002-9358-5217). Abogado, Magister por la Universidad Diego Portales y Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Actualmente es director de Investigación de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, donde se encuentra adscrito al Departamento de Derecho Público, en calidad de profesor asociado. Correo electrónico: fsoto@derecho.uchile.cl. Este trabajo fue parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N°1220103: "Deliberación ciudadana en el proceso legislativo: modelos de "parlamento digital".

- ¹ Aun así, una característica saliente de algunos procesos constituyentes incrementales y prolongados en el tiempo ocurridos en transiciones a la democracia desde 1990, como el de Sudáfrica (1992-1996) y Polonia (1989-1997) ha sido la continuidad legal entre la vieja y la nueva constitución.
- ² En Colombia, por ejemplo, se eligió a la Convención utilizando una fórmula electoral proporcional similar a la usada para el elegir al congreso, pero tomando todo el territorio nacional como un solo distrito, con el fin de hacer más plural la representación.
- ³ El tenor del artículo 130 original señalaba: Tres días después de la entrada en vigor de este artículo, el presidente de la República convocará mediante un decreto supremo exento a un plebiscito nacional para el 26 de abril de 2020.
- ⁴ Esta última ley regula normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena (en adelante Conadi).
- ⁵ Reglamento; Ética; Descentralización, Equidad y Justicia Territorial; Participación y Consulta indígena; Participación Popular y Equidad Territorial; Comisión de Presupuesto y Administración Interior; Comisión de Comunicaciones, Información y Transparencia; y la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición.
- ⁶ También tuvo cierta importancia el debate acerca de la regla de decisión en la comisión temática, donde primó la postura de que éstas adoptaran decisiones por mayoría simple contada sobre los miembros presentes que emitieran un voto expreso.