

# EL PODER CONSTITUYENTE IMPOPULAR

## THE UNPOPULAR CONSTITUENT POWER

*Sergio Verdugo\**

RESUMEN: La teoría del poder constituyente ha sido objeto de múltiples críticas en la literatura, sin perjuicio de seguir siendo una teoría predominante. Pese a que la versión democrática y más tradicional de dicha teoría, inspirada en las ideas de Emmanuel-Joseph Sieyès y Carl Schmitt, aspira a justificar y describir el poder de dictar una constitución en la autoridad del *pueblo*, en este ensayo argumento que dicha teoría puede conducir a generar resultados impopulares que cuestionan las credenciales democráticas de los procesos constituyentes. Se utilizan ejemplos de la experiencia (todavía inacabada) del proceso constituyente que vive Chile, para ilustrar el modo cómo este problema puede producirse. Inspirado en la crítica que Mila Versteeg ha formulado a teorías como la de los momentos constitucionales de Bruce Ackerman, el autor concluye sugiriendo que los procesos de cambio constitucional que utilizan las recetas de la teoría del poder constituyente, no se eximen del riesgo de generar una suerte de *poder constituyente impopular*.

PALABRAS CLAVES: Poder constituyente, proceso constituyente, Chile, cambio constitucional

ABSTRACT: The literature has offered several criticisms against the constituent power theory, even though the theory remains predominant. Although the democratic and traditional version of the constituent power theory –typically inspired by the ideas of Sieyès and Schmitt– attempts to justify and describe the power to enact a constitution using the authority of the *people*, in this essay,

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Agradezco la colaboración de Marianne Poehls, ayudante de investigación del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

I argue that that theory can contribute to producing unpopular outcomes that put into question the democratic credentials of constitution-making processes. The essay uses examples from the ongoing Chilean constitution-making process to illustrate how the problem of an unpopular constitution can occur. Inspired by the criticism that Mila Versteeg has formulated against theories such as Bruce Ackerman's constitutional moments, the author suggests that processes of constitutional change that seek to use the prescriptions of the constituent power theory are not exempt from the risk of generating a sort of *unpopular constituent power*.

KEYWORDS: Constituent power, constitution-making process, Chile, constitutional change

## I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo del año 2014, Mila Versteeg observó decisiones constituyentes de noventa Estados ocurridas entre el año 1981 y 2010, recopilando información obtenida en estudios y encuestas que comparaban dichas decisiones con los valores sociales, culturales y religiosos predominantes en la opinión pública<sup>1</sup>. Luego de analizar la información, concluyó que el vínculo entre el contenido de las normas dictadas por el constituyente y las preferencias populares era débil y, a veces, inexistente. Ello podría deberse, entre otros factores, a que los constituyentes suelen expresar normas o modelos institucionales previamente establecidos e internacionalmente aceptados<sup>2</sup>, normalmente promovidos por organizaciones internacionales y expertos<sup>3</sup>, aun a costa de alejarse de tradiciones y valores locales. Aunque el constituyente puede declarar estar operando a nombre del "pueblo" (como *We the People*, por ejemplo), dicha declaración sería imprecisa. Además, sugiere que sus datos contradicen teorías constitucionales que intentan explicar o justifican el poder de dictar, modificar o interpretar la constitución en el *pueblo*, y que parece más preciso avanzar hacia una teoría del constitucionalismo impopular (*unpopular constitutionalism*).

Su argumento es provocador y el mismo ha servido para responder las partes explicativas de teorías tan relevantes como aquella que justifica la legitimidad de las Constituciones (y de la justicia constitucional) en momentos ex-

---

<sup>1</sup> VERSTEEG (2014).

<sup>2</sup> También, véase LAW Y VERSTEEG (2011); LAW (2016). Incluso Constituciones autoritarias pueden reflejar modelos preestablecidos. Véase, por ejemplo, ELKINS *et al.* (2014); VERSTEEG and LAW (2014).

<sup>3</sup> Por ejemplo, véase PARAU (2013).

traordinarios donde el pueblo se manifiesta para darle un sentido distinto a una norma constitucional<sup>4</sup>, o aquella que sostiene que la práctica constitucional ha estado (y debe estar) basada en la idea del constitucionalismo popular<sup>5</sup>. Dichas teorías tienen fuertes limitaciones en su dimensión descriptiva y su dimensión normativa (esto es, para justificar una constitución o un poder de dictar una norma constitucional) queda a veces reducida a la construcción de un mito o de una narrativa romántica sobre su origen. No obstante, el artículo de Mila Versteeg no dialoga con las teorías del poder constituyente basadas en autores como Carl Schmitt o Emmanuel Sieyès y sus críticas aparecen dirigidas a las teorías de autores como Bruce Ackerman y Larry Kramer. Ello puede deberse, entre otros motivos, a que las teorías del poder constituyente no son tan populares en la academia angloamericana. En este ensayo, argumento que la crítica que Mila Versteeg realiza a aquellas teorías constitucionales que explican o justifican sus premisas en el poder del pueblo para redactar una nueva Constitución, como las de Bruce Ackerman o Larry Kramer, también pueden extenderse a la teoría del poder constituyente en su versión clásica y democrática.

En síntesis, y sin perjuicio de que la teoría del poder constituyente tiene muchas versiones<sup>6</sup> y de que el significado de la expresión ha sido redefinido muchas veces sin una mayor consistencia<sup>7</sup>, la versión clásica y democrática del poder constituyente sostiene que el poder de dictar o reemplazar una Constitución le pertenece al *pueblo*. Aunque dicha versión suele conectarse intelectualmente con el conocido panfleto “Qué es el Tercer Estado” de Emmanuel Sieyès<sup>8</sup>, la misma obedece al modo como Carl Schmitt interpretó al académico francés. Ambos autores tenían diferencias significativas (el ensayista galo, por ejemplo, creía que el derecho natural limitaba al poder constituyente<sup>9</sup> y que la idea de poder constituyente era más moderada que la idea de soberanía<sup>10</sup>), pero la versión predominante suele interpretar al

<sup>4</sup> Entre otras, véase la teoría de Bruce Ackerman en *We the People*. ACKERMAN (1991, 2000, 2014). Para algunas refutaciones más precisas a la teoría de Bruce Ackerman, véase KLARMAN (1992); BARNETT (2014).

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, KRAMER (2004); TUSHNET (2008). Aunque Mila Versteeg no los cita, la crítica podría ser utilizada para otros trabajos que forman parte de la tradición del constitucionalismo popular. Véase también PARKER (1993); POST and SIEGEL (2004); TUSHNET (2006, 2020). Véanse algunas críticas a estos autores en CHERMERINSKY (2004); ALEXANDER and SOLUM (2005).

<sup>6</sup> Joel Colón-Ríos, por ejemplo, distingue cinco versiones. Véase COLÓN-RÍOS (2014). Véase una clasificación de las distintas aproximaciones en LOUGHLIN (2014).

<sup>7</sup> RUBINELLI (2020).

<sup>8</sup> He seguido una versión en inglés: SIEYES (2014).

<sup>9</sup> FASEL (en prensa). También, COLÓN-RÍOS (2014).

<sup>10</sup> Véase RUBINELLI (2019). El trabajo de Emmanuel Sieyes también incluye mecanismos institucionales que son inaceptables para la teoría schmittiana, como ocurre con el jurado constitucional a cargo de ejercer una especie de control constitucional. Véase GOLDONI (2012).

Conde de acuerdo con los postulados de Carl Schmitt, quien utilizó las ideas de Emmanuel Sieyès de manera selectiva y oportunista<sup>11</sup>.

Para la versión clásica de la teoría del poder constituyente, el pueblo es entendido como un actor externo al sistema de fuentes del derecho, que se manifiesta de manera extraordinaria y que no necesita seguir canales instituciones ni respetar límites sustantivos<sup>12</sup>. En dicha manifestación, el pueblo es una entidad única que posee una voluntad unitaria<sup>13</sup>, y que toma decisiones concretas sobre el modo y forma que debe adoptar su existencia política<sup>14</sup>, situándose por sobre y más allá de la Constitución<sup>15</sup>. Aunque el jurista alemán se inclina porque sea el jefe del Poder Ejecutivo quien tenga que representar al pueblo de manera más eficaz (cuestión que no es pacífica desde una perspectiva democrática), la teoría clásica se basa en una comprensión del teórico político, que asocia la idea de pueblo a un ente colectivo y representativo que puede adoptar la forma de una asamblea constituyente o convención constitucional. Sin embargo, es importante tener presente que, para la teoría clásica del poder constituyente, de existir procedimientos y límites, ellos no son legalmente relevantes porque el poder constituyente no puede ser caracterizado como lícito ni ilícito. Si el poder constituyente sigue ciertos procedimientos y respeta ciertos límites, es porque así lo decidió. De este modo, el pueblo es un actor prejurídico<sup>16</sup> que posee un poder ilimitado y que no desaparece una vez que se dicta la Constitución<sup>17</sup>. Se asume que el pueblo puede manifestarse nuevamente cuando así lo decida. Aunque es posible que el derecho intente regular al poder constituyente, y que existen buenos motivos para sostener que el poder constituyente y el derecho tienen una relación más estrecha que la que la literatura suele reconocer<sup>18</sup>, de acuerdo con la versión clásica de la teoría, dicho intento no logrará dominar al pueblo en contra de su voluntad<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Sobre el modo como Carl Schmitt recogió el trabajo de Emmanuel Sieyès, véase RUBINELLI (2020).

<sup>12</sup> Aparentemente, en principio, Carl Schmitt no creía en la posibilidad de un poder constituyente democrático, aunque luego cambiaría de opinión al analizar el origen de la Constitución de Weimar. Véase CRISTI (1997)

<sup>13</sup> Véase LOUGHLIN (2014), pp. 221-224.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, SCHMITT (2008), p. 125.

<sup>15</sup> SCHMITT (2008), pp. 125-126. También, véase WITTRÖCK (2020).

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, SCHMITT (2008), p. 166. También, BÖCKENFÖRDE (2017), p. 169.

<sup>17</sup> Véase la explicación de CRISTI (1997), p. 198.

<sup>18</sup> Véase COLÓN-RÍOS (2020).

<sup>19</sup> Por supuesto, otras versiones no clásicas de la teoría pueden conducir a conclusiones diferentes. No obstante, este trabajo solamente se centra en la teoría clásica y democrática, por ser la más extendida en Latinoamérica. Véase un ejemplo de un modo alternativo en algunos trabajos que teorizan sobre la base del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau. COLÓN-RÍOS (2016a) o de Maquiavelo LUCCHESI (2017).

La teoría del poder constituyente posee dos dimensiones. Primero, una *normativa*, que intenta *justificar* la Constitución. Segundo, una *descriptiva*, que persigue identificar y caracterizar el modo cómo el pueblo dictó la Constitución. Como explicaré en la segunda sección, ambas dimensiones poseen problemas importantes. La observación que sostiene que el poder constituyente no siempre es capaz de producir resultados populares puede servir para atacar ambas dimensiones. Desde una perspectiva puramente descriptiva, se rechaza la idea de que el poder constituyente pueda explicar el modo cómo el pueblo se expresa. Desde una perspectiva normativa, al separar la idea del pueblo del proceso constituyente, la justificación democrática que ofrece la teoría del poder constituyente se hace más débil.

El argumento central de este ensayo es que dichos ataques pueden hacer que la teoría del poder constituyente dé paso a una teoría del poder constituyente impopular. Como la teoría del poder constituyente asume una noción radical que tiene por objetivo dismantelar las instituciones vigentes, refundar el Estado y revisar la totalidad de las normas constitucionales, incluyendo un debate sobre la constitucionalización de áreas que previamente eran de libre disposición por parte del legislador ordinario, la utilización de la teoría puede exceder un mandato popular más acotado. Es posible que las demandas sociales y la opinión pública vayan en una dirección específica (por ejemplo, la protección del derecho a la salud y a la seguridad social) y que la operación práctica del órgano constituyente, al invocar una teoría tan radical como la del poder constituyente, pueda utilizar la oportunidad para revisar otras cuestiones respecto de las cuales existen consensos sociales más débiles o posiciones mayoritarias más difusas. Este hecho plantea un desafío normativo importante a la teoría del poder constituyente, en tanto la misma no entrega categorías de análisis que permitan hacer las distinciones al órgano constituyente.

La siguiente sección examinará el modo cómo la literatura constitucional y los jueces constitucionales han importado la idea del poder constituyente sin prestar mayor atención a las críticas. Utilizaré dos ejemplos de debates político-constitucionales que han tenido lugar en Latinoamérica. El primero se asocia al proceso constituyente de Ecuador (2007-2008) y el segundo al chileno (2020-2022). Luego, ofreceré una síntesis de los problemas que la literatura latinoamericana suele eludir o ignorar, haciendo énfasis en la manera cómo la teoría del poder constituyente ignora los contenidos impopulares. A continuación, examinaré la idea del poder constituyente impopular en Chile. Como el proceso constituyente chileno todavía no finaliza (escribo este ensayo en abril y mayo del año 2022, en circunstancias que el plebiscito confirmatorio del proceso tendrá lugar en septiembre del mismo año), las conclusiones de este ensayo son preliminares. Sin perjuicio de ello, los problemas identificados son ilustrativos del problema que se pretende explicar.

