



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

El lugar del pueblo en la discusión constitucional. Tres aproximaciones, miradas desde América Latina

Roberto Gargarella*

Introducción. La “conversación entre iguales” como perspectiva de análisis

En este trabajo, me interesará discutir sobre el papel que el derecho viene reservándole a la democracia -al poder democrático de la ciudadanía- en los procesos de creación constitucional. El supuesto del que parto es que, desde hace más de dos siglos, los ideales del constitucionalismo y la democracia se encuentra en tensión, proponiendo respuestas distintas, o aún contradictorias, frente a los mismos problemas. A resultas de ello, y frente a muchos de los problemas y decisiones públicas más importantes que enfrentamos, suelen aparecerse frente a nosotros dos modos más bien opuestos relacionados con cómo resolver tales cuestiones: uno de esos modos sugiere apelar a modos de decisión democráticos (i.e., a través de asambleas o consultas directas a la ciudadanía); mientras que otra forma alternativa de hacerlo nos propone un camino en donde la intervención ciudadana se ve estrechamente limitada, y la decisión queda en manos de órganos o instituciones no-mayoritarias o contra-mayoritarias (i.e., una Corte Suprema o Corte Constitucional). Según entiendo, desde hace décadas, la disputa sobre esos modos de decisión más bien opuestos se ha ido saldando a favor del polo “constitucional” del dilema, antes que a favor del polo “democrático”. Por lo cual, en contextos como los latinoamericanos, caracterizados -según asumiré- por la presencia de ciudadanía “empoderadas,” la tensión entre ambas opciones ha ido creciendo, tanto como la intensidad de esas fricciones entre las exigencias democráticas y las limitaciones constitucionales. A la luz de esas dificultades, en los últimos años han ido apareciendo modos renovados de pensar y resolver tales tensiones, que implican, finalmente, modos distintos de pensar y resolver la tensión constitucionalismo-democracia. En lo que sigue, procuraré discutir algunas de esas renovadas propuestas.

Para llevar adelante esta discusión, presentaré y evaluaré críticamente tres enfoques particulares sobre el tema, que nos refieren entonces a tres posiciones diversas sobre la relación democracia-constitucionalismo o -más específicamente- sobre cuál es “el lugar que le corresponde al pueblo en la elaboración constitucional”. I) En primer lugar, discutiré una postura de “perfil democrático” más acentuado, que -como tal, y contra el estado de situación prevaleciente- apuesta fuertemente por el fortalecimiento del “poder popular,” expresado como “poder constituyente.” Llamaré a esta posición la del “*poder constituyente soberano*”, y la vincularé, principalmente, con el trabajo de Joel Colón-Ríos. II) Inmediatamente luego, examinaré un segundo enfoque, crítico del anterior que, temiendo justamente los “desbordes mayoritarios” o “excesos populistas” que atribuye a posturas como la citada, buscan “difuminar” el poder constituyente en una multitud de instancias diversas, capaces a la vez de “captar” las distintas demandas sociales existentes, sin poner en riesgo el andamiaje constitucional en vigor. Llamaré a esta postura la del “*constitucionalismo post-soberano*,” y la vincularé, principalmente, con el



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

trabajo de Andrew Arato. III) Finalmente, estudiaré una tercera aproximación, que procurará incorporar, “alternadamente”, instancias de participación popular (i.e., a través de plebiscitos de “entrada” y “salida”) e instancias más restringidas, reservadas a la reflexión y discusión entre delegados y expertos. Llamaré a esta visión la del “*reloj de arena*”, y la vincularé, principalmente, con el trabajo de Jon Elster.

Examinaré y evaluaré cada una de tales posiciones, desde un enfoque teórico y una perspectiva de la práctica particulares. Mi enfoque teórico estará informado por el ideal de la “conversación entre iguales,” al que me he referido en trabajos anteriores (en particular, Gargarella 2022), e ilustraré al mismo con ejemplos que tomaré de la práctica jurídica latinoamericana.

