

LOS REGLAMENTOS
DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL.
COMPLEJA ANTESALA
PARA LA DISCUSION SUSTANTIVA
DE LAS PROPUESTAS CONSTITUCIONALES

THE RULES OF THE CONSTITUTIONAL
CONVENTION, CONCERNS
IN THE RUN-UP TO DISCUSSIONS
ON THE CONSTITUTIONAL NORMS

*Natalia González B.**

RESUMEN: El Pleno de la Convención Constitucional (CC) aprobó los textos definitivos de los reglamentos de la CC, en general y en particular, con las propuestas reglamentarias emanadas de las comisiones provisorias creadas para estos fines. Más allá de las cuestiones de organización y funcionamiento regular de la Convención, materia que en diversos aspectos los reglamentos abordan de manera acertada, en este artículo se resumen las cuestiones que aparecen más preocupantes de las normas reglamentarias, ya sea porque sobrepasan el mandato constitucional conferido a la Convención; o porque anticipan y definen discusiones que, en realidad, corresponde sean abordadas con la densidad y el tiempo que ellas merecen en la discusión sustantiva; o porque vulneran derechos y libertades, amparadas por la Constitución actual y por tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, constituyendo un entonces un retroceso.

PALABRAS CLAVE: Proceso constituyente; debate constituyente chileno; nueva Constitución; reglamentos constitucionales.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho de la Universidad de Chicago. Directora de Asuntos Jurídicos y Legislativos de Libertad y Desarrollo. Correo electrónico: ngonzalez@lyd.org

ABSTRACT: The Plenary of the Constitutional Convention (CC) approved the final texts of the CC's regulations proposed by provisional commissions that had been created for this purpose. This article summarizes the main concerns of the approved regulations, either because they exceed the Convention's constitutional mandate; or because they anticipate and define discussions that should be approached in an in-depth discussion with the time and attention that they deserve; or because they violate rights and freedoms protected by the current Constitution and by international treaties ratified by Chile, and which are in force.

KEYWORDS: Constituent process; Chilean constituent debate; new constitution; constitutional regulations.

I. INTRODUCCIÓN

El Pleno de la Convención Constitucional (en adelante la "CC" o la "Convención") aprobó esta semana¹ los textos definitivos de los reglamentos de la CC, en general y en particular, con las propuestas reglamentarias emanadas de las comisiones provisorias creadas en la CC para estos fines. Además del Reglamento General, la Convención contará con un reglamento de Ética, un reglamento de participación popular y equidad territorial, un reglamento de participación y consulta indígena y un reglamento que establece y distribuye las asignaciones de las y los convencionales constituyentes y que crea el Comité Externo de Asignaciones y la Dirección de Administración, Finanzas y Transparencia de la Convención, previamente aprobado, además de lineamientos o documento referencial en materia de derechos humanos, este último, a partir del informe elaborado por la Comisión Provisoria de Derechos Humanos de la CC.

Antes de entrar en el detalle antes referido, vale recordar las normas de la Constitución Política de la República de Chile que rigen el proceso constituyente y que son relevantes en la materia. Conforme a la Ley n.º 21200, que modificó el capítulo xv de la Constitución Política de la República, sobre Reforma de la Constitución, con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República, el Congreso Nacional aprobó la realización de un plebiscito nacional, de entrada, que tuvo lugar el domingo 25 de octubre de 2020, los órganos (al-

¹ Dado que este artículo se refiere a una discusión y votación en curso de los reglamentos de la Convención Constitucional, es conveniente precisar que se ha cerrado con fecha 1 de octubre de 2021.

ternativos) llamados a construir una propuesta de nueva Constitución (prevaleciendo la Convención Constitucional en ese plebiscito de entrada), un itinerario, un procedimiento y límites para contar con una eventual nueva Carta Fundamental. En ese plebiscito nacional de entrada la ciudadanía aprobó, con una mayoría de un 78,27 % contra un 21,73 %, el que nuestro país se diera una nueva Constitución que debe ser concordada y propuesta al país por el órgano denominado Convención Constitucional, dejando atrás a las alternativas del rechazo y de la Convención Mixta Constitucional, en parte integrada por parlamentarios.

Tras la aprobación en el plebiscito de entrada, el Presidente de la República convocó a la elección de los miembros de la CC, elección que tuvo lugar el 15 y 16 de mayo del presente, esto es de los ciento cincuenta y cinco integrantes electos de acuerdo con las normas que rigen la elección de los diputados, salvo porque cuenta con paridad de género en su integración (conforme a la reforma aprobada bajo la Ley n.º 21216); con diecisiete escaños reservados para pueblos originarios (conforme a la reforma constitucional aprobada bajo la Ley n.º 21298, dentro de los ciento cincuenta y cinco convencionales constituyentes y porque para esa elección en particular se aprobó, en la Ley n.º 21216, antes referida, un mecanismo específico que permitió a los candidatos independientes ir agrupados en pactos electorales de independientes, con requisitos y exigencias especiales para poder postular a las candidaturas de convencionales constituyentes .

Cabe recordar, pues es una materia que surgió en la discusión del Pleno de la Convención Constitucional a propósito del alejamiento del convencional Rodrigo Rojas Vade, que a los convencionales constituyentes les son aplicables las mismas normas de vacancia, incompatibilidades, cesación en el cargo y fuero de los diputados. Además, estarán afectos a las normas sobre probidad en la función pública y prevención de conflicto de interés, y a la ley del lobby y gestiones que representan intereses. Percibirán una remuneración mensual de 50 UTM (\$ 2 500 000) además de las asignaciones que estableció el Reglamento de Asignaciones de la Convención, las que conforme a la Constitución son administradas por el Comité Externo de Asignaciones que esta creó, el que, no obstante, deberá seguir las directrices emanadas de la Convención, esto último sujeto a la disponibilidad presupuestaria de la entidad bajo la Ley de Presupuestos para el Sector Público.

De acuerdo con el texto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, la Convención deberá aprobar por $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio las normas y el reglamento de votaciones. Si la Convención infringe las reglas procedimentales y de funcionamiento, se contempla un procedimiento de reclamo que será conocido por cinco ministros de la Corte Suprema elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión plantea-

da. Para ejercer la acción, el vicio debe ser esencial y causar perjuicio. Esta cuestión también ha devenido en relevante debido a infracciones que hoy se constatan en la Convención a la letra de la Carta Magna en materia de procedimiento. Nos referimos, entre otras, a la decisión del Pleno de calificar por mayoría las normas de los reglamentos que se estimaron de votaciones (descartando la aplicación de los $\frac{2}{3}$ para norma alguna de los reglamentos, como si estos no tuvieran reglas de votaciones) y a otras cuestiones resueltas por el Pleno de la Convención, que también derivan en una infracción a las normas constitucionales, como el mecanismo de reemplazo de los convencionales que dejen su cargo y la calificación de su renuncia, el carácter originario que se dio la convención y la potencial aprobación de los plebiscitos dirimientes contenidos en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial.

La Convención tendrá un plazo de funcionamiento de nueve meses máximo, para redactar y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución, contados desde su instalación, prorrogable por otros tres meses. Redactada y aprobada por la Convención, o vencido el plazo o la prórroga, la Convención se disuelve de pleno derecho.

La propuesta de texto de nueva Constitución, en todo caso, deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Asimismo, no puede poner término anticipado al periodo de las autoridades electas en votación popular, salvo que las instituciones que integren se supriman o sufran modificación sustancial y deberá establecer el modo en que otras autoridades establecidas en la Constitución actual cesarán en sus cargos o continuarán en sus funciones.

La Convención tiene una serie de limitaciones conforme establece la Constitución. En este sentido, no puede:

- i) alterar *quorum* ni procedimiento de funcionamiento para la adopción de acuerdos,
- ii) intervenir ni ejercer otra función y atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o la ley,
- iii) negarle autoridad ni modificar la Constitución actual en tanto no entre en vigencia la nueva, de manera que sigue plenamente vigente,
- iv) atribuirse la soberanía mientras esté en funciones. Esta reside esencialmente en la nación y es ejercida por el pueblo a través de plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y la ley determinen y por las autoridades que la Constitución actual establece y
- v) como así tampoco sus integrantes o fracción de aquellos atribuirse el ejercicio de la soberanía asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce la Constitución.

En el evento que la Convención concuerde un texto de nueva Constitución, deberá comunicar al Presidente de la República la propuesta de texto constitucional aprobada por la Convención, el que deberá convocar dentro de los tres días siguientes a plebiscito nacional para que la ciudadanía rechace o apruebe la propuesta de nueva Constitución. El plebiscito se llevará a cabo sesenta días después de la publicación del referido decreto en el *Diario Oficial*, si ese día fuera domingo o si no el domingo siguiente. Si el plebiscito se encuentra en el lapso de sesenta días antes o después de una votación popular, el plebiscito se retrasa al domingo posterior inmediatamente siguiente. Si por aplicación de esta regla cae en enero o febrero, se corre para marzo. En este plebiscito aplicará el sufragio obligatorio para los que tengan domicilio electoral en Chile. La calificación del plebiscito debe quedar concluida treinta días después por el TRICEL y la sentencia será comunicada al Presidente de la República y al Congreso. Si se aprueba la propuesta de nueva Constitución en el plebiscito, se deberá convocar al Congreso pleno para que el texto sea promulgado (acto solemne) y los parlamentarios juren respetar y acatar esta nueva Constitución en un acto público y formal. Deberá ser publicada en el *Diario Oficial* dentro de diez días desde su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha (salvo que la misma Convención haya establecido vigencias diferidas para algunas normas). Solo a partir de ese momento queda derogada la Constitución actual. Si se rechaza la propuesta de Nueva Constitución en el plebiscito, queda vigente la actual Constitución.

