

ALGUNOS CRITERIOS PARA EL REGLAMENTO DE LA CONVENCION

Sergio Verdugo*

15 de octubre de 2020

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo e investigador del Centro de Justicia Constitucional de dicha casa de estudios. Miembro del Consejo Asesor de Horizontal. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo.

Agradezco los comentarios de José Manuel Astorga y José Francisco García.

ALGUNOS CRITERIOS PARA EL REGLAMENTO DE LA CONVENCION

La presente minuta tiene por objetivo proponer algunos criterios que deberían considerarse en la elaboración del reglamento que la Convención Constitucional o Convención Mixta dictarán para regular sus procedimientos internos. Es relevante que la conversación pública sobre los contenidos del reglamento tenga lugar con suficiente tiempo y en diálogo entre las distintas fuerzas políticas que aspiran a ser parte de la Convención. Esta minuta es el resultado de un esfuerzo inicial que pretende contribuir a dicha conversación.

En primer lugar, explicaré de qué manera el artículo 133 (incorporado por la Reforma Constitucional aprobada por la ley N° 21.200) puede interpretarse para que este no constituya un obstáculo en la elaboración del reglamento. En segundo lugar, argumentaré que el plebiscito de salida no es una herramienta adecuada para resolver las controversias que surjan al interior de la Convención. En tercer lugar, sostendré que el procedimiento utilizado no debe imitar el modo en que funciona nuestro Congreso, al menos no sin las adaptaciones correspondientes. En cuarto lugar, explicaré la importancia de establecer mecanismos de transparencia y participación. En quinto lugar, me referiré a la necesidad de establecer las condiciones que aseguren la existencia de negociaciones genuinas y deliberaciones “hacia dentro” y “hacia fuera” de la Convención. En sexto lugar, explicaré la utilidad de aprobar un acuerdo complementario al reglamento, que se enfoque en algunos contenidos estructurales de la nueva constitución. En séptimo lugar, daré algunas ideas generales sobre el modo como pueden organizarse las comisiones para hacer más factible que la Convención genere un texto consistente.

Por supuesto, los criterios que se proponen en esta minuta no son exhaustivos. Ellos tampoco son propuestas cerradas. Existen distintas maneras de organizar el procedimiento de la Convención y el

objetivo de esta minuta es modesto: iniciar una conversación al respecto.

1. PRIMER CRITERIO: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 133

Un sector ha sugerido que la regla de los dos tercios debe ser utilizada únicamente para aprobar los preceptos constitucionales específicos que se propongan. Dentro de esta posición, algunos han interpretado el artículo 133 sosteniendo que el procedimiento establecido en dicha norma *exige* una votación artículo por artículo (“...deberá aprobar las normas...”). Se agrega que tanto la Comisión técnica como el Congreso habrían considerado y excluido la posibilidad de que la nueva constitución fuera objeto de una nueva votación final que considere al texto en su conjunto. Una versión más radical de esta posición infiere que establecer más de una votación final de las normas y/o del texto, sería contraria al acuerdo político de noviembre del año 2019 y a la Ley 21.200, y que el reglamento no podría contradecirla. Esta sería una manera de asegurar que el nuevo texto sea una “hoja en blanco” y que la Constitución actualmente vigente no operará como regla por defecto. Otro sector ha defendido la necesidad de establecer más de una votación o discusión argumentando que el acuerdo no prohíbe esta posibilidad y que la idea de aprobar las nuevas normas constitucionales “artículo por artículo”, habría quedado fuera de los términos del acuerdo. Dentro de esta posición, algunos sostienen que es una necesidad que el texto se vote como un todo orgánico, de manera de asegurar su coherencia interna.

Si ambas posiciones se presentan como una interpretación jurídica de lo que el artículo 133 *exige* o *prohíbe*, entonces habrá al menos dos consecuencias indeseables: (1) será difícil llegar a un acuerdo para aprobar el reglamento; (2) de dominar una posición sobre la otra,

un sector político importante podría perder la confianza en el proceso. Si no logramos generar cohesión respecto del modo como el proceso se llevará adelante, es posible que se deteriore el clima de acuerdos necesario para el éxito del proceso constituyente.

Lo primero es reconocer que ambas posiciones generan temores. El temor de la primera posición consiste en producir una constitución incoherente, ambigua, y con vacíos excesivos que posibilitarían la utilización de mayorías legislativas simples para dictar normas elementales del sistema político en el futuro. El temor que produce la segunda posición, consiste en que la Constitución actual operaría como regla por defecto si una minoría disciplinada utiliza su poder de veto como instrumento para bloquear el proceso. Para evitar o reducir los temores que generan ambas posiciones y comenzar a generar confianzas, debemos acercarnos al problema con pragmatismo y genuina apertura. Para ello, se requiere de una interpretación jurídica que facilite (y no impida) los acuerdos.

Es altamente probable que quienes redactaron la norma del artículo 133 no llegaron a un verdadero acuerdo sobre el procedimiento, pero sí en el lenguaje que se utiliza¹. Ello podría explicar la existencia de un texto ambiguo que da espacio para que puedan prosperar interpretaciones rivales e ideológicamente interesadas. Esto es común en Derecho Constitucional. Varios autores interpretan este tipo de cláusulas como un tipo de “decisión postergada”² que reflejaría la inexistencia de una voluntad única coherente. Se trataría de una norma que era importante dictarla, aunque no existiera completo acuerdo respecto de su contenido. La necesidad pragmática de avanzar en el acuerdo políti-

co y aprobar la reforma constitucional que regula los detalles del proceso constituyente, habría sido más importante que la necesidad de darle un contenido único al acuerdo en este punto. La decisión procedimental, entonces, habría quedado postergada para llegar a ella cuando el clima político lo permitiera.

Por ello, quisiera proponer que se aceptara la naturaleza del artículo 133 como un *acuerdo incompleto*. Esta interpretación tiene la ventaja de excluir las prohibiciones y las imposiciones en torno al proceso constituyente, salvo por aquellas que están explícitamente establecidas en el texto. Así, no debería argumentarse que una doble discusión o votación es inconstitucional, o que la votación de las normas artículo por artículo necesariamente excluirá revisiones futuras, o que la votación final de un texto completo es una exigencia sin la cual la nueva constitución no podría aprobarse válidamente.

La consecuencia de esta propuesta es dar más espacio para que el reglamento pueda regular las mejores prácticas posibles, sin mayores límites que reconocer la aprobación por dos tercios de (1) el propio reglamento, y (2) de “las normas”. El punto (2) debe resolverlo el reglamento.

Como lo argumentaré más abajo, establecer un acuerdo complementario al comienzo del proceso que define los grandes principios y estructura de la Constitución, puede reducir los temores que generan ambas posiciones. Así, podrá avanzarse en construir un mecanismo de doble discusión que permita elevar las posibilidades de que la nueva constitución posea un contenido coherente, que refleje acuerdos genuinos,

1. Por ejemplo, ver el debate que tuvo lugar al respecto, en el documento que reproduce la *Historia de la Ley 21.200*, pp. 217-219. Mientras algunos, interpretaron la norma indicando que no debe existir una votación final, otros diputados sostuvieron que el asunto quedaba abierto y que sería el reglamento el que lo regularía. El diputado Soto instó a generar un acuerdo para evitar que el problema se judicialice, pero no consta, al menos en esa sesión, un acuerdo específico sobre este punto; el diputado Díaz indicó que la norma “se presta para ambigüedad”; y el diputado Boric propuso utilizar un lenguaje específico relativo a que la votación sea “artículo por artículo” (propuesta que no prosperó), entre otros.

2. Ver, por ejemplo, Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, “Deciding Not to Decide. Deferral in Constitutional Design,” *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 3-4 (2011): 636-72.

que no arriesgue judicializar la política en exceso y que produzca confianzas.

2. SEGUNDO CRITERIO: RECONOCER LOS LÍMITES DEL PLEBISCITO DE SALIDA

Un argumento que se ha utilizado frecuentemente, relativo al procedimiento descrito en el apartado precedente, es que el conflicto interpretativo pone demasiado acento en la Convención y muy poco en el rol que jugará la ciudadanía cuando se manifieste en el plebiscito de salida. Para esta posición, los conflictos que existan en la Convención respecto de la posibilidad de tener o no una votación final o una segunda discusión del texto completo, pueden resolverse en el plebiscito de salida regulado por el artículo 142. Así, por ejemplo, si el órgano constituyente dictara un texto incoherente o con vacíos sensibles, los conflictos que esto pueda suscitar al interior de la Convención podrían ser resueltos, no por una votación final de los convencionales, sino que por la voluntad de la mayoría ciudadana.

Estimo que este argumento tiene debilidades importantes. Si bien el plebiscito de salida puede contribuir a que la nueva constitución sea más o menos aceptada socialmente, dicho plebiscito tiene serias restricciones para poder resolver las tensiones, incoherencias o vacíos existentes. En efecto, y siguiendo el artículo 142, la votación plebiscitaria se limitará a aprobar o rechazar la propuesta y no podrá pronunciarse sobre otras cuestiones. De esta manera, quienes voten en el plebiscito deberán elegir entre alternativas binarias y no tendrán oportunidad para corregir los problemas que presente el texto. Aunque se modificara el artículo 142 para permitir la formulación de dis-

tintas preguntas en el plebiscito de salida, el mecanismo seguiría estando limitado por las falencias propias de este tipo de instrumentos. Los plebiscitos no tienen la capacidad para sustituir las ventajas de la representación³ y las herramientas de la negociación y deliberación como comportamientos dirigidos a encontrar espacios comunes y producir acuerdos. Por el contrario, la existencia de alternativas binarias frecuentemente polariza y radicaliza las posiciones, hace posible un escenario donde ambas opciones son trágicas, no logra hacer visibles las prioridades de la ciudadanía, y no consigue hacerse cargo de las complejidades del problema, entre otras limitaciones que pueden citarse. Por ello, incluso los defensores de las herramientas plebiscitarias normalmente las presentan como complementarias (y no sustitutivas) de los canales representativos⁴.

Por supuesto, de lo anterior no se sigue que los plebiscitos en materia constitucional sean inútiles⁵. Lo relevante, para efectos de esta minuta, es asumir que el plebiscito es una herramienta limitada para resolver los problemas que puede tener un texto constitucional y que existe un riesgo de producir un escenario de elecciones trágicas. De este modo, debemos asegurarnos en el procedimiento interno que la Convención sea la que se encargue de elaborar el mejor texto posible.

3. TERCER CRITERIO: NO IMITAR EL PROCESO LEGISLATIVO SIN ANTES ADAPTARLO

Existirá la tentación de que las reglas procedimentales que se diseñen imiten el modo como opera el Congreso Nacional. Si bien podemos aprender mucho sobre el proceso legislativo chileno, y la experiencia de legis-

3. Existe una abundante literatura discutiendo este punto. Ver, por ejemplo, Sherman J. Clark, "A Populist Critique of Direct Democracy," *Harvard Law Review* 112, no. 2 (1998): 434-82.

4. Por ejemplo, Lynn A. Baker, "Preferences, Priorities, and Plebiscites," *Journal of Contemporary Legal Issues* 13, no. 2 (2004): 317-40.

5. Ver, por ejemplo, Norbert Kersting, "Direct Democracy in Constitutional Processes: The South African Plebiscite of 1992," *South African Journal of Political Studies* 37, no. 1-2 (2010).

ladores en ejercicio o de exparlamentarios puede ser útil para el desarrollo de la Convención, es importante tener presente que la naturaleza y el procedimiento de la Convención deben diferir del que se ha utilizado para el Congreso, al menos por dos razones.

En primer lugar, la Convención, a diferencia del Congreso, es un órgano unicameral. Para poder preservar o estimular las ventajas que traen las estructuras bicamerales, será importante adaptar el procedimiento. Entre dichas ventajas, puede mencionarse la deliberación que produce tener más de una revisión, la identificación de defectos en los proyectos de ley por parte de órganos diferenciados y la posibilidad de generar acuerdos políticos importantes en comisiones mixtas. Para que este tipo de ventajas puedan estar presentes en la Convención, no basta con imitar el procedimiento asociado al trámite legislativo en particular. Es necesario, entonces, pensar en la existencia de un órgano interno que ayude a resolver disputas políticas (como las comisiones mixtas) y en la posibilidad de que los textos sean discutidos y aprobados en más de una ocasión. Así, por ejemplo, el modelo colombiano aseguró la existencia de una doble discusión que podría ser útil para nosotros. Además, más abajo propondré el establecimiento de una Comisión codificadora y de una comisión que pueda identificar infracciones a los límites, reglamento y acuerdo complementario de la Convención.

En segundo lugar, la constitución no es idéntica a un proyecto de ley. Las constituciones pueden tratar ma-

terias de diversa naturaleza que deben ser integradas dentro de un documento único donde las reglas institucionales generarán incentivos y comportamientos que, acumulados, pueden producir consecuencias imprevistas y silencios relevantes. Esto es común que se produzca en proyectos de ley, incluso en países donde las instituciones democráticas funcionan relativamente bien⁶. El problema puede acentuarse tratándose de constituciones elaboradas por órganos constituyentes como la Convención chilena⁷. Ello se debe a que las constituciones suelen tratar diversas materias, siendo difícil generar un principio u obligación de respeto por las ideas matrices de las ideas que se discutan. Un principio u obligación como esa puede ser útil para ordenar la discusión de puntos específicos, asegurando o estimulando la profundidad de la discusión. Lamentablemente, no es fácil imitar el modo como dicho principio u obligación existe en el proceso legislativo chileno actual y trasladarlo al procedimiento de la Convención. Por ello, el diseño del reglamento debe estar preparado para un escenario que estimulará numerosos intercambios de votos entre propuestas diversas.

Lo anterior refuerza la importancia de que los textos producidos al interior de la Convención sean actualizados y revisados para identificar vacíos, defectos e inconsistencias. De este modo, aunque sea difícil generar un texto exento de ambigüedades (después de todo, no conozco constituciones que carezcan normas de contenido controvertible), la Convención debe procurar que el texto, al menos, no incentive la judicialización de la política en el futuro.

6. Por ejemplo, Rosalind Dixon se refiere a los “puntos ciegos” y a las “cargas de inercia” de leyes dictadas por países con democracias estables y consolidadas. Ver Rosalind Dixon, “The Core Case for Weak-Form Judicial Review,” *Cardozo Law Review* 38 (2017): 2193–2232.

7. Existe una literatura que muestra el modo como los constituyentes tienen pocas probabilidades de prever correctamente el modo como se implementarán y aplicarán las disposiciones que ellos dictaron. En India, por ejemplo, las directrices de política social se judicializaron; en Francia, el Consejo Constitucional francés se auto-atribuyó el poder de revisar proyectos de ley sobre base de violaciones a derechos fundamentales, en Ecuador y en Fiji, los derechos sociales fueron utilizados como “sobornos” para maximizar las cuotas de poder del incumbente, y en Japón, la Corte Suprema fracasó en su rol de guardián de la constitución de 1947. Ver Rehan Abeyratne, “Enforcing Socioeconomic Rights in Neoliberal India,” *Minnesota Journal of International Law* 29, no. 1 (2020); Alec Stone, “The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe,” *Policy Studies Journal* 19, no. 1 (1990): 81–95; David S. Law, “Why Has Judicial Review Failed in Japan?,” *Washington University Law Review* 88, no. 6 (2011): 1425–66; Rosalind Dixon, “Constitutional Rights as Bribes,” *Connecticut Law Review* 50, no. 3 (2018).

4. CUARTO CRITERIO: PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y TRANSPARENCIA

Si bien la Convención debe ser capaz de generar deliberaciones “hacia dentro” que garanticen la profundidad y sinceridad del debate (como explicaré en el apartado siguiente), ella debe, además, ser capaz de comunicar “hacia fuera” (mediante mecanismos de transparencia y una política de medios), de representar las distintas visiones existentes en la sociedad y asegurar que diversas perspectivas puedan ser oídas durante el proceso. Entre ellas, es importante oír y hacer partícipe a organizaciones sociales y a expertos.

Ello tiene varias ventajas. Primero, un proceso participativo y transparente puede generar credibilidad frente a la ciudadanía. Segundo, puede hacer que ingresen al debate interno puntos de vista que no fueron tenidos en cuenta o que se encuentran subrepresentados en las distintas comisiones especializadas. Tercero, procesos participativos pueden contribuir a elevar las posibilidades de que la nueva constitución sea aceptada socialmente, sea un texto que goce de autoridad y promuevan una mayor estabilidad y duración de sus normas⁸.

En términos de transparencia, un buen criterio a seguir sería que todas las sesiones del pleno sean transmitidas por *streaming*. Además, como se dice más abajo a propósito de la creación de una Comisión de Medios, Participación y Comunicación, es relevante establecer una política comunicacional para transmitir el trabajo de la Convención, y buscar el modo de explicar las normas que se están discutiendo.

En términos de participación, las comisiones temáticas pueden organizar un período de audiencias públicas, que también pueden transmitirse por televisión y/o por medios digitales, para recibir opiniones de organizaciones sociales y de expertos. Dicho período debe ser regulado, de manera de asegurar (1) que se reciban opiniones y propuestas plurales de diversos sectores de la sociedad, y (2) que ellas puedan presentarse de manera ordenada, mediante un procedimiento predecible que permita organizar un debate respetuoso y de calidad. Para ello, deben diseñarse reglas de inscripción, de tiempos y definir un calendario.

5. QUINTO CRITERIO: DELIBERACIÓN “HACIA FUERA” Y “HACIA DENTRO”.

Uno de los objetivos que debiéramos exigirle a la Convención, es la producción de un texto constitucional consistente internamente, que facilite la política democrática, que asegure la existencia de los mínimos democráticos indispensables y garantice la competencia política⁹. La existencia de esos mínimos democráticos depende, en parte, de la existencia de negociaciones y deliberaciones donde los delegados de la convención puedan identificar espacios comunes. Así, por ejemplo, es más probable que se logre diseñar instituciones de control independientes en procesos constituyentes bilaterales (por oposición a procesos impuestos)¹⁰ y que se establezca una corte constitucional que pueda asegurar los derechos de las minorías políticas que pierdan las elecciones en el futuro cuando partidos que aspiran a competir por el poder se reúnan a negociar¹¹.

8. La literatura ha destacado las ventajas normativas de tener procesos altamente participativos. Además, existe evidencia que sugiere que procedimientos participativos pueden ser beneficiosos para el respeto y duración futura de las constituciones. Por ejemplo, Elkins, Ginsburg y Melton argumentan que es más probable que constituciones diseñadas en procesos inclusivos y con debates amplios puedan conocerse y ser identificadas con la población, mejorando las condiciones para su obediencia futura. Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press, 2009), 78.

9. Los autores utilizan distintos modos de definir dichos mínimos. Desde la idea de las precondiciones de la democracia hasta la existencia de un núcleo básico que garantice la competencia política. Entre otros, ver Rosalind Dixon and David Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core,” in *Assessing Constitutional Performance*, ed. Tom Ginsburg and Aziz Z. Huq (New York: Cambridge University Press, 2016), 268–92.

10. Julio Ríos-Figueroa and Andrea Pozas-Loyo, “Enacting Constitutionalism: The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America,” *Comparative Politics* 42, no. 3 (2010): 293–311.

11. Tom Ginsburg and Mila Versteeg, “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?,” *The Journal of Law, Economics & Organization* 30, no. 3 (2013): 587–622.

Ilustrativo resulta un estudio comparando las experiencias de Venezuela (1999) y Colombia (1991), que sugiere que es más factible alcanzar estructuras favorables a la competencia política y el *accountability* mediante una dinámica interna donde no existan posiciones dominantes y las diversas posturas puedan encontrar espacios comunes¹². Por supuesto, la Constitución colombiana tiene defectos. Pero la experiencia de Colombia, comparada con la de Venezuela, muestra que la lógica de los acuerdos entre políticos pertenecientes a movimientos o partidos rivales, acompañada de mecanismos institucionales de tipo consensual (por ejemplo, con una presidencia compartida tripartita), sumado a un proceso complejo (por ejemplo, con doble discusión), pudieron producir un texto relativamente exitoso¹³.

Si bien los delegados de la Convención no serán ciudadanos independientes con intereses alejados de la política ordinaria, la lógica de los acuerdos y el control recíproco de las facciones al interior de la Convención pueden hacer que el resultado final no sea un mero acuerdo de incumbentes auto-interesados¹⁴, sino que el producto de una negociación donde se identifiquen los puntos comunes y se garantice la democracia. Así, será más posible reducir las posibilidades de que, en el futuro, alguna fuerza política se vuelva hegemónica y ampliar las posibilidades de que las minorías de hoy puedan ser mayorías el día de mañana. Lo relevante, entonces, más allá de arreglos constitucionales específicos (que suelen carecer de un efecto causal inde-

pendiente¹⁵), es el modo como dichas reglas procedimentales interaccionan y las condiciones en que las negociaciones se llevan a cabo.

El objetivo de dichas condiciones es facilitar la negociación y deliberación de las distintas facciones. Existen incentivos para que políticos auto-interesados entreguen argumentos dirigidos más a sus audiencias externas (movimientos que los apoyen, la opinión pública, líderes partidistas, etc.) a que produzcan razones ofrecidas a sus adversarios al interior de la Convención. En otras palabras, la existencia de medios de comunicación y de mecanismos de transparencia durante las sesiones, sumado a la existencia e influencia de las redes sociales, la posibilidad de utilizar mecanismos telemáticos, la asistencia de público y a la sede donde operará la Convención, pueden hacer que los delegados estén más interesados en sus audiencias externas que en comunicarse con los otros delegados. Debemos procurar que dicha realidad no se transforme en obstáculo para la generación de los acuerdos que garanticen el éxito del proceso.

Es importante tener presente que las audiencias externas serán las que, en definitiva, hagan que el texto sea aceptado socialmente, por lo que es importante prestar atención a la sección precedente. Así, la transparencia debe ser la regla general. No obstante, si bien los mecanismos de transparencia y publicidad pueden ser relevantes para que la opinión

12. Ana María Bejarano and Renata Segura, "The Difference Power Diffusion Makes," in *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes*, ed. Gabriel Negretto (Cambridge University Press, 2020), 131–54.

13. "El proceso dio como resultado un texto constitucional balanceado, poco dogmático, incluyente y consensual, aunque a veces ambiguo e incluso incoherente." Ana María Bejarano and Renata Segura, "Reforma Constitucional En Tiempos de Crisis: Lecciones de Colombia y Venezuela," *Revista Latinoamericana de Política Comparada* 1 (2008): 169.

14. Existen autores que justifican la superioridad de las asambleas constituyentes argumentando que ellas no están compuestas por incumbentes, por lo que podrían acercarse más a un ideal de voluntad general. No obstante, no existe evidencia que sugiera que ello sea cierto. Por el contrario, existen el modelo de asamblea constituyente desarrollado por esos autores está expuesto a ciertos defectos que no la hacen necesariamente superior. Ver, por ejemplo, David Landau, "Constitution-Making Gone Wrong," *Alabama Law Review* 64 (2013): 924–80; Gabriel L. Negretto, "Democratic Constitution-Making Bodies: The Perils of a Partisan Convention," *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1 (2018): 254–79, <https://doi.org/10.1093/icon/moy003>.

15. Ver, por ejemplo, Gabriel L. Negretto, "Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules," in *Comparative Constitutional Law in Latin America*, ed. Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (Edward Elgar Publishing, 2017), 17–56.

pública se informe respecto del proceso, genere comentarios, perciba que el proceso es inclusivo, pueda identificarse con el mismo y ofrezca razones para que las normas constitucionales pueden ser ampliamente aceptadas, dichos mecanismos no deben impedir que existan instancias para que los convencionales puedan comunicarse entre sí de manera genuina.

Experiencias como la española (donde hubo una comisión mixta que funcionó de manera reservada), la convención ciudadana irlandesa de 2012 (donde hubo comisiones que sesionaron con votos secretos) y la propia convención de Filadelfia, pueden ser ejemplos útiles para determinar las condiciones que hacen posible una negociación y deliberación genuina que faciliten los acuerdos. Observando este tipo de experiencias, algunos académicos no descartan la conveniencia de que partes de los procesos constituyentes puedan combinar la necesidad de establecer mecanismos de transparencia con la existencia de sesiones confidenciales. Es el caso, por ejemplo, de Jon Elster¹⁶. El mismo texto de Elkins, Ginsburg y Melton, que explicaba las ventajas de tener procedimientos participativos, también sostiene algo similar¹⁷. El objetivo de este tipo de recetas es generar las condiciones adecuadas para que se produzcan acuerdos entre rivales que deben deliberar “hacia dentro” para poder generar las confianzas que hagan ello posible. Por supuesto, este tipo de instancias pueden darse por canales formales y/o mediante reuniones informales.

El lugar donde la Convención sesione tampoco es irrelevante. No es lo mismo sesionar en una sala donde los grupos de interés pueden hacer presión, en un lugar donde la posibilidad de la violencia exista, o en un lugar donde los delegados puedan discutir con tranquilidad, sin temor a represalias, pudiendo ser sinceros entre sí. Si los delegados no son capaces

de comunicarse entre sí y comprender los límites de sus adversarios, les será difícil producir los acuerdos necesarios para alcanzar los dos tercios.

La escasez de cupos para asistir a sesiones con público hace posible que grupos de presión difícilmente representativos de la población general puedan capturar los espacios disponibles. Si dichos grupos amenazan las condiciones que pueden asegurar una deliberación genuina y transparente en las sesiones, ellos pueden terminar condicionando el comportamiento de los convencionales, dañando la legitimidad del proceso y deteriorando las posibilidades de llegar a acuerdos. Lo anterior debe llevarnos a pensar que un uso inteligente de los medios digitales que permitan asegurar la debida transparencia (como el *streaming* de las sesiones del pleno, por ejemplo, indicado más arriba) son alternativas superiores a sesionar frente a una audiencia física.

El objetivo, entonces, es equilibrar la transparencia del proceso con la necesidad de que los convencionales se comuniquen “hacia dentro”. Los medios tecnológicos pueden facilitar dicho balance al hacer posible que se transmitan las sesiones públicamente, y que la opinión pública pueda seguir dichas transmisiones sin la necesidad de incorporar a la sala a aquellos grupos que amenacen la profundidad y sinceridad de los debates.

6. SEXTO CRITERIO: LA IMPORTANCIA DE APROBAR UN ACUERDO ESTRUCTURAL DE CONTENIDOS EN CONJUNTO CON EL REGLAMENTO DE VOTACIÓN

Algunos países han comenzado sus procesos constituyentes aprobando algunas normas o principios ordenadores del proceso. En algunos casos, dichas normas o principios forman parte de una suerte de “constitución interina” y, en otros, ellos son par-

16. ver Jon Elster, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process,” *Duke Law Journal* 45 (1995): 364–96; Jon Elster, “Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies,” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2 (2000): 345–421.

17. Los mismos autores citados sostienen que un grado de confidencialidad en las deliberaciones puede ser útil. Elkins, Ginsburg, and Melton, 79.

te de procesos pactados llevados a cabo por mesas negociadoras donde los participantes puedan hablar como iguales (*roundtables*)¹⁸. Este tipo de normas, que formalizan acuerdos específicos entre los partidos o facciones rivales, pueden ser relevantes para reducir la tensión del proceso, generar confianzas entre los delegados y hacer más posible que el texto final sea respetado al hacer más visibles las posibles infracciones. Así, los miedos identificados cuando expliqué el primer criterio, pueden ser controlados mediante un acuerdo complementario celebrado al interior de la Convención.

Dicho acuerdo no comenzará desde una “hoja en blanco”. El artículo 135 ya establece algunos límites que pueden ser interpretados como parte del mismo. No obstante, dichos límites son todavía insuficientes para reducir las tensiones y avanzar en un procedimiento que genere confianzas. Por ello, sería útil que dichos límites sean complementados al interior del proceso mediante una negociación y votación llevada a cabo al interior de la Convención. La necesidad de complementar estos principios obedece a dos razones: En primer lugar, ellos no dan cuenta de los contenidos estructurales o principios que un acuerdo debiera prever para determinar el tipo de constitución que se aprobará y los contenidos elementales (como la forma de gobierno) y capítulos de la misma. En segundo lugar, varios de estos límites son de difícil judicialización (ver artículo 136) y está prohibido reclamar ante la Corte Suprema sobre el texto en elaboración, lo que hace imposible importar el modelo sudafricano (que incluyó la revisión de una Corte, que se aseguró que los principios sustantivos de la nueva constitución respetaran los acuerdos previos). Sin perjuicio de ello, lo más probable es que el respeto a los límites

existentes dependa, en gran medida, del poder de veto que algunos actores al interior de la Convención puedan invocar.

Es posible, a mi juicio, que pueda diseñarse un modelo de acuerdo que respete el marco elaborado por la Ley 21.200. Dicho modelo debiera formalizar un acuerdo complementario al reglamento, aprobado en conjunto con el mismo, que determine los contenidos mínimos que la Constitución va a tener relativos a la forma de gobierno y al marco general del sistema político, entregue certeza acerca de los capítulos que ella deberá seguir, e incluso ofrezca un índice tentativo de la nueva constitución¹⁹. Así, la discusión sobre los contenidos mínimos de la nueva constitución se llevará a cabo de manera simultánea con el debate sobre el reglamento. Dichos contenidos mínimos serán, para todos los efectos, el objeto de la primera discusión que tendrá la Convención. Una ventaja que tiene esta estrategia, es que ella permitirá comprometer a las distintas facciones con acuerdos “macro” que condicionarán y guiarán la existencia de acuerdos “micro”. Así, por ejemplo, una definición sobre la forma de gobierno que se quiera adoptar (ya sea un modelo semipresidencial u otro) condicionará y orientará el trabajo de las comisiones encargadas de proponer textos sobre el capítulo del “Congreso” o del “Gobierno”.

Para resolver las tensiones que puedan suscitarse por una eventual infracción tanto a los límites sustantivos (los que no son reclamables ante tribunales externos a la Convención) como para identificar posibles vulneraciones del acuerdo marco que acompañará el reglamento, podría crearse una Comisión encargada de supervigilar el trabajo del resto de las comisiones. Así, por ejemplo, si una comisión está aprobando una

18. Para una defensa de este tipo de procedimientos, ver Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (Oxford University Press, 2016); Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (Cambridge University Press, 2017).

19. De acuerdo al documento, *Principios Constitucionales, del Constitutionmaker* de la Organización de Naciones Unidas, agosto de 2014, en términos generales, los principios constitucionales podrían abordar: (i) el contenido de la constitución que se espera como resultado (normalmente enfocándose en los temas más divisivos y/o fundamentales, como el sistema de gobierno, la distribución de poder, las fuentes del derecho, los derechos fundamentales, etc.); y/o (ii) cómo ha de llevarse el proceso (para asegurar la participación, la inclusión, la transparencia, la oportunidad, etc.).

norma que potencialmente pueda considerarse como violatoria de un tratado internacional, la Comisión encargada de identificar posibles infracciones podrá revisarla y proponer una solución que sea aceptable para todas las partes y facciones correspondientes.

7. SÉPTIMO CRITERIO: UNA ESTRUCTURA SIMPLE, ORDENADA Y QUE FACILITE LOS ACUERDOS

El modo como la Convención se organice debe facilitar que las distintas partes de esta puedan coordinarse de manera eficaz, promoviendo canales expeditos de comunicación que no transformen el proceso en una instancia excesivamente compleja²⁰. El Reglamento debería dar certeza de lo anterior, y regular las funciones y atribuciones de, al menos, el pleno y las comisiones.

El pleno es el órgano superior de la Convención, integrado por todos los convencionales. En su primera sesión, el pleno deberá elegir a un Presidente y a un Vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio (artículo 133), lo que ocurrirá antes de la aprobación del reglamento. Asimismo, la Convención (y no el Presidente) constituirá una secretaría técnica. Dicha secretaría cumplirá un rol importante en asegurar la operatividad de la Convención y la coordinación y establecimiento de las distintas comisiones. Ella debe estar compuesta por personas que entreguen garantías transversales a las diversas facciones representadas en la Convención. Si los convencionales acuerdan que sea el Presidente de la Convención quien proponga a los miembros de la secretaría, entonces deben procurar generar un acuerdo político que asegure que la misma operará con equilibrios internos, y que estará compuesta por personas idóneas.

En cualquier caso, es la Convención la que “deberá constituir” la secretaría (artículo 133).

El Reglamento debe definir tantas comisiones como capítulos vaya a tener la Constitución. Como el Reglamento será aprobado, esperamos, en conjunto con un acuerdo que se refiera a la estructura de la Convención, será dicha estructura la que defina las materias que tratará cada una de ellas. Además, el reglamento podrá crear al menos dos comisiones permanentes adicionales (adicionalmente a la Comisión que monitoree y proponga soluciones a eventuales infracciones a los límites y acuerdo complementario, explicada más arriba): la Comisión de Armonización, y la Comisión de Medios, Participación y Comunicación.

La Comisión de Armonización cumplirá dos funciones en etapas distintas. Durante el trabajo de las comisiones y antes de que el pleno vote alguna norma, la Comisión deberá revisar que no se produzcan discrepancias o tensiones entre las comisiones, vigilando que no exista duplicidad de funciones. Coordinará la asignación de las distintas materias y recibirá las diferentes propuestas que se vayan aprobando. En caso de identificar una tensión o duplicidad, propondrá una alternativa para solucionarla. Luego de que los textos vayan siendo aprobados por las respectivas comisiones y la Convención, la Comisión de Armonización irá tomando nota de los mismos. Luego, redactará los textos respectivos en un documento único, y propondrá a la Convención textos consistentes que integren el trabajo hecho por las otras comisiones. Así, La Comisión de Armonización será el principal redactor de la nueva Constitución. Deberá contar con la asesoría de constitucionalistas y otros expertos, y

20. Como afirma Lucas Sierra, comparando las experiencias del proceso de elaboración de las Constituciones boliviana y colombiana “Lo que llama la atención entre ambas, no obstante, la diferencia numérica, es la relativa sobriedad de la estructura e integración de la colombiana frente a la exuberancia y complejidad de la boliviana, con una Directiva de 11 miembros, cuatro Vicepresidencias, seis Secretarías y 22 Comisiones Permanentes (aunque, como ya se ha apuntado, la AC de Venezuela también tuvo 22). Quizás esta diferencia tiene algo que explicar sobre el hecho de que la AC colombiana cumplió su cometido dentro de plazo, mientras que la de Bolivia se excedió tras múltiples problemas de funcionamiento. Sierra, Lucas, *Estructura de Asambleas Constituyentes en América Latina: ¿Qué se puede aprender?*, Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos, edición digital N° 549, octubre 2020, pp.8.

estarán representados todas las facciones de la Convención, velando por una integración pluralista e inclusiva. Adoptará sus acuerdos por dos tercios y, en caso de no ser posible alcanzar dicho quórum, se podrá crear otro Comité para resolver el desacuerdo y proponer una solución. La Comisión de Armonización podrá establecer sesiones confidenciales en caso de que sea necesario para resolver discrepancias que bloqueen la generación de acuerdos.

El Comité de Medios, Participación y Comunicación estará encargado de proponer y supervisar el programa de difusión y participación ciudadana que la Convención pueda acordar, establecer una política para relacionarse con los medios de comunicación, controlar las tareas administrativas que la Secretaría desarrolle en relación con su área de interés y ordenar la creación de canales de difusión en las redes sociales

u otros medios que se determine. Deberá diseñar una política que le permita a la Convención comunicar sus actividades y contenidos a la población y proponer canales de transparencia y participación ciudadana.

Sin perjuicio de lo anterior, el pleno debe mantener la facultad de crear otras comisiones adicionales si fuera necesario. Dichas comisiones pueden estudiar materias nuevas que aparezcan, constituirse para resolver conflictos que parezcan irreconciliables, para estudiar una modificación al reglamento si ello fuera adecuado, o para cumplir otras funciones que se juzguen necesarias. Aunque es esperable que la propuesta para crear comisiones adicionales venga normalmente de la Comisión de Armonización, no se ven inconvenientes para que otras autoridades, como el Presidente de la Convención, puedan proponer la creación de comisiones adicionales.