## II. EL PODER CONSTITUYENTE, LA LITERATURA CONSTITUCIONAL Y LOS JUECES CONSTITUCIONALES

El carácter predominante de la teoría clásica del poder constituyente no es un fenómeno exclusivamente latinoamericano, por supuesto. Pese a que en esta región la teoría del poder constituyente parece estar más extendida, es importante tener presente que la teoría clásica es el punto de partida para autores tan importantes como Dieter Grimm<sup>20</sup>, Eersnt-Wolfgang Böckenförde<sup>21</sup>, Antonio Negri<sup>22</sup> y Andreas Kalyvas<sup>23</sup>. La misma también es invocada por autores como Yaniv Roznai para defender la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales<sup>24</sup>, aunque dicha doctrina ha sido objeto de múltiples críticas. No debe sorprendernos, entonces, que autores como Oran Doyle denominen a la teoría como “perspectiva predominante”<sup>25</sup>, que Rosalind Dixon y David Landau la llamen como “entendimiento clásico”<sup>26</sup>, y que Richard Albert se refiera a ella como “dominante”<sup>27</sup>.

Como ya lo adelantaba, la teoría clásica del poder constituyente se ha extendido en Latinoamérica, aunque esta expansión a veces aparece algo gruesa y se sostiene en ideas promovidas por una literatura europea que hoy varios identificarían como obsoleta o desactualizada. Así, por ejemplo, muchos autores de esta región interpretan a Emmanuel Sieyès a través de Carl Schmitt, o los tratan como si fueran exponentes de la misma tesis, a veces sin distinguir sus versiones normativas y descriptivas<sup>28</sup>. A veces, los autores omiten citar a Carl Schmitt y a Emmanuel Sieyès, y se limitan a citar manuales que describen la teoría en términos genéricos<sup>29</sup>, o no citan a nadie<sup>30</sup>.

Los jueces constitucionales latinoamericanos también han expandido el uso de la teoría clásica del poder constituyente, aunque con objetivos dife-

---

<sup>20</sup> GRIMM (2010).

<sup>21</sup> BÖCKENFÖRDE (1997) y (2017).

<sup>22</sup> NEGRI (1999) y (2015).

<sup>23</sup> KALYVAS (2005).

<sup>24</sup> ROZNAI (2013) y (2017).

<sup>25</sup> DIXON AND LANDAU (2015); POEHLS AND VERDUGO (2022); FERRERES (en prensa); DOYLE (2019).

<sup>26</sup> DIXON and LANDAU (2021), p. 50.

<sup>27</sup> ALBERT (2019), p. 72.

<sup>28</sup> Véanse algunos ejemplos en Latinoamérica: BASSA (2008); NOGUEIRA (2009); GUTIERREZ (2017). También, aunque con un análisis más sofisticado, véase MARSHALL (2010).

<sup>29</sup> Véase un ejemplo de autores ecuatorianos en VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019).

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, el modo como Fernando Atria usa la teoría del poder constituyente desde la publicación de su libro *La Constitución tramposa*, contrastando con sus primeros trabajos donde explícitamente usaba la tesis de Carl Schmitt. Compárese ATRIA (2006) y (2013); ATRIA *et al.* (2017); ATRIA (2020). En realidad, Fernando Atria nunca dejó de usar la perspectiva schmittiana. Simplemente dejó de citar a Carl Schmitt.

renciados y a menudo contradictorios. La teoría del poder constituyente se ha utilizado para justificar la doctrina de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional<sup>31</sup>, otras veces para restringir el llamado a una asamblea constituyente<sup>32</sup>, para declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional vigente<sup>33</sup>, para permitir reformas constitucionales relevantes<sup>34</sup>, para evitar cuestionar la legitimidad de una Constitución vigente y<sup>35</sup>, en ocasiones, para atacar los límites legales que impedirían u obstaculizarían el llamado a una asamblea constituyente<sup>36</sup>, entre otros<sup>37</sup>. En ocasiones, los jueces constitucionales han citado explícitamente a Carl Schmitt<sup>38</sup>, como ha ocurrido en Colombia<sup>39</sup> y en Venezuela<sup>40</sup>.

Lamentablemente, es frecuente ver que el debate constitucional en Latinoamérica opera influido por las categorías del poder constituyente y poder constituido, o del poder originario y poder derivado, las que se suelen atribuir a la teoría clásica. Mediante dicha distinción, los actores pertinentes asumen que el poder constituyente (originario) posee facultades ilimitadas por estar radicado en un pueblo preexistente que opera como actor externo al sistema de fuentes, mientras que el poder constituido (derivado) estaría obligado a respetar límites sustantivos y procedimentales por ser ejercido mediante órganos políticos diferentes al pueblo. Normalmente estas categorías son presentadas sin mayores matices y sin reparar en los problemas que explicaré en la sección siguiente.

De estas distinciones no se sigue, por supuesto, que no existan excepciones interesantes de académicos que utilizan las categorías schmittianas

---

<sup>31</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2010): C-141-10, 26 de febrero de 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2020): Rol 9797-2020, 30 de diciembre de 2020. También, véase POEHLS y VERDUGO (2022).

<sup>32</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2021): 5-20-RC, 23 de junio de 2021.

<sup>33</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017): 0084/2017, 28 de noviembre de 2017.

<sup>34</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1973): Rol 15-1973, 30 de mayo de 1973. También, ver VERDUGO (2017).

<sup>35</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987): Rol 46-1987, 27 de marzo de 1987. También, véase VERDUGO (2019b).

<sup>36</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2008): 43-07-TC, 3 de marzo de 2008.

<sup>37</sup> Véanse ejemplos adicionales de Perú y El Salvador en: SUPREMA CORTE DE EL SALVADOR (2021): 1-2021, 3 de septiembre de 2021; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (2021): 890-2021, 6 de abril de 2021.

<sup>38</sup> COLÓN-RÍOS (2011a).

<sup>39</sup> Sobre el caso colombiano existe mucha literatura. Véase, por ejemplo, RAMÍREZ (2003); CAJAS-SARRIA (2017).

<sup>40</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA (1999): 17-1999, 19 de enero de 1999; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2003): C-551-03, 9 de julio de 2003.

para entender fenómenos políticos contemporáneos. En Chile, por ejemplo, famosa es la discusión entre Fernando Atria y Renato Cristi en torno al significado del golpe de Estado de 1973 y de la reforma constitucional de 1989<sup>41</sup>. El debate también tuvo lugar a propósito del proceso constituyente que impulsaba la ex Presidente de la República, Michelle Bachelet, donde se cuestionó si el Tribunal Constitucional tendría atribuciones para intervenir<sup>42</sup> y algunos autores discutieron respecto de la posibilidad procedimental de utilizar caminos diferentes de los establecidos por la Constitución de 1980 para reemplazar dicha Constitución<sup>43</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, son pocos los autores que teorizan sobre el caso chileno utilizando perspectivas alternativas o postsoberanas<sup>44</sup>. En Colombia, los autores han discutido en profundidad los alcances de la teoría de la sustitución<sup>45</sup>, observando varios de los problemas que pueden atribuirse a doctrinas jurídicas construidas a partir de la teoría clásica del poder constituyente. No obstante, incluso este tipo de discusión aparece limitada por la incapacidad de la teoría del poder constituyente de proveer de categorías descriptivamente adecuadas y normativamente deseables. El principal problema no es discutir si una acción política puede justificarse o no mediante el uso de la teoría del poder constituyente, sino que aceptar implícitamente las limitaciones de las categorías conceptuales que provienen de dicha teoría. Dichas limitaciones, como se verá en la sección siguiente, son suficientemente serias como para poner en duda la utilidad o necesidad de utilizarla como marco teórico para resolver discusiones político-constitucionales en el ámbito doméstico o, al menos, como para que quienes la invoquen no pretendan que sus argumentos sean conclusivos de dichos debates.

Existen dos ejemplos relevantes que ilustran el modo cómo las categorías del poder constituyente han influido en la discusión política de un modo demasiado grueso. En ambos casos, los actores aceptan la distinción entre poder constituyente y poder constituido o de poder originario y poder derivado.

El primer ejemplo se relaciona con la asamblea constituyente del año 2007, también llamada “Asamblea Constituyente de Montecristi”. Rafael Co-

---

<sup>41</sup> Compárese CRISTI (2000), (2011) y (2014); ATRIA (2006).

<sup>42</sup> Por ejemplo, CHIA (2014); CHIA y QUEZADA (2016).

<sup>43</sup> ATRIA (2013); MUÑOZ (2013). También, véase CONTRERAS y LOVERA (2015); CONTRERAS *et al.* (2015).

<sup>44</sup> Véanse algunas excepciones en VERDUGO (2020); TSCHORNE (2020); VERDUGO y PRIETO (2021).

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, BERNAL (2013) y (2019); GARCÍA-JARAMILLO y GNECCO-ESTRADA (2016).



rea, entonces Presidente de la República, había solicitado una consulta popular para preguntarle al electorado si se aprobaba la instalación de una asamblea constituyente “con plenos poderes”, obteniendo el 81 % de aprobación popular. Una vez instalada, y mediante el mandato constituyente n.º 1, la asamblea ratificó la autoridad del Presidente de la República (a quien se le permitió seguir en sus funciones), disolvió al Poder Legislativo argumentando que la propia asamblea asumiría dichas funciones, y permitió al Poder Judicial seguir operando mientras no obstaculizara el ejercicio del poder constituyente. Mil ciudadanos ecuatorianos presentaron una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Ecuador, donde se alegó la inconstitucionalidad del mandato constituyente n.º 1. Entre los argumentos que presentaron, los ciudadanos alegaron que el mandato de la asamblea constituyente no era originario, sino derivado<sup>46</sup>. Se citaba una resolución judicial previa, donde el propio Tribunal Constitucional habría identificado límites explícitos a la asamblea constituyente<sup>47</sup>. En el año 2008, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia argumentando que el poder constituyente es un poder fáctico que opera bajo un proceso “extra-estatal”, siendo “ilimitado y originario”<sup>48</sup>.

Incluso, académicos críticos de esta sentencia parecen aceptar la utilización de la teoría del poder constituyente como marco teórico bajo el cual se desarrolla el debate, pero critican la agenda política que ella sirvió para justificar<sup>49</sup>. Así, por ejemplo, Rosalind Dixon y David Landau utilizan el caso de Ecuador para argumentar que se trata de un ejemplo de préstamo constitucional abusivo (*abusive borrowing*), en tanto se utiliza una idea democrática (para ellos, el poder constituyente es una teoría democrática<sup>50</sup>) con fines contrarios a elementos indispensables de la democracia<sup>51</sup>. Otro ejemplo es el de los académicos ecuatorianos Alejandro Venegas y Verónica Hernández, quienes ofrecen argumentos contra la sentencia del Tribunal Constitucional y sostienen que la asamblea de Montecristi no había adquirido un genuino poder constituyente originario, que la expresión “plenos poderes” podía ser interpretada de un modo compatible con la verdadera naturaleza derivada o constituida de dicha asamblea<sup>52</sup>. De este modo, tanto David Landau y

---

<sup>46</sup> Véase un resumen de los argumentos de estos ciudadanos en VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019), pp. 54-59.

<sup>47</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2007): 008-07, 24 de julio de 2007.

<sup>48</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2017): 0043-17-TC, 3 de marzo de 2008.

<sup>49</sup> Sobre la estrategia política de Rafael Correa, véase CONAGHAN (2011) y CONAGHAN (2016).

<sup>50</sup> DIXON and LANDAU (2021), p. 19.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 125.

<sup>52</sup> VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019), pp. 59-60.

Rosalind Dixon como Alejandro Venegas y Verónica Hernández, aceptan que la teoría del poder constituyente puede funcionar como marco teórico. Los primeros autores alegan que la misma ha sido abusada y los segundos reclaman que la asamblea no era, en realidad, originaria.

Un segundo ejemplo en que la teoría del poder constituyente ha sido utilizada de manera acrítica, o siendo aceptada por todas las partes del debate, tuvo lugar en Chile cuando se discutió la naturaleza de la denominada cláusula de límites de la Convención Constitucional. Por supuesto, la idea del poder constituyente había sido utilizada con anterioridad para justificar la propuesta de que fuera una Convención Constitucional, y no el Congreso, quien redactara la nueva Constitución<sup>53</sup>. Dicha cláusula dispone que la Convención Constitucional que comenzó a operar el año 2021, y que se regula mediante las disposiciones agregadas a través de reformas constitucionales a la Constitución de 1980, debe respetar ciertos límites (véase artículo 135 del texto constitucional actual). En general, se establecen límites procedimentales cuya infracción puede dar origen a un reclamo ante la Corte Suprema (artículo 136), y límites sustantivos cuya violación es difícil (sino imposible) de corregir debido a que la propia cláusula debe complementarse con aquella disposición que impide la revisión judicial del contenido de las normas aprobadas por la propia Convención Constitucional<sup>54</sup>.

Arturo Ferandois, profesor de Derecho Constitucional y representante de la Unión Demócrata Independiente (UDI), un partido de derecha conservadora, y quien participó en la comisión redactora de las normas que establecieron las bases de la Convención Constitucional, escribió un artículo sobre la cláusula de límites que es ilustrativo del debate sobre el poder constituyente originario y derivado. El propósito político de dicha cláusula era evitar que el proceso chileno pudiera seguir los caminos más polémicos que siguieron los procesos constituyentes de Ecuador (2007) y Venezuela (1999)<sup>55</sup>, dándole continuidad al régimen constitucional vigente con la nue-

---

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, BASSA (2019).

<sup>54</sup> El artículo 136 dispone: "En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración". Más adelante, el mismo artículo agrega: "Ninguna autoridad, ni tribunal, podrá conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo contenido en este artículo". El último inciso también establece: "No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución". Dicho inciso final exige que la nueva Constitución respete el carácter republicano 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".

<sup>55</sup> FERNANDOIS (2021), pp. 710-711.

va Constitución y dando tranquilidad a todas las partes del proceso<sup>56</sup>, incluyendo la derecha<sup>57</sup>. Estas ideas se vinculaban con la tradición constitucional evolutiva que ha predominado en Chile en sectores relevantes de la derecha y del centro, y que se ha opuesto a la narrativa constitucional revolucionaria, que suele invocar el poder constituyente originario<sup>58</sup>. En su artículo, asocia sus ideas evolutivas (aunque él no las llama así) con la idea del poder constituyente derivado. En otras palabras, para el autor citado, el carácter limitado de la Convención Constitucional se asocia a que ella debe ejercer un poder constituyente derivado y, por lo tanto, sujeto a límites que solo el poder genuinamente originario podría ignorar o superar<sup>59</sup>. Su trabajo contrasta con el artículo de Constanza Salgado, Domingo Lovera y Pablo Contreras, quienes utilizan la teoría democrática del poder constituyente como argumento (sumado a otros) para defender la idea de que los tratados internacionales no operarían como un límite sustantivo al trabajo de la Convención Constitucional, sino que como una manera “débil” de asegurar la función exclusiva de la Convención que no es incompatible con la idea de que los tratados puedan servir como guía para el proceso constituyente<sup>60</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de que el debate entre Arturo Fermandois y Constanza Salgado *et al.* se generara, algunos políticos de izquierda habían concedido la idea de que la Convención Constitucional estaba diseñada como poder derivado, al criticar el acuerdo político que dio origen a la reforma constitucional que permitió abrir un proceso constituyente en manos de una convención constitucional. Así, por ejemplo, Camila Vallejos había lamentado que la Convención solo tuviera poder constituyente derivado y Hugo Gutiérrez había criticado el diseño argumentando que el Congreso estaba limitando y condicionando el ejercicio de la soberanía popular<sup>61</sup>. No obstante, la tesis del poder derivado ha sido refutada por aquellos que han llamado a que la Convención ejerza un poder originario. Ello ocurrió con un grupo de treinta y cuatro constituyentes que hicieron una declaración temprana al respecto, invocando su poder soberano<sup>62</sup>, y en el artículo 1 del reglamento de la propia Convención. Esta idea también puede vincularse con algunas infracciones reglamentarias que se han observado<sup>63</sup>, y con el

---

<sup>56</sup> FERMANDOIS (2021), p. 716.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, pp. 716-717.

<sup>58</sup> Sobre las narrativas evolutivas y revolucionarias que están presentes en el proceso constituyente, véase PRIETO y VERDUGO (2021).

<sup>59</sup> FERMANDOIS (2021), p. 713. También, véase SEREY (2021).

<sup>60</sup> SALGADO *et al.* (2021).

<sup>61</sup> Véase PRIETO y VERDUGO (2021).

<sup>62</sup> Véase RED DIGITAL (2021).

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, ALEMPARTE and BRAVER (2021).

hecho de que la propia Convención decidió, por simple mayoría, confirmar la exigencia de que dos tercios de los constituyentes entreguen su voto para aprobar las normas constitucionales<sup>64</sup>. Dicha confirmación era innecesaria, y traía implícita la idea de que la regla que establece el requerimiento de los dos tercios podría ser revisada en el futuro mediante una mayoría simple. Algunos intelectuales, como Eric Palma, por ejemplo, le habían intentado dar una base teórica a esta idea utilizando la tesis del poder constituyente originario<sup>65</sup>. Otros autores han invocado la teoría del poder constituyente para argumentar que no corresponde que la Convención Constitucional incurra en actos propios de la política ordinaria, o para sostener que los límites que se asocian a la misma debe respetar su naturaleza constituyente. Así, algunos creen que el poder constituyente puede ser objeto de límites<sup>66</sup>, otros utilizan la teoría del poder constituyente del modo explícito para precisar la facultad única de la Convención Constitucional (dictar una Constitución)<sup>67</sup>, y son pocos los que niegan la distinción clásica que ofrece la teoría del poder constituyente<sup>68</sup>.

Como puede observarse, casi todos quienes participan en este debate utilizan la teoría del poder constituyente como marco teórico que sirve para ordenar la discusión, refiriéndose a las categorías propias del poder constituyente. Dicho debate no es solo académico, sino que tiene un impacto relevante en la discusión política y en el modo cómo los constituyentes justifican o critican su actuar.

### III. LOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

Las críticas que ha recibido la versión predominante de la teoría del poder constituyente son diversas, y no pretendo revisar a cabalidad todas ellas en esta breve sección. Las críticas han sido formuladas por autores tan diversos

---

<sup>64</sup> Un grupo importante de políticos e intelectuales refutó esta idea cuestionando que los constituyentes puedan lícitamente utilizar la idea de soberanía popular para justificar el desconocimiento de las reglas acordadas. Véase INSULZA, WARKEN *et al.* (2021).

<sup>65</sup> Véase PALMA (2021). También, véase PALMA y ELGUETA (2020).

<sup>66</sup> CAZOR y NÚÑEZ (2021), pp. 43-44; NÚÑEZ (2021), pp. 26, 33. Un ejemplo algo diferente es el de Constanza Salgado, quien sigue a autores cercanos a la teoría clásica, como Carl Schmitt y Ernst Böckenforde, pero también argumenta que el poder constituyente necesita articularse mediante un mecanismo representativo que le da forma jurídica y lo limita. Véase SALGADO MUÑOZ (2020).

<sup>67</sup> Por ejemplo, ver BASSA *et al.* (2020).

<sup>68</sup> Véase un ejemplo en RAGONE y NÚÑEZ (2021), p. 11.

como: David Dyzenhaus<sup>69</sup>, Lars Vinx<sup>70</sup>, Andrew Arato<sup>71</sup>, Oran Doyle<sup>72</sup>, Víctor Ferreres Comella<sup>73</sup>, David Landau<sup>74</sup>, Zoran Oklopcic<sup>75</sup> y George Duke<sup>76</sup>.

Uno de los problemas es que el modo cómo la teoría del poder constituyente utiliza la idea del *pueblo*, en tanto actor pre-jurídico, externo y orgánico con una voluntad unitaria, es objeto de tres objeciones: en primer lugar, no logra resolver la clásica paradoja temporal del constitucionalismo<sup>77</sup>. Para esta paradoja, el pueblo es una entidad que debe ser identificada e interpretada mediante formas jurídicas que no existen<sup>78</sup>, porque justamente el proceso constituyente se realiza para constituir al pueblo y a su identidad. En otras palabras, la teoría del poder constituyente no logra describir el modo cómo operan los procesos constituyentes en la práctica. La dimensión descriptiva falla porque, en parte, no es posible que el pueblo sea el autor de la Constitución<sup>79</sup>. Corrigiendo este problema, autores como Hans Lindahl argumentan que, en realidad, el poder constituyente se presenta de manera reflexiva y relacional<sup>80</sup>. La idea, entonces, no es considerar al pueblo como una entidad prepolítica, sino que asumir la existencia de una comunidad política que se constituye a sí mismo de manera progresiva y buscando encontrar su identidad.<sup>81</sup> No obstante, la teoría de Hans Lindahl parece todavía muy abstracta y no entrega suficientes elementos como para identificar qué es, exactamente, el pueblo. La teoría no logra, tampoco, comprender si la comunidad política puede lograr adquirir una voluntad unitaria y omite referirse a los problemas que las comunidades políticas modernas poseen, tales como la fragmentación, la diversidad y la polarización<sup>82</sup>. Por lo anterior, la tesis de Hans Lindahl no responde con suficiencia a las críticas normativas que la teoría del poder

<sup>69</sup> DYZENHAUS (2007) y (2012).

<sup>70</sup> VINX (2013), (2018) y (2020).

<sup>71</sup> ARATO (2009), (2015), (2016), (2017a) y (2017b).

<sup>72</sup> DOYLE (2019).

<sup>73</sup> FERRERES (en prensa).

<sup>74</sup> LANDAU (2019).

<sup>75</sup> OKLOPCIC (2014) y (2018).

<sup>76</sup> DUKE (2020); DUKE and ARCIONI (2021).

<sup>77</sup> Véase el conjunto de trabajos editados por LOUGHLIN and WALKER (2007).

<sup>78</sup> El mismo Hans Kelsen criticaba la teoría argumentando que la unidad del pueblo requiere una normatividad que la teoría del poder constituyente no es capaz de proporcionar. Ver KELSEN (2000), pp. 89-90.

<sup>79</sup> También, véase PASQUINO (2013), pp. 1004-1005.

<sup>80</sup> LINDAHL (2007a), (2007b) y (2016).

<sup>81</sup> Otros autores han defendido ideas parecidas a la de Hans Lindahl, como LOUGHLIN (2014); GILL-PEDRO (2020).

<sup>82</sup> Véase una crítica a la teoría de Hans Lindahl en SULTANY (2017), pp. 295-296.

constituyente recibe<sup>83</sup>, y también puede ser utilizada para construir una narrativa romántica sobre el momento fundacional que explica el origen de las constituciones. En otro trabajo he explicado los motivos por los cuales dichas narrativas románticas no entregan una respuesta satisfactoria a la teoría del poder constituyente en sus dos dimensiones<sup>84</sup>.

Una segunda objeción asociada a asumir que el pueblo es una entidad unitaria, es que ella puede ser funcional a narrativas populistas y excluyentes de minorías políticas relevantes. La literatura ha explicado el modo como el populismo y el poder constituyente se pueden vincular<sup>85</sup>, y han existido experiencias importantes que ejemplifican el modo como dicho populismo puede terminar erosionando un sistema democrático a cambio de una narrativa inicialmente atractiva para los electores<sup>86</sup>. Es posible que la idea del poder constituyente pueda funcionar mejor en sociedades homogéneas<sup>87</sup>, pero no puede asumirse ello en sociedades modernas caracterizadas por la existencia de desacuerdos fuertes en materias morales y políticas. La evidencia parece sugerir, además, que los electores y la opinión pública poseen preferencias diversas, incompletas e inestables<sup>88</sup>.

Una tercera objeción consiste en sostener que no es cierto, ni deseable, que exista un órgano constituyente que opere con problemas ilimitados. No es cierto porque no existen procesos constituyentes que no estén influidos por órganos que la teoría denomina como constituidos. Los contenidos de las Constituciones no solamente obedecen a decisiones tomadas por un órgano constituyente en un momento dado, sino que, también, influyen cuestiones como el “path dependence”<sup>89</sup>, el oportunismo político de actores específicos que pretenden maximizar sus cuotas de poder con diseños concretos<sup>90</sup>, los partidos existentes con anterioridad al comienzo del proceso constituyente, las normas de la constitución previa y modelos constitucionales<sup>91</sup> normalmen-

---

<sup>83</sup> Tampoco parece contestar suficientemente bien el argumento de David Dyzenhaus, que sostiene que, al ser una teoría externa al derecho, no es posible utilizar la teoría del poder constituyente para justificar normas constitucionales desde una perspectiva interna asociada a la práctica constitucional. Ello no ocurre con teorías alternativas como las de Dworkin y Fuller, pero sí con la teoría de Carl Schmitt. Véase DYZENHAUS (2007) y (2012).

<sup>84</sup> Véase VERDUGO (en prensa).

<sup>85</sup> MUDDE (2013); CORRIAS (2016); DOYLE (2019) y WITTRICK (2020).

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, el caso de Ecuador y la utilización de los derechos como “sobornos” en DIXON (2018). También LANDAU (2019).

<sup>87</sup> Es posible que Carl Schmitt limite su teoría a este tipo de sociedades. Véase BRÄNNSTRÖM (2020), p. 86.

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, la evidencia de ACHEN and BARTELS (2017).

<sup>89</sup> Por ejemplo, MAZO (2019). También, VAROL (2016).

<sup>90</sup> Véase, por ejemplo, GEDDES (1996).

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo, LAW (2016).

te sugeridos por expertos y organismos internacionales. Tampoco es deseable que el poder constituyente desconozca la existencia de límites superiores como la justicia<sup>92</sup>, el derecho natural<sup>93</sup> o las condiciones que hacen posible que la democracia sea sustentable en el tiempo, y los derechos fundamentales. Algunos autores han respondido a esta objeción sosteniendo que la teoría del poder constituyente supone la existencia de dichos límites<sup>94</sup>. No habría, para ellos, genuino poder constituyente en aquellos casos en que el proceso produjo un sistema constitucional que viole aquellas restricciones. Sin embargo, estas teorías que buscan redimir la idea del poder constituyente hacen más serio el problema de la dimensión descriptiva del poder constituyente. En otras palabras, lo que ganan en normatividad (al incorporar elementos deseables a la teoría), hace que la teoría se acerque más al terreno de lo ideal que de lo real. Además, nada en la teoría del poder constituyente asegura que dichos límites puedan cumplirse de manera efectiva, ni que las infracciones puedan ser reparadas. La idea radical emancipadora del poder constituyente implica que las decisiones que se tomen no puedan ser objeto de una revisión externa que no provenga del propio constituyente, por lo que no debe definirse *a priori* cuál es el contenido de la norma constitucional. El único modo de ofrecer garantías institucionales para corregir este problema es desnaturalizando la versión clásica de la teoría de un modo que la haría irreconocible. En palabras de George Duke, no es factible domesticar la versión schmittiana del poder constituyente con estos límites<sup>95</sup>. En definitiva, la teoría del poder constituyente es una teoría sobre el origen de la Constitución y el modo cómo se expresa el pueblo, y no sobre los contenidos constitucionales.

Todos estos problemas pueden ser respondidos asumiendo que la teoría del poder constituyente solo debe adquirir una dimensión normativa y retrospectiva<sup>96</sup>. Sería normativa porque ella no intentaría explicar el modo como los procesos constituyentes operan en la realidad, y retrospectiva porque ella solo podría ser utilizada para interpretar eventos pasados. De esa manera, se impediría que líderes populistas o con inclinaciones autoritarias puedan invocar la teoría del poder constituyente para justificar sus agendas políticas presentes y futuras. No obstante, esta forma limitada de usar la teoría clásica del poder constituyente también tiene problemas. En primer lugar, ella sería inútil para promover cambios constitucionales presentes, por lo que muchos usos de la misma perderían justificación. En segundo lugar, esta versión retros-

---

<sup>92</sup> Véase, entre otros, a VINX (2018).

<sup>93</sup> FASEL (en prensa).

<sup>94</sup> Entre ellos, véase COLÓN-RÍOS (2011b); STACEY (2011).

<sup>95</sup> DUKE (2020); DUKE y ARCIONI (2021).

<sup>96</sup> Véase, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE (2017).

pectiva podría impulsar la existencia de una narrativa ficticia y romántica del momento político que dio origen a la Constitución<sup>97</sup>. Esta narrativa ficticia puede ser utilizada para invisibilizar demandas de grupos excluidos o marginados, como ocurrió con los afroamericanos en Estados Unidos. Esta narrativa romántica también puede ser utilizada para que la disciplina de la historia constitucional de los países sea desarrollada de manera selectiva y oportunista.

Otro problema asociado a la teoría clásica del poder constituyente, es que ella se basa en una suerte de legitimidad racional weberiana asociada a la idea de la decisión del pueblo<sup>98</sup>, que es excluyente de otras fuentes de legitimidad posible. Ello tiene tres problemas. Primero, ignora la existencia de otras fuentes de legitimidad que los actores constituyentes pueden invocar de manera relativamente exitosa. Así ocurre con los elementos que Andrew Arato ha identificado para construir su paradigma postsoberano<sup>99</sup>. Este paradigma incluye cuestiones como los consensos entre sectores sociales diversos e, incluso, opuestos, y la combinación de elementos como la transparencia, la representación, la revisión judicial y la participación, todos los que pueden conducir a equilibrar la necesidad de darle un espacio a los distintos sectores de la comunidad política sin necesidad de forzar una falsa homogeneidad, respetando a las minorías, incluyendo límites en principios importantes como los derechos fundamentales, e ignorando el problema de identificar una voluntad colectiva unitaria inexistente<sup>100</sup>. El segundo problema, es que asume que las Constituciones se elaboran en un momento preciso, supuesto que es incompatible con la idea de que los países construyen sus tradiciones políticas de manera evolutiva y gradual, incluyendo prácticas políticas reiteradas que van consolidando modos de actuar y generando consensos implícitos entre generaciones y al interior de comunidades políticas actuales. Esta idea tiene una fuerte tradición en el pensamiento constitucional y la idea weberiana, racional y decisional del poder constituyente no es capaz de acomodarla<sup>101</sup>. En tercer lugar, la dimensión normativa de la idea del poder constituyente no reconoce que los procesos constituyentes normalmente se llevan a cabo bajo

---

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo, GRIMM (2009), p. 73. También, KAY (2011); KUO (2019).

<sup>98</sup> Véase LOUGHLIN (2014), p. 219.

<sup>99</sup> Véase ARATO (2016) y (2017b).

<sup>100</sup> Es posible que también sea difícil, aunque tal vez no imposible, acomodar el carisma de líderes específicos como factor de legitimación de las instituciones. Sobre esta materia, véase ACKERMAN (2019).

<sup>101</sup> Una versión de la teoría evolutiva se conecta con el pensamiento de Burke, el que está lejos de ser pacífico entre los autores. Sin perjuicio de eso, el pensamiento burkeano es importante en los estudios constitucionales y no es necesario ser burkeano para aceptar o promover algunas de sus premisas más razonables. Véase, por ejemplo, KRONMAN (1990); JACOBSON (2006); SUNSTEIN (2006).



condiciones no ideales donde los requerimientos de la democracia son difíciles de cumplir. Lo común, es que los procesos constituyentes se lleven a cabo en condiciones de crisis políticas y sociales graves<sup>102</sup>, con un sistema de partidos políticos inexistente o defectuoso y condiciones políticas inestables e, incluso, violentas. Esto hace que una teoría sobre la legitimidad de las Constituciones no pueda satisfacerse solamente mirando al origen de las mismas. Como la teoría del poder constituyente es, al final del día, una tesis sobre el modo como se manifiesta el pueblo, ella debe ignorar las difíciles condiciones en que dicha manifestación tiene lugar.

Además, la idea radical de que el poder constituyente es ilimitado y tiene la autoridad para revisarlo todo, definiendo el poder constituyente sus propios límites, impide entregar una metodología que pueda orientar al órgano constituyente respecto de las materias que debe revisar. El problema, es que las Constituciones formales tratan todas las materias que el constituyente quiera incluir, cuestión que presenta desafíos importantes para el tiempo que debe durar el proceso constituyente y la profundidad con que se debe discutir y deliberar cada una de las materias. Mientras más amplio sea el catálogo de materias a discutir, y más acotado sea el tiempo destinado a ellas, más pobre será la deliberación. Ello puede hacer que las negociaciones políticas no duren lo que necesitan durar, que existan comportamientos oportunistas en el manejo de la agenda constituyente, y que sea más difícil acomodar los intereses y demandas de los grupos minoritarios o excluidos del proceso.

Lo anterior puede exacerbar el problema de la Constitución impopular. Una Constitución impopular es aquella que no es capaz de reflejar las demandas constituyentes que se utilizaron para justificar el proceso político que impulsó el cambio constitucional. En ocasiones, la misma puede producirse para ir en contra de lo que dichas demandas requerían, o para regular cuestiones que no eran parte de las prioridades contenidas en dichas demandas. Como las prioridades compiten dentro de los procesos constituyentes en relación con el capital político que puede invertirse en determinadas agendas y al tiempo y visibilidad que se le dedica a cada idea, priorizar demandas diferentes a las centrales del movimiento constituyente puede dañar estas últimas. Cualquiera sea el caso, la Constitución impopular se constituye como un desafío normativo importante para la teoría del poder constituyente porque ella sirve para reafirmar que la idea del pueblo es ficticia e, incluso, engañosa. No existen comunidades políticas suficientemente homogéneas como para garantizar que

---

<sup>102</sup> Jon Elster identifica este problema como una paradoja. Es improbable que el pueblo se manifieste constitucionalmente a menos que exista una crisis, pero esa crisis es la que hace que el pueblo difícilmente pueda dar a conocer su voluntad de una manera procedimentalmente aceptable. Véase ELSTER (1995), p. 394). También, VERDUGO (en prensa).

un órgano representativo puede identificar una voluntad unitaria y estable en todas las materias. La función de esos órganos debe ser la acomodación de las diversas demandas en condiciones que aseguren los mínimos institucionales que permitan una democracia sustentable y competitiva, y no la expresión de ideas que se impongan a aquellos sectores que posean menos influencia o poder. Esta crítica les da más fuerza a las objeciones tradicionales que la teoría clásica del poder constituyente ha recibido, al poner en evidencia que el mito sobre el momento fundacional no solamente tiene lugar de manera retrospectiva cuando los historiadores y constitucionalistas idealizan una parte de la historia, sino que, también, tiene lugar de forma presente, asociada a la generación que debió ser la autora de la Constitución en primer lugar<sup>103</sup>.

#### IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO (2020-2022)

El proceso constituyente chileno todavía no finaliza, por lo que las conclusiones que puedan extraerse deben ser consideradas como preliminares y sujetas a revisión. Sin embargo, ya tenemos suficiente información sobre las normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional como para poder discutir el punto de manera útil. Además, existen estudios de opinión pública que nos permiten comparar si el trabajo de la Convención se condice con las opiniones predominantes en esta generación presente. Antes de explicar los ejemplos, es importante tener presente que la idea de opinión pública no es necesariamente equivalente a la idea del pueblo. Sin perjuicio de que la idea de pueblo es controvertida en la literatura, y a que la versión clásica de la teoría del poder constituyente la trata del modo indicado en la sección precedente (como una unidad homogénea que posee una voluntad unitaria), en la práctica política ha existido una metodología para entender cuál es la voluntad del pueblo: los procesos electorales y los canales representativos. Dicha metodología es controvertida en situaciones donde los canales electorales y representativos poseen problemas. En otras palabras, no podemos asumir que un proceso constituyente llevado adelante en condiciones defectuosas para la democracia va a establecer procedimientos suficientes para asegurar que las mayorías se expresarán de manera adecuada.

---

<sup>103</sup> Alguien podría objetar que estos problemas que posee la teoría del poder constituyente no debieran dañar la utilización acotada de la misma, como ocurre con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. No obstante, no es necesario usar la teoría del poder constituyente para justificar este tipo de doctrinas, las que encuentran razones independientes normativamente plausibles. Véase FERRERES (en prensa). También, POEHLS y VERDUGO (2022).

La paradoja de Jon Elster, por la cual las condiciones para cambiar una Constitución no son ideales desde una perspectiva democrática (y citada en la sección precedente), tuvo lugar en Chile. Primero, el sistema de partidos posee poco apoyo popular, se encuentra algo congelado en el ámbito de las élites y desconectado de la sociedad civil<sup>104</sup>. En mayo del año 2019, un 73 % de la población no se identificaba con ningún partido, y la confianza en ellos llegó a caer al 2 % en diciembre de 2019<sup>105</sup>. Segundo, la fragmentación política existente es alta, lo que se explica, en parte, por la fórmula electoral elegida, el número de partidos y colectivos existentes y las modificaciones que se hicieron para beneficiar a los candidatos independientes<sup>106</sup>. Tercero, las elecciones tuvieron lugar luego de hechos violentos ampliamente documentados, y que se sumaron a una serie de prácticas legislativas que pusieron en cuestión la autoridad de la Constitución vigente (varias, aunque no todas, se explican por la pandemia). Tanto es así, que algunas altas autoridades declararon el cambio de la forma de gobierno o justificaron infringir reglas del proceso legislativo, y un influyente intelectual público declaró que la Constitución había “fenecido”<sup>107</sup>. Cuarto, las reglas que favorecieron los candidatos independientes<sup>108</sup> generaron problemas importantes en el sistema de representación política porque muchos candidatos no tenían programas integrales conocidos, varios poseían agendas individuales y específicas, que estaban lejos de pronunciarse sobre todas las materias constitucionalmente relevantes. El 41 % de las candidaturas presentadas correspondió a candidatos independientes<sup>109</sup>, de las setenta y nueve listas que participaron en las elecciones, cinco correspondían a pactos donde participaban los partidos<sup>110</sup>. En consecuencia, ciento tres de los constituyentes no militan en partidos políticos y cincuenta y cinco fueron electos en pactos electorales que no incluyeron a los partidos<sup>111</sup>. Quinto, el contexto político en el que se celebraron las elecciones de convencionales fue especialmente desfavorable para los candidatos de derecha<sup>112</sup>, lo que generó una convención poco representativa políticamente. Al-

<sup>104</sup> El argumento no es nuevo. Véase LUNA and ALTMAN (2011).

<sup>105</sup> Véase LE FOULON y PALANZA (2021), p. 4.

<sup>106</sup> Entre otros trabajos, véanse, por ejemplo, BUNKER (2018); FÁBREGA *et al.* (2018) y CRUZ y VARETTO (2019).

<sup>107</sup> Véase un resumen de estas declaraciones, y otras, en POEHLS y VERDUGO (2022).

<sup>108</sup> Entre ellas, se permitió la conformación de listas de independientes y se bajó el número de patrocinantes para inscribir candidatos fuera de pacto.

<sup>109</sup> LE FOULON y PALANZA (2021), p. 10.

<sup>110</sup> FÁBREGA (2022), p. 4.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Ello se debe, al menos, por dos motivos: el presidente Sebastián Piñera, llamado a ser el líder de la coalición, poseía niveles de aprobación bajo el 20 %, y el gobierno de la coalición de derecha

gunos de estos motivos impiden que el sistema de partidos políticos cumpla aquellas funciones que parte de la literatura asume como esenciales para el buen funcionamiento de la democracia representativa<sup>113</sup>. Los costos de transacción y de información han sido demasiado altos como para que una institución representativa como la Convención Constitucional funcione de manera coherente con los postulados de dicha literatura.

Las condiciones identificadas en el párrafo precedente hicieron que la coalición de derecha y la tradicional coalición cercana a la ex Concertación estuvieran fuertemente subrepresentadas (la derecha ni siquiera obtuvo el cuarto de los constituyentes en ejercicio, requerimiento necesario para formular reclamos ante la Corte Suprema), y los independientes resultaron defender agendas asociadas a una izquierda incluso más radical que la que representaba el Frente Amplio<sup>114</sup>. El resultado fue una convención constitucional que no reproduce los equilibrios políticos que se observan en el país. Sin perjuicio de ello, la Convención sí logró un mejor rendimiento en términos de representación descriptiva (en el sentido de Hanna Pitkin), en tanto ella incluye una renovación etaria y de género, los candidatos tenían menos experiencia política y aparecen representados los pueblos indígenas<sup>115</sup>. Pese a que la representación descriptiva funcionó (y a que existe un valor en ella)<sup>116</sup>, en términos democrático-formales no puede decirse que el proceso constituyente chileno operó en condiciones representativas aceptables, en tanto ella estuvo lejos de expresar el balance político que existe en la sociedad chilena. Por consiguiente, la idea de una convención que puede expresarse a nombre del pueblo de manera genuina puede ser puesta en duda. Ello se suma al hecho de que la participación electoral bajó significativamente si se la compara con otras elecciones<sup>117</sup>, a que la participación en el proceso de consulta

---

estaba promoviendo una política altamente impopular (impedir el proyecto que autorizaba el retiro de los ahorros previsionales administrados por las AFP).

<sup>113</sup> Véase, por ejemplo, KHAITAN (2020) y (2021).

<sup>114</sup> Lo anterior coincide con el análisis empírico del primer mes de funcionamiento de la Convención, donde los datos muestran que la derecha no ha sido capaz de obtener los apoyos necesarios para tener poder de veto. En otras palabras, la capacidad de la derecha de organizarse para persuadir a otros convencionales y obtener un tercio de los votos para bloquear propuestas constitucionales, parece inexistente o, al menos, severamente limitada. Véase FÁBREGA (2022), p. 11.

<sup>115</sup> Véanse los datos de LE FOULON y PALANZA (2021), pp. 13-24.

<sup>116</sup> "La Convención se parecerá más a la población chilena, de lo que se ha parecido en cualquier momento anterior el congreso. Esto tiene grandes ventajas y algunos costos, sin dudas". LE FOULON y PALANZA (2021), p. 24.

<sup>117</sup> La participación en la elección de convencionales (43,4 %) superó solo a la participación de las elecciones municipales del año 2016 (34,9 %), y estuvo por debajo de las elecciones del año 2013 (49,4 % en la primera vuelta), de las elecciones del año 2017 (46,7 en la primera

indígena parece haber sido especialmente reducida<sup>118</sup>, y al modo como la Convención Constitucional trató las iniciativas populares de norma constitucional, rechazando propuestas que obtuvieron numerosos patrocinios<sup>119</sup>. Por cierto, es posible afirmar que ningún proceso electoral se desarrolla de manera suficientemente ideal como para poder asegurar que una entidad llamada pueblo está debidamente representada. Sin perjuicio de que dicha afirmación puede ser correcta, el problema que ha tenido lugar en Chile es fácil de identificar cuando comparamos los equilibrios políticos que normalmente producen las elecciones en periodos ordinarios con la composición de la Convención Constitucional.

Por supuesto, si se quiere sostener que el proceso constituyente chileno ha sido “impopular” en Chile, no es suficiente observar que el proceso electoral que tuvo lugar para elegir a la Convención Constitucional fue defectuoso, que la participación política fue relativamente baja y que los equilibrios internos de la Convención no representan la diversidad política de la sociedad chilena. Además, hay que mostrar que el trabajo de la Convención no ha sido suficientemente receptivo con el contenido de las demandas sociales que se invocaron para justificar la agenda de reemplazo constitucional. Para que el argumento de la impopularidad esté completo, entonces, entre otras cosas, hay que:

- i) identificar cuáles son las demandas constituyentes y
- ii) evaluar el trabajo de la Convención<sup>120</sup>.

---

vuelta), del plebiscito del año 2020 (51 %) y de las elecciones del año 2021 (47,33 % en primera vuelta, y 55,64 % en segunda vuelta).

<sup>118</sup> De acuerdo con cifras del Servicio Electoral, votaron 262 273 personas para elegir escaños reservados de los pueblos indígenas. No obstante, en la consulta indígena habrían participado 7 549 personas. Véase SERVICIO ELECTORAL (2021); OGALDE (2022).

<sup>119</sup> La información disponible es algo confusa. En su debate en general, el 49,4 % de las iniciativas (41 IPN) fueron aprobadas de forma total o parcial, mientras que el otro 50,6 % (42 IPN) no lograron avanzar en el debate. De estas, cuarenta y una propuestas fueron rechazadas y una fue declarada inadmisibles. Lo anterior parece contradecir la información entregada por la Convención Constitucional, que sostiene que el 91,5 % de las propuestas llegó al borrador. Véase CONVENCION CONSTITUCIONAL (2022). No obstante, si uno observa las iniciativas que más patrocinios obtuvieron, varias no se conciben con el borrador constitucional existente hasta la fecha de redacción de este ensayo. Ello ocurre, por ejemplo, respecto de las siguientes iniciativas: “Con mi plata no - Defiende tus ahorros previsionales”, “Libre derecho sobre la propiedad privada” y “Cannabis a la Constitución ahora: por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la soberanía personal y el bienestar”.

<sup>120</sup> Por supuesto, esta pregunta (sobre el contenido de la demanda constituyente) no desconoce los incentivos políticos que hicieron que los diversos partidos concedieran la posibilidad de reemplazar la Constitución vigente y llegaran al acuerdo de noviembre del año 2019. Sobre dichos incentivos, véase el trabajo de ESCUDERO (2021).

Como los resultados de la Convención que hoy tenemos son parciales, y los académicos todavía no se encuentran en una posición que les permita realizar una evaluación integral, las conclusiones que podamos extraer de este ejercicio no deben ser presentadas como definitivas. Sin embargo, los ejemplos que podamos desarrollar sí pueden darle plausibilidad al argumento.

En cuanto a las demandas que justifican la nueva Constitución, lo primero que hay que observar es que el votante del “apruebo” en el plebiscito de entrada del año 2020 (que representa un 78,28 % de quienes sufragaron) es heterogéneo y, por lo tanto, es posible que las demandas que ellos tengan también sean heterogéneas. Aunque aparentemente hubo un voto asociado a la clase social del elector<sup>121</sup>, al interior del voto del “apruebo” se encuentran personas con diferentes matrices ideológicas, tanto en las categorías tradicionales de “izquierda”, “centro” y “derecha” como en el eje liberal-conservador, y el número de personas que votaron por el expresidente Sebastián Piñera<sup>122</sup>.

Una segunda cuestión que hay que observar, es que la evidencia parece sugerir que las personas que desean un reemplazo constitucional lo hacen para defender derechos sociales<sup>123</sup>. Por supuesto, la existencia de una Constitución desprestigiada y vinculada en su origen con una dictadura que pocos todavía defienden, debe tener alguna influencia. No obstante, el motivo por el cual las personas se pueden movilizar de forma positiva tiene que ver con un conjunto heterogéneo de demandas e intereses que adoptan la forma de derechos. Esta idea parece ser compartida por un número importante de autores<sup>124</sup>. Por supuesto, este motivo se puede conectar a razones orgánicas y de distribución del poder, en tanto existen arreglos institucionales que han impedido o restringido la posibilidad de establecer reformas sociales relevantes por bastante tiempo. Pese a que los académicos discrepan respecto de cuáles son exac-

---

<sup>121</sup> Véase MELÉNDEZ *et al.* (2021), p. 275.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, pp. 277-283.

<sup>123</sup> En otro trabajo he revisado la evidencia al respecto. Véase NAVIA and VERDUGO (en prensa).

<sup>124</sup> Por ejemplo, Samuel Tschorne sostiene: “El problema de la desigualdad, especialmente respecto de bienes y servicios (*e.g.* educación, salud y previsión), que ha pasado a reclamarse como objeto de derechos sociales inherentes a la ciudadanía, ha adquirido particular prominencia a medida que las políticas de desarrollo social tecnocráticas promovidas desde los tiempos de la Concertación han comenzado a mostrar sus limitaciones. Minimizado el riesgo de una regresión autoritaria, se ha perdido temor a las demandas de transformación económica y a la polarización política y se han comenzado a desvanecer los consensos de política económica que permitieron despolitizar parte importante de los conflictos distributivos (LUNA 2016). Esto explica la creciente movilización ciudadana en torno a las desigualdades, que ha repolitizado estas causas mediante la protesta social por fuera –a pesar, incluso– de los canales institucionales de representación y el sistema de partidos”. TSCHORNE (2020), p. 109.

tamente esos arreglos institucionales<sup>125</sup>, parece estar relativamente claro que, independiente de las causas institucionales, la ausencia de reformas sociales ha generado malestar y alimentado la demanda por una nueva Constitución. Lo relevante, entonces, es el debate sobre el modo como se reconocen, aseguran e implementan los derechos sociales.

Lo anterior coincide con las encuestas. El 69 % de las personas que votó a favor del “apruebo”, justificó su voto sobre la base de la protección de los derechos a la educación, seguridad social y salud<sup>126</sup>. Es posible que las protestas estudiantiles del año 2011<sup>127</sup>, el movimiento “No más AFP” y la campaña presidencial de Michelle Bachelet del año 2013, entre otros movimientos, ayudaran a instalar idea de que la protección de los derechos sociales se conectaba con la demanda por una nueva Constitución. Esta idea se sigue confirmando con una encuesta reciente, de mayo del año 2022, que sugiere que las razones para aprobar se vinculan con la garantía de los “derechos sociales en salud, educación, vivienda” (58 % en las menciones totales), con la idea de tener una Constitución nacida en democracia (47 %), la necesidad de establecer profundos cambios políticos y económicos (33 %) y con la necesidad de cambiar el sistema de pensiones (28 %)<sup>128</sup>. Otros aspectos, como la plurinacionalidad (11 %), el ambiente, el feminismo y las regiones (12 %), aparecen como razones secundarias.

El contenido de la demanda constituyente, mayoritariamente asociada a los derechos sociales, debe ser comparada con las normas aprobadas por la propia Convención Constitucional y la reacción de la opinión pública respecto de esas normas. Sabemos que el voto asociado al “rechazo” ha crecido significativamente. Una encuesta muestra que dicho voto parece vincularse no

---

<sup>125</sup> Algunos culpan al Tribunal Constitucional o a las reglas super mayoritarias para modificar la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales, otros observan los problemas que tiene la combinación de un presidencialismo con periodos electorales reducidos, un calendario electoral que no favorece la creación de coaliciones legislativas y un sistema electoral que fragmenta al Congreso. Compárese ATRIA (2013); LUNA (2016); SIAVELIS (2016); VERDUGO (2019a). En otro trabajo discutí con mayor profundidad sobre este problema. Véase DIXON y VERDUGO (2021). También, VILLALOBOS (2019); BOSSERT y VILLALOBOS (2020). Para otras explicaciones, véase también MADARIAGA and ROVIRA (2019); CARDOSO (2020); MADARIAGA (2020); PEÑA (2020).

<sup>126</sup> CADEM (2020).

<sup>127</sup> Sobre el modo cómo la demanda del movimiento estudiantil influyó en el debate sobre las reformas políticas, véase GRUGEL and NEM SINGH (2015); DONOSO (2016).

<sup>128</sup> Dicha encuesta también muestra que las preferencias ciudadanas relativas al “rechazo” han crecido de modo significativo, y lo inverso ha ocurrido con las preferencias en torno al “apruebo”. Si en enero del año 2022 un 56 % de los encuestados respondía que aprobaba la nueva Constitución que presentare la Convención Constitucional, el mayo del mismo año solamente un 35 % respondía de igual modo. El “rechazo”, en tanto, sube de un 33 % a un 48 %. CADEM (2022a).

solamente con la desconfianza que se tiene contra los constituyentes (55 %), sino que, también, con desacuerdos respecto de las normas aprobadas (40 %) y algunas propuestas específicas como aquella vinculada con el derecho de propiedad (19 %), las normas relativas a la plurinacionalidad (18 %) y aquellas vinculadas con materias como el aborto y la eutanasia (13 %)<sup>129</sup>.

Lo anterior nos lleva a pensar que varias de las normas más relevantes e innovadoras aprobadas por la Convención Constitucional, no son compartidas por una mayoría de la opinión pública. Por ejemplo, la idea de la plurinacionalidad no es ampliamente compartida por los encuestados (de esto no se sigue que no sea deseable, por supuesto), ya que un 74 % prefiere reconocer a una nación chilena multicultural en vez de establecer constitucionalmente la existencia de diversas naciones (idea aceptada solamente por un 20 % de los encuestados)<sup>130</sup>. Asimismo, un 67 % de los encuestados dice preferir un Estado unitario descentralizado y solo un 24 % acepta un modelo regional similar al aprobado por la Convención Constitucional. Respecto del diseño del Congreso, un 53 % prefiere mantener un órgano bicameral que incluya a una cámara de diputados y a un senado, y solo un 35 % se pronuncia a favor de un sistema donde la cámara territorial (que reemplaza al Senado) tenga funciones más acotadas. Respecto al sistema judicial, un 82 % prefiere mantener un poder judicial único, en circunstancias de que un 11 % acepta la creación de sistemas judiciales diferenciados (aunque puedan quedar, como lo hizo la Convención, bajo la jurisdicción de una corte suprema única y común). En materia de expropiaciones, un 63 % de los encuestados es partidario de que la indemnización se pague al contado y a precio de mercado, y solo un 25 % cree que la forma de pago deba ser determinada por una ley.

Todas las materias mencionadas en el párrafo precedente son especialmente relevantes porque ellas se refieren a aquellas propuestas donde la Convención innova de manera significativa respecto del sistema constitucional vigente. En muchas de ellas existe una contradicción entre las preferencias aceptadas por la Convención y la opinión pública<sup>131</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, alguien podría objetar que, pese a que existe una discrepancia entre la opinión pública y la Convención Constitucional, lo relevante es examinar aquellas materias donde dicha opinión pública parece poseer preferencias más intensas, como ocurre en lo relativo a los derechos sociales. Después de todo,

---

<sup>129</sup> CADEM (2022a).

<sup>130</sup> CADEM (2022b). En adelante, todas las cifras provienen de esta encuesta.

<sup>131</sup> Por supuesto, también hay casos de normas que innovan donde la opinión pública no discrepa de lo hecho por la Convención. Ese es el caso, por ejemplo, de aquella norma que reemplaza la iniciativa exclusiva por otro mecanismo para ampliar la iniciativa legislativa de los parlamentarios. Esta idea parece ser apoyada por un 65 % de los encuestados. *Ibid.*



la demanda constituyente se vincula originalmente con dichos derechos. Sin perjuicio de ello, incluso en materia de derechos sociales se observan diferencias significativas. Por ejemplo, un 74 % de los encuestados prefiere elegir al administrador de sus cotizaciones de salud, y un 75 % también se manifiesta a favor elegir al administrador de las cotizaciones previsionales destinadas a financiar las pensiones. No obstante, en materia de salud, la Convención Constitucional aprobó normas que ponen en cuestión dichas preferencias al establecer un sistema nacional de carácter universal y público<sup>132</sup>. Aunque se permite la existencia de instituciones privadas, se sostiene que el sistema nacional se financiará a través de rentas generales de la nación y que las cotizaciones que el legislador establezca tienen un objeto único: “aportar solidariamente al financiamiento del sistema”. Ello es incompatible con el derecho a elegir el administrador de las cotizaciones. Respecto al derecho a la seguridad social, la norma aprobada es menos concluyente. La Convención Constitucional dispuso la existencia de un sistema público, donde el Estado define la política, y se permite el establecimiento de cotizaciones obligatorias, aunque no se dice nada respecto del derecho de las personas a elegir el administrador, ni sobre la posibilidad de que existan instituciones privadas<sup>133</sup>. Sin perjuicio que de lo anterior no se sigue necesariamente que la Convención haya contradicho la opinión mayoritaria de la opinión pública, si ello se relaciona con el hecho de que la Convención rechazó la iniciativa popular que protegía los ahorros individuales de los cotizantes (esta fue la iniciativa que recibió un mayor número de patrocinios)<sup>134</sup>, los que se administran por instituciones privadas e incluía el derecho a elegir el administrador de los ahorros, entonces puede concluirse que la Convención tampoco estuvo dispuesta a aceptar la preferencia mayoritaria basada en la propiedad sobre los fondos. Aunque ello no significa que la Convención haya desprotegido los derechos de propiedad, sí puede concluirse que la Convención no estuvo dispuesta a proteger un claro interés mayoritario en la opinión pública.

Recordemos que la versión tradicional de la teoría del poder constituyente ha sido utilizada en Chile para justificar la existencia del poder político del

---

<sup>132</sup> Véanse las normas aprobadas por el pleno, 278.- Artículo 14. Disponible en [www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf](http://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

<sup>133</sup> Véanse las normas aprobadas por el pleno, 277.- Artículo 13. Disponible en [www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf](http://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

<sup>134</sup> Véase la iniciativa “Con mi plata no. Defiende tus ahorros previsionales”, la que recibió más de sesenta mil patrocinios. CHILE CONVENCION (2022).

pueblo para finalizar con la vigencia de la Constitución actual y reemplazarla por un nuevo orden constitucional definido de manera libre. La Convención Constitucional es el órgano colectivo que debiera haber canalizado la voluntad de dicho pueblo para generar contenidos constitucionales unitarios. Sin embargo, sabemos que la idea homogénea del pueblo, que incluye una voluntad unitaria y estable, es incompatible con sociedades modernas diversas y plurales, como ocurre con la chilena. Una alternativa, es que la Convención ignore dicha diversidad e imponga la que crea ser la voluntad del pueblo. Esta alternativa posee problemas normativos importantes identificados en la sección precedente. Una segunda alternativa, es que la Convención reconozca la diversidad de intereses presentes en la comunidad política, busque los puntos de encuentro y establezca las condiciones que permitan el gobierno democrático sostenible y competitivo de las generaciones presentes y futuras. Esta segunda alternativa supone abandonar la idea del poder constituyente en su versión tradicional.

La Convención, o una parte importante de la misma, prefiere justificar su actuar en torno a la idea del poder constituyente y de la representación de un ente llamado pueblo. Si ese es el intento, entonces la única manera operativa de hacer que la idea del pueblo tenga lugar, es asimilándolo con la idea de las mayorías. Ello no sería raro. Después de todo, el propio Emmanuel Sieyès argumentó a favor de la regla de mayoría como ideal que expresaba la igualdad política de todos los ciudadanos en su texto sobre “¿Qué es el Tercer Estado?”. No obstante, para que ello sea posible, la Convención debiera ofrecer equilibrios políticos que logren identificar los balances adecuados de la sociedad chilena, tanto en su composición como en su actuar, y ofrecer canales que permitan expresarse a las mayorías. Ya vimos que ni su composición refleja los equilibrios políticos de la comunidad política chilena (sin perjuicio de la existencia de una representación descriptiva), por lo que la simple agregación de preferencias de los constituyentes fracasaría en ese objetivo. También vimos que los canales participativos han tenido límites importantes, y que el actuar de la propia Convención ha sido poco inclusivo y, en ocasiones, lejano o excluyente con las preferencias de la mayoría.

De lo anterior no se sigue que la Convención deba fracasar (ello dependerá del estándar de éxito que tengamos) ni que las mayorías deban imponerse en materia constitucional. Pero necesitamos una teoría diferente para justificar el actuar de la Convención y legitimar la Constitución que ella produzca. Los resultados óptimos en el ámbito constitucional se vinculan con los contenidos liberales y democráticos que permitan la manifestación e implementación de programas políticos rivales, y ese tipo de contenidos es más probable alcanzarlos mediante acuerdos políticos entre facciones rivales. Ni la teoría del poder constituyente ni el funcionamiento de la Convención han logra-

do expresar esos contenidos. Dicho de otro modo, la versión clásica de la teoría del poder constituyente es ciega respecto de los contenidos. De esta manera, la teoría fracasa como un estándar exclusivo de legitimidad, y la Convención es un buen ejemplo del modo como dicha teoría, cuando es aplicada en la práctica, puede mostrarse incapaz de habilitar algo así como la agencia política del pueblo, ni siquiera en su versión más plausible de contribuir a que las grandes mayorías se manifiesten. Por ello, es plausible sostener que el caso chileno es un buen ejemplo del poder constituyente impopular.

De nuevo, de lo anterior no debemos inferir que la Constitución que se produzca por parte de la Convención vaya a ser necesariamente ilegítima. Ello dependerá del modo como comprendamos la legitimidad. No obstante, de lo razonado hasta ahora sí puede desprenderse que la teoría del poder constituyente, en su dimensión normativa, es insuficiente desde una perspectiva democrática e inclusiva. Es más, como para dicha teoría los contenidos no serían relevantes, la idea de una Constitución que no refleje las preferencias colectivas de la comunidad o que, incluso, vaya en contra de estas, podría ser hasta aceptable. De allí que la teoría del poder constituyente, en los términos expresados en el caso chileno, pueda ser traducida como una teoría del constituyente impopular.

## V. CONCLUSIONES

Mila Versteeg demostró que numerosos procesos constituyentes generan contenidos constitucionales que no reflejan las preferencias populares al momento en que la Constitución es dictada. Con ello, cuestionó la plausibilidad de las teorías que utilizan al pueblo como factor de legitimidad de los cambios constitucionales, pese a que ella no vinculó su argumento con la teoría del poder constituyente. Atendido el modo como la teoría del poder constituyente en su versión clásica utiliza la idea del pueblo, su crítica también es aplicable a dicha teoría. Como, en definitiva, dicha teoría enfatiza los procedimientos que permiten la expresión del pueblo (normalmente en órganos representativos como una asamblea constituyente), la misma puede producir resultados contrarios a las preferencias que se observan en la opinión pública. Ello puede hacer que la teoría del poder constituyente facilite o no impida la generación de Constituciones total o parcialmente impopulares.

El proceso constituyente que ha tenido lugar en Chile es un buen ejemplo del modo cómo la teoría del poder constituyente se puede volver impopular. Dicho proceso ha sido protagonizado por una convención constitucional electa que no es representativa de los equilibrios político-formales de la sociedad chilena, y ha dictado algunos contenidos que parecen contradecir las preferencias mayoritarias de dicha sociedad. Aunque todavía no es posi-

ble ofrecer una evaluación integral del trabajo de la Convención Constitucional, las normas aprobadas hasta ahora, los problemas de su composición y representación, y los estudios de opinión pública existentes, sugieren que el caso chileno bien podría terminar siendo un ejemplo en que las demandas constituyentes que impulsaron el proceso de cambio constitucional terminen frustradas por un contenido constitucional que prestaba más atención a las agendas particulares de los colectivos predominantes en la Convención que a las demandas sociales que justificaron iniciar un cambio constitucional en un primer momento. Lo anterior ilustra el modo como la teoría del poder constituyente puede fracasar en describir y justificar una Constitución, aunque no excluye la posibilidad de ofrecer teorías normativas alternativas que puedan ser aplicadas en este caso. Sin perjuicio de que la nueva Constitución pueda justificarse con otras teorías alternativas, este último punto también debe considerar que la teoría del poder constituyente aspira a operar de modo excluyente con otros factores de legitimación al enfatizar exclusivamente la idea de que el pueblo posee una voluntad, que la Convención debe tomar decisiones sin mayores límites, y que la Constitución debe ser el resultado de dichas decisiones. Por ello, la utilización de teorías normativas alternativas implica desconocer un elemento esencial de la teoría del poder constituyente. En cualquier caso, lo anterior sugiere que debemos preguntarnos seriamente acerca de la conveniencia de abandonar dicha teoría.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHEN, Christopher. and Larry BARTELS (2017): *Democracy for Realists: Why Elections do not Produce Responsive Government* (Princeton, New Jersey, Princeton University Press).
- ACKERMAN, Bruce (1991): *We the People. Foundations* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- ACKERMAN, Bruce (2000): *We the People: Transformations*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- ACKERMAN, Bruce (2014) *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3 (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- ACKERMAN, Bruce (2019): *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- ALBERT, Richard (2019): *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (New York, Oxford University Press).
- ALEMPARTE, Benjamín and Joshua BRAVER (2021): "Constitutional Boot-strapping in Chile?". *Int'l J. Const. L. Blog*.

- ALEXANDER, Larry and Lawrence SOLUM (2005): 'Popular? Constitutionalism?'. *Harvard Law Review*, vol. 118, pp. 1594-1641.
- ARATO, Andrew (2009): "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making". *International Journal of Politics, Culture, and Society*, vol. 22, pp. 427-443.
- ARATO, Andrew (2015): "Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America". *Wake Forest Law Review*, vol. 50, pp. 891-920.
- ARATO, Andrew (2016): *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (New York, Oxford University Press).
- ARATO, Andrew (2017a): "Democratic Legitimacy and Forms of Constitutional Change". *Constellations*, vol. 24, pp. 447-455.
- ARATO, Andrew (2017b): *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (New York, Cambridge University Press).
- ATRIA, Fernando (2006): "Sobre la soberanía y lo político". *Derecho y Humanidades*, n.º 12, pp. 47-93.
- ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones), 164 pp.
- ATRIA, Fernando (2020): "Constituent Moment, Constituted Powers in Chile", *Law and Critique*, vol. 31, pp. 51-58.
- ATRIA, Fernando, Constanza SALGADO y Javier WILENMANN (2017): *Constitución y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Santiago, LOM Ediciones).
- BARNETT, Randy E. (2014): 'We the People: Each and Every One'. *The Yale Law Journal*, vol. 123, pp. 2576-2614.
- BASSA, Jaime, Pablo CONTRERAS, Domingo LOVERA y Fernando MUÑOZ (2020): "Definiendo las reglas de lo constituyente", en Jaime BASSA. *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 263-266.
- BASSA MERCADO, Jaime (2008): "Notas para una teoría democrática del poder constituyente". *Nomos - Universidad de Viña del Mar*, n.º 1, pp. 41-70.
- BASSA MERCADO, Jaime (2019): "Cómo constituir asamblea constituyente y nueva Constitución", en *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento constituyente* (Santiago, LOM Ediciones), pp. 13-42.
- BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, pp. 339-357.
- BERNAL, Carlos (2019): "Constitution-Making (without Constituent) Power. On the conceptual boundaries of the power to replace or amend the Constitution", in Richard ALBERT, Carlos BERNAL and Juliano Zaiden BENVINDO (eds.). *Constitu-*

- tional change and transformation in Latin America* (New York, Hart Publishing), pp. 21-49.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1997): "The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 10, pp. 5-20.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2017): 'The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law', in Mirjam KÜNKLER and Tine STEIN (eds.). *Constitutional and Political Theory* (trad. Thomas Dunlap, Oxford, Oxford University Press), pp. 169-185.
- BOSSERT, Thomas J. and Pablo VILLALOBOS DINTRANS (2020): "Health Reform in the Midst of a Social and Political Crisis in Chile, 2019-2020". *Health Systems & Reform*, vol. 6/1, 24.07.2020.
- BRÄNNSTRÖM, Leila (2020): "The People: Ethnoracial Configurations, Old and New", in Matilda ARVIDSSON, Leila BRÄNNSTRÖM and Panu MINKKINEN (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 79-96.
- BUNKER, Kenneth (2018): "La elección de 2017 y el fraccionamiento del sistema de partidos en Chile". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 9, n.º 2, pp. 202-225.
- CAJAS-SARRIA, Mario Alberto (2017): "Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955-2016". *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, No. 3, pp. 245-275.
- CARDOSO, Joao Vítor (2020): "Cambios socio-económicos y legitimación constitucional: camino hacia una nueva constitución en Chile". *Derecho y Crítica Social*, vol. 6, n.º 1, pp. 68-95.
- CAZOR ALISTE, Kamel y Manuel NÚÑEZ POBLETE (2021): "Principio democrático y nueva Constitución: Diagnóstico y propuestas para el proceso constituyente", en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Tránsito Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- CHEMERINSKY, Erwin (2004): 'In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism'. *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, No. 3, pp. 673-690.
- CHIA, Eduardo (2014, 14 de abril): "La presidenta del Tribunal Constitucional y su oposición a una nueva Constitución". *Red Seca*.
- CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (2016, 25 de julio): "El Tribunal Constitucional y las reformas estructurales". *Red Seca*.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2011a): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia". *Constellations*, vol. 18/3, pp. 365-388.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2011b): "Notes on Democracy and Constitution-Making". *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 9/1, pp. 17-42.

- COLÓN-RÍOS, Joel (2014): "Five Conceptions of Constituent Power". *Law Quarterly Review*, vol. 130, pp. 306-336.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2016a): "Rousseau, Theorist of Constituent Power". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36/4, pp. 885-908.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2016b): "Ecuador Under Correa". *Journal of Democracy*, vol. 27/3, pp. 109-118.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2020): *Constituent power and the law* (New York, Oxford University Press).
- CONAGHAN, Catherine (2011): "Ecuador. Rafael Correa and the Citizens Revolution", in Steven LEVITSKY and Kenneth ROBERTS (eds.). *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore, The John Hopkins University Press), pp. 260-282.
- CONAGHAN, Catherine (2014): "Constituent Power, the Rights of Nature, and Universal Jurisdiction". *McGill Law Journal*, vol. 60, No. 1, pp. 127-172.
- CONAGHAN, Catherine (2016): "Ecuador under Correa". *Journal of Democracy*, vol. 27, No. 3, pp. 109-188.
- CONTRERAS, Pablo y Domingo LOVERA (2015): "Proceso constituyente en Chile: El plebiscito como transición institucional". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 16, n.º 2.
- CONTRERAS, Pablo, Domingo LOVERA y Ernesto RIFFO (2015): "Proceso (¿)Constituyente(?)". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 23, pp. 69-91.
- CORRIAS, Luigi (2016): "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity". *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n.º 1, pp. 6-26.
- CRISTI, Renato (1997): 'Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power'. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n.º 1, pp. 189-202.
- CRISTI, Renato (2000): "The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution". *Cardozo Law Review*, vol. 21, pp. 1749-1775.
- CRISTI, Renato (2011): *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual* (Santiago, LOM Ediciones, segunda edición), 300 pp.
- CRISTI, Renato (2014): "Precisiones en Torno a la noción de poder constituyente", en *El constitucionalismo del miedo* (Santiago, LOM Ediciones), pp. 163-175.
- CRUZ, Facundo y Carlos VARETTO (2019): "Crónica de un cambio anunciado. Las elecciones de 2017 en Chile frente al cambio de sistema electoral". *Estudios Políticos (Medellín)*, n.º 54, pp. 233-258.
- DIXON, Rosalind (2018): "Constitutional Rights as Bribes". *Connecticut Law Review*, vol. 50, No. 3, pp. 16-60.
- DIXON, Rosalind and David LANDAU (2015): "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13/3, pp. 606-638.

- DIXON, Rosalind and David LANDAU (2021): *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy* (New York, Oxford University Press).
- DIXON, Rosalind y Sergio VERDUGO (2021): "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial". *Estudios Públicos*, vol. 162, pp. 31-73.
- DONOSO, Sofia (2016): "Democratizing Force: The Political Impact of the Student Movement in Chile". *New Perspectives*, vol. 39, pp. 167-196.
- DOYLE, Oran (2019): "Populist constitutionalism and constituent power". *German Law Journal*, vol. 20, No. 2, pp. 161-180.
- DUKE, George (2020): "Inherent Constraints on Constituent Power". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 40, No. 4, pp. 795-818.
- DUKE, George and Elisa ARCIONI (2021): "Between Constituent Power and Constituent Authority". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 42, No. 1, pp. 345-365.
- DYZENHAUS, David (2007): "The Politics of the Question of Constituent Power", in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (eds.). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press), pp. 129-145.
- DYZENHAUS, David (2012): "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power". *Global Constitutionalism*, vol. 1, No. 2, pp. 229-260.
- ELKINS, Zachary, Tom GINSBURG and James MELTON. (2014): 'The Content of Authoritarian Constitutions', in Tom GINSBURG and Alberto SIMPSON (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 141-164.
- ELSTER, Jon (1995): "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Journal*, vol. 45, pp. 364-396.
- ESCUADERO, María Cristina (2021): "Making a Constituent Assembly in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change". *Bulletin of Latin American Research*, vol. 45, No. 2, pp. 364-396.
- FÁBREGA, Jorge (2022): "Ordenamiento ideológico en la Convención Constitucional chilena". *Revista de Ciencia Política*, 2021, pp. 127-151.
- FÁBREGA, Jorge, Jorge GONZÁLEZ and Jaime LINDH (2018): "Polarization and Electoral Incentives: The End of the Chilean Consensus Democracy, 1990-2014". *Latin American Politics and Society*, vol. 60/4, pp. 49-68.
- FASEL, R. (en prensa): "Constraining Constituent Conventions: Emmanuel-Joseph Sieyès and the Limits of Pouvoir Constituant". *International Journal of Constitutional Law*.
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2021): "Un proceso constituyente civilizado: las limitaciones del artículo 135 inciso final de la Constitución a la Convención Constitucional", en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Tránsito*



- Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 709-734.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR (en prensa): 'The Death of the Constituent Power'.
- GARCÍA-JARAMILLO, Santiago y Francisco GNECCO-ESTRADA (2016): "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo". *Vniversitas*, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104.
- GEDDES, Barbara (1996): "Initiation of New Democratic Institutions in Eastern Europe and Latin America", in Arend. LIJPHART and Carlos H. WAISMAN (eds.). *Institutional Design in New Democracies. Eastern Europe and Latin America* (Boulder, Colorado, Westview Press), pp. 15-41.
- GILL-PEDRO, Eduardo (2020): "Claimins Human Rights: The Reflective Identity of the People", in Matilda ARVIDSSON, Leila BRANNSTROM and Panu MINKKINEN (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 132-147.
- GOLDONI, Marco (2012): 'At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power'. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32/2, pp. 211-234.
- GRIMM, Dieter (2009): *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept* (New York, Columbia University Press).
- GRIMM, Dieter (2010): "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World", in Petra DOBNER and Martin LOUGHLIN (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* (New York, Oxford University Press).
- GRUGEL, Jean and Jewellord NEM SINGH (2015): "Protest, citizenship and democratic renewal: the student movement in Chile". *Citizenship Studies*, vol. 19/3-4, pp. 353-366.
- GUTIERREZ CABAS, Willy (2017): "El poder constituyente frente al poder constituido en la reforma y la interpretación constitucional boliviana". *Revista Jurídica Derecho*, vol. 6, n.º 7.
- JACOBSON, Gary Jeffrey (2006): "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, No. 3, pp. 460-487.
- KALYVAS, Andreas (2005): "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power". *Constellations*, vol. 12, No. 2, pp. 223-244.
- KAY, Richard (2011): "Constituent Authority". *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, No. 3, pp. 715-761.
- KELSEN, Hans (2000): "On the Essence and Value of Democracy [1927]", in Arthur JACOBSON and Bernhard SCHLINK (eds.). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Los Angeles, University of California Press).
- KHAITAN, Tarunabh (2020): "Political Parties in Constitutional Theory". *Current Legal Problems*, vol. 73, No. 1?, pp. 1-37.

- KHAITAN, Tarunabh (2021): "Balancing Accountability and Effectiveness: A Case for Moderated Parliamentarism". *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 7, pp. 81-153.
- KLARMAN, Michael (1992): 'Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments'. *Stanford Law Review*, vol. 44, No. 3, pp. 759-797.
- KRAMER, Larry (2004): *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).
- KRONMAN, Anthony (1990): "Precedent and Tradition". *Yale Law Journal*, vol. 99, No. 5, pp. 1029-1068.
- KUO, Ming-Sung (2019): "Between Fact and Norm. Narrative and Constitution-alisation of Founding Moments", in Richard ALBERT, Menaka GURUSWAMY and Nishchal BASNYAT (eds.). *Founding Moments in Constitutionalism* (New York, Hart Publishing), pp. 11-31.
- LANDAU, David (2019): "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", in Hanna LERNER and David LANDAU (eds.). *Comparative Constitution-Making* (Cheltenham, Edward Elgar Press).
- LAW, David (2016): 'Constitutional Archetypes'. *Texas Law Review*, vol. 95.
- LAW, David and Mila VERSTEEG (2011): 'The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism'. *California Law Review*, vol. 99, No. 5, pp. 1163-1257.
- LE FOULON, Carmen y Valeria PALANZA (2021): "Elecciones a la Convención Constituyente: innovación y renovación". *Puntos de Referencia - Centro de Estudios Públicos*, vol. 580.
- LINDAHL, Hans (2007a): "Constituent Power and Reflective Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood", in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (eds.). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press), pp. 9-24.
- LINDAHL, Hans (2007b): "The Paradox of Constituent Power. The Ambiguous Self-Constitution of the European Union". *Ratio Juris*, vol. 20, No. 4, pp. 485-505.
- LINDAHL, Hans (2016): "Constituent Power and the Constitution", in David DYZENHAUS and Malcolm THORBURN (eds.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 141-159.
- LOUGHLIN, Martin (2014): "The concept of constituent power". *European Journal of Political Theory*, vol. 13, No. 2, pp. 218-237.
- LOUGHLIN, Martin and Neil WALKER (eds.) (2007): *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press).
- LUCCHESI, Filippo (2017): "Machiavelli and constituent power: The revolutionary foundation of modern political thought". *European Journal of Political Theory*, vol. 16, No. 1, pp. 3-23.

- LUNA, Juan Pablo (2016): "Chile's Crisis of Representation". *Journal of Democracy*, vol. 27, No. 3, pp. 129-138.
- LUNA, Juan Pablo and David ALTMAN (2011): "Uprooted but Stable: Chilean Parties and the Concept of Party System Institutionalization". *Latin American Politics and Society*, vol. 53, No. 2, pp. 1-28.
- MADARIAGA, Aldo (2020): *Neoliberal Resilience: Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe* (Princeton, Princeton University Press).
- MADARIAGA, Aldo and Cristóbal ROVIRA KALTWASSER, C. (2019): "Right-Wing Moderation, Left-Wing Inertia and Political Cartelisation in Post-Transition Chile". *Journal of Latin American Studies*, vol. 52, No. 2, pp. 343-341.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2010): "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional". *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 35, pp. 245-286.
- MAZO, Eugene (2019): "Path-Dependency in Soviet and Russian Constitution-Making", in Richard ALBERT, Menaka GURUSWAMY and Nishchal BASNYAT (eds.), *Founding Moments in Constitutionalism* (New York, Hart Publishing), pp. 133-158.
- MELÉNDEZ, Carlos, Cristóbal ROVIRA KALTWASSER y Javier SAJURIA (2021): "Chile 2020: pandemia y plebiscito constitucional". *Revista de Ciencia Política*, vol. 41, n.º 2, pp. 263-290.
- MUDE, Cas (2013): "Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism?". *Policy Brief | The Foundation for Law, Justice and Society*. Disponible en [www.fljs.org/are-populists-friends-or-foes-constitutionalism](http://www.fljs.org/are-populists-friends-or-foes-constitutionalism)
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2013): "Chile es una república democrática: la asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional". *Anuario de Derecho Público*, n.º 1, pp. 60-94.
- NAVIA, Patricio and Sergio VERDUGO (On file with author). "From Institutional Design to Expanding Rights: The Growing Support for a New Constitution in Chile, 1990-2018".
- NEGRI, Antonio (1999). *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State* (Minneapolis, University of Minnesota Press).
- NEGRI, Antonio (2015): *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (trad. Simona Frabotta & Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Traficantes de Sueños).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius Et Praxis*, vol. 15, n.º 1, pp. 229-262.
- NÚÑEZ, Manuel (2021): "El proceso constituyente: Identidad constitucional y derecho internacional", en Sebastián LÓPEZ ESCARCENA (ed.). *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno* (Santiago, Ediciones UC), pp. 15-37.

- OKLOPCIC, Zoran (2014): "Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'". *Global Constitutionalism*, vol. 3, No. 2, pp. 200-235.
- OKLOPCIC, Zoran (2018): *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination* (Oxford, Oxford University Press).
- PALMA, Eric y María Francisca ELGUETA (2020): *¿Quiere usted una Nueva Constitución?* (Santiago, RIL Editores).
- PARAU, Cristina E. (2013): 'The Dormancy of Parliaments: The Invisible Cause of Judiciary Empowerment in Central and Eastern Europe'. *Representation*, vol. 49, pp. 267-280.
- PARKER, Richard (1993): "Here, the People Rule": A Constitutional Populist Manifesto'. *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, No. 3, pp. 531-584.
- PASQUINO, Pasquale (2013): "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis". *Cardozo Law Review*, vol. 34, pp. 999-1019.
- PEÑA, Carlos (2020): *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. (Santiago, Taurus).
- POEHLS, Marianne y Sergio VERDUGO (2022): "Auge y Caída de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales en Chile. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021". *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 263-288.
- POST, Robert and Reva SIEGEL (2004): 'Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy'. *California Law Review*, vol. 92, No. 4, pp. 1027-1044.
- PRIETO, Marcela and Sergio VERDUGO (2021): "How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions". *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, pp. 265-293.
- RAGONE, Sabrina y José Ignacio NÚÑEZ LEIVA (2021): "Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional". *DCPE online*, vol. 1.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2003): *Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- ROZNAI, Yaniv (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, pp. 657-720.
- ROZNAI, Yaniv (2017): *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (New York, Oxford University Press).
- RUBINELLI, Lucía (2019): 'How to think beyond sovereignty: On Sieyes and constituent power'. *European Journal of Political Theory*, vol. 18, No. 1, pp. 47-67.
- RUBINELLI, Lucía (2020): *Constituent Power: A History* (Cambridge, Cambridge University Press).

- SALGADO, Constanza, Domingo LOVERA y Pablo CONTRERAS (2021): “¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n.º 4, pp. 1351-1384.
- SALGADO MUÑOZ, Constanza (2020): “El estallido social y el poder constituyente del pueblo de Chile”, en Jaime BASSA MERCADO (ed.). *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 53-74.
- SCHMITT, Carl (2008): *Constitutional Theory* (trad. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press), 468 pp.
- SEREY TORRES, Gonzalo (2021): “¿Qué tipo de poder constituyente redactará la Constitución chilena? Hacia un concepto de poder constituyente en un proceso democrático”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (cord.). *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 693-708.
- SIAVELIS, Peter M. (2016): “Crisis of Representation in Chile? The Institutional Connection”. *Journal of Politics in Latin America*, vol. 8, No. 3, pp. 61-93.
- SIÉYES, Emmanuel-Joseph (2014): ‘What is the Third State’, in Oliver W. LEMBCKE and Florian WEBER (eds.). *The Essential Political Writings* (trad. Michael Sonenscher, Leiden, Editorial Brill), pp. 43-117.
- STACEY, Richard (2011): “Constituent power and Carl Schmitt’s theory of constitution in Kenya’s constitution-making process”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, No. 3-4, pp. 587-614.
- SULTANY, Nimer (2017): *Law and Revolution. Legitimacy and Constitutionalism After the Arab Spring* (Oxford, Oxford University Press).
- SUNSTEIN, Cass. (2006): “Burkean Minimalism”. *Michigan Law Review*, vol. 105, No. 2, pp. 353-408.
- TSCHORNE, Samuel (2020): “Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional”. *Estudios Públicos*, vol. 160, pp. 81-117.
- TUSHNET, Mark (2006): ‘Popular Constitutionalism as Political Law’. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81/3, pp. 991-1006.
- TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law* (Princeton, Princeton University Press).
- TUSHNET, Mark (2020): *Taking Back the Constitution. Activist Judges and the Next Age of American Law* (New Haven, Yale University Press).
- VAROL, Ozan O. (2016): “Constitutional Stickiness”. *University of California, Davis Law Review*, vol. 49, pp. 899-961.
- VENEGAS MAINGÓN, Alejandro y Verónica HERNÁNDEZ MUÑOZ (2019): “Análisis de los límites del poder constituyente”. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 5, n.º 13, pp. 41-63.

- VERDUGO, Sergio (2017): "Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, No. 2, pp. 469-494.
- VERDUGO, Sergio (2019a): "On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify its Presidential System". *Int'l J. Const. L. Blog*.
- VERDUGO, Sergio (2019b): 'The Role of the Chilean Constitutional Court in times of Change', in Richard ALBERT, Carlos BERNAL and Juliano Zaiden BENVINDO (eds.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (London, Hart Publishing).
- VERDUGO, Sergio (2020): "Chile's New Constitutional Experiment". *Quaderni Costituzionali*, vol. 4, pp. 842-845.
- VERDUGO, Sergio (2022): "Is it time to abandon the theory of constituent power?". *International Journal of Constitutional Law*, pp. 63.
- VERDUGO, SERGIO y Marcela PRIETO (2021): "The dual aversion of Chile's constitution-making process". *International Journal of Constitutional Law*. vol. 19, No. 1.
- VERSTEEG, Mila (2014): 'Unpopular Constitutionalism'. *Indiana Law Journal*, vol. 89, pp. 1133-1190.
- VERSTEEG, Mila and David LAW, D.S. (2014): 'Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism', in Tom GINSBURG and Alberto SIMPSON (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 165-195.
- VILLALOBOS DINTRANS, Pablo (2019): "Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform". *Health Systems & Reform*, vol. 5, No. 2, pp. 134-144.
- VINX, Lars (2013): "The incoherence of strong popular sovereignty". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, No. 1, pp. 101-124.
- VINX, Lars (2018): "Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power". *Jurisprudence*, vol. 10, No. 1, pp. 15-38.
- VINX, Lars (2020): "Are there inherent limits to constitutional amendment? An analysis of Carl Schmitt's argument", in Matilda ARVIDSSON, Leila BRANNSTROM and Panu MINKKINEN (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 61-76.
- WITTRICK, Jon (2020): "Constituent Power and Constitutive Exceptions: Carl Schmitt, Populism and the Consummation of Secularisation", in Matilda ARVIDSSON, Leila BRANNSTROM and Panu MINKKINEN (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 199-214.

### *Sentencias judiciales citadas*

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2003): C-551-03, 9 de julio de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2010): C-141-10, 26 de febrero de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2021): 5-20-RC, 23 de junio de 2021.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA (1999): 17-1999, 19 de enero de 1999.
- SUPREMA CORTE DE EL SALVADOR (2021): 1-2021, 3 de septiembre de 2021.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1973): Rol 15-1973, 30 de mayo de 1973.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987): Rol 46-1987, 27 de marzo de 1987.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2020): Rol 9797-2020, 30 de diciembre de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2007): 008-07, 24 de julio de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2017): 0043-17-TC, 3 de marzo de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (2008): 43-07-TC, 3 de marzo de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (2021): 890-2021, 6 de abril de 2021.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017): 0084/2017, 28 de noviembre de 2017.

### *Otras fuentes*

- CADEM (2020): Estudio monitoreo posplebiscito 2020. Disponible en [www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf](http://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf) [fecha de consulta: 25 de octubre 2020].
- CADEM (2022a): Encuesta Plaza Pública. Primera semana de mayo. Disponible en <https://cadem.cl/estudios/plaza-publica-434-13-puntos-separan-esta-semana-al-rechazo-48-del-apruebo-35-en-el-plebiscito-de-salida/> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].
- CADEM (2022b): La opinión pública frente a las propuestas constitucionales. Disponible en <https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/03/Especial.-Contenidos-Constitucionales-VF.pdf> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].
- CHILE CONVENCION (2022): Iniciativa popular de norma. Disponible en [https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa\\_popular/](https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa_popular/) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].
- CONVENCION CONSTITUCIONAL (2022): Comunicado sobre iniciativas populares de norma: el 91,5 % de las propuestas llegó al borrador de la Nueva Constitución. 5 de mayo de 2022.
- INSULZA, José, Cristián WARKEN *et al.* (2021): “Apoyo y resguardo de la Convención Constitucional”. 10 de junio de 2021. Disponible en <https://static.emol.cl/emol50/documentos/archivos/2021/06/11/2021061112336.pdf> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].
- OGALDE, Juan (2022): Informe Final Participación y Consulta Indígena. Convención Constitucional. Disponible en [www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2636&prmTipo=DOCUMENTO\\_COMISION](http://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2636&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

PALMA GONZÁLEZ, Eric (2021): “Fuera los <sup>2</sup>/<sub>3</sub> de la Convención y de la nueva Constitución. 3 de junio de 2021. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2021/06/03/fuera-los-2-3-de-la-convencion-y-de-la-nueva-constitucion/> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

RED DIGITAL (2021): “Vocería de los pueblos: 34 Constituyentes reafirman soberanía de la Convención Constitucional”, 6 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://reddigital.cl/2021/06/09/voceria-los-pueblos-34-constituyentes-reafirman-soberania-la-convencion-constitucional/> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

SERVICIO ELECTORAL (2021): Último boletín público y solemne de resultados preliminares de las elecciones 2021 para constituyentes generales de Pueblos Indígenas, 16 de mayo de 2021. Disponible en: [https://www.servelec.cl/wp-content/uploads/2021/05/4\\_Boletin\\_Detalle\\_Eleccion\\_otros\\_Pueblos.pdf](https://www.servelec.cl/wp-content/uploads/2021/05/4_Boletin_Detalle_Eleccion_otros_Pueblos.pdf) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].