Sobre la aproximación teórica que adoptaré, diré por ahora, simple y sintéticamente, que la “conversación entre iguales” refiere a una concepción de la democracia que se encuentra claramente inscrita dentro de la bien conocida familia de la democracia deliberativa (Habermas 1996, Nino 1997). Allí ubicada, ella se destaca, ante todo, por el acento que coloca en ciertos pilares de la decisión democrática, a los que considera fuente de la justificación de sus resultados. Básicamente, desde esta perspectiva se requiere que tales decisiones se tomen a través de un diálogo tan inclusivo como sea posible (un “debate entre todos los potencialmente afectados por la decisión), entre sujetos situados en una posición de igualdad (en donde cada persona cuenta como un igual, con independencia de sus rasgos biográficos o identitarios -género, clase, raza, educación, etc.). A diferencia de otros enfoques deliberativos, la “conversación entre iguales” i) resiste la identificación entre “representantes políticos” y “ciudadanía” (i.e., entre “Congreso” y “voluntad ciudadana”; o entre “líder político” y “pueblo”), dado lo cual su requerimiento de “inclusividad” de las decisiones democráticas es particularmente fuerte; ii) parte de una noción de “debate” o “deliberación pública” muy abierta que puede incluir, eventualmente (no sólo “palabras” o “argumentos”, sino también) emociones, actos de protesta, movilizaciones (silenciosas o ruidosas), etc.; y iii) valora el debate entre “todos los potencialmente afectados,” por razones epistémicas, es decir, por la certeza de que -dado el “hecho del desacuerdo” (Waldron 1999) y dado también el supuesto de que cada persona es “el mejor juez de sus propios intereses” (Mill 1859)- resulta necesario tomar en cuenta los puntos de vista de todos los participantes, como forma de favorecer/maximizar la adopción de decisiones colectivas “imparciales” (lo más respetuosas posibles de la diversidad de pretensiones encontradas).

El modelo del poder constituyente soberano

Según el enfoque democrático particular propuesto por Joel Colón-Ríos, una comunidad democrática no debería privilegiar “la supremacía de [los principios abstractos correctos] a través de una constitución que sea difícil o imposible de cuestionar”, ni simplemente defender “la supremacía de la legislatura al permitirle modificar la constitución por mayoría simple”. Para este punto de vista, la democracia se expresa principalmente a través de “episodios constituyentes en los que se producen constituciones nuevas o radicalmente transformadas a través de los mecanismos más participativos posibles” (Colón-Ríos 2012, 11). Este punto de vista, que Colón-Ríos identifica con (lo que



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

denomina) el constitucionalismo débil, “no insiste en la preservación de formas constitucionales particulares, sino que busca crear las condiciones de posibilidad para su transformación democrática ocasional” (ibid.). Este enfoque renovado del constitucionalismo “nos permitiría pensar en... ciertos episodios de mayor apoyo popular al cambio constitucional que justifican y requieren el uso de procedimientos extraordinarios y participativos [porque] hay momentos en la vida de un régimen constitucional en los que la democracia debería prevalecer sobre ellos”. constitucionalismo” (ibid., 168).

Tiendo a estar de acuerdo con esta visión y, en términos más generales, con el enfoque de Joel Colón-Ríos sobre el constitucionalismo, en muchos aspectos. Estoy de acuerdo con el lugar que su teoría reserva para la democracia; con la importancia que asigna a la participación y movilización popular; con la idea de que “la legitimidad democrática requiere... mecanismos que faciliten el ejercicio del poder constituyente del pueblo cuando se necesitan cambios constitucionales fundamentales” (ibid., 182); con la idea de que los referendos, plebiscitos y similares no satisfacen adecuadamente las demandas de la democracia participativa, particularmente porque no facilitan que el pueblo “proponga, delibere y decida” sobre cuestiones constitucionales (ibid., 91).

A pesar de estos acuerdos, tengo algunas diferencias relevantes con la visión democrática de Colón-Ríos. En primer lugar, y en contra de lo que sostiene Colón-Ríos (que la democracia se expresa principalmente a través de “episodios constituyentes en los que se producen constituciones nuevas o radicalmente transformadas a través de los mecanismos más participativos posibles”), mi impresión es que el principal trabajo para la democracia radica “en el nivel de la gobernanza diaria”, a través de actos inclusivos de participación colectiva, discusión pública y decisión política. Y sugiero que esto debería ser así, particularmente a la luz de experiencias recientes de “elaboración constitucional desde abajo” (como las que Colón-Ríos toma como principales ilustraciones de su punto de vista). Una y otra vez, esas experiencias han demostrado que los grandes principios y reglas que fueron acordados “al nivel de la ley fundamental” -como el principio aborígen y antimerca del *sumak kawsay*- fueron luego violados en la práctica misma, “al nivel de la ley fundamental” - el nivel de gobernanza diaria” (volveré a este ejemplo más adelante). Los sorprendentes y desafiantes principios antimerca que fueron incorporados en algunas Constituciones latinoamericanas en los últimos años fueron luego totalmente subvertidos por las estructuras institucionales tradicionales, encargadas de interpretar y hacer cumplir dichos principios. En resumen, deberíamos pedir más oportunidades para la participación y el debate colectivos en la vida diaria de nuestras democracias: deberíamos mantener viva la conversación colectiva, diaria y continua sobre nuestros fundamentos constitucionales.

Una segunda línea de problemas que veo, en la posición democrático-participativa de Colón-Ríos, tiene que ver con el papel que él le asigna a las consultas populares en materia constitucional, más allá de las reservas que, según viéramos, reconoce (acertadamente) como propias de las consultas populares (en cuanto formas muy imperfectas de la participación popular). Para él, instancias de consulta popular luego de la redacción de constituciones, representan una oportunidad ineludible para insuflar democracia en tales



Funded by
the European Union



procesos constituyentes. Por ejemplo, en un breve debate que mantuviéramos en torno a la reciente discusión constitucional en Chile, y frente a mis críticas sobre el “plebiscito de salida” allí implementado (ver más adelante), Colón-Ríos sostuvo lo siguiente: “No creo, sin embargo, que los problemas asociados a los plebiscitos ni la posibilidad de mecanismos más deliberativos como las asambleas ciudadanas, sean suficientes para justificar procesos en donde el texto constitucional no es sujeto a la ratificación popular” (Colón-Ríos 2022, Gargarella 2022). Para él, el tipo de “extorsiones” que yo denuncié en estos procesos de consulta (i.e., vernos forzados a votar por cláusulas que tal vez repudiamos -pongamos, la reelección electoral- para tornar posible la aprobación de cláusulas que apoyamos -pongamos, los derechos indígenas), no resultan particularmente serios, ni tampoco problemas exclusivos de estos plebiscitos. Según Colón-Ríos, se trata de disyuntivas que, finalmente, están presentes en cualquier instancia de votación y -agrega- quizás en “todas las decisiones importantes que tomamos en nuestras vidas” (Colón-Ríos 2022).¹

Según entiendo, los problemas propios de los plebiscitos constitucionales (problemas como el que denuncié) son graves, y -por supuesto- muy distintos del tipo de dificultades que solemos encontrar en otras ocasiones -mucho más en las vinculadas con nuestra vida cotidiana. De hecho, las diferencias entre tales dificultades y las que son propias de nuestras elecciones cotidianas, son mayúsculas y múltiples. Veamos algunas: i) en la política electoral, la opción dilemática la crea, enteramente, alguien ajeno a nosotros; ii) ese alguien busca, previsiblemente, beneficiarse personalmente a partir de la opción que nos ofrece, y iii) cuenta con excepcionales herramientas para impulsar el resultado que más le agrada; iv) mientras tanto, nosotros (los afectados) no podemos “matizar” o “acomodar un poco” las opciones en juego, como sí lo hacemos, habitualmente, frente a las opciones que se nos presentan en nuestra vida cotidiana (i.e., en el caso de no saber qué estudiar -si medicina o teatro- podemos empezar las dos actividades al mismo tiempo; o decidirnos a probar por un tiempo una de ellas; etc.); iv) a la vez que resulta muy difícil, para nosotros, procrastinar -diferir o dilatar un poco nuestra respuesta (lo pensaré mejor, y me decidiré el año próximo); etc., etc.

* Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

¹ Él agrega, entonces, que “la disyuntiva que enfrenta un ciudadano llamado a votar a favor o en contra de un texto constitucional también está presente, por ejemplo, en el voto por una candidata a la legislatura o por un partido político: los ciudadanos vienen llamados a votar a favor o en contra de individuos o partidos que presentan un programa con el que tienen algunas coincidencias y algunas objeciones. Es decir, votar es siempre sopesar razones, determinar si algo me importa demasiado como para soportar aquello que no me gusta (con la esperanza de que, en un contexto democrático, siempre habrá la posibilidad futura de promover la modificación de lo que objeto)” (ibid..).

This text is part of a project that has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon Europe research and innovation programme (grant agreement No 101096176 - ICDD). