



# Reflexiones sobre rigidez constitucional y democracia: pasado, presente y futuro en Chile

Reflections on Constitutional Rigidity and Democracy: Past, Present, and Future in Chile

Reflexões sobre rigidez constitucional e democracia: passado, presente e futuro no Chile

Vicente Aylwin Fernández\*

\* <https://orcid.org/0000-0002-9148-0016>. Universidad Pompeu Fabra, España. vicente.aylwin01@estudiant.upf.edu

---

Recibido: 09/05/2023. Enviado a pares: 17/05/2022  
Aceptado por pares: 26/02/2024. Aprobado: 26/02/2024

DOI: [10.5294/dika.2024.33.1.5](https://doi.org/10.5294/dika.2024.33.1.5)

---

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Vicente Aylwin Fernández, “Reflexiones sobre rigidez constitucional y democracia: pasado, presente y futuro en Chile”, en *Dikaion* 33, 1 (2024), e3315.  
DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2024.33.1.5>

## Resumen

Este trabajo reflexiona sobre la relación que existe entre cambio y estabilidad constitucional a partir del caso chileno. El artículo gira en torno a las siguientes preguntas: ¿cómo se relacionan rigidez constitucional y democracia?, ¿cómo se articuló dicha relación en el constitucionalismo chileno reciente? En este artículo argumento que existe un tipo de rigidez contramayoritaria que hace difícil acomodar constitucionalismo y democracia. Sugiero que el modelo chileno se caracterizó por este tipo de rigidez, lo que contribuyó a generar una crisis constitucional que dio paso a dos procesos constitucionales fallidos. A pesar de ello, sostengo que la Constitución vigente ha experimentado un cambio fundamental que se expresa en su flexibilización. Finalmente, reflexiono sobre las posibilidades institucionales del cambio constitucional participativo, ello, a partir de un análisis crítico del modelo de reforma contenido en la propuesta constitucional de 2022.

## Palabras clave

Democracia constitucional; rigidez constitucional; reforma constitucional; autogobierno; derechos fundamentales; participación.

## **Abstract**

This paper reflects on the relationship between constitutional change and stability based on the Chilean case. The article revolves around two questions: How do constitutional rigidity and democracy relate? How was this relationship established in recent Chilean constitutionalism? In this article, I argue that a type of counter-majoritarian rigidity makes it challenging to accommodate constitutionalism and democracy. I suggest that the Chilean model was characterized by this rigidity, which generated a constitutional crisis that led to two failed constitutional processes. Despite this, the current Constitution has undergone a fundamental change expressed in its flexibilization. Finally, I reflect on the institutional possibilities of participatory constitutional change based on a critical analysis of the amendment model in the 2022 constitutional proposal.

## **Keywords**

Constitutional democracy; constitutional rigidity; constitutional amendment; self-government; fundamental rights; participation.

## Resumo

Neste artigo, reflito sobre a relação entre mudança e estabilidade constitucional com base no caso chileno. O artigo gira em torno das duas seguintes questões: como a rigidez constitucional e a democracia se relacionam? Como essa relação tem sido articulada no recente constitucionalismo chileno? Neste artigo, argumento que há um tipo de rigidez contramajoritária que dificulta a acomodação entre constitucionalismo e democracia. Sugiro que o modelo chileno foi caracterizado por esse tipo de rigidez, o que contribuiu para uma crise constitucional que levou a dois processos constitucionais fracassados. Apesar disso, argumento que a Constituição atual passou por uma mudança fundamental que se expressa em sua flexibilização. Por fim, reflito sobre as possibilidades institucionais de mudança constitucional participativa, com base em uma análise crítica do modelo de reforma contido na proposta constitucional de 2022.

## Palavras-chave

Democracia constitucional; rigidez constitucional; reforma constitucional; autogoverno; direitos fundamentais; participação.

Sumario: Introducción. 1. Constitucionalismo y democracia. 1.1. La rigidez constitucional y su justificación. 1.2. Rigidez y supremacía constitucional. 1.3. Precompromiso, mayorías y minorías. 2. Cambio constitucional y democracia. 2.1. Autogobierno contemporáneo y reconstitución democrática. 2.2. La objeción democrática a la rigidez constitucional. 2.3. Mecanismos de reforma constitucional y su potencial democratizador: posibles caminos y sus limitaciones. 3. Rigidez constitucional y democracia en Chile. 3.1. Breve revisión de la evolución de las normas de reforma constitucional en Chile. 3.2. Estallido social, fracaso constitucional y flexibilización de la Constitución vigente. 3.3. Las reglas de reforma constitucional de la propuesta de 2022: una revisión crítica. 4. Epílogo: el fracaso constitucional de 2023. 5. Reflexiones finales. Bibliografía.

## Introducción

La crisis constitucional chilena es una buena ocasión para reflexionar sobre la relación entre cambio y estabilidad constitucional.<sup>1</sup> Se trata de una compleja relación que está determinada, en parte, por los mecanismos formales de reforma constitucional, y, en parte, por una serie de otras instituciones y prácticas sociales, políticas y jurisdiccionales –vinculadas con cambios informales y *mutaciones constitucionales*–, así como también por una cierta “cultura constitucional”.<sup>2</sup> Este artículo se enfoca principalmente en la primera dimensión, aunque necesariamente se extiende hacia otros ámbitos, en especial, a la relación que media entre rigidez y justicia constitucional.

El artículo se estructura del siguiente modo. En la primera parte se desarrolla el concepto de rigidez constitucional y su justificación, para luego explorar su relación con el concepto de democracia y los desafíos que dicha relación plantea. Ello supone dilucidar la forma en que se conjugan los valores de estabilidad constitucional y apertura al cambio constitucional como garantía de autogobierno, lo que se expresa en decisiones concretas sobre diseño institucional, por ejemplo, respecto de quiénes pueden iniciar la reforma constitucional, quiénes pueden participar de ella, bajo qué procedimientos, sujetos a qué límites y bajo qué mecanismos de control. En la segunda parte se presenta la objeción democrática a un cierto tipo de rigidez constitucional, para luego examinar el potencial democratizador de las reglas de cambio constitucional y de sus limitaciones. En la tercera parte se expone brevemente la evolución de los mecanismos formales de cambio constitucional en Chile, y se examina la crisis constitucional que culminó con un cambio fundamental, a saber, la flexibilización de la Constitución vigente. En seguida, se efectúa un examen crítico del modelo de reforma contenido en el proyecto constitucional de 2022,

1 Chile representa un caso excepcional en el mundo. En primer lugar, porque su transición democrática se caracterizó por mantener el orden constitucional de la dictadura bajo un esquema constitucional rígido, el que, a pesar de lo anterior, se fue transformando lenta y progresivamente. Y, en segundo lugar, porque a pesar de los ingentes esfuerzos por reemplazar la Constitución, aparece como el único caso histórico en que se han rechazado sucesivamente dos proyectos constitucionales sometidos a plebiscito.

2 Tom Ginsburg y James Melton, “Does the constitutional amendment rule matter at all?: Amendment Cultures and the challenges of measuring amendment difficulty”, *International Journal of Constitutional Law* 13, 3 (2015), pp. 686-713.

con el fin de reflexionar sobre las posibilidades institucionales del cambio constitucional participativo.

En cuanto a la metodología, este trabajo acude a la teoría crítica reflexiva y a teoría crítica aplicada. Es decir, parte de la base de ciertas teorías normativas de la democracia desde las cuales es posible revisar críticamente los arreglos constitucionales chilenos, para luego, desde ahí, proyectar ciertas reflexiones de alcance general.<sup>3</sup>

## 1. Constitucionalismo y democracia

Constitucionalismo y democracia son conceptos en tensión.<sup>4</sup> Mientras la democracia descansa en el procedimiento mayoritario para la toma de decisiones colectivas, el constitucionalismo supone la limitación del poder político con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos fundamentales.<sup>5</sup> La democracia constitucional, entonces, descansaría simultáneamente sobre ambos principios. Siguiendo a Bayón y, desde la perspectiva de la articulación institucional del constitucionalismo, es posible identificar tres de sus elementos constitutivos. En primer lugar, la existencia de derechos fundamentales que se erigen como límites materiales al poder normativo del legislador democrático. En seguida, y para hacer jurídicamente efectivos estos límites, aparecen otros dos, a saber, la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad. En su conjunto, estos elementos imponen –en mayor o en menor medida– restricciones al procedimiento democrático,<sup>6</sup> y generan lo que desde Bickel en adelante se conoce como la dificultad contramayoritaria.<sup>7</sup> Según describe claramente Ruiz Miguel, el argumento podría resumirse así:

... la combinación de la rigidez y del control de constitucionalidad excluye la posibilidad de que los ciudadanos, por sí mismos o a través de sus representantes, deliberan y decidan democráticamente, conforme a la regla de la mayoría, sobre cualquier asunto que les afecte, incluido el alcance que deba darse a los distintos derechos civiles y políticos.<sup>8</sup>

Aunque es posible encontrar teorías que niegan la referida tensión, ellas lo hacen al costo demasiado elevado de subsumir la democracia en el constitucionalismo.<sup>9</sup> Como muestra Bayón, existen dos caminos argumentativos que

---

3 Simone Chambers, "Methods of theorizing", en Selen Erca, Hans Asenbaum, Nicole Curato y Ricardo Mendonça (eds.), *Research Methods in Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 29.

4 Cfr. Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, trad. de Mónica Utrilla, 2012; Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

5 Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

6 *Ibid.*, pp. 414 y ss.

7 Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16.

8 Alfonso Ruiz Miguel, "Constitucionalismo y democracia", *Isonomía* 21 (2004), p. 67.

9 Roberto Gargarella, "Comentarios entre iguales: primeros argumentos", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* 11, 14 (2023), p. 383.

permiten afirmar que la tensión referida es solo aparente, ninguno de los cuales está exento de problemas de fundamentación. El primero de ellos es de carácter conceptual:<sup>10</sup> el concepto de democracia no puede ser entendido como puro mayoritarismo, sino que debe necesariamente incorporar en su definición la existencia de derechos fundamentales.<sup>11</sup> Si esto es así, la “democracia sería en sí misma el fundamento de la limitación del poder de la mayoría”.<sup>12</sup> El problema de este tipo de argumentación es que no estaría tomando en serio que la democracia constitucional es un ideal complejo compuesto por dos fuentes de legitimación, a saber, el derecho de los ciudadanos de participar en pie de igualdad en la toma de decisiones colectivas, y el de respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual de los ciudadanos.<sup>13</sup> Ambos serían elementos igualmente importantes o, en términos de Habermas “cooriginales”<sup>14</sup>. De ahí se sigue que no cualquier decisión mayoritaria sería valiosa por sí sola, pues, como advierte Waldron, nadie cree que un grupo de personas tenga derecho a imponer una decisión a los demás simplemente porque haya más individuos a favor que en contra. Para que la decisión mayoritaria tenga “valor” es necesario que se cumplan una serie de prerequisites, entre ellos –y como mínimo– que existan derechos de libertad de expresión y libertad de asociación.<sup>15</sup> Sin embargo, cuales han de ser esas condiciones es una cuestión sobre la que existe desacuerdo. De aquí se deriva el problema conocido como la “paradoja de las precondiciones de la democracia”.<sup>16</sup> Si estas precondiciones han de ser demasiado extensas, entonces, como advierte Nino, quedarían “muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia”.<sup>17</sup> En fin, si reconocemos que existen dos criterios igualmente esenciales e irrenunciables, la cuestión primordial debe ser la pregunta respecto de cómo acomodarlos. Hacer colapsar ambos principios en un concepto armónico de democracia es tan solo una forma de esconder el problema. El segundo camino que identifica Bayón, el que me parece indisolublemente conectado con el anterior, remite a la idea de que la democracia constitucional, como sistema político y jurídico de organización, supone la existencia de derechos infranqueables e indisponibles para el poder democrático.<sup>18</sup> El problema de este tipo de argumentación es, por una parte, que existe un desacuerdo persistente respecto de cuáles deben ser estos límites, y, por la otra, que no ofrece una respuesta (o una “teoría de la autoridad”) a la pregunta respecto de quién y cómo debe determinar estos límites,

10 James Fishkin, “Deliberative democracy and constitutions”, *Social Philosophy and Policy* 1 (2011), p. 242. Lleva la razón este autor cuando afirma: “lo que esperamos de las constituciones depende de lo que esperamos de las democracias. Dependiendo de nuestra teoría de la democracia, es plausible que tengamos nociones muy diferentes sobre cómo deben fundarse las constituciones y cómo deben cambiar”.

11 Algunas de las teorías más prominentes asociadas con esta posición pueden encontrarse en Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013; y Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2016.

12 Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 418.

13 *Idem*.

14 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press, 1996, pp. 122-127.

15 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 283.

16 Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 428.

17 Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 193.

18 Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 428.

sea en el momento constituyente o en el momento de la reforma constitucional. En definitiva, si ambos principios legitimadores han de ser considerados como valiosos, la cuestión central girará en torno a cómo acomodarlos en un “diseño institucional coherente”.<sup>19</sup>

## 1.1. La rigidez constitucional y su justificación

Uno de los elementos del constitucionalismo que pone de manifiesto la tensión entre constitucionalismo y democracia es la rigidez constitucional. Según la famosa distinción introducida por James Bryce, hay rigidez constitucional cuando la reforma de la Constitución está sujeta a procedimientos de reforma más exigentes que aquellos establecidos para el procedimiento de formación de las leyes.<sup>20</sup> La rigidez es un concepto que admite graduación. En efecto, puede haber mayor o menor rigidez dependiendo de distintos factores tales como el número de instituciones que participan de la reforma constitucional, las mayorías necesarias para la misma o la exigencia de participación popular en el proceso.<sup>21</sup> Ahora bien, la rigidez puede ser de dos tipos, a saber, mayoritaria o contramayoritaria.<sup>22</sup> En efecto, lo que define el concepto de rigidez es la existencia de unos requisitos procedimentales distintos y más exigentes para la reforma constitucional, como podrían ser la ratificación popular mediante un referéndum, un mecanismo de consenso intertemporal bajo la forma de una cláusula de enfriamiento,<sup>23</sup> la participación de comisiones expertas o la formación de una convención constituyente. Como se observa, se trata de mecanismos que no son en esencia contramayoritarios, como sí lo son aquellos que “atrincheran” una disposición por medio del establecimiento de quóruns calificados de carácter supramayoritario.<sup>24</sup> Para Linares, mientras la rigidez supramayoritaria llevaría envuelta la idea de que el voto de las minorías “pesa más”, y de que favorece el mantenimiento del *statu quo* en favor de dichas minorías, la rigidez mayoritaria trataría igual a todos los votantes cuanto honra la igual dignidad política y sería neutral respecto de las eventuales mayorías y minorías de la generación actual.<sup>25</sup> Pues bien, esta clasificación no debe llevarnos a confundir o identificar la rigidez mayoritaria con la idea de constitución flexible. Para que exista flexibilidad, el procedimiento de reforma constitucional debe ser el *mismo* que el procedimiento de sanción de las leyes. En todo caso –como muestra Linares– la rigidez mayoritaria puede ser, a su vez, débil o fuerte. Cuando es fuerte, la reforma puede ser muy difícil de alcanzar, lo que ocurre, por ejemplo, cuando la reforma constitucional

19 *Ibid.*, p. 422.

20 James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York, Oxford University Press, 1901.

21 Víctor Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000), pp. 30-32.

22 José Luis Martí, “Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word”, *Ratio Juris* 27, 4 (2014), p. 554.

23 Francisco Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001), pp. 466-468.

24 Martí, “Is constitutional rigidity the problem?”, *op. cit.*, p. 554.

25 Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 58.



requiere de la aprobación de la mayoría absoluta en ambas cámaras del Congreso seguida de un referéndum popular.<sup>26</sup>

Con independencia de su clasificación, el fin de las distintas formas de rigidez es el mismo: dificultar el cambio constitucional (en ocasiones, hasta el punto de hacerlo imposible en la práctica, como en el caso del artículo V de la Constitución de Estados Unidos).<sup>27</sup> Hay que considerar, además, que algunas constituciones introducen cláusulas pétreas o de intangibilidad con el fin ya no dificultar, sino directamente de impedir su modificación, sustrayendo ciertas cuestiones del debate democrático.<sup>28</sup> Cabe preguntarse, entonces, ¿qué justifica la rigidez constitucional o la irreformabilidad? La pregunta es relevante, especialmente en vista de que un alto grado de rigidez puede producir con el tiempo una disociación entre el contenido material de la Constitución y el consenso mayoritario que sostiene una determinada comunidad política.<sup>29</sup> Esto es, producir un “distanciamiento suicida entre la normativa constitucional [...] y la vida política efectiva”<sup>30</sup> o, en casos más drásticos, como temía Dicey, la revolución.<sup>31</sup>

## 1.2. Rigidez y supremacía constitucional

Según una primera línea argumentativa, el constitucionalismo moderno descansa en la idea de que existe un cuerpo normativo –típicamente escrito– denominado Constitución, que se encuentra ubicado, conforme a un criterio jerárquico, por sobre las leyes.<sup>32</sup> Por una parte, la rigidez constitucional pareciera ser necesaria para asegurar la distinción conceptual entre constitución y ley y, por la otra, para asegurar el principio de supremacía constitucional. En este sentido, la rigidez introduce o implica el concepto de jerarquía. Si constitución y ley pudiesen ser modificadas con la misma facilidad, solo sería posible hablar de supremacía en un sentido débil o mínimo pero, como diré, todavía relevante. Como explica Turégano en un trabajo dedicado a Prieto Sanchís, este autor sostenía que la idea de flexibilidad era perfectamente compatible con la idea de supremacía constitucional, puesto que “la posibilidad de cambiar democráticamente la Constitución no quiere decir que los representantes del pueblo estén autorizados para violar las disposiciones de la Constitución vigente”, de modo que para asegurar la distinción bastaría la “mera exigencia de que la reforma sea un acto expreso y deliberado”.<sup>33</sup>

26 *Idem.*

27 Cfr. Richard Albert, “The world’s most difficult constitution to amend”, *California Law Review* 110, 6 (2022).

28 Cfr. Silvia Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

29 Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 33.

30 Pedro de Vega García “La reforma constitucional como defensa de la constitución y la democracia”, *II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2006, p. 15.

31 Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Arizona, Liberty Classics, 1982, p. 68.

32 Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 160 y 220.

33 Isabel Turégano, “La idea de poder constituyente y la supremacía y rigidez constitucionales”, en *El compromiso constitucional del iusfilósofo: homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra Editores, 2020, p. 519-520.

Otros autores, sin embargo, consideran que sin rigidez supramayoritaria no es posible hablar de supremacía constitucional. Así, para alguien como Ferrajoli, una Constitución de este tipo no sería realmente una Constitución, sino una ley ordinaria, con independencia del nombre con que se le designare.<sup>34</sup> Como señala Ramírez Cleves, para que una Constitución sea considerada como tal debe ser “el centro del sistema”, esto es, debe ser suprema, lo que solo puede lograrse a través de la “consagración del control de constitucionalidad de las leyes y la agravación en los procesos de reforma dentro de la normatividad constitucional”.<sup>35</sup> La cuestión central, me parece a mí, girará en torno al modo de agravación de dicho procedimiento.

### 1.3. Precompromiso, mayorías y minorías

Más allá de que la rigidez sirva como criterio para asegurar la distinción conceptual entre Constitución y ley, el establecimiento de mecanismos agravados para la reforma responde también a la especial fuerza normativa de la Carta. En efecto, ella aparece como la norma suprema y fundante del ordenamiento jurídico que distribuye el poder y consagra los principios fundamentales y los derechos individuales que se erigen como límite al legislador.

Desde este punto de vista, la rigidez impediría que las “mayorías pasionales” modifiquen a su favor –y en desmedro de las minorías– las normas fundamentales del sistema. En este esquema, los derechos servirían como “cartas de triunfo”<sup>36</sup> frente a las mayorías, que definen el límite de lo que puede ser decidido. Así, los derechos marcan el “coto vedado”<sup>37</sup> o definen la “esfera de lo indecible”.<sup>38</sup> Algunos intentos por justificar estos rasgos del constitucionalismo podemos encontrarlos en la teoría del precompromiso de Elster, o bien en el dualismo de Ackerman. De acuerdo con el primero, la mayoría que establece la Constitución decide limitarse a sí misma (atándose al mástil, como Ulises), para que cuando se escuchen los cantos de sirena de la intolerancia o del autoritarismo, el pueblo, aunque quiera, no pueda seguirlos.<sup>39</sup> Conforme al segundo, existe una serie de principios y derechos que deben ser especialmente protegidos por ser fruto de un momento extraordinario o “momento constitucional”, esto es, bajo un contexto de especial movilización, deliberación y ejercicio de la razón pública.<sup>40</sup>

34 Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2016, p. 24.

35 Gonzalo Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Externado, 2005, p. 493.

36 Ferrajoli, *Principia iuris*, op. cit., p. 24.

37 Ernesto Garzón Valdés, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía* 12 (2000), pp. 7-34.

38 Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, op. cit., pp. 773 y ss.

39 Jon Elster, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, trad. de Juan José Utrilla, 1989.

40 Bruce Ackerman, *We the people 1: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

Como es del todo evidente, ninguna de estas teorías sería útil para explicar la rigidez de una Constitución creada en condiciones no democráticas.<sup>41</sup> En esas condiciones, ni la mayoría decide limitarse a sí misma, ni la creación constitucional obedece a un momento de especial movilización popular y ejercicio de la razón pública. Más bien, lo que puede explicar este tipo de situaciones es la idea del “segundo Elster”, de acuerdo con la cual en política nadie trata de atarse a sí mismo, sino de atar a otros.<sup>42</sup> En la misma línea, nos dice Laporta que “el contenido de lo que se protege no es, pues, lo racional frente a las pasiones, sino que muy bien puede ser al revés, lo pasional e interesado de los constituyentes se blinda frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas”.<sup>43</sup> Desde esta perspectiva surge la posibilidad de aparición –como advierte notablemente Robert Dahl– de la tiranía, no ya de las mayorías, sino de las minorías.<sup>44</sup>

## 2. Cambio constitucional y democracia

### 2.1. Autogobierno contemporáneo y reconstitución democrática

La noción de democracia constitucional supone la idea de que los ciudadanos tienen el derecho a revisar su Constitución. Esta idea apareció muy claramente en los albores del constitucionalismo moderno. Ya en 1789 Jefferson proclamaba que ninguna sociedad podía hacer una Constitución perpetua: la Constitución debía pertenecer a las generaciones vivas.<sup>45</sup> Por ello, Jefferson sugería la revisión constitucional cada 19 años (lo que tardaba el recambio generacional). En similares términos, Paine afirmaba que “cada generación debe actuar tan libre como todas las generaciones en todos los casos han actuado”.<sup>46</sup> En nuestro medio, algunos de los más ilustres pensadores subrayaron la fundamental importancia de la posibilidad de la reforma constitucional. Fray Camilo Henríquez recordaba que “el pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su Constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras”.<sup>47</sup> Por su parte, José Victorino Lastarria reconocía que

... casi todas las Constituciones de los países más adelantados establecen garantías para su reformabilidad, para que las instituciones no queden a merced de las

41 Gabriel Negretto, “New constitutions in democratic regimes”, en Gabriel Negretto (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. Como muestra este autor, entre 1900 y 2015 solo se han producido 25 casos de reemplazo constitucional en condiciones “democráticas”.

42 Jon Elster, *Ulysses Unbound Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

43 Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *op. cit.*, p. 464.

44 Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven y London, Yale University Press, 1989, pp. 155 y ss.

45 Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, *ob. cit.*, p. 17, 221 y ss.

46 *Idem*.

47 Camilo Henríquez y Raúl Silva Cruz (comps.), *Escritos políticos de Camilo Henríquez*, Santiago, Universidad de Chile, 1960, p. 147.

insidias de los partidos [...] la mente de los reformistas de hoy, no es desechar por completo toda garantía; lo único que se propone es quitar estas trabas excesivas que hoy por hoy hacen ilusoria toda idea de reforma.<sup>48</sup>

Desde la óptica democrática, la posibilidad de reformar la Constitución aparece no solo como una garantía o una característica estructural del constitucionalismo democrático, sino como un derecho vinculado a los derechos de participación, deliberación y representación efectiva que detentan las generaciones contemporáneas.<sup>49</sup> Cuando el procedimiento de reforma se hace demasiado gravoso, no cabe sino admitir que la rigidez genera una tensión entre el autogobierno colectivo y el gobierno limitado, o, dicho de otro modo, entre el deseo de preservar los principios fundamentales del constitucionalismo y la conveniencia de mantener el “poder popular contemporáneo” sobre el gobierno.<sup>50</sup> Como viene asomando, existe una dimensión fundamental de la Constitución: la temporal. Las constituciones vinculan el pasado, el presente y el futuro de una comunidad política. Quizás nadie advirtió esto de mejor manera que Robert Cover. Para este autor, un universo normativo posee una dimensión de alternidad, es decir, tiene en su horizonte de posibilidades “lo distinto a lo que es”. El *nomos* –como lo llamaba Cover– no se agota en la realidad existente, sino que es siempre una tensión entre realidad y visión. Cover creía que en nuestras sociedades plurales existen distintas narrativas sobre el derecho, las que tienen como función relacionar nuestros sistemas jurídicos con las construcciones de la realidad y las visiones acerca de lo que el mundo podría ser. En esta clave, los cambios constitucionales responden al surgimiento en el tiempo de distintas narrativas que integran “no sólo el ser y el deber ser, sino el ser, el deber ser y él podría ser”.<sup>51</sup> Cuando esta dimensión prospectiva es negada, las instituciones estatales se comportan de un modo “jurispático”, es decir, eliminando las narrativas contrarias a la oficial. Pues bien, la apertura a las distintas narrativas a través de la reforma constitucional pareciera ser clave para la legitimidad y la estabilidad del sistema constitucional. Dicho de otro modo, el poder de reforma viene a ser la “solución al problema que, en la dialéctica entre el principio democrático y el principio de soberanía constitucional, presenta el hecho de la temporalidad del poder constituyente”.<sup>52</sup> Como afirma De Vega, es precisamente en “la técnica de la reforma” donde terminan por confluir tanto “la realidad política como la realidad jurídico-normativa”.<sup>53</sup>

48 José Victorino Lastarria, *Obras Completas de Don J. V. Lastarria: Proyectos de lei i discursos parlamentarios*, vol. 14, Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, 1909, p. 418.

49 Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2019, p. 46.

50 Elai Katz, “On amending constitutions: The legality and legitimacy of constitutional entrenchment”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 29 (1996), p. 252.

51 Robert Cover, “The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review* 97 (1982), pp. 10 y ss.

52 de Vega García, “La reforma constitucional como defensa de la constitución y la democracia”, *ob. cit.*, p. 13.

53 *Ibid.*, p. 19.

En definitiva, si bien la legitimidad democrática de la Constitución está vinculada a las condiciones democráticas de su creación –que haya sido fruto de un procedimiento inclusivo, participativo y deliberativo–, ella dependerá, de manera no menos importante, de su capacidad de estar permanentemente abierta al cambio, esto es, de *reconstituirse*.<sup>54</sup> En este sentido –advierte Rubinfeld–, la posibilidad de vivir bajo una Constitución no depende solo del proceso de creación constitucional, sino también de la posibilidad permanente de revisarla.<sup>55</sup> Según este punto de vista, la Constitución no sería un producto acabado, sino un proyecto abierto, en constante desarrollo.<sup>56</sup> Ello se traduce en la posibilidad de que los ciudadanos puedan identificarse –aunque sea con el tiempo y de manera gradual– con la Constitución y experimentarla como una creación propia. Pero entonces, hay que tomarse en serio la pregunta que nos formula Colón Ríos: ¿cómo podría la ciudadanía apropiarse de la Constitución si ella solo puede ser cambiada e interpretada por aquellos que ocupan los cargos de poder?<sup>57</sup>

## 2.2 La objeción democrática a la rigidez constitucional

Como se viene sugiriendo, la rigidez constitucional puede representar un verdadero problema en términos democráticos, especialmente cuando existen procedimientos de reforma y de control de la reforma tan elevados que el cambio constitucional se hace extremadamente improbable en la práctica, es decir, cuando se torna una mera posibilidad teórica. Por esta razón, las reglas formales de reforma constitucional cumplen un rol fundamental, y se encuentran directamente vinculadas con la posibilidad de realización del ideal de autogobierno colectivo. Considero que tiene la razón Martí cuando afirma que la rigidez por sí sola no está necesariamente reñida con los valores democráticos, pero sí puede representar serios problemas de legitimidad democrática cuando bajo el modelo del constitucionalismo fuerte se combinan simultáneamente los siguientes elementos: i) un mecanismo de rigidez contramayoritaria; ii) un control judicial de constitucionalidad; y, iii) supremacía judicial en el sentido de que le cabría a la justicia constitucional la “última palabra” respecto del sentido y alcance de la Constitución.<sup>58</sup>

Llegado este punto cabe ahondar algo más en cómo se relacionan rigidez y justicia constitucional. Como categóricamente señala De Vega, “en un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico

54 Joel Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism*, London, Routledge, 2012, p. 187.

55 Jed Rubinfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 14.

56 Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism*, *ob. cit.*, pp. 57 y ss.

57 *Ibid.*, p. 1.

58 Martí, “Is Constitutional Rigidity the Problem?”, *op. cit.*, p. 552.

esperpento”.<sup>59</sup> Similar postura sostiene Pasquino, quien señala que, en ausencia de un “guardián de la rigidez”, la diferencia entre una constitución rígida y una flexible se difuminaría en la medida en que la transgresión de una norma constitucional no tendría una consecuencia jurídica, sino a lo sumo política.<sup>60</sup> Como se observa, la magnitud de la “dificultad contramayoritaria” dependerá de la acomodación de estos dos elementos, pues, como advierte Ruiz Miguel “el control judicial de constitucionalidad en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria alguna si no va acompañado de una cierta rigidez”, tal objeción –agrega–, “tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez”.<sup>61</sup> Como se observa, la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad pueden estar presentes con distinta intensidad, y pueden conjugarse o aparecer de manera independiente. Así, por ejemplo, pueden existir casos en que la reforma de la Constitución esté sujeta a un *quorum* supramayoritario, pero en un esquema donde no hay control jurisdiccional de constitucionalidad o, por el contrario, puede existir un modelo flexible de reforma sujeto a mayorías simples, pero que contemple un control de constitucionalidad, pudiendo ejercerse, incluso, respecto de las reformas constitucionales. Además de lo anterior existen una serie de otros elementos de diseño institucional que hacen más compleja esta relación. Entre ellos es posible mencionar el carácter concentrado o difuso del control jurisdiccional; el carácter concreto o abstracto del mismo, el mecanismo de designación de los jueces constitucionales; la decisión respecto de quién puede activar el control de constitucionalidad; la existencia de mecanismos de reenvío al Congreso; el nivel de abstracción o concreción del texto constitucional; el nivel de independencia del órgano jurisdiccional; su nivel de deferencia con el legislador, su nivel de autocontención, etc.<sup>62</sup> Todos estos elementos del sistema interactúan y se afectan entre sí, determinando, en definitiva, la posibilidad del cambio constitucional.

Finalmente, cabe hacer referencia a otro modo de interacción entre reforma constitucional y control judicial. Se trata de la creciente tendencia doctrinaria y jurisprudencial de admitir el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales bajo la doctrina de las denominadas “reformas constitucionales inconstitucionales”.<sup>63</sup> Conforme a ella, los poderes constituidos no podrían efectuar cualquier reforma constitucional –ya que su poder de enmienda sería “secundario” o “derivado”–, puesto que tendrían como límite la “estructura básica” o el “núcleo fundamental” de la Constitución definido por el “constituyente originario”. Se trata de normas, principios y valores que, de

59 De Vega, “La reforma constitucional como defensa de la constitución y la democracia”, *op. cit.*, p. 15.

60 Pasquale Pasquino, “Flexible and rigid constitutions: A post-kelsenian typology of constitutional systems”, en Claudio López-Guerra y Julia Maskivker (eds.), *Rationality, Democracy, and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 94.

61 Ruiz Miguel, *Constitutionalismo y democracia*, *op. cit.*, pp. 62-63.

62 Paolo Sandro, *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 75.

63 Cfr. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

ser modificados, no solo producirían una desfiguración de la identidad de la Constitución –implicando más que una enmienda, un reemplazo–, sino que se trataría de una auténtica “revolución constitucional”.<sup>64</sup> De esta suerte, la justicia constitucional estaría llamada a proteger la decisión constituyente.<sup>65</sup> En principio, esta doctrina aparece como un caso especialmente agravado de la tensión entre rigidez constitucional y democracia: aun cuando se haya conseguido superar los exigentes procedimientos para la reforma, la justicia constitucional podría impedir tal cambio. Sin embargo, advierte Roznai, es posible concebir procedimientos de reforma que, imitando un “momento extraordinario” tengan un carácter deliberativo y participativo, “tendiendo un puente entre poder constituyente originario y derivado”. En estos casos, los límites a la reforma –esto es, de la aplicación de la doctrina– deberían ser estrechos.<sup>66</sup>

En síntesis, se ha querido mostrar cómo la rigidez y la justicia constitucional pueden vincularse, determinando el nivel de apertura al cambio constitucional. Cuando estas instituciones se conjugan sinérgicamente bajo el modelo de un constitucionalismo demasiado fuerte, la estabilidad constitucional puede convertirse en permanencia. Un sistema de esta índole, por cierto, levantará serias dudas respecto de su calidad democrática. Por el contrario, como muestran Elkins, Ginsburg y Melton, una cierta flexibilidad constitucional<sup>67</sup> permite disminuir la presión sobre el cambio, evitar el cambio extraconstitucional, y contribuir a la duración o “vida” de la Constitución en el tiempo. A ello también contribuye otro elemento, a saber, la inclusión en el proceso de creación y cambio constitucional.<sup>68</sup> Sobre este elemento me detendré a continuación.

### 2.3. Mecanismos de reforma constitucional y su potencial democratizador: posibles caminos y sus limitaciones

Algunos autores han sostenido que las reglas de reforma constitucional, además de permitir el ejercicio de la soberanía popular y de mantener viva la Constitución en el tiempo, tienen la función de promover la democracia. Para Albert, la reforma abre y promueve la participación popular, la deliberación y la cultura pública sobre la Constitución bajo condiciones de participación popular.<sup>69</sup> En

64 Gary Jacobsohn y Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020. En todo caso, este tipo de cambios revolucionarios también pueden ser producidos de manera informal por las cortes, a través de la adjudicación constitucional.

65 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, op. cit., p. 183.

66 *Ibid.*, p. 230.

67 Para estos autores no es deseable que la flexibilidad sea absoluta, esto es, que se identifique con el principio de soberanía parlamentaria.

68 Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 82.

69 Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, p. 46.



la misma línea, Dixon y Stone muestran cómo las reglas de reforma pueden relacionarse con la democracia constitucional en, al menos, tres formas. En primer lugar, permiten el cambio frente a las necesidades sociales; en segundo lugar, habilitan modos de participación popular continua que permiten legitimar tanto los cambios constitucionales como el *statu quo*, y, en tercer lugar, abren una vía de contestación a las decisiones de las cortes constitucionales, atenuando la objeción contramayoritaria.<sup>70</sup> Así entendido, ciertas configuraciones institucionales tendrían la aptitud de promover el autogobierno democrático y dotar de legitimidad en el tiempo al texto constitucional. De este modo, un sistema razonablemente flexible permitiría que las pretensiones sociales transformadoras encuentren un cauce institucional a través de los procedimientos establecidos, logrando que “el constitucionalismo se compenetr[e] con la democracia”.<sup>71</sup>

Si bien la posibilidad del cambio constitucional se vincula con procesos democratizadores, también puede vincularse con lo que Landau ha denominado *constitucionalismo abusivo*. Esto es, el empleo de los mecanismos de reforma o reemplazo para socavar la democracia. De ahí se deriva, precisamente, la importancia que tiene la construcción de sistemas sofisticados de cambio formal.<sup>72</sup> En línea con esta preocupación aparece el populismo en su versión de “constitucionalismo populista”, el que utiliza el cambio constitucional no para fortalecer la participación democrática, sino para, entre otros fines, perpetuar en el poder a los gobernantes a través de medios constitucionales.<sup>73</sup> Como concluye Simone Chambers de manera provocativa, la participación de los ciudadanos en la reforma constitucional es “peligrosa e indeseable”, pero solamente lo es cuando “limitamos nuestra visión de la democracia participativa a procedimientos plebiscitarios”, esto es, a una versión de la democracia entendida como simple mayoritarismo.<sup>74</sup> Un intento –todavía incipiente, habría que agregar– por evitar estos posibles abusos, sin abandonar la importancia de la inclusión y participación ciudadana en los procesos de cambio constitucional, proviene de los defensores de una concepción deliberativa de la democracia y del constitucionalismo.<sup>75</sup> Podríamos hablar de un “giro participativo y delibe-

70 Rosalind Dixon y Adrienne Stone, “Constitutional amendment and political constitutionalism”, en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 95-116.

71 Turégano, “La idea de poder constituyente y la supremacía y rigidez constitucionales”, *op. cit.*, p. 521.

72 David Landau, “Abusive constitutionalism”, *U.C Davis L Rev.* 47 (2013); Rosalind Dixon y David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

73 Landau, “Abusive constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 211-212.

74 Simone Chambers, “Democracy and constitutional reform: Deliberative versus populist constitutionalism”, *Philosophy & Social Criticism* 45, 9-10 (2019), p. 1128.

75 Silvia Suteu y Stephen Tierney, “Squaring the circle?: Bringing deliberation and participation together in processes of constitution-making”, en Ron Levy (ed.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Min Reuchamps y Yanina Welp, *Deliberative Constitution-Making: Opportunities and Challenges*, London, Routledge, 2023; Hoi L. Kong, “Deliberative Constitutional amendments” en Ron Levy (ed.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 38; Ron Levy, “Breaking the constitutional deadlock: Lessons from deliberative experiments in constitutional change”, *Melbourne University Law Review* 34 (2010).



rativo” que asigna a la ciudadanía un rol deliberativo importante, aunque los requerimientos institucionales para hacerlo sean todavía una cuestión controvertida.<sup>76</sup> Los avances en esta materia son, en cualquier caso significativos. Al respecto, es posible identificar una serie de “innovaciones institucionales” que buscan promover la deliberación masiva. Se trata de instituciones diversas, entre ellas, las recomendaciones elaboradas por ciudadanos, la utilización de plataformas digitales, los foros deliberativos, las experiencias de *crowdsourcing*, y las asambleas ciudadanas, siendo estas las que han generado mayores expectativas.<sup>77</sup> Son experiencias todavía limitadas –para algunos “fallidas” –, pero que abren interesantes caminos institucionales que antes se pensaban imposibles. A pesar de sus promesas todavía incumplidas, estas instituciones tienen el potencial para democratizar y legitimar los viejos arreglos constitucionales en un contexto de fatiga democrática.<sup>78</sup> Se trata, a mi juicio, del camino más promisorio a nivel teórico y práctico, y que ha encontrado su expresión en algunas de las más interesantes experiencias de cambio constitucional reciente, como las asambleas ciudadanas de Islandia e Irlanda, o el caso chileno que se analiza a continuación.

### 3. Rigidez constitucional y democracia en Chile

#### 3.1. Breve revisión de la evolución de las normas de reforma constitucional en Chile

En la tradición constitucional chilena han existido distintos modelos de rigidez constitucional, tanto mayoritarios como supramayoritarios. También se han incorporado –y concebido– mecanismos que otorgan un rol a la ciudadanía.

El texto original de 1833 era excesivamente rígido, toda vez que la reforma constitucional debía ser aprobada por dos tercios de los senadores y diputados que declaraban una cierta materia reformable, y luego ratificada por un segundo Congreso que procedía a reformar.<sup>79</sup> En el gobierno del presidente Domingo Santa María se llevó a cabo una importante modificación del procedimiento de reforma, quedando la reforma –por regla general– sujeta al mismo *quorum* de aprobación que las leyes ordinarias. Ahora bien, una vez que la reforma era aprobada en el Congreso, esta debía ser devuelta al presidente quien podía introducir modificaciones o correcciones. En caso de que ello ocurriese, las modificaciones debían ser sometidas a consideración del Con-

76 Fishkin, “Deliberative Democracy and constitutions”, *op. cit.*, p. 242.

77 Cfr. Antoni Abat i Ninet, *Constitutional Crowdsourcing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021; Brigitte Geissel y Sergiu Gherghina, “Constitutional deliberative democracy and democratic innovations”, en Min Reuchamps y Jane Suiter (eds.), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, Colchester, ECPR Press, 2016.

78 Paul Blokker, “Citizen deliberation and constitutional change”, en Reuchamps y Welp, *Deliberative Constitution-Making: Opportunities and Challenges*, London, Routledge, 2023, p. 43.

79 Artículos 165-168 de la Constitución de 1833.

greso para su votación bajo un *quorum* de dos tercios. Asimismo, se mantuvo el trámite de aprobación por un Congreso sucesivo, el que debía proceder a reformar por mayoría absoluta.

Por su parte, la Constitución de 1925 estableció como requisito para la reforma de la Constitución la votación por la mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio.<sup>80</sup> Para ser aprobado, el proyecto de reforma, además de ser ratificado en cada una de las cámaras, debía ser votado favorablemente –60 días después– en el Congreso Pleno por la mayoría de sus miembros. Por otra parte, el presidente podía rechazar parcialmente el proyecto aprobado, como también podía ingresar, mediante mensaje, propuestas de reforma constitucional. En casos de discrepancia entre el Ejecutivo y el Legislativo, el presidente podía convocar a un plebiscito para consultar a la ciudadanía. Como se observa, este texto constitucional introdujo ciertos procedimientos no contramayoritarios que dieron un grado mínimo de rigidez. La discusión del procedimiento referido nos legó fascinantes reflexiones sobre la rigidez constitucional. Tal como muestran las actas fidedignas de la Comisión Consultiva, Guillermo Edwards Matte denunció que las “exageradas facilidades” que se dan para hacer las reformas eran “peligrosa[s] e inconveniente[s]”, pero al mismo tiempo reconoció que el régimen todavía vigente –el de 1833– era demasiado rígido, y que en ese marco “no pueden resolverse las dificultades que se produzcan sin correr el riesgo que ofrece una fuerza sin válvula de escape”.<sup>81</sup> En las preocupaciones de Matte aparecen los problemas fundamentales de la rigidez: la amenaza frente al cambio, pero también el riesgo de una fuerza incontenible cuando este es negado. La imagen parece demasiado contemporánea y vigente: cuando no hay válvula de escape, se produce –para utilizar la expresión que reaparecería en el año 2019– un estallido. Pues bien, es interesante notar que la Comisión Consultiva compartía esta preocupación. Sin embargo, se argumentó que para lograr un equilibrio entre estabilidad y cambio no era necesario acudir a mayorías calificadas. Para Eliodoro Yáñez bastaba una regla de mayoría absoluta para que se pudieran observar “las garantías de estabilidad y flexibilidad que debe reunir una Constitución”.<sup>82</sup> Para Domingo Amunátegui, el énfasis debía ponerse en otro tipo de mecanismos que pudiesen servir de garantía para asegurar la estabilidad como “el veto del Presidente de la República y el recurso de un plebiscito”.<sup>83</sup> Las ricas discusiones del pasado muestran que el problema de rigidez, a saber, el balance entre estabilidad y cambio constitucional, no siempre ha sido planteado en la tradición constitucional chilena en términos de *quorums* supramayoritarios, y que existía –aunque todavía de una forma débil– una apelación a la ciudadanía

80 Ana María Barzelatto, “Mecanismos de reforma constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Edición Especial, 2014, p. 53.

81 Ministerio del Interior, *Actas oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub-comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1925, p. 307.

82 *Idem*.

83 *Ibid.*, p. 308.

como fuente de control del cambio constitucional. Finalmente, es fundamental destacar que en el caso de la Constitución de 1925, la regla de mayoría en ambas cámaras fue suficiente para asegurar su estabilidad –fue reformada tan solo diez veces–, estabilidad que sería interrumpida por el golpe de Estado de 1973 y el posterior reemplazo por la Constitución de 1980, en plena dictadura.

El texto original de la Constitución de 1980, caracterizado por su rigidez “granítica”, contemplaba tres procedimientos. Siguiendo a Cea, podemos resumir dichos procedimientos del siguiente modo<sup>84</sup>: i) Existía un procedimiento general conforme al cual, un proyecto de reforma necesitaba de tres quintos de ambas cámaras para ser aprobado. Con todo, el presidente podía rechazar el procedimiento, en cuyo caso el Congreso podía insistir con el voto de tres cuartos de los diputados y senadores. Si a pesar de la insistencia el presidente se resistía a promulgar el proyecto, podía convocar a un plebiscito. ii) Tratándose de las reformas que versaren sobre plebiscito, reducción de facultades del presidente y aumento de atribuciones del Congreso el *quorum* se elevaba a dos tercios de ambas cámaras, sin que fuese procedente en este caso el plebiscito descrito precedentemente. iii) Cuando el proyecto de reforma se refiriera a bases de la institucionalidad, fuerzas armadas y de orden y Consejo de Seguridad Nacional, se requerían dos tercios de dos Congresos sucesivos. Como se observa, se trata un mecanismo excesivamente rígido, que se conjugaba con un veto absoluto por parte del Ejecutivo. También cabe notar que se mantuvo el mecanismo instaurado por la Constitución de 1925 en cuanto a la facultad del Ejecutivo de convocar a un plebiscito para resolver las discrepancias con el Congreso. La consecuencia de este modelo, como advirtiera el Grupo de Estudios Constitucionales –también conocido como el “Grupo de los 24”– fue la permanencia del modelo dictatorial:

... dadas las exigencias que impone para eventuales reformas constitucionales, perpetúa un determinado régimen político, económico y social, que resulta prácticamente imposible de modificar. De esta manera, la Constitución de la Junta Militar niega la democracia y –lo que es más grave– cierra los caminos para instaurar la democracia dentro de la legalidad que ella consagra.<sup>85</sup>

La transición a la democracia estuvo marcada por la importante reforma constitucional de 1989, que flexibilizó un poco el mecanismo de reforma. Los *quorums* de reforma constitucional quedaron –dependiendo de la materia por reformar– en tres quintos y dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio.<sup>86</sup> En pocas palabras, su flexibilización se debió a la eliminación de los vetos absolutos por parte del presidente, y de la eliminación del requisito

84 José Luis Cea Egaña, “Modificaciones al sistema de reforma de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho* 16 (1989), pp. 607 y ss.

85 Magdalena Eichholz y Carlos Bascañán, *Reflexión, debate y acuerdos del Grupo de Estudios Constitucionales para una nueva Constitución*, Santiago, Fundación Patricio Aylwin, 2021, p. 157.

86 El quórum de 2/3 se aplicaba a los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XI de la Constitución.

de la aprobación por parte de dos Congresos sucesivos para ciertos capítulos que el constituyente identificó como esenciales.<sup>87</sup> Como muestra una amplia literatura, este mecanismo de reforma se conjugó con otras instituciones y con una cultura política que hizo muy difícil cambios profundos.<sup>88</sup> En este sentido, Heiss refiere que, bajo esta configuración, el proceso político se vio impedido de alterar acuerdos fundamentales sin la aquiescencia de una minoría poderosa con poder de veto.<sup>89</sup> Para Atria, Salgado y Wilenman, los *supra quorums* eran parte de un entramado institucional que buscaba “neutralizar el ejercicio del poder político democrático”.<sup>90</sup> Por cierto, la idea de dificultar el cambio era asumida por el propio Guzmán, bajo la noción de constreñir a los adversarios para hacerlo extremadamente difícil.<sup>91</sup> Como advierte Gargarella: “pocas veces en la historia del constitucionalismo nos encontramos con un reconocimiento tan abierto y descarnado de lo que aparece como la peor cara que una Constitución puede ofrecernos: la Constitución como ‘cárcel’ de la democracia –como forma de aprisionarla– y no como manera de organizarla, hacerla posible o realizarla”.<sup>92</sup>

A pesar de la importantísima reforma de 2005 –que vino a eliminar las instituciones autoritarias–, ella no se tradujo en una solución a la “cuestión constitucional”. En todo caso, esta dotó de importantes atribuciones al Tribunal Constitucional, “aumentando sensiblemente sus poderes”, lo que, en opinión de Coddou y Couso, contribuyó a perpetuar los valores y principios que la dictadura pretendió congelar en la Constitución de 1980.<sup>93</sup> Para efectos de este trabajo importa destacar que se le entregó al Tribunal Constitucional la facultad para “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional”,<sup>94</sup> es decir, se le entregó la posibilidad de hacer un control de constitucionalidad de la reforma constitucional, o al menos, como afirma la mayoría de la doctrina nacional, un control procedimental.<sup>95</sup> A pesar de lo anterior, algunos

87 Raúl Bertelsen, “Las reformas a la parte orgánica de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho* 16, 3 (1989), pp. 601-605.

88 Cfr. Claudio Fuentes, *La transición inacabada. El proceso chileno 1990-2020*, Santiago, Catalonia, 2020, p. 41. Como muestra Fuentes, en la correlación de poderes en el periodo que va entre 1990 y 2019, “ninguna fuerza política en el periodo logró concentrar el suficiente poder en el Congreso para transformar sustantivamente las reglas del juego y que requieren 3/5 o 2/3 de los votos, por lo que la consecuencia esperable es un proceso de permanente negociación para modificar el *statu quo*”.

89 Claudia Heiss, “Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile: A legacy of authoritarianism”, *Constellations* 24, 3 (2017), p. 476.

90 Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenman, *Democracia y neutralización: origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017, p. 11.

91 Jaime Guzmán, “El camino político”, *Revista Realidad*, Año 1, 7 (1979), p. 19. Ahí expresa: “Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”.

92 Roberto Gargarella, “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile”, *Nueva Sociedad*, 285 (2020), p. 285.

93 Javier Couso y Alberto Coddou, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Claudio Fuentes (ed.), *En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ICSO-Henrich Boll Stiftung, 2010, p. 193.

94 Artículo 93, n.º 3 de la Constitución de 1980.

95 Miriam Henríquez, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, p. 477. Cfr.

fallos recientes del Tribunal Constitucional han acudido a la doctrina de las *reformas constitucionales inconstitucionales*.<sup>96</sup> Con ello, se ha abierto la puerta al control sustantivo o material de la reforma constitucional.

Con posterioridad a 2005 hubo otras numerosas reformas, muchas de las cuales –como muestra Carmona– no fueron ni relevantes ni percibidas por la ciudadanía.<sup>97</sup> Si bien la rigidez formal no fue un obstáculo para que estas se aprobaran, sí lo fue para la aprobación de cambios fundamentales. Tales reformas, como explicaré en el siguiente apartado, se hicieron posibles a partir de la crisis social de 2019. Finalmente, es indispensable hacer mención al proceso constituyente impulsado por Michelle Bachelet entre 2015 y 2018 que, a pesar de haber fracasado, fue pionero en relación con el modo en que se estaba pensando la participación ciudadana en procesos de cambio constitucional.<sup>98</sup> Se trata de una de las experiencias recientes más interesantes y valiosas en términos de inclusión, deliberación extendida y participación. Por otra parte, este proceso habría influenciado fuertemente el diseño institucional de los procesos constitucionales sucesivos, los que habrían tomado como referencia lo que García denomina la “trilogía de Bachelet”, compuesta por tres elementos, a saber, la existencia de un proceso institucional, democrático y participativo.<sup>99</sup>

### 3.2. Estallido social, fracaso constitucional y flexibilización de la Constitución vigente

El denominado “estallido social” es un fenómeno complejo y sus causas, con seguridad, seguirán siendo objeto de estudio. En cualquier caso, este fenómeno está vinculado –en palabras de Negretto– a un descontento social con un cierto *statu quo*, el que se expresó en una movilización social masiva y protestas por el costo de la vida y la deficiente provisión de bienes sociales por parte del Estado.<sup>100</sup> Explicito ahora lo que vengo sugiriendo: el modelo de rigidez constitucional chileno contribuye a explicar cómo ese *statu quo* pudo ser mantenido a pesar de ser resistido. Es precisamente esta intuición la que da origen a lo que en su momento se pensó era la solución, a saber, una reforma constitucional consensuada por todo el espectro político para instituir

- 
- Humberto Nogueira Alcalá, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Estudios Constitucionales* 4, 2 (2006), pp. 435-455.
- 96 Marianne Poehls y Sergio Verdugo, “Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2021, pp. 263-289; Domingo Lovera y Pablo Contreras, “El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales: una doctrina inconveniente”, *Revista Justicia & Derecho* 2 (2023), pp. 1-22.
- 97 Carlos Carmona, “Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013”, *Revista de derecho público*, (2014), pp. 80 y 81.
- 98 Cfr. Miriam Henríquez Viñas y José Francisco García, “El proceso constituyente de Bachelet en Chile (2015-2018): razones de un fracaso (previsible)”, *International Journal of Constitutional Law*, (2024), pp. 1-21.
- 99 José Francisco García, “A failed but useful constitution-making process: How Bachelet’s process contributed to constitution-making in Chile”, *Global Constitutionalism*, (2023), pp. 8-10.
- 100 Gabriel Negretto, “Deepening Democracy? Promises and challenges of Chile’s Road to a New Constitution”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2-3 (2021), pp. 356.

un procedimiento de reemplazo constitucional hasta entonces inexistente.<sup>101</sup> El itinerario constituyente comenzó con un plebiscito constitucional en el que la ciudadanía aprobó por una amplia mayoría la necesidad de reemplazar la Constitución.<sup>102</sup> El proceso se inició en el año 2021 y culminó con un propuesta de nueva Constitución que no concitó el suficiente apoyo ciudadano y fue rechazado categóricamente en el plebiscito de septiembre de 2022.

Existen múltiples hipótesis sobre el fracaso constitucional. Por espacio no es posible revisar este asunto en profundidad, pero vale la pena mencionar algunas de las más prominentes hipótesis. Para Larraín, Negretto y Voigt, este resultado se explica, en parte, porque la Convención Constitucional se encontraba controlada por independientes no asociados a partidos políticos; por la subrepresentación de la derecha política; y, por el hecho de haber sido un proceso público de redacción altamente “descentralizado”.<sup>103</sup> También se ha señalado que el diseño institucional era problemático desde su concepción. Así, por ejemplo, García-Huidobro señala que en un contexto de polarización entre las élites, el “plebiscito de entrada” tuvo el efecto de magnificar dicha polarización, y producir, en términos *maddisonianos*, “faccionalismos”.<sup>104</sup> Otro factor tiene relación con la idea de que los plebiscitos constitucionales no tienen tanto que ver con el texto sometido a consulta, como con una instancia de aprobación o reprobación del gobierno de turno.<sup>105</sup> Por su parte, Verdugo e Issacharoff señalan que la Convención Constitucional, al ser un órgano marcadamente integrado por independientes, no pudo aprovechar los beneficios de la intermediación de los partidos políticos, ni generar procesos “que estimularan la cooperación entre rivales”, dificultando la generación de acuerdos amplios que se acercaran a las preferencias del votante medio.<sup>106</sup> De manera similar, Landau y Dixon consideran que la propuesta constitucional estaba en la línea con lo que denominan “constitucionalismo sociológico utópico”, lo que explica que este no haya podido lograr el apoyo necesario de los grupos políticos y de la sociedad civil para ser ratificado e implementado.<sup>107</sup>

Con todo, resulta fundamental destacar que tan solo una semana antes del plebiscito ratificatorio o de “salida”, se rebajaron los *quorums* de reforma constitucional de dos tercios y tres quintos a un *quorum* general de cuatro séptimos.

101 *Idem*.

102 En octubre de 2020 se aprobó, por un 78%, la idea de reemplazar la Constitución de 1980 y por un 79% la opción de la Convención Constitucional.

103 Guillermo Larraín, Gabriel Negretto y Stefan Voigt, “How not to write a constitution: Lessons from Chile”, *Public Choice*, 3-4 (2023), pp. 233-247.

104 Luis Eugenio García-Huidobro, “Elite non-cooperation in polarized democracies: Constitution-making deferral, the entry referendum and the seeds of the Chilean failures”, *Global Constitutionalism*, (2023).

105 Jennifer M. Piscopo y Peter Siavelis, “Chile’s Constitutional Chaos *Journal of Democracy*”, *Journal of Democracy* 1 (2023), p. 151.

106 Samuel Issacharoff y Sergio Verdugo, “Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena”, *International Journal of Constitutional Law*, (2024), p. 30.

107 David Landau y Rosalind Dixon, “Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo”, *International Journal of Constitutional Law*, (2023), pp. 7-8.



Vale la pena destacar que dicha reforma, más que buscar la flexibilización de la Constitución de 1980, tenía por objeto facilitar la continuidad de un proceso que pudiera dotar al país de una nueva Constitución. Es decir, este importante cambio respondió, en un principio, más a la lógica de habilitar una segunda etapa del proceso constituyente –en caso de rechazarse la propuesta constitucional, como finalmente ocurrió– antes que a la de flexibilizar el sistema constitucional de 1980. Aún más, en el contexto descrito, este *quorum* buscó “igualar” o incluso “mejorar” las condiciones de reforma contempladas en la propuesta constitucional de 2022 que se examina más adelante. En efecto, el senador Walker –quien fue uno de los autores del proyecto– expresó que esta reforma representaba la “llave maestra” para los cambios futuros. Es decir, se ofreció como una especie de aliciente para rechazar la propuesta y continuar con el proceso de cambio constitucional, lo que se resume en la consigna repetida por los detractores de la propuesta: “rechazar para reformar”.

Quizás lo que no se dimensionó es que estaba operando un cambio fundamental. Asumida la necesidad del cambio, se aprobó por dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio la modificación de la norma sobre reforma, otorgando en el acto una nueva identidad al texto constitucional. Este cambio fue refrendado poco tiempo después –a inicios de 2023–, con una segunda reforma que rebajó el *quorum* de reforma de las leyes orgánicas constitucionales de cuatro séptimos a la mayoría de diputados y senadores en ejercicio. Para Atria, uno de los críticos más acérrimos del modelo constitucional, estos cambios habrían significado el “desahucio”<sup>108</sup> de la “Constitución tramposa”.<sup>109</sup> ¿Qué explica que, de pronto, cambios que fueron negados tenazmente hayan sido ahora posibles? Quizás ello puede ser explicado por el hecho de que –como afirma Turégano, siguiendo a Strauss– “los cambios formales en muchas ocasiones no son sino prolongación de algo que ya ha ocurrido en la realidad [...] Los cambios producen la reforma y no al revés”.<sup>110</sup> ¿Pero, entonces, qué es lo que habría ocurrido en la realidad? Al parecer, a partir de la activación ciudadana, o lo que Lovera denominó “las protestas constituyentes”, se hizo imposible continuar negando el camino al cambio constitucional, incluso por parte de quienes eran favorecidos por el viejo esquema constitucional. En palabras de Lovera, el pueblo “ha reaccionado modificando el texto constitucional de 1980. No es una reforma más de las numerosas que este texto ha conocido. Se trata, en cambio, de una que habilita en su propio seno, a instancias del pueblo, el camino para su propio reemplazo”.<sup>111</sup> Es cierto, el reemplazo no se produjo, pero se ha producido un cambio tan esencial como el que describe Lovera. Los dos procesos constitucionales fracasaron en el sentido de que no lograron su cometido, esto es, el

108 Fernando Atria, *El plebiscito de diciembre y la propuesta del Consejo Constitucional*, Santiago, Heinrich Boll Stiftung, 2023, pp. 7-8.

109 Fernando Atria, *La constitución tramposa*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.

110 Isabel Turégano, “Democracia y cambio constitucional”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022), p. 48.

111 Domingo Lovera, “Protestas constituyentes: Octubre del ‘19”, en Jaime Bassa (ed.), *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una Nueva Constitución*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, p. 115.

reemplazo total de la Constitución; sin embargo, se ha producido un cambio fundamental: se modificaron las reglas sobre reforma convirtiendo a la Constitución vigente en una constitución más flexible. Si, como parece evidente, la cuestión constitucional seguirá siendo un problema –puesto que no pudo ser resuelta por las vías hasta ahora dispuestas para ello–, entonces los cambios tendrán que producirse más temprano que tarde, por la vía de la reforma. La esperanza es que este nuevo esquema constitucional permita canalizar razonablemente la demanda de cambio a través del Congreso, el que tendrá la posibilidad de echar mano a los valiosos insumos constitucionales que los amplios y extendidos diálogos ciudadanos han generado desde el proceso de Bachelet en adelante.

### 3.3. Las reglas de reforma constitucional de la propuesta de 2022: una revisión crítica

Interesa ahora revisar el modelo de cambio constitucional contenido en la propuesta constitucional del año 2022. En síntesis, dicha propuesta establecía que: i) por regla general, la reforma de la Constitución estaría sujeta a al *quorum* de cuatro séptimos de ambas cámaras del Congreso; ii) cuando se alteraren “sustancialmente” ciertas materias relevantes<sup>112</sup> –que uno podría identificar con la estructura básica de la Constitución–, la propuesta de reforma debía ser sometida a un plebiscito ratificatorio, a menos que el Congreso la hubiere aprobado por un *quorum* de dos tercios; iii) se reconoce iniciativa de reforma constitucional al presidente, al Congreso, a la ciudadanía y a los pueblos indígenas; iv) se establece una iniciativa popular de reforma constitucional (que debe ser patrocinada por al menos un 10% del último padrón electoral), la que sería votada mediante referéndum nacional, conjuntamente con las elecciones parlamentarias siguientes. Es decir, se trata de un mecanismo “directo” que no es tramitado por el Congreso.<sup>113</sup>

Este mecanismo buscaba consagrar un modelo de rigidez supramayoritario que, si bien pretendía flexibilizar la Constitución de 1980, paradójicamente habría terminado siendo más rígida que aquella. Aquí cabe detenerse en una cuestión relativa a la discusión del mecanismo de reforma al interior de la Convención Constitucional. Según el primer borrador aprobado por el Pleno de la Convención, la reforma quedaba sujeta a la mayoría simple del Congreso, y, para algunas reformas, a la mayoría absoluta.<sup>114</sup> Posteriormente, la Comisión de Armonización elevó el *quorum* general de reforma a cuatro séptimos,

112 El régimen político y el periodo presidencial; el diseño del Congreso de Diputadas y Diputados o la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma del Estado regional; los principios y los derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución.

113 Artículo 385 de la propuesta constitucional de 2022.

114 Las reformas que recayeren sobre la organización, el funcionamiento y procedimientos del Poder Legislativo y de los sistemas de justicia; los procesos electorales y plebiscitarios; la regulación de los estados de excepción constitucional, y la regulación de las organizaciones políticas.



puesto que estimó que la primera configuración era contraria al principio de supremacía constitucional expresamente consagrado en el texto propuesto. Me parece evidente que aquí se confundió supremacía constitucional con rigidez constitucional. Como he expuesto a lo largo de este artículo, la rigidez puede ser simplemente mayoritaria. La primera propuesta, antes de su armonización, contemplaba esta clase de rigidez, al menos respecto de la estructura básica de la Constitución, toda vez que una modificación sustancial hubiese requerido la aprobación por la mayoría del Congreso y la ratificación ciudadana mediante referéndum, salvo que la reforma hubiese sido aprobada por dos tercios de diputados y senadores, en cuyo caso no habría sido procedente la consulta a la ciudadanía. Se trata de lo que Dixon y Landau denominan un sistema multinivel o escalonado (*tiered system*).<sup>115</sup> Es decir, de un modelo que busca combinar rigidez y flexibilidad por medio del establecimiento de reglas diferenciadas para las distintas partes de la Constitución en función de su importancia. Para Albert, el mecanismo contenido en la propuesta definitiva encajaba con su modelo tripartito, en cuanto distinguía y acogía la diferencia entre tres tipos de cambio constitucional, a saber, reforma, desmembramiento y reemplazo.<sup>116</sup> Este modelo habría tenido la ventaja de establecer procedimientos diferenciados en función de la naturaleza del cambio constitucional. Lo anterior habría tenido una importante consecuencia en relación con la Corte Constitucional: la Corte no habría podido realizar un control sustantivo de la constitucionalidad de la reforma constitucional bajo el pretexto de que una determinada iniciativa al respecto estaría atentando contra algún rasgo esencial de la Constitución. Ello porque la propuesta autorizaba expresamente la “alteración sustancial” de la “estructura básica”. De este modo, la Corte no habría podido alegar, so pretexto de defender tal estructura, que una determinada reforma era contraria a la Constitución, precisamente porque el texto constitucional autorizaba los “desmembramientos”. Con todo, la Corte hubiese mantenido un importante rol en cuanto a determinar qué tipo de mecanismo habría de emplearse en función de la naturaleza del cambio propuesto.<sup>117</sup> Acaso lo más interesante de la propuesta en revisión es su fuerte componente participativo. La propuesta desarrolla un aspecto que en la tradición constitucional chilena aparecía de manera muy tímida. Bajo este esquema, la ciudadanía ya no solo aparece excepcionalmente dirimiendo desacuerdos entre el presidente y el Congreso, sino que tiene un rol mucho más activo.

A primera vista se trata de un modelo que buscaba equilibrar los ideales del constitucionalismo con los de la democracia. A fin de cuentas, la propuesta de nueva Constitución consagraba un robusto catálogo de derechos, reconocía el principio de no regresión en materia de derechos, establecía un modelo de

115 Rosalind Dixon y David Landau, “Tiered Constitutional Design”, *The George Washington Law Review* 86 (2018), p. 75.

116 Richard Albert, “Constitutional Dismemberment in Constitutional Design”, *DPCE Online* 53, 3 (2022), p. 1590.

117 *Ibid.*, p. 1593.

rigidez supramayoritario y contaba con una Corte Constitucional con la posibilidad de efectuar un control represivo de la constitucionalidad de las leyes. Cabe preguntarse ¿en qué medida lograba este equilibrio? El modelo plantea algunas ventajas, así como también otros graves defectos. Una potencial virtud la constituye el hecho de que las reformas hubiesen sido sometidas a la consideración ciudadana, lo que generó –eventualmente– momentos de deliberación sobre las cuestiones fundamentales del sistema político. Más importante aún es que este diseño institucional permitía a la ciudadanía proponer reformas constitucionales, lo que tiene varias virtudes asociadas. Entre ellas, permite a los ciudadanos “controlar la agenda” constitucional, en el sentido de forzar la discusión de temas que son socialmente relevantes, pero que son ignorados por el legislador. Aunque las iniciativas sean desechadas, obliga a los representantes a dar a conocer las razones que motivan el rechazo. Por otra parte, este tipo de mecanismos permite acercar la realidad social a la normatividad vigente. Como sabemos, existe una serie de fuerzas sociales, políticas y *jurisgenéticas* –para emplear la expresión de Cover–, que van dando forma a la Constitución. La inclusión de estas fuerzas sociales en el esquema de cambio constitucional posibilita su institucionalización, permitiendo, en definitiva “los cambios formales impulsados por grupos sociales frente a los informales y las rupturas constitucionales”,<sup>118</sup> habilitando, consecuentemente, la continuidad jurídica.

A lo anterior debe efectuarse una importante objeción. Si bien la participación ciudadana en el ámbito del cambio constitucional es normativamente valiosa, el modo de realizarla es todavía una cuestión sumamente controvertida e incierta. Como sabemos, la figura del referéndum constitucional aparece como una institución que puede ser sumamente deficiente en términos deliberativos, que puede ser utilizada de manera “extorsiva”,<sup>119</sup> y que es frecuentemente utilizada en sociedades “poco democráticas”.<sup>120</sup> Especialmente problemática es la posición conforme a la cual el referéndum debe ser entendido como una forma de democracia directa que viene a reemplazar al sistema de representación –que se entiende ya demasiado deteriorado–, y no como un mecanismo que busca complementarlo.<sup>121</sup> En relación con lo anterior, Welp denuncia una serie de falacias asociadas a los procesos participativos de cambio constitucional, a saber, que “el pueblo” posee una superioridad moral o epistémica; que debido a tales cualidades la participación directa debe reemplazar al sistema de representación (el que es comprendido como un opuesto), y que el déficit de legitimidad democrático se resuelve simplemente por la participación directa,

118 Turégano, “Democracia y cambio constitucional”, *ob. cit.*, p. 41.

119 Gargarella, “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile”, *op. cit.*, p. 15

120 Jonathan Wheatley y Fernando Mendez, *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, Surrey, Ashgate, 2013, p. 82.

121 Cfr. Samuel Tschorne, “Referendums and representation in democratic constitution making: Lessons from the failed Chilean constitutional experiment”, *King’s Law Journal* 2 (2023), pp. 192-214.; Issacharoff y Verdugo, “Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena”, *op. cit.*, p. 32.

con independencia del resto de elementos centrales del sistema jurídico y democrático.<sup>122</sup> Diría que precisamente a esta lógica respondía el mecanismo de iniciativa popular conforme al cual un proyecto de reforma que contara con el apoyo del 10% del padrón electoral pasaba a ser sometido directamente a un referéndum nacional. Se trata de un mecanismo puramente mayoritario que no cuenta con instancias intermedias. Ello porque si la propuesta concitaba el apoyo necesario no habría tenido que pasar por el Congreso. Creo que un mecanismo de este tipo es sumamente disvalioso en la medida en que no otorga garantías de que el contenido de la propuesta será modelado por los argumentos de un diálogo inclusivo, pues bien podría prescindirse totalmente de él. No obstante lo anterior, y como intenta mostrar Tierney, cuando los referéndums constitucionales son adecuadamente diseñados pueden fomentar la participación y la deliberación de los ciudadanos y la sociedad civil dentro del funcionamiento más amplio de la democracia representativa.<sup>123</sup> Ello dependerá, por cierto, de los mecanismos, las instancias y los procesos de participación y deliberación que han de acompañar al referéndum constitucional. Esto es clave puesto que el valor del referéndum constitucional no es intrínseco sino instrumental, y depende en buena medida del modo en que este sea diseñado, así como también de la calidad y duración del proceso de participación y de discusión que le haya precedido.

## 4. Epílogo: el fracaso constitucional de 2023

La propuesta constitucional de 2023 fue rechazada, cerrando inevitablemente el proceso que buscaba el reemplazo total de la Constitución de 1980. Las razones que dieron origen a este segundo fracaso son múltiples y seguirán siendo estudiadas. Sin embargo, me atrevo a decir que las razones que explican este fracaso van en la misma línea del fracaso de la propuesta de 2022. El texto poseía un carácter moralista y marcadamente programático, el órgano excluyó a un sector político, parte importante de los integrantes del órgano redactor eran en alguna medida *outsiders* que no pudieron alinearse con las posiciones político-partidarias, etc. ¿Qué es lo que viene ahora? Me parece que mientras el camino del reemplazo se ha cerrado, el camino de la reforma está más abierto que nunca.

## 5. Reflexiones finales

El siglo XXI se ha caracterizado por relevantes intentos de incorporar a la ciudadanía en los procesos de reforma y reemplazo constitucional. Se trata de mecanismos que buscan promover el autogobierno colectivo, la participación

122 Yanina Welp, "Three Fallacies Undermining Participatory Constitution Making", *PS: Political Science & Politics*, (2024), pp. 1-4.

123 Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford Constitutional Theory, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 299.

popular y la deliberación pública. Si damos esta importancia a los mecanismos de cambio constitucional, estos dejan de ser meros procedimientos para pasar a transformarse en instancias de reconstitución del *demos* que permite a las generaciones contemporáneas revisar y ajustar la Constitución a los dramas propios de sus tiempos. A la vez, se trata de episodios que tienen un potencial para promover la deliberación sobre nuestros desacuerdos más profundos, tanto en espacios formales como informales. Esta es la implicancia radicalmente democrática que puede tener el modo de estructurar las reglas del cambio, y de permitir un cauce institucional a las fuerzas sociales. El “fracaso” chileno abre importantes discusiones respecto de cuáles son los factores relacionados con el “éxito” de los procesos de cambio constitucional. Pero también abre la puerta para reflexionar respecto de cuáles son los diseños institucionales adecuados para realizar las virtudes normativas de un modelo de cambio constitucional abierto a la ciudadanía, y de cómo hacerlo genuinamente inclusivo y deliberativo. Pero también, según hemos aprendido, de cómo articular estos mecanismos con el sistema de representación, de modo que no entren en una relación de competición, sino de cooperación. Se trata, por supuesto, de un proyecto mucho más ambicioso.

## Referencias

- Ackerman, Bruce, *We the People I: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Albert, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190640484.001.0001>
- Albert, Richard, “Constitutional Dismemberment in Constitutional Design”, *DPCE Online* 53, 3 (2022), pp. 1587-1596.
- Albert, Richard, “The World’s Most Difficult Constitution to Amend”, *California Law Review* 110, 6 (2022), pp. 2005-2022.
- Abat i Ninet, Antoni, *Constitutional Crowdsourcing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021. <https://doi.org/10.4337/9781786430519.00005>
- Atria, Fernando, *La constitución tramposa*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.
- Atria, Fernando, *El plebiscito de diciembre y la propuesta del Consejo Constitucional*, Santiago, Heinrich Boll Stiftung, 2023.
- Atria, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenman, *Democracia y neutralización: origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017.

- Barzelatto, Ana María, "Mecanismos de reforma constitucional", *Revista de Derecho Público*, Edición Especial, 2014, pp. 49-56.
- Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 67-138.
- Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- Bryce, James, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York, Oxford University Press, 1901.
- Blokker, Paul, "Citizen deliberation and constitutional change", en Reuchamps y Welp, *Deliberative Constitution-Making: Opportunities and Challenges*, London, Routledge, 2023, pp. 29-46. <https://doi.org/10.4324/9781003327165-3>
- Chambers, Simone, "Methods of Theorizing", en Selen Erca, Hans Asenbaum, Nicole Curato y Ricardo Mendonça (eds.), *Research Methods in Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 27-38.
- Carmona, Carlos "Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013", *Revista de derecho público* (2014), pp. 57-81.
- Cea Egaña, José Luis "Modificaciones al sistema de reforma de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho* 16 (1989), pp. 607-617.
- Chambers, Simone, "Democracy and constitutional reform: Deliberative versus populist constitutionalism", *Philosophy & Social Criticism* 45, 9-10 (2019), pp. 1116-1131. <https://doi.org/10.1177/0191453719872294>
- Colón-Ríos, Joel, *Weak Constitutionalism*, London, Routledge, 2012. <https://doi.org/10.4324/9780203120132>
- Couso, Javier y Alberto Coddou, "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena", en Claudio Fuentes (ed.), *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ICSO-Henrich Boll Stiftung, 2010, pp. 191-213.
- Cover, Robert, "The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97 (1982), pp. 4-68. <https://doi.org/10.2307/1340787>
- Dahl, Robert, *Democracy and Its Critics*, New Haven y London, Yale University Press, 1989.
- De Vega García, Pedro "La reforma constitucional como defensa de la constitución y la democracia", *II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2006, pp. 1-27.

- Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Arizona, Liberty Classics, 1982.
- Dixon, Rosalind y David Landau, "Tiered Constitutional Design", *The George Washington Law Review* 86 (2018), pp. 438-511. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0006>
- Dixon, Rosalind y David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Dixon, Rosalind y Adrienne Stone, "Constitutional amendment and political constitutionalism", en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013.
- Eichholz, Magdalena y Carlos Bascuñán, *Reflexión, debate y acuerdos del Grupo de Estudios Constitucionales para una nueva Constitución*, Santiago, Fundación Patricio Aylwin, 2021.
- Elster, Jon, *Ulises y la sirena. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, trad. de Juan José Utrilla, 1989.
- Elster, Jon, *Ulysses Unbound Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Elster, Jon y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, trad. de Mónica Utrilla, 2012.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón y Luis Prieto Sanchís, 2016.
- Ferreres, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000), pp. 29-47. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.01>
- Fishkin, James, "Deliberative democracy and constitutions", *Social Philosophy and Policy* 28, 1 (2011), pp. 242-260. <https://doi.org/10.1017/S0265052510000129>
- Fuentes, Claudio, *La transición inacabada. El proceso chileno 1990-2020*, Santiago, Catalonia, 2020.
- Gargarella, Roberto, "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile", *Nueva Sociedad*, 285 (2020), pp. 12-22. <https://doi.org/10.53110/GGHH4058>

- Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Gargarella, Roberto, "Comentarios entre iguales: primeros argumentos", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* 11, 14 (2023), pp. 362-414.
- García, José Francisco, "A failed but useful constitution-making process: How Bachelet's process contributed to constitution-making in Chile", *Global Constitutionalism*, 2023, pp. 1-11. <https://doi.org/10.1017/S2045381723000254>
- García-Huidobro, Luis Eugenio, "Elite non-cooperation in polarized democracies: Constitution-making deferral, the entry referendum and the seeds of the Chilean failures", *Global Constitutionalism*, 2023, pp. 1-14. <https://doi.org/10.1017/S2045381723000321>
- Garzón Valdés, Ernesto, "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía* 12 (2000), pp. 7-34. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i12.562>
- Geissel, Brigitte y Sergiu Gherghina, "Constitutional Deliberative Democracy and Democratic Innovations", en Min Reuchamps y Jane Suiter (eds.), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, Colchester, ECPR Press, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2736464>
- Ginsburg, Tom y James Melton, "Does the constitutional amendment rule matter at all?: Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty", *International Journal of Constitutional Law* 13, 3 (2015), pp. 686-713. <https://doi.org/10.1093/icon/mov041>
- Guzmán, Jaime, "El camino político", *Revista Realidad*, Año 1, 7 (1979), pp. 13-23.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1996. <https://doi.org/10.7551/mitpress/1564.001.0001>
- Henríquez, Miriam, "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno", en *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, (2011), 461-477.
- Henríquez, Miriam y José Francisco García, "El proceso constituyente de Bachelet en Chile (2015-2018); razones de un fracaso (previsible)", *International Journal of Constitutional Law*, (2024), pp. 1-21.
- Henríquez, Camilo y Raúl Silva Cruz (comps.), *Escritos políticos de Camilo Henríquez*, Santiago, Universidad de Chile, 1960.
- Heiss, Claudia, "Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile: A legacy of authoritarianism", *Constellations*, 24, 3 (2017), 470-479. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12309>



- Issacharoff, Samuel y Sergio Verdugo, "Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena", *International Journal of Constitutional Law*, (2024), pp. 1-32.
- Jacobsohn, Gary y Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020. <https://doi.org/10.12987/9780300252880>
- Katz, Elai, "On amending constitutions: The legality and legitimacy of constitutional entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 29 (1996), pp. 251-292.
- Laporta, Francisco, "El ámbito de la Constitución", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001), pp. 459-484. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.17>
- Larraín, Guillermo, Gabriel Negretto y Stefan Voigt, "How not to write a constitution: Lessons from Chile", *Public Choice* 194, 3-4 (2023), pp. 233-247. <https://doi.org/10.1007/s11127-023-01046-z>
- Landau, David, "Abusive constitutionalism", *U.C Davis L Rev.* 47 (2013), pp. 189-260.
- Landau, David y Rosalind Dixon, "Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo", *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1-10. <https://doi.org/10.1093/icon/moad092>
- Lastarria, José Victorino, *Obras Completas de Don J.V Lastarria: Proyectos de lei i disc.ursos parlamentarios*, vol. 14, Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, 1909.
- Levy, Ron, "Breaking the constitutional deadlock: Lessons from deliberative experiments in constitutional Chang", *Melbourne University Law Review* 34 (2010), pp. 805-838.
- Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008. <https://doi.org/10.2307/jj.2321999>
- Lovera, Domingo y Pablo Contreras, "El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales: una doctrina inconveniente", *Revista Justicia & Derecho* 2 (2023), pp. 1-22. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v6i2.2161>
- Lovera, Domingo, "Protestas constituyentes: Octubre del '19", en Jaime Basa (ed.), *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una Nueva Constitución*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, pp. 97-118.
- Martí, José Luis, "Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word", *Ratio Juris* 27, 4 (2014), p. 550-558. <https://doi.org/10.1111/raju.12062>



- Negretto, Gabriel, "Replacing and amending constitutions: The logic of constitutional change in Latin America", *Law & Society Review* 46, 4 (2012), pp. 749-779. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2012.00516.x>
- Negretto, Gabriel, "New constitutions in democratic regimes", en Gabriel Negretto (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 1-30. <https://doi.org/10.1017/9781108885287.001>
- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Nogueira Alcalá, Humberto, "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", *Estudios Constitucionales* 4, 2 (2006), pp. 435-455.
- Suteu, Silvia, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198858867.001.0001>
- Pasquino, Pasquale, "Flexible and rigid constitutions: A post-kelsenian typology of constitutional systems", en Claudio López-Guerra y Julia Maskivker (eds.), *Rationality, Democracy, and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107588165.009>
- Piscopo, Jennifer M. y Peter Siavelis, "Chile's Constitutional Chaos Journal of Democracy", *Journal of Democracy*, 1 (2023), pp. 141-155. <https://doi.org/10.1353/jod.2023.0009>
- Poehls, Marianne y Sergio Verdugo, "Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021", en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2021, pp. 263-288.
- Prieto Sanchís, Luis, *El Constitucionalismo de Los Derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- Ramírez Cleves, Gonzalo, *Límites de la reforma constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2005.
- Reuchamps, Min y Yanina Welp, *Deliberative Constitution-Making: Opportunities and Challenges*, London, Routledge, 2023. <https://doi.org/10.4324/9781003327165>
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017. <https://doi.org/10.1093/law/9780198768791.001.0001>
- Rubinfeld, Jed, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven, Yale University Press, 2001. <https://doi.org/10.12987/yale/9780300080483.001.0001>

- Ruiz Miguel, Alfonso, "Constitutionalism and democracy", *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, 21 (2004), pp. 51-84. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i21.320>
- Ruiz Miguel, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (1988), pp. 135-154.
- Sandro, Paolo, *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2021. <https://doi.org/10.5040/9781509905249>
- Suteu, Silvia y Stephen Tierney, "Squaring the circle?: Bringing deliberation and participation together in processes of constitution-Making", en Ron Levy (ed.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 282-294. <https://doi.org/10.1017/9781108289474.022>
- Tierney, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford Constitutional Theory, Oxford, Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199592791.001.0001>
- Tschorne, Samuel, "Referendums and representation in democratic constitution making: Lessons from the failed Chilean constitutional experiment", *King's Law Journal* 2 (2023), pp. 192-214. <https://doi.org/10.1080/09615768.2023.2248649>
- Turégano, Isabel, "La idea de poder constituyente y la supremacía y rigidez constitucionales", en *El compromiso constitucional del iusfilósofo: homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra Editores, 2020, pp. 83-110.
- Turégano, Isabel, "Democracia y cambio constitucional", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022), pp. 29-54. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6806>
- Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198262138.001.0001>
- Welp, Yanina, "Three fallacies undermining participatory constitution making", *PS: Political Science & Politics*, 2024, pp. 1-4. <https://doi.org/10.1017/S1049096523000896>
- Wheatley, Jonathan y Fernando Méndez, *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, Surrey, Ashgate, 2013.
- Zurn, Christopher, "Deliberative democracy and constitutional review", *Law and Philosophy* 21 (2002), pp. 467-542. <https://doi.org/10.2307/3505058>