II. LOS REGLAMENTOS DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CUESTIÓN DE LA APROBACIÓN POR $\frac{2}{3}$ DE LOS CONVENCIONALES EN EJERCICIO DE LAS NORMAS DE VOTACIÓN EN ELLOS CONTENIDOS

A pocos días de que la Convención Constitucional entrara en funcionamiento, esta acordó en el Pleno un reglamento provisorio en el cual se normó y estableció como iba a funcionar y proceder en tanto no tuviera un reglamento definitivo. En ese reglamento provisorio se establecieron diversas comisiones de funcionamiento, asimismo, provisorio, cuya principal misión consistía en proponer al Pleno de la Convención diversas propuestas reglamentarias, en distintas materias, para su conocimiento y aprobación, y para que este zanjara, en definitiva, la manera cómo iba a funcionar, organizarse y votar, bajo las reglas así determinadas. Concluida aquella tarea por las diversas comisiones provisorias creadas para estos fines, se arribó a cinco propuestas reglamentarias, y a un informe, a saber:

1. Reglamento General de la Convención Constitucional;
2. Reglamento de Ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo;
3. Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial;
4. Reglamento de Participación y Consulta Indígena;
5. Reglamento de Asignaciones y
6. Informe de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (este documento no fue concebido como un texto normativo, es decir, no contiene un articulado, pero sí contiene una serie de propuestas y recomendaciones para la Convención Constitucional en la materia).

En materia del reglamento de la Convención Constitucional, la Constitución Política de la República señala en su art. 133:

“La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

A fin de determinar qué normas son de votación en los diversos reglamentos de la Convención, el Pleno de la Convención acordó un procedimiento. Las normas así determinadas debían, en consecuencia, ser votadas por $\frac{2}{3}$ de los convencionales constituyentes en ejercicio a fin de cumplir con el mandato constitucional. Conforme al procedimiento acordado por el Pleno, los convencionales debían hacer llegar a la Mesa, para ser posteriormente debatido y resuelto “por mayoría” en el Pleno, una “solicitud” en que se indicaran qué normas, a juicio de esos convencionales proponentes, debían ser consideradas como de “votación” y, en consecuencia, ser votadas por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio que se resume a continuación. La solicitud debía venir apoyada por el patrocinio de treinta convencionales constituyentes. Por su parte, al menos quince convencionales constituyentes podían solicitar, respecto de aquellas propuestas que se presentaran como normas de votación, que ciertas normas fuesen excluidas de la calificación de normas de “votación”. Conforme a los plazos establecidos, el viernes 10 de septiembre de 2021 los convencionales constituyentes debían hacer llegar a la Mesa Directiva y la Secretaría el listado de aquellas normas de los reglamentos que, por contener reglas de votaciones, debían aprobarse por $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio, pues así lo mandata la Constitución. Solo el conglomerado Vamos por Chile hizo llegar las normas y artículos que, en su juicio jurídico, debían votarse por ese *quorum*. Lejos de un deseo, los con-

vencionales daban cumplimiento al mecanismo acordado del Pleno adoptado la semana anterior, para zanjar la cuestión (mecanismo que merece, no obstante, ciertos reparos), y más importante aún, daban cumplimiento al mecanismo previsto para dar por satisfecho el mandato de la Constitución.

Las normas propuestas por Vamos por Chile, como normas de votación de los diversos reglamentos, fueron las siguientes:

Reglamento general

Art. 15	Clausura del debate.
Art. 16	Votaciones.
Art. 17	Aplazamiento de una votación.
Art. 18	Determinación de <i>quorum</i> y regula las abstenciones.
Art. 19	<i>Quorum</i> para adoptar acuerdos.
Art. 20	Votos válidos.
Art. 21 inciso primero	Impedimentos.
Art. 22	Formalidad y transparencia de las votaciones.
Art. 34 inciso tercero letras f) y g)	Composición y atribuciones del Pleno.
Art. 89	Votación en general de las propuestas e indicaciones.
Art. 90	Votaciones de propuestas e indicaciones.
Art. 92	Lectura del informe en el Pleno.
Art. 93	Debate de las propuestas de normas constitucionales.
Art. 94	Aprobación de las normas constitucionales por $\frac{2}{3}$.
Art. 95	Rechazo de una propuesta de norma constitucional.
Art. 96	Cierre del debate.
Art. 101 inciso primero	Modificación del reglamento de votación.

Reglamento de ética

Art. 45 letra c	Suspensión como medida disciplinaria.
Art. 62 inciso primero letra b)	Suspensión de labores como medida cautelar.

Reglamento de participación popular

Art. 47	Los plebiscitos dirimientes intermedios.
Art. 48	Los plebiscitos dirimientes intermedios.
Art. 49	Los plebiscitos dirimientes intermedios.
Art. 50	Los plebiscitos dirimientes intermedios.

Reglamento de participación y consulta indígena

Art. 1 inciso segundo	Acuerdos vinculantes.
Art. 4	Fuentes normativas.
Art. 5 letra e)	Principio de vinculatoriedad e incidencia populares.
Art. 5 letra h)	Buena fe.
Art. 10	Objetivos.
Art. 11	Obligación de fundar y motivar las decisiones que se adopten en el proceso de consulta.
Art. 12	Mecanismos generales.
Art. 13 n.º 2	Elaboración de documento base.
Art. 13 n.º 8	Propuesta normativa de la comisión.
Art. 15 inciso segundo, oración final	Respeto de las particularidades de cada pueblo.

El martes 14 de septiembre la Convención, conforme al procedimiento acordado, sometió a votación del Pleno la calificación jurídica de las normas de los reglamentos que, por ser estimadas como normas de votaciones, requerían de un *quorum* de aprobación de $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio. Esa calificación, propuesta por Vamos por Chile, fue rechazada para todas las normas de todos los reglamentos, quedando entonces en condiciones de ser aprobados, tanto en general como en particular, por mayoría simple, contraviniendo, con esa calificación, el texto expreso de la Constitución vigente en lo que a las normas de votaciones de los reglamentos se refiere (pues más allá de la amplitud o restricción que el criterio considere resulta innegable que los reglamentos contienen normas de votaciones, de lo contrario no sería posible a la Convención concordar una propuesta de nueva Constitución). Acto seguido, y puestas en votación en general las cuatro propuestas de reglamentos emanados de las comisiones provisorias (general, de ética, de participación popular y equidad territorial, y de participación y consulta indígena –el reglamento de asignaciones ya había sido aprobado en general por la Convención con anterioridad) y el informe emanado de la Comisión

Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica, y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, estos fueron aprobados por el Pleno por amplias mayorías.

Como antes señalamos, el art. 133 de la Constitución es claro en señalar “la Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quorum de $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio”. De ahí que, no solo las propuestas de normas constitucionales deben ser aprobadas por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio, sino que, además, y en forma previa, las normas de votación de esas reglas, contenidas en el o los reglamentos de la CC. Estas normas son indisponibles por la CC, a la que no le cabe arbitrar o determinar si las cumple o no, o si las cumple total o parcialmente. Por su parte, el mismo artículo añade: “La Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos”.

En este contexto, existe una evidente infracción al texto constitucional por cuanto se ha desconocido abiertamente una regla expresa del mismo. Algunos sectores políticos (de izquierda) dieron a entender que el fin perseguido con esta estrategia era el lograr que la Convención aprobase en particular la norma del Reglamento General que reitera la norma constitucional y que establece que las normas constitucionales deben aprobarse por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio toda vez que anticipaban que no existirían los ciento tres votos en la Convención para ratificarla en el reglamento. Así se justificó este proceder. No se puede compartir esa tesis, pues ella encierra un peligroso precedente para el respeto del Estado de derecho. Bajo esa tesis, la actuación habría sido estratégica al tener por objetivo el resguardo de la norma del reglamento general que repite, en ese instrumento, que la aprobación de las propuestas constitucionales debe efectuarse por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio. Estos personeros –actores políticos y académicos– han explicado que, si las reglas de votación de los reglamentos hubieran quedado sujetas a un *quorum* de aprobación de $\frac{2}{3}$, los convencionales del Partido Comunista, del Pueblo Constituyente y de Movimientos Sociales habrían reunido el $\frac{1}{3}$ para bloquear esa norma y podrían haber puesto en jaque todo el proceso constituyente. Dado el riesgo involucrado, optaron por asegurar que el *quorum* de aprobación de las normas constitucionales sustantivas prevaleciera, pues la mayoría (para aprobar el *quorum* de $\frac{2}{3}$ de votación de las normas constitucionales) estaría asegurada, y no así los $\frac{2}{3}$ que hubiera correspondido al *quorum* exigible por la Constitución.

Lo anterior resulta en una falacia, pues la norma que obliga a aprobar las propuestas constitucionales en la Convención por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio está en la Constitución y no necesita ser refrendada por la Convención. La norma reglamentaria solo reitera lo dicho en la Carta Magna (no podría ser de otra forma) de manera que su eventual rechazo en

el Reglamento General no cambia el escenario y los constituyentes siguen y hubieran seguido igualmente obligados por la norma del art. 133 de la Constitución, porque ninguna norma reglamentaria de la Convención o el rechazo a aprobación de esta, de esas normas en el reglamento, puede cambiar lo que está establecido en la Constitución. Evidentemente el rechazo generaría un efecto político, que la Convención intentó evitar con este proceder, pero no uno jurídico.

En otras palabras, es falaz el argumento consistente en que para cumplir con una parte de lo establecido en el art. 133 de la Constitución era necesario infringir otra parte de lo establecido en el mismo artículo. En una democracia constitucional las reglas del juego deben respetarse siempre y no puede utilizarse aquello de que el fin justifica los medios para fundar la infracción al Estado de derecho, máxime si el “fin”, como explicamos antes, nunca estuvo en riesgo. No es hacer “buena política”, como también se señaló en medios de comunicación durante los días en que este debate se dio en la Convención, el buscar acuerdos que impliquen infringir la institucionalidad vigente, pues esa política deviene en autoritarismo, que termina vulnerando nuestros derechos y libertades. La política no se hace a espaldas del Estado de derecho.

De esta manera, la Constitución asegura el *quorum* de aprobación de las propuestas de normas constitucionales y eso no lo puede modificar la Convención. Lo que resulta muy preocupante es que esta primera infracción al art. 133 de la Constitución (no respetar el *quorum* de $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio para aprobar el reglamento de votación) posiblemente devendrá en otra infracción, esta vez a la norma que garantiza que las propuestas de normas constitucionales deben votarse por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio, pero más solapada. Y es que posiblemente, en la votación en particular de los restantes reglamentos de la Convención, diversas normas de los reglamentos que cuentan con apoyos muy importantes en la Convención y que desvirtúan el *quorum* de $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio exigido en la Constitución para aprobar las propuestas de normas constitucionales, serán aprobadas. Entre ellas, está la propuesta de plebiscito intermedio dirimente (que será llevado a cabo cuando no se alcance el *quorum* de $\frac{2}{3}$, pero si uno de $\frac{3}{5}$ en la Convención y ejecutado por acuerdo de la mayoría de los convencionales, conforme señala el reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial de la Convención) y podría ocurrir con ciertas normas que importan, desde el derecho internacional y directo a la propuesta de nueva Constitución, normas en la materia, lo que ciertamente altera el resultado de las votaciones en la CC. En efecto el día 29 de septiembre de 2021, el Pleno de la Convención aprobó incluir referencias, en el Reglamento General, a los plebiscitos dirimientes tanto en las normas que

rigen a la Comisión de Armonización, que se creó en el Reglamento General como en la norma que se refiere al rechazo de las propuestas constitucionales que no alcancen el *quorum* de $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio exigido. De esta manera, la Convención ha anticipado, al aprobar estas referencias al plebiscito intermedio dirimente, su apoyo al plebiscito dirimente dejando entredicho la norma que obliga a aprobar, por la Convención y por nadie más que la Convención, las propuestas constitucionales por $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio.

Hay quienes estiman que las normas sobre el plebiscito intermedio dirimente –contenidas, como dijimos, en la propuesta de reglamento de la Comisión de Participación Popular y Equidad Territorial– no infringirían la Constitución y que resguardarían la institucionalidad vigente, pues exigirían que, para implementarlos y convocarlos, se lleven a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La propuesta señala, además, que la Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en el reglamento. El plebiscito, señala la propuesta, se regirá, en todo aquello que no esté expresamente regulado en este reglamento, en materias de convocatoria, *quorum* y realización, por las normas generales de plebiscitos y consultas. La Convención, además, podrá realizar a través de su Mesa Directiva, los convenios de colaboración con las instituciones pertinentes para que permitan dar curso al presente plebiscito.

Discrepamos con quienes sostienen esa postura. La norma reglamentaria señalada, por de pronto, infringe el art. 15 de la Constitución que señala que solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en “esta Constitución”, cosa que la Carta Fundamental no prevé para este caso. Así un eventual plebiscito dirimente solo podría llevarse a cabo existiendo una reforma constitucional previa y habilitante que reforme el proceso constituyente regulado en el capítulo xv. Eso no es lo que dice con exactitud la propuesta reglamentaria y, donde cabe al interprete distinguir, abre el espacio para que la Convención así lo haga. En efecto, el lenguaje de la propuesta es que “La Convención Constitucional podrá resolver la realización de un plebiscito dirimente...” sin que para esa resolución se exija reforma constitucional previa. No obstante, hay quienes interpretan que la Convención estaría requiriendo de una reforma constitucional previa y habilitante. Puede ser, el lenguaje es vago y llama a diversas interpretaciones. Pero llamamos la atención que dado lo sucedido a la fecha y las declaraciones de varios de los convencionales, incluyendo miembros de la Mesa, que miran con desconfianza y desprecio cualquier intervención del poder constituido sobre este órgano, no podemos descartar hoy que la Convención interprete (por mayoría) que no se requiere reforma constitu-

cional alguna para llevar a cabo estos plebiscitos y que basta el mandato del reglamento en cuestión, debiendo en todo caso llevarse a cabo las reformas normativas pertinentes para implementarlos. Por cierto, y nuevamente, será la Corte Suprema la que tenga la palabra final de impetrarse el recurso de reclamación.

III. SOBRE EL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS REGLAMENTOS:

ASPECTOS QUE PREOCUPAN DE CARA AL DEBATE DE LAS PROPUESTAS CONSTITUCIONALES DE FONDO

1. Reglamento General de la Convención

El Reglamento General de la Convención, que a la fecha en que se escribe este artículo ya ha sido aprobado por la Convención Constitucional tanto en general como en particular, que además incorporó algunos planteamientos de las comisiones provisorias de descentralización y de la comunicaciones, información y transparencia, norma la organización, funcionamiento y procedimiento de votaciones de la CC. Sin embargo, y en concreto, el Reglamento General termina yendo mucho más allá del objetivo pretendido, al abarcar cuestiones propias del debate sustantivo, y en otros casos vulnerando la Constitución vigente.

En el primer caso (entra en el debate sustantivo), a través de la consagración de más de una veintena de principios rectores del Reglamento General que “constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente, teniendo todos la misma relevancia”, se anticipa y delinea la discusión constitucional de fondo. A modo ejemplar se establece el principio de “Descentralización” y se conceptualiza éste señalando: “que asegure el traspaso de competencias y recursos desde el nivel central a los diversos territorios del país, incluyendo los territorios indígenas”. Así, sin que haya existido una discusión sobre el fondo del asunto, se señala o al menos implica que habrá en nuestra nación territorios indígenas a los que se les traspasarán recursos y competencias, asumiéndose entonces que contarán con autoridades de igual carácter. Ello se ve reafirmado por las tareas que, a su turno, el Reglamento General le asigna a la comisión temática de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal, entre las que se listan, además de una serie de principios adicionales o reiterativos, las autonomías territoriales e indígenas. Luego en la comisión temática sobre sistemas de justicia, se señala que deberá abordar el “pluralismo jurídico y sistemas propios indígenas”. A ello se suma el principio de “Plurinacionalidad” definido como el:

“Reconocimiento de la existencia de los pueblos naciones indígenas preexistentes al Estado para lograr la igual participación en la distribución del poder, con pleno respeto de su libre determinación y demás derechos colectivos, el vínculo con la tierra y sus territorios, instituciones y formas de organización, según los estándares de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y demás instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.”

También se consagra en el Reglamento General el principio de la “Igualdad y prohibición de discriminación” señalando que corresponde a la:

“Adopción de medidas efectivas para lograr la igualdad sustantiva en dignidad y derechos, inclusión, respeto mutuo y participación de todas las personas y pueblos, especialmente de grupos históricamente excluidos o invisibilizados, prohibiéndose toda forma de discriminación. [...]”.

La referencia especial a grupos históricamente excluidos resultará, a juicio de quien escribe, en políticas identitarias en que esos grupos, que serán considerados víctimas de otros, terminarán en una situación que pone en entredicho la igualdad ante la ley. Lo anterior encuentra un correlato, en las comisiones temáticas y, particularmente, en los derechos fundamentales en que se listan –dentro de las materias que debe revisar esa comisión temática– los derechos de las personas privadas de libertad, de los migrantes, de las personas con discapacidad, de las disidencias y diversidades sexuales, etc. Los derechos fundamentales son comunes a cada una de las personas, independiente del grupo a que pertenezcan. Por cierto, la política pública, no la Constitución, puede establecer derechos específicos para ciertos grupos en la regulación del caso, como ocurre con el derecho de los consumidores o de los mismos migrantes en la nueva ley de migraciones, pero lo que se advierte en la materia es que habrá una sobre constitucionalización de materias y con ello la creación de grupos que serán relevados por considerárseles víctimas de la sociedad.

Finalmente, respecto de las comisiones temáticas que se proponen, los nombres de las comisiones y las materias que estas deben tratar, a lo menos, ya dan por sentados asuntos que ameritan una discusión profunda, previa. A su vez, fueron descartadas en el Reglamento General en el ámbito del temario de esas comisiones, expresamente otras materias, como ciertas libertades básicas, quedando la inquietud si en definitiva la Convención las incluirá o no en el texto de propuesta de nueva Constitución, como ocurre con la libertad de enseñanza, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, el derecho a la propiedad y el estatuto de la función social y la expropiación, pero en cambio se regula en detalle, en los mismos temarios, la protección de los glaciares y de la criosfera y la protección de las semillas ancestrales. Entre otros ejemplos, la Comisión de Medio Ambiente se deno-

mina, asimismo, de Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico. La naturaleza es, por cierto, objeto de protección, pero no un sujeto de derechos (al menos debiera tratarse de una cuestión sustantiva a debatir y no una cuestión anticipadamente determinada por el nombre de la comisión en el Reglamento General de la Convención). Por su parte, no corresponde a una Constitución definir el “modelo económico”. No es una materia de orden constitucional.

Respecto de las materias en las que el Reglamento General vulnera la Constitución vigente, a lo menos, destaco las siguientes.

En primer término, la Convención se definió asimismo en el artículo primero del Reglamento General como:

“una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el *poder constituyente originario*. La Convención reconoce que la soberanía reside en los pueblos y que está mandatada para redactar una propuesta de Constitución, que será sometida a un plebiscito”.

La Convención Constitucional es un órgano del Estado llamado a efectuar una propuesta de nueva Constitución a la ciudadanía, que fue creado e instaurado tras aprobarse, por el *quorum* correspondiente, las reformas constitucionales referidas en la Introducción del presente trabajo y que actúa válidamente en el marco y dentro de los límites tanto formales como sustantivos que la Constitución vigente (y que permanece vigente mientras no sea publicada una nueva Constitución en el *Diario Oficial de la República de Chile*). Se trata del ejercicio de una facultad que es derivada y no originaria ni soberana.

En segundo término, el Reglamento General contempla mecanismos de reemplazo para el evento que se produzca la vacancia en el cargo de convencional. Sobre el asunto, cabe recordar que el capítulo xv de la Constitución señala que a los convencionales constituyentes les serán aplicables algunas normas que rigen a los diputados, entre las que se encuentra el art. 51 de la Constitución, que consagra los reemplazos en escenario de vacancia. Esa norma solo autoriza los reemplazos, en caso de vacancia, con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario (convencional en este caso) que produjo la vacante al momento de ser elegido, contemplando, asimismo, que los parlamentarios (convencionales en este caso) elegidos como independientes que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán reemplazados por el ciudadano que señale el partido indicado por el respectivo parlamentario (convencional en este caso) al momento de presentar su declaración de candidatura. Por su parte, la norma constitucional señala que los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados. Sin embargo, el

Reglamento General de la Convención contradice la norma constitucional y provee un mecanismo de reemplazo para los independientes que se hayan presentado en lista (en que el reemplazante será el segundo más votado de la lista, del mismo género) y también para los escaños reservados, designando al compañero a la persona designada como su candidatura paritaria alternativa, al momento de presentar su declaración de candidatura. Asimismo, el Reglamento de la Convención señala que la causal de la vacancia será determinada por el Pleno de la Convención Constitucional y no por el Tribunal Constitucional, como expresamente señala la norma aplicable de la Constitución al caso particular. No corresponde al Reglamento de la Convención hacerlo, pues se trata de materias reguladas por la Constitución, como tampoco corresponde que, en esa regulación, el reglamento contradiga lo establecido en la Constitución apartándose de ella.

En tercer término, se advierte, como ya se ha señalado, la regulación por parte de la Convención –en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial, y las referencias que el Reglamento General hace al mecanismo del plebiscito dirimente. Esta regulación en el ámbito de reglamento no solo vulnera la Constitución en lo que se refiere a la alteración de los procedimientos establecidos en la Constitución para el proceso constituyente, toda vez que introduce un mecanismo alternativo no contemplado en ella y en consecuencia impropio, sino, además, a las normas sustantivas que regulan los plebiscitos en la Constitución que exigen que el Presidente de la República solo pueda convocar a los plebiscitos en ella consagrados (que no es el caso) además de bajar la edad de participación –en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial– en los mismos a dieciséis años en circunstancias que la Constitución requiere de la mayoría de edad para participar en ellos.

2. Propuestas de la Comisión Provisoria de Ética

El reglamento que propuso la Comisión Provisoria de Ética al Pleno tiene por objetivo establecer ciertos principios, normas y parámetros para orientar la convivencia al interior de la Convención y resguardar la dignidad del cargo de convencional constituyente. El cuerpo normativo contempla mecanismos para prevenir, conocer y sancionar las infracciones a los principios de ética, probidad y transparencia, interculturalidad y perspectiva de género, así como también las vulneraciones a los principios de tolerancia, pluralismo y fraternidad, sin perjuicio de otros principios que consigne este Reglamento, aplicables a los convencionales constituyentes, asesores debidamente acreditados ante la Convención, funcionarios, trabajadores y colaboradores de la Convención. Más allá de la inquietud que plantea la formulación de algunos de los referi-

dos principios y las consecuencias por vulnerarlos, una serie de disposiciones aprobadas resultan un despropósito al entrar en abierta contradicción con derechos fundamentales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y con los principios que amparan el debate democrático. Nos referimos a la conceptualización del negacionismo, a la definición de violencia, a las infracciones que se establecieron al efecto y a las sanciones que se propone imponer.

De esta forma, desde los arts. 19 a 24, inclusive, el Reglamento de Ética Convivencia; Prevención y Sanción de la Violencia Política y de Género, Discursos de Odio, Negacionismo y Distintos Tipos de Discriminación; y de Probidad y Transparencia en el Ejercicio del Cargo, aprobados en general y particular a la fecha en que se escribe este artículo, define:

“Violencia: Consiste en toda acción u omisión, que tenga un efecto físico, psíquico o emocional, que atente directamente en contra de la persona, la convivencia o la deliberación dentro de la Convención Constitucional, debiendo además ser injusta.

Violencia de género. Cualquier acción u omisión basada en género, que cause daño o sufrimiento físico o emocional a las mujeres o personas LGBTIQ+, tanto en el ámbito público como privado. Tratándose de la omisión esta se configura solo respecto de quien tiene deber de actuar.

Discurso de odio. Toda comunicación, expresión verbal o de cualquier tipo, que sea un ataque o utilice lenguaje discriminatorio en relación con una persona o un grupo en razón de su origen étnico, raza, color, ascendencia, nacionalidad, credo, religión, espiritualidad u otro factor de identidad, que tenga la entidad suficiente para incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Violencia de credo. Se entenderá como violencia de credo el acoso o censura de ideas y símbolos por causa de pensamiento religioso.

Negacionismo. Se entenderá por negacionismo, toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a este.

Así también, se entenderá como negacionismo toda acción u omisión, que justifique, niegue o minimice, las atrocidades y el genocidio cultural de las que han sido víctima los pueblos originarios y el pueblo tribal afrodescendiente a través de la historia, durante la colonización europea y a partir de la constitución del Estado de Chile.

Desinformación. Se entenderá por desinformación la expresión, a través de cualquier medio físico o digital, de un hecho que se presenta como real, conociendo o debiendo saber que es falso”.

Sobre este asunto, el regulador no es el llamado a establecer, a través de su poder coercitivo, verdades objetivas o de Estado que no puedan ser combatidas o desafiadas a través de nuevas investigaciones. En el caso concreto, al definir el negacionismo, la Convención no solo consagra una versión de la historia como una verdad irrefutable, sino que, además, la establece en términos amplísimos y subjetivos, sin remitir siquiera a fuentes válidas. La definición no solo comprende las acciones, sino, también, las omisiones, cuestión sumamente compleja. Lo mismo ocurre con el verbo ‘minimizar’. Todos estos conceptos y sanciones asociadas vagos entran en colisión evidente con el derecho a la libertad de expresión y tienen una consecuencia en el ámbito del reglamento en estudio que acarrea la imposición de sendas sanciones en caso que se incurra en las conductas allí descritas.

Por otro lado, la conceptualización de la violencia como

“toda acción u omisión, que tenga un efecto físico, psíquico o emocional, que atente directamente en contra de la persona, la convivencia o la deliberación dentro de la Convención Constitucional, debiendo además ser injusta”,

resulta mucho más extensiva que lo que reconoce nuestra legislación penal y otras leyes especiales relacionadas, desnaturalizando el concepto, y resulta alarmante que la violencia deba tener “apellidos” (“injusta”) para ser repelida. En el caso de la violencia de género por su parte, no se contempla la violencia contra el género masculino, resultando, además, en una discriminación arbitraria.

El catálogo de infracciones y sanciones propuestos al Pleno para su aprobación en este reglamento transgrede, a través de una norma reglamentaria, garantías fundamentales amparadas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional ratificado por Chile (*i.e.* la libertad de expresión y para emitir opinión, la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y el debido proceso, entre otros). En esta misma línea, el catálogo de infracciones y sanciones resultan desmedidas si se les compara con normas de similar naturaleza contenidas en el Reglamento de la Cámara de Diputados. Lo anterior da cuenta de un ánimo al interior de la CC por instalar como correcta o moralmente aceptable una sola visión de la historia o una sola postura de fondo en la discusión.

Las sanciones por infringir los principios que se consignan consistirán en: Amonestación, censura y suspensión, que implica la inhabilitación para participar, mediante deliberación, en las comisiones. Originalmente la propuesta de reglamento señalaba que, al recibir tres censuras, habrá suspensión de quince días corridos sin derecho a voz y con derecho a voto. Esta cuestión fue finalmente desestimada por el Pleno de la Convención. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que se establecen y de que podrá determinarse la

imposición de medidas reparatorias adicionales y/o complementarias como obligación de distancia entre personas, prohibición de contacto entre responsables y víctimas, o proponer el ofrecimiento de disculpas públicas. En su versión original también se contemplaba que, en los casos que la infracción cometida así lo ameritara, el Comité podía determinar la participación del infractor en un programa de formación, que estará orientado a la formación en la materia infringida, tales como: derechos humanos, relaciones interculturales, igualdad de género, diversidad religiosa o espiritual, o cualquier otra que se requiera. Esto finalmente no prosperó, quedando solo como una posibilidad que podía adoptarse con acuerdo del afectado.

En lo que se refiere a las infracciones que dan lugar a esas sanciones y tras la polémica que se suscitó al efecto, el Pleno, en la votación en particular de este reglamento, si bien descartó algunos supuestos de infracción, mantuvo las infracciones consistentes en: vulnerar principios especificadas en las formas de proferir discursos de odio; realizar alguna de las conductas de negacionismo en los términos del referido reglamento; utilizar expresiones injuriosas y aludir a antecedentes personales de las y los convencionales constituyentes; presentar denuncias temerarias al Comité de Ética; esto es, que no contengan fundamentos mínimamente plausibles y que sean declaradas inadmisibles por el Comité; desinformar en cualquier espacio o red social, incluyendo las sesiones de Sala o Comisión, en los términos del concepto al efecto aprobado y antes referido; ejercer cualquier acto de discriminación en los términos del presente reglamento; ejercer cualquier acto de violencia de género, por cualquier medio, en los términos del presente reglamento; someter a las víctimas a actos de revictimización o retraumatización; incitar a la discriminación a través de discursos de odio en los términos del presente reglamento; enviar mensajes intimidatorios o amenazantes por cualquier medio; desacreditar con base en estereotipos de género por cualquier medio físico o virtual, entre otras materias aprobadas como infracciones. Por su parte, el Pleno estuvo de acuerdo, en estos temas, con suprimir las hipótesis de infracción consistentes en no actuar con fraternidad y sororidad frente a sus colegas y la de relativizar cualquiera de los hechos relativos a conductas de negacionismo en los términos del reglamento.

3. Propuestas reglamentarias de la Comisión de Participación Popular y Equidad Territorial

La propuesta reglamentaria que debe ser sometida a la aprobación en particular por el Pleno (ya se aprobó en general) contiene diversos mecanismos de participación, definidos

“herramientas democráticas para la vinculación e incidencia de las personas, grupos, comunidades, y organizaciones de la sociedad al proceso de debate constituyente abordado en la Convención Constitucional”.

Estos mecanismos de participación pueden ser autoconvocados por personas o agrupaciones externas a la Convención, a través de la presentación de propuestas de normas o lineamientos constitucionales, las cuales deben contar con “apoyo” a través de un proceso de recolección de firmas. Las iniciativas que consigan siete mil firmas podrán ser conocidas por las comisiones temáticas y, en caso de contar con el apoyo de quince mil firmas o más, de cuatro regiones distintas, se considerarán equivalentes a las normas presentadas por los convencionales, por lo que podrán ser discutidas y votadas en las mismas condiciones. También se contemplan mecanismos de participación convocados por la misma Convención, como la publicación de borradores de normas constitucionales para recibir comentarios del público, plebiscitos dirimientes, audiencias públicas, jornadas nacionales de deliberación, cabildos, entre otros.

Respecto de los plebiscitos dirimientes, se establece lo que señalo a continuación. Hago presente que, al momento de escribir este artículo, aún no se han sometido a votación en particular estas normas del Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial de manera que pueden tener cambios al haberse presentado indicaciones para suprimirlas o modificarlas. Sin embargo, llamo la atención que en el Reglamento General de la Convención ya despachado por el Pleno y como se señaló antes existen dos referencias al plebiscito dirimente, lo que anticipa que buena parte de estas normas serán aprobadas.

Artículo 47.- Definición. La Convención Constitucional podrá resolver la realización de un plebiscito dirimente respecto de determinadas normas constitucionales, convocando a la ciudadanía a decidir mediante el sufragio universal popular la inclusión o exclusión en el nuevo texto constitucional de las normas constitucionales objeto de la convocatoria, de acuerdo a las reglas establecidas en el presente reglamento.

Artículo 48.- Requisitos. Podrán someterse al mecanismo de plebiscito dirimente las propuestas de normas constitucionales respecto de las cuales no se hubiera obtenido el quórum para su aprobación establecido en el reglamento de votación, pero que hayan alcanzado una votación igual o superior a $\frac{3}{5}$ de las y los convencionales constituyentes por su aprobación, en segunda votación.

Respecto a las normas constitucionales que hayan sido votadas cumpliendo el requisito anterior, se realizará una votación para determinar si una materia será convocado a plebiscito dirimente. Para ello, se requiere un quórum de aprobación de mayoría absoluta.

La fecha de esta votación se definirá a propuesta de la Mesa Directiva conforme al flujo de tramitación de las normas constitucionales establecido por el Reglamento. No podrán plebiscitarse aquellas normas constitucionales que pretendan negar la existencia de derechos fundamentales.

Podrán participar de los plebiscitos dirimientes todas y todos los chilenos con residencia en el territorio y el extranjero, desde los 16 años. *Artículo 49.- Oportunidad.* La Convención Constitucional podrá convocar en una sola oportunidad al plebiscito dirimente, el cual deberá celebrarse en una fecha previa al trigésimo día anterior a que cese el funcionamiento de la Convención Constitucional.

En este plebiscito dirimente se contemplarán todas las opciones que cumplan con los requisitos de votación exigidos en el artículo respectivo. Las normas constitucionales plebiscitadas tendrán dos opciones: Apruebo y Rechazo.

Artículo 50.- Efectos. Una vez verificado este plebiscito dirimente y concluido su escrutinio, se entenderá que la o las propuestas de norma constitucional que hayan sido aprobadas por la ciudadanía pasarán a integrar la propuesta de nueva Constitución, debiendo ser incorporadas en los capítulos y apartados respectivos según su contenido específico, debiendo ser consideradas por el Comité de Armonización en su propuesta, según lo dispuesto en el reglamento de la Convención.

Artículo 51.- Implementación. Para la convocatoria a plebiscito deberán llevarse a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en este reglamento. El plebiscito se regirá, en todo aquello que no esté expresamente regulado en este Reglamento, en materias de convocatoria, quórum y realización, por las normas generales de plebiscitos y consultas”.

Esta materia ya ha sido ampliamente tratada en este documento. Solo resta puntualizar que esta propuesta ya había sido discutida en la Comisión Provisoria de Reglamento, la cual fue rechazada. Sin embargo, en el marco del trabajo de la Comisión Provisoria de Participación Popular y Equidad Territorial, la idea renació y cobró fuerza con una propuesta emanada de los convencionales del Frente Amplio, Independientes No Neutrales, Colectivo Socialista, Partido Comunista, Lista del Pueblo, Movimientos Sociales y Pueblos Originarios. La iniciativa propone someter a plebiscito intermedio dirimente aquellas propuestas de normas constitucionales que no alcancen el *quorum* de aprobación de $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio, pero que cuenten con una votación igual o superior a $\frac{3}{5}$ de los convencionales.

Como ya he señalado, la propuesta contraría al texto de la Carta Fundamental, aun cuando plantee que para la ejecución de los plebiscitos dirimientes se deberán llevar a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes, pues lo establece luego de haberlos regulado exhaustivamente en el reglamento en comento. Ello pues, en realidad, estos plebiscitos solo podrían consagrarse a través de una reforma previa y habilitante a la Constitución vigente, aprobada por $\frac{2}{3}$ de los miembros en ejercicio del Congreso. La Convención tiene un único mandato cual es redactar una propuesta de nueva Constitución, para lo cual debe lograr los consensos necesarios y alcanzar el *quorum* de $\frac{2}{3}$ de los convencionales en ejercicio. Es deber de ese órgano, y no de la ciudadanía, resolver las diferencias que se susciten en el Pleno de la Convención y de no alcanzarse acuerdo, las propuestas constitucionales simplemente deben tenerse por desechadas sin que pueda recurrirse a un mecanismo alternativo como sería un plebiscito dirimente. La Convención tiene prohibido alterar los procedimientos y atribuirse la soberanía, al tiempo que no puede imponer reformas a la Constitución, ni llamar a plebiscitos intermedios para dirimir propuestas de normas constitucionales que solo cabe a la Convención resolver. Cabe recordar que en derecho público solo se puede hacer aquello que está permitido. En otro orden de ideas, la propuesta establece que podrán participar en los plebiscitos dirimientes los chilenos con residencia en el territorio y en el extranjero, desde los dieciséis años, lo cual es contrario a lo que dispone el art. 13 de la Constitución, que reconoce los derechos de sufragio para los chilenos que hayan cumplido dieciocho años.

4. Propuestas (informe) emanadas de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición²

Las propuestas de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición fueron aprobadas, en general, por el Pleno como un informe aparte y separado. Ello, tras concordarlo así las coordinaciones (presidencias) de esa comisión y la provisoria de reglamento, pues en una primera instancia se había resuelto que las propuestas emanadas de esta comisión fueran contenidas en el marco de las propuestas del Reglamento General, como ocurrió con las proposiciones de la comisión provisoria de descentralización y la de comunicaciones.

La Comisión Provisoria de Derechos Humanos Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición de Derechos

² Este contenido ha sido elaborado a partir del documento Reseña Legislativa n.º. 1495, del 23 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, Trinidad Schleyer.

Humanos no formuló su propuesta en un formato de normas o de articulado, sino de proposiciones contenidas en un texto tipo informe relatado. Este informe no sería votado en particular y constituiría un documento referencial para la Convención, aunque es posible advertir desde ya que su peso será mayor al de una mera referencia toda vez que se ha establecido en el Reglamento General un artículo que consagra la transversalización de determinados principios, entre ellos del de derechos humanos, en el trabajo de las comisiones temáticas y de la convención en su conjunto.

A continuación, se resume parte de los contenidos más problemáticos, a nuestro juicio:

- i) *Derecho a la propiedad, supeditado a su función social o ambiental.* Esta Comisión propone, en el contexto de la definición de las comisiones temáticas de la CC, que exista una comisión permanente de derechos humanos (y que el Reglamento General contempla como Comisión de Derechos Fundamentales). Dentro de los derechos que se propone incluir está el derecho a la propiedad, individual, colectiva o comunitaria supeditada a su función social como ambiental. La Constitución actual contempla que el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad y que este pueda ser limitado (no supeditado) solo mediante una ley y en virtud de las exigencias que deriven de su función social, contemplándose las hipótesis de lo que ello significa y aclarándose en el art. 19 n.º 26 que en caso alguno puede ser afectado en su esencia. El verbo ‘supeditar’ supone que una cosa dependa de otra o que se someta a otra, estableciendo una relación de jerarquía que debilita la consagración del derecho de propiedad. Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala (art. 21): “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” nuestra norma interna es diversa, como señalábamos. Como se advierte supeditar la propiedad a la función ambiental va más allá, incluso, de lo que señalan los tratados internacionales³. Cabe señalar que dentro de las propuestas de esta comisión provisoria está la regeneración y reparación de las zonas en sacrificio y, aunque no se especifica cómo deberá ser esta regeneración y reparación, la

³ La misma convención más adelante, en el mismo artículo, permite limitar el derecho por razones de utilidad pública (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 26. Restricción y Suspensión de Derechos Humanos. Disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo26.pdf [fecha de consulta: septiembre de 2021]. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala solo que “nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad” (art. 17).

amplitud de la propuesta es tal que podría la regulación afectar a los actuales propietarios (derecho de propiedad).

- ii) *Derecho a la verdad histórica*⁴. La Comisión también plantea la consagración de este derecho. Una de las libertades más importantes de las que gozamos es la libertad para pensar, creer y expresar todo lo que, de acuerdo con el propio juicio, creamos deba ser manifestado. Una de las mayores amenazas a este derecho consiste en ser obligado a profesar convicciones religiosas, políticas, históricas o de cualquier índole, contrarias a los propios pensamientos, incluidos aquellos que puedan resultar erróneos o molestos para otros. Así, uno de los mayores triunfos de la civilización ha sido eliminar las sanciones por pensar o expresar algo distinto a las mayorías, lo que ha sido garantizado por declaraciones de derechos universales. Las opiniones erróneas o las interpretaciones incorrectas deben ser sometidas al análisis crítico y a la argumentación, pero no deben ser castigadas, salvo si incitan a la violencia⁵. La historia no es la crónica de los hechos del pasado, sino un ejercicio interpretativo en que se revisa constantemente las causas, contextos y consecuencias de los eventos, al surgir nuevas preguntas, información o metodologías. “Por eso, no existe ‘la verdad histórica’”. La investigación histórica siempre será, por definición, controvertible y discutible y no es posible llegar a una visión única y monolítica con certidumbre.
- iii) *Derechos individuales y colectivos de los pueblos originarios, y derechos de otras colectividades*. Consistente con la cuestión de los principios que señalábamos al comienzo, dentro del catálogo de derechos que propone esta Comisión se contempla incluir derechos individuales y colectivos de los pueblos originarios. Sin embargo, esto podría conducir al establecimiento de grupos privilegiados, pasando a llevar la igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2, de la CPR). Así se reconoce en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas⁶. Por lo demás, el trato especial a determinadas colectividades por corresponder a grupos minorita-

⁴ Tomado a partir de la columna de Lucía. Santa Cruz, “Negacionismo y verdad histórica”, en El Mercurio, 27 de agosto de 2021. Disponible en <https://lyd.org/opinion/2021/08/negacionismo-y-verdad-historica/> [fecha de consulta: agosto de 2021].

⁵ Art. 20, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶ “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americano”.

rios o desaventajados no debería ser a escala constitucional, sino en instrumentos que tengan la característica de temporalidad (hasta que salgan de la situación de desventaja) y la suficiente flexibilidad para modificarlo de ser necesario.

- iv) *Criterios inhabilitantes para integrar la Comisión Permanente de DDHH*⁷. Se propone impedir a determinadas personas participar de la comisión permanente temática que cree en la CC por las opiniones que profesan (a los que sostienen relatos negacionistas).
- v) *Poder constituyente originario*. La Comisión se refiere a la CC como poder constituyente originario, carácter que no tiene, pues no surge de una ruptura institucional. Solo tiene la facultad de ejercer los poderes que la Constitución Política de la República vigente le da dado, los que son limitados y no obstan a las facultades de los demás órganos del Estado. Es decir, se trata del ejercicio del poder constituyente derivado. Donde queda más patente el carácter derivado de la Convención Constitucional es en las restricciones materiales a las que está sometida: no podrá intervenir en ninguna función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o en las leyes; mientras no entre en vigencia la nueva Constitución, la actual seguirá vigente sin que la Convención pueda negarle autoridad o modificarla; atribuirse la Convención o cualquiera de sus integrantes o fracción de ellos, el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las expresamente reconocidas por la Constitución actual; y, por último, el respecto del nuevo texto constitucional del carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas, y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁸.
- vi) *Se propone un procedimiento judicial especial para las personas mayores víctimas de violaciones de los derechos humanos y un mecanismo especial que permita satisfacer la demanda de justicia y reparación. Asimismo,*

⁷ (1) Sostener opiniones, comentarios y/o relatos negacionistas; (2) Pertenecer a organizaciones que profesen discursos de odio, racismo u otra discriminación; (3) Haber recibido sanción disciplinaria por la Comisión de Ética de la Convención; (4) Tener un conflicto de interés, ya sea individualmente o por terceros vinculados, determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le resten imparcialidad en el ejercicio de sus competencias y (5) Tener conflicto de interés en torno a los bienes comunes naturales, como el agua. En ningún caso será impedimento los asuntos de índole general que interesen a los pueblos originarios, tribales, gremios, profesiones, activistas, industrias o al comercio que pertenezcan.

⁸ Teodoro Ribera, "Apuntes. Unidad 4: Democracia Constitucional y Democracia Mayoritaria: Tribunal Constitucional y Jurisdicción Constitucional". Fecha: 5 de diciembre de 2020, pp. 9-11.

se propone un mecanismo para satisfacer a las víctimas del estallido social, por su condición especial de lesionados. Además de pasar a llevar la igualdad ante la ley, esta propuesta va más allá del mandato dado a la CC y afecta el debido proceso de las causas ya iniciadas.

vii) *Derogación de normas* (secreto del informe Valech, reuniones públicas y otras normas). Más allá de la vulneración a la dignidad y derechos de las personas que la primera propuesta involucra, derogar normas es atribución del Congreso Nacional y no de la CC. Cabe recordar que la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades.

5. *Propuesta de reglamento Comisión de Participación y Consulta Indígena*⁹

La propuesta de la Comisión Provisional de Participación y Consulta Indígena tiene como objetivo convocar a un proceso de participación y consulta indígena, para que los pueblos indígenas, en virtud del derecho a la libre determinación, influyan directamente en la confección de las normas de propuesta de nueva Constitución. Por este motivo, el reglamento, en vez de hablar de “consulta indígena” se refiere a “acuerdos vinculantes”.

En el reglamento, hay una remisión constante a los derechos humanos de los pueblos indígenas consagrados en fuentes de derecho internacional, pero especialmente en la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007, los cuales se erigen como fuentes normativas vinculantes, tanto para el proceso de participación y consulta como para las deliberaciones y normas que la Convención Constitucional pueda proponer, estableciéndose así una inadecuada limitación a la libertad de los convencionales para deliberar. Además, no se hace referencia a ninguna norma de derecho público chileno, como fuente normativa vinculante.

Por otro lado, el diseño de la participación y consulta indígena, otorga un exceso de poder a los convencionales miembros de la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad y a los representantes de los pueblos indígenas, puesto que ellos van a llegar a acuerdos vinculantes, que serán oponibles a todas las comisiones temáticas y al pleno de la Convención. Además, se critica el carácter permanente en el tiempo que tiene la participación y consulta indígena, siendo esto ajeno al estándar del Convenio n.º 169 de la OIT.

⁹ Texto elaborado sobre la base de la Reseña Constitucional n.º 1496, de 30 de septiembre de 2021, elaborada por el abogado René Tapia, integrante del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

Sin embargo, cabe hacer presente que dentro del cronograma establecido, se presentó una indicación sustitutiva al texto propuesto por la referida comisión, por parte de los convencionales de escaños reservados y otros, en la cual se matiza la idea de vinculatoriedad de los resultados de la consulta, pues en dicha indicación se indica que “vinculantes” significa que los acuerdos alcanzados se deben incorporar a los informes enviados a las comisiones temáticas y en las propuestas de normas constitucionales sobre derechos individuales y colectivos indígenas, los cuales serán sometidos a aprobación conforme a las reglas generales.

Las personas indígenas privadas de libertad, los niños, niñas y jóvenes indígenas son destinatarios especiales del proceso de participación y consulta, siendo esto criticable, por una parte, por la falta de vigencia de los derechos políticos de algunos y por otra, debido a que los esfuerzos de propaganda de la Convención serán dirigidos a los colegios, escuelas y a la vida de menores de edad, generando la potencial politización de estos.

Llama la atención que el reglamento en cuestión incorpora conceptos de alto contenido normativo sin previa discusión de fondo (esto ocurre con la “plurinacionalidad”, “pueblos originarios”, etc.). Esto es relevante porque estos conceptos se alzan como un límite sustantivo a la deliberación de los convencionales. Por otro lado, se critica la falta de mecanismos concretos para la elección de los miembros de la Secretaría que la Comisión propone crear, así como su composición exclusivamente indígena.

Por último, y como ya se refirió, se presentó una indicación sustitutiva firmada por los convencionales de escaños reservados y más de cincuenta convencionales más, la cual reestructura la propuesta de reglamento, pero manteniendo en gran medida las ideas y mecanismos propuestos en la propuesta aprobada anteriormente y en general por la Convención Constitucional.

5.1 Contenido de la propuesta emanada de la Comisión Provisoria

La propuesta de la Comisión Provisional de Participación y Consulta Indígena fue aprobada en general por el Pleno de la Convención el día 14 de septiembre de 2021. En ella, se plantea una propuesta reglamentaria para llevar a cabo un proceso de participación y consulta indígena, con el objetivo de garantizar los derechos a la libre determinación y otros derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco del proceso de redacción de una propuesta de nueva Constitución para Chile. A continuación, se detalla el contenido del reglamento en la materia:

1. *Convocatoria a participación y consulta indígena.* El art. 1 convoca a un proceso de participación y acuerdos de buena fe (consulta)

con los pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile, con el objetivo de dar cumplimiento a los derechos de libre determinación, participación y acuerdos previos que detentan los pueblos indígenas. Además, se indica que la Convención Constitucional, “como expresión del Poder Constituyente de los pueblos, asume soberanamente el compromiso de cumplir con los estándares internacionales en materia de participación y acuerdos indígenas” a través de acuerdos vinculantes.

2. *Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad, y Secretaría de Participación y Acuerdos Indígenas.* Se indica que la Convención Constitucional delega en la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad (en adelante, Comisión) que proponen crear, la facultad de propiciar y velar por el proceso de participación y acuerdos indígenas, así como el deber de dirigir a la Secretaría de Participación y Acuerdos Indígenas (en adelante, la Secretaría), la cual es definida como un órgano colegiado, de carácter técnico, ejecutivo y plurinacional.

La composición de la Comisión se realiza con los convencionales que fueron integrantes de la Comisión Provisoria de Participación y Consulta Indígena. En cambio, la composición de la Secretaría se realiza, por un lado, con un número indeterminado de sabios indígenas, quienes son seleccionados “mediante un proceso transparente y objetivo”, y por otro, por diecinueve profesionales indígenas de las áreas de las ciencias sociales, jurídicas, pedagogías, periodismo, ingeniería y cualquier otra pertinente. La integración de dichos profesionales es de: seis del pueblo mapuche; tres del pueblo aimara; dos del pueblo diaguita; dos del pueblo likanantay/atacameño y un profesional de los pueblos quechua, colla, chango, rapa nui, yagán y kawésqar. Los miembros de la Comisión eligen a los miembros de la Secretaría por acuerdo, lo cual debe ser ratificado por el pleno de la Convención.

3. *Finalidad consiste en que acuerdos vinculantes se incorporen a nueva constitución.* Se indica expresamente que el objetivo es establecer acuerdos vinculantes con las comunidades, organizaciones, pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile (y demás destinatarios que dicho reglamento disponga), con la finalidad de que dichos acuerdos se incorporen como disposiciones en el nuevo texto constitucional teniendo como referente fundamental la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)¹⁰,

¹⁰ Disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [fecha de consulta 22 de septiembre de 2021].

- el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹¹ y otros instrumentos internacionales.
4. *Participación de los pueblos indígenas.* En virtud del principio y derecho a la libre determinación, cada pueblo llevará adelante el proceso de participación y consulta. En el proceso constituyente, la participación de los pueblos originarios no tendrá más límites que el respeto por los derechos humanos, pudiendo participar libremente de todas las instancias del procedimiento de creación de la norma constitucional y en el proceso de participación y acuerdos indígenas que el presente Reglamento establece.
 5. *Fuentes normativas que rigen el proceso.* Se entiende como normas vinculantes a aplicar al proceso de participación y consulta:
 - a) Derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas;
 - b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007);
 - c) Convenio n.º 169 de la OIT;
 - d) Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos;
 - e) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales;
 - f) Convención Americana de Derechos Humanos;
 - g) Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas;
 - h) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones y Recomendaciones de los Comités de Tratados de Derechos Humanos, las Relatorías Especiales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
 - i) Principios generales de derecho internacional de los derechos humanos y *ius cogens*.
 6. *Principios que rigen el proceso de participación y consulta indígenas.* El proceso se rige por los siguientes principios:
 - a) Principio de Plurinacionalidad y libre determinación de los pueblos;
 - b) Principio de continuidad y flexibilidad, en virtud del cual el proceso será continuo y sistemático, desarrollándose a través de diversos momentos consagrados en este reglamento;
 - c) Principio de Interculturalidad, en virtud del cual se reconoce el derecho a usar sus propias lenguas;
 - d) Principio de igualdad en el acceso a la información, en virtud del cual el proceso tiene por objetivo y enfoque la educación,

¹¹ Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=279441 [fecha de consulta 22 de septiembre de 2021].

- información y capacitación sobre contenidos constitucionales, derechos humanos de los pueblos indígenas, conocimiento ancestral y otras materias relacionadas al proceso constituyente;
- e) Principio de vinculatoriedad e incidencia, en virtud del cual los acuerdos son vinculantes, debiendo incorporarse a las demás comisiones temáticas;
 - f) Principio de transparencia;
 - g) Principio pro pueblos, en virtud del cual el fundamento del proceso es la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas y todo el proceso debe guiarse hacia la protección más amplia de estos. Además, se establece la obligación de la Convención, la Comisión y la Secretaría de interpretar o preferir la interpretación más extensiva o la norma más amplia o protectora de los derechos de los pueblos indígena, e inversamente, cuando se establezcan restricciones, deberá estarse a la norma o interpretación menos restrictiva de los derechos de los pueblos indígenas;
 - h) Buena fe, en virtud del cual existe mala fe si la consulta se celebra como mera obligación de procedimiento, sin objetivo de alcanzar acuerdos vinculantes;
 - i) Inclusivo y accesible, en virtud del cual deberá velar especialmente por la participación de niños indígenas, adultos mayores, personas rurales, privados de libertad indígena y especialmente mujeres indígenas;
 - j) Principio de igualdad y no discriminación, en virtud del cual se debe garantizar las mismas condiciones de participación a todos los pueblos indígenas.
7. *Interpretación conforme al Derecho Internacional y derecho indígena.* El reglamento establece expresamente que cualquier instrumento, mecanismo o derecho relacionado al proceso de participación y consulta, debe interpretarse conforme a las fuentes normativas y Principios del Derecho Internacional y los usos y costumbres de cada pueblo anteriormente enunciados.
8. *Destinatarios del proceso.* En primer lugar, se establecen como destinatarios generales a todos los pueblos y naciones indígenas pre-existentes al Estado de Chile. Luego, se indica que se consideran destinatarios específicos a:
- a) las autoridades ancestrales;
 - b) comunidades de hecho y derecho, y otras formas tradicionales de organización;
 - c) asociaciones indígenas;

- d) forma de organización indígena con o sin personalidad jurídica;
- e) personas naturales que se autoidentifiquen como pertenecientes a los pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile.

Por último, se establecen como destinatarios especiales a los niños, niñas y jóvenes indígenas, adultos mayores, personas rurales y comunidades del borde costero, privados de libertad indígena y especialmente mujeres indígenas.

9. *Mecanismos generales de participación.* Se establece que los pueblos preexistentes al Estado tienen derecho a participar en todas y cada una de las etapas del proceso constitucional. En ejercicio de este derecho deberán ser consultados y podrán presentar propuestas de principios o lineamiento generales, iniciativas populares de normas constitucionales, tanto al inicio del proceso y durante el trabajo de las comisiones temáticas, indicaciones a los Informe de cada comisión temática y los que evacúa la comisión de armonización.
10. *Formas especiales de participación.* Se contempla una serie de mecanismos, entre ellos:
 - i) Organizarse y autoconvocarse conforme a instituciones propias de cada pueblo, lo cual permita levantar iniciativas de normas constitucionales;
 - ii) Audiencias públicas: durante la deliberación de las comisiones temáticas, las comunidades podrán hacer presentaciones o exposiciones de los temas de su interés y atinentes a cada comisión temática;
 - iii) La presentación de lineamientos generales y de propuestas populares constituyentes para pueblos originarios podrá realizarse de manera desformalizada, pudiendo hacerse en lengua originaria;
 - iv) El examen de admisibilidad de la propuesta de lineamientos generales o de propuestas populares constituyentes de pueblos originarios deberá utilizar criterios de flexibilidad, sin atención a formalidad alguna;
 - v) Cualquier convencional por escaños reservados de los pueblos originarios podrá presentar lineamientos generales propuestas populares constituyentes sin más requisito formal que hacerlo por escrito, con fundamentos y dentro de plazo, ante la oficina de partes de la mesa de la Convención Constitucional.
11. *No exclusión de otras instancias de participación ciudadana.* El reglamento establece expresamente que el proceso de participación y consulta no excluye el derecho de los pueblos indígenas a participar en todas las otras formas de participación ciudadana que el Regla-

mento de la Convención indique. En este contexto, se reconoce también el derecho a usar sus propias lenguas.

12. *Etapas del proceso de participación y acuerdos indígenas.* El proceso tendrá las siguientes etapas:

- 1) Etapa Permanente y Continuada de Participación Constituyente e Información, Educación, Capacitación, Socialización, Asesoría y Fortalecimiento de Capacidades. Desde la aprobación del reglamento definitivo, se iniciará un proceso en los territorios, con el apoyo de la Secretaría, para aportar a la generación de conocimientos, habilidades y contenidos sobre procedimientos constitucionales fundamentales, derechos humanos de los pueblos indígenas y los instrumentos internacionales donde se encuentran consagrados.
- 2) Etapa de Elaboración de Documento Base para el Proceso, por parte de la Comisión. La Comisión debe preparar un documento base que sistematice los estándares internacionales de derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, que debe ser aprobado por la mayoría de los integrantes de la Comisión, y este documento deberá ser reconocido en el proyecto de nueva Constitución. Este documento tendrá como fundamento la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia internacional en la materia, las directrices, observaciones generales, criterios interpretativos y recomendaciones de los Comités de Tratados, órganos internacionales autorizados y Relatores de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- 3) Etapa de Acuerdos Vinculantes. La propuesta que emane de la Comisión, debe ser puesta a disposición de todos los sujetos colectivos participantes, para que, en el marco del proceso genere una participación continua, flexible, deliberativa, y de buena fe se construyan acuerdos, por todos los medios que este reglamento establece.
- 4) La Secretaría proveerá mecanismos que faciliten el registro fidedigno de las conclusiones y acuerdos que tendrán el carácter de vinculantes, para ponerlas a disposición de la Comisión.
- 5) Etapa de Sistematización del Proceso de Participación y Acuerdos. La Secretaría documentará y clasificará las propuestas y acuerdos vinculantes que hayan emanado del proceso. La sistematización deberá preservar la veracidad y origen de las propuestas y acuerdos y todos aquellos antecedentes que

- permitan su cabal comprensión y, así como el detalle de los esfuerzos realizados para alcanzarlos y las medidas tomadas para salvaguardar los derechos indígenas, sus razones y fundamentos.
- 6) Informe de resultados del Proceso de Participación y Acuerdos a la Comisión. La Secretaría deberá elaborar un informe consolidado que dé cuenta de las etapas anteriores el que será puesto en conocimiento de la Comisión.
 - 7) Informe de Resultados del Proceso de Participación y Acuerdos a otras Comisiones Temáticas. La Comisión distribuirá los acuerdos celebrados con los pueblos indígenas a otras comisiones en aquellas materias que le sean pertinentes, acompañando un informe explicativo de los mismos.
 - 8) Propuesta Normativa de la Comisión. La Comisión podrá recibir, elaborar, debatir y formular normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas, sus garantías e integración en el texto constitucional, respetando estrictamente los acuerdos a los que arribe con los pueblos.
 - 9) Devolución a participantes del proceso sobre propuesta de la Comisión. Esta función es un aspecto determinante del proceso participativo, y será de responsabilidad de la Comisión, con apoyo de la Secretaría.
13. *Obligación de resultados.* Para la Convención Constitucional, la consulta constituye una obligación de resultados respecto del deber de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas.
14. *Funciones de la Comisión.* La Comisión es de carácter permanente y, como se indicó, mantendrá la composición actual de la comisión provisoria. Esta comisión, por mayoría, adoptará los acuerdos necesarios para el mejor desarrollo de sus funciones, las cuales consisten en:
- a) Velar por la debida implementación del proceso de participación y acuerdos, conforme a los principios y estándares definidos en este Reglamento y con pleno respeto a las instituciones propias de cada pueblo;
 - b) Recibir de la Secretaría la sistematización de la participación y los acuerdos entre los pueblos indígenas y la Comisión, emitiendo un Informe fundado del resultado del proceso y de los estándares internacionales aplicables a cada caso;
 - c) Seleccionar al personal profesional que integrará la Secretaría;
 - d) Informar a la Mesa Directiva de la Convención, para que someta a aprobación del Pleno, los proyectos de normas sobre derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en la Consti-

tución, según los plazos y procedimientos establecidos para las comisiones temáticas. En esta tarea deberá actuar con absoluto respeto por los acuerdos adoptados, conforme al estándar de la Declaración de la ONU (2007) y demás instrumentos aplicables;

- e) Velar y promover la observancia del principio de plurinacionalidad. Para el desempeño de esta función podrá informar, formulando recomendaciones y prevenciones a los órganos de la Convención sobre la adecuación de una materia específica a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas;
- f) Elaborar un documento base sobre derechos de pueblos originarios y plurinacionalidad, fundado en los estándares internacionales contenidos en la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y demás instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas;
- g) Convenios de colaboración con universidades públicas o privadas, municipalidades, Organismos nacionales e Internacionales de derechos humanos o derechos indígenas, u otras instituciones pertinentes y
- h) Cualquier otro que determine el Reglamento.

15. *Funciones de la Secretaría.* La Secretaría tiene las siguientes funciones:

- i) Confeccionar las formas, modelos, instrumentos y pautas para desarrollar el proceso de participación y acuerdos indígenas de manera eficaz, conforme a las instrucciones dadas por la Comisión y según los estándares y principios de este Reglamento;
- ii) Generar un mecanismo metodológico de educación y capacitación continua con pertinencia, para cada pueblo indígena, respetando sus particularidades territoriales;
- iii) Elaborar una política de comunicación e información pública que dé a conocer los momentos del proceso de participación y consulta, los principios que la rigen y la forma que tendrán los pueblos indígenas para relacionarse con la Convención;
- iv) Implementar y mantener un sitio electrónico que almacene materiales, información, los cronogramas definidos por los propios pueblos para el proceso de participación y acuerdos y sus resultados;
- v) Desarrollar un sistema de recolección, recepción y sistematización de las materias consultadas y de la participación indígena, que será puesto oportunamente a disposición de la Comisión;

- vi) Elaborar las convocatorias pertinentes a cada etapa del proceso de participación y consulta, que contendrán los mecanismos de participación, plazos, modalidad de asistencia, materias a tratar y cualquier otro que permita la participación y/o consulta indígena. Rigiéndose para estos efectos, por los plazos generales establecidos para el desarrollo del proceso constituyente;
 - vii) Proponer y gestionar el presupuesto necesario para desarrollar la participación y/o acuerdos indígenas;
 - viii) Generar para la Comisión un informe acerca del proceso de participación que refleje cantidad de participantes y modalidad de participación;
 - ix) Traducir o interpretar los instrumentos en lenguas indígenas y
 - x) Gestionar los acuerdos necesarios con instituciones de educación superior y/o organismos públicos que colaboren en el proceso.
16. *Presupuesto.* La Secretaría debe gestionar un presupuesto a través de la Dirección de Administración, Finanzas y Transparencia de la Convención, para que sea solicitado al tesoro público. Para ello, debe tenerse como piso mínimo el presupuesto del proceso de “Participación y consulta constituyente de los pueblos indígenas” llevado a cabo en el periodo 2016-2017, cuya ejecución presupuestaria fue de \$ 2 386 692. Por esa razón, el reglamento establece que se deben destinar al menos \$ 1 300 000 000 (mil trescientos millones de pesos) para el año 2021 y \$ 2 456 700 000 (dos mil cuatrocientos cincuenta y seis millones setecientos mil pesos) para el año 2022.
17. *Indicaciones.* La indicación sustitutiva de los convencionales de escaños reservados y los demás convencionales firmantes, es un planteamiento mejor estructurado en lo formal, pero que mantiene las cuestiones de fondos ya propuestas por la comisión provisoria. La indicación divide el reglamento en tres títulos:
- 1) Normas generales y principios de la participación y consulta indígena;
 - 2) Órganos de participación y consulta indígena;
 - 3) De la participación y consulta.
- En cuanto al contenido, mantiene la preponderancia de los instrumentos y principios de derecho internacional de los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. También, mantiene la propuesta de una consulta vinculante y continua durante el proceso de la convención, en la cual los pueblos indígenas pueden proponer normas y realizar indicaciones, sin perjuicio de que se explica en una forma matizada cómo se incorporan los acuerdos vinculantes a la discusión de los convencionales. También persiste en principio de plurinaciona-

lidad y libre determinación, y el principio de salvaguarda, el principio pro pueblos y la confección del “Documento Base”. En esta indicación sustitutiva se establece que los diecisiete escaños reservados integran la Comisión por derecho propio y que habrá otros ocho convencionales generales que la integren. Por otro lado, la Secretaría ya no contempla el requisito étnico para ser miembro de ella.

5.2 Algunas apreciaciones sobre el fondo de la propuesta

El reglamento consagra conceptos de alto contenido normativo y que abordan cuestiones de fondo, tales como proceso de participación y acuerdos”, “plurinacionalidad”, “pueblos o naciones preexistentes”, “pueblos originarios”, etc. El significado de dichos conceptos no es claro para las actas, pues no se ha deliberado en torno a su contenido. Sin embargo, en este reglamento estos conceptos son principios rectores y nucleares de todo el documento, de forma tal que tienen un impacto inconmensurable en todas las comisiones temáticas y en el Pleno de la Convención.

Como cuestión preliminar, es necesario señalar que, de acuerdo con el art. 34 del Convenio n.º 169 de la OIT, en relación con el art. 6 del mismo tratado y a la normativa interna chilena que concreta el tratado, Chile no está obligado a realizar una consulta indígena en el marco del trabajo de la Convención Constitucional.

El reglamento indica que esta consulta se rige por el principio de continuidad y flexibilidad, debiendo desarrollarse las consultas a través de todo el proceso constituyente, pues se les permite a los pueblos indígenas presentar siempre propuestas de normas constitucionales, incluso pueden realizar indicaciones a los informes de cada comisión temática y de la comisión de armonización. Consideramos que un proceso adecuado de consulta debe realizarse en forma previa, en un momento determinado, durante lapsos de tiempo ciertos para cada etapa y sobre materias previamente establecidas. Sin embargo, no es el caso, pues se está realizando un proceso de consulta *sui generis*, fuera de los estándares del Convenio n.º 169 de la OIT.

El diseño del proceso de consulta y generación de acuerdos es inadecuado, ya que la Comisión deberá llevar a cabo el proceso a escala nacional con los pueblos indígenas (es decir, con los representantes de distintas organizaciones indígenas). Es necesario recordar que, de acuerdo con el reglamento, la Convención delega en la Comisión –y, por tanto, en sus integrantes– la facultad de llegar a acuerdos en el marco del proceso de consulta. Sin embargo, estos acuerdos son vinculantes para las comisiones temáticas y el pleno de la Convención. Es más, el reglamento establece que la finalidad de los acuerdos vinculantes es que “se incorporen como disposiciones en el

nuevo texto constitucional”. De esta forma, el poder que adquieren los convencionales miembros de la Comisión es desmesurado y se impone al resto de los convencionales en forma incontrarrestable, limitando la posibilidad de la Convención de deliberar libremente.

En esta línea, consideramos que los acuerdos no pueden ser vinculantes, en el sentido de que sean una imposición a las atribuciones deliberativas de la Convención Constitucional. Los acuerdos a los que se lleguen con los pueblos indígenas pueden llegar a ser una referencia para la redacción de los convencionales, pero en ningún caso pueden establecer limitaciones de forma o de fondo para su labor. Si bien la indicación sustitutiva a la que se ha hecho referencia matiza el concepto de vinculante, “el principio de salvaguarda” exige que la Convención siempre y, en cualquier caso, ampare:

“Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y otras fuentes normativas del artículo 7”.

Lo indicado anteriormente es sin perjuicio del desproporcionado poder político, negociador y jurídico que este reglamento otorga a los representantes de los pueblos indígenas (especialmente los más cercanos a los convencionales de esta comisión), pues podrán negociar directamente con los convencionales, proponer normas, opinar sobre la redacción de todo el texto en cualquier momento del trabajo de la CC e imponer sus propuestas a las comisiones temáticas y al pleno, a través de los acuerdos vinculantes a los que puedan llegar con la Comisión.

El reglamento establece que el proceso de consulta debe guiarse por la protección más amplia de los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, la Convención, la Comisión y la Secretaría al interpretar y aplicar normas, debe interpretar y preferir la norma más amplia o interpretación más extensiva en favor de los derechos de los pueblos indígenas. A su vez, cuando se intente restringir el ejercicio de derechos indígenas, debe preferirse la norma o interpretación menos restrictiva. Al relacionar estas normas con las fuentes normativas de derecho internacional, que son vinculantes para el proceso de participación y consulta, resulta en que la Secretaría, la Comisión y la Convención están compelidas a preferir consagrar las normas más amplias de derecho internacional de los derechos humanos de pueblos indígenas, sin posibilidad de adecuarlas al contexto constitucional chileno.

Respecto a las fuentes normativas establecidas en el reglamento, cabe destacar que todas obedecen al derecho internacional público, salvo el “derecho propio o consuetudinario de cada pueblo”. Además, las fuentes normativas son tanto tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, así como *soft law* de muy baja categoría (como las observaciones y recomen-

daciones de los Comités, las relatorías especiales de la ONU, etc.). Por otro lado, al indicar el objetivo del proceso, se indica que se debe fundamentar en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio n.º 169 OIT “y otros instrumentos internacionales”, haciendo ilimitada las fuentes del derecho a las cuales se puede recurrir, siendo esto contrario a la seguridad jurídica. En el caso de que se mantenga un artículo sobre fuentes normativas esta debe ser una lista taxativa de fuentes normativas, no una enumeración referencial.

Por último, resulta preocupante que no se incorpore como fuente normativa vinculante a la Constitución, ni al reglamento de consulta indígena vigente en Chile, ni otra referencia al derecho público chileno.

Sobre la Secretaría, resulta criticable que este compuesta exclusivamente por sabios y profesionales indígenas, puesto que no existe un motivo razonable para que un órgano técnico tenga barreras de entrada relativas al origen étnico de sus integrantes, por tanto, la exclusividad de miembros indígenas de la Secretaría resulta una discriminación arbitraria en una democracia representativa. Además, por la naturaleza reglamentaria del documento, debiera reflejar los mecanismos concretos para la elección de los sabios y los profesionales, mas esto no es lo que ocurre. Más aún, se establece que los profesionales indígenas son diecinueve en número, pero no se establece un número cierto para la elección de los sabios indígenas.

A la fecha en que se escribe este documento, la Convención Constitucional no ha comenzado a deliberar sobre esta materia en particular, puesto que los convencionales solicitaron se abriera un plazo especial para revisar la propuesta de indicación sustitutiva y porque los convencionales habían ya efectuado indicaciones al texto aprobado en general por el Pleno que consagra el texto originalmente propuesto por la comisión provisoria del ramo,

CONCLUSIÓN

Si bien la Convención Constitucional ha cumplido con relativa celeridad el mandato de darse determinados reglamentos que norman su funcionamiento, orgánica, asignaciones y sistema de votaciones, entre otras, se advierte que los reglamentos fueron mucho más allá del contenido propio de normas de estas características al tiempo que diversas de sus disposiciones contravienen las normas que rigen al proceso constituyente normado en el capítulo xv de la Constitución vigente y otras tantas contravienen derechos fundamentales garantizados por la Carta Fundamental. A la par con lo anterior, se advierte, a partir del temario de materias que deben revisar las comisiones temáticas creadas por el Reglamento General, que se corre el riesgo de sobre constitucionalizar

una serie de materias que resultan más bien propias de la política pública, al mismo tiempo que se evidencia un afán o motivación de la Convención por generar políticas de corte identitario que contravienen el principio y derecho de igualdad ante la ley. De esta manera, resulta complejo hacer un balance positivo del actuar de la Convención Constitucional a la fecha en materia de la regulación reglamentaria que está debía darse y se avizora un difícil panorama respecto de la discusión de determinados contenidos con libertad para partir desde una “hoja en blancos” por parte de los convencionales, pues diversas de esas materias sustantivas ya han sido de alguna manera delineadas y previamente determinadas por los reglamentos de la Convención Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Normas

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley n.º 21200, que modifica el capítulo xv de la Constitución Política de la República.

Ley n.º 21298, que modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la convención constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes.

Ley n.º 21216, que modifica la Carta Fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República.

Otros documentos

Reseña legislativa n.º 1495, del 23 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, elaborada por Trinidad Schleyer.

Reseña Constitucional n.º 1496, del 30 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, elaborada por el abogado René Tapia.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 26. Restricción y Suspensión de Derechos Humanos. Disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo26.pdf [fecha de consulta: septiembre de 2021].

RIBERA, Teodoro. “Apuntes. Unidad 4: Democracia constitucional y democracia mayoritaria: Tribunal Constitucional y jurisdicción constitucional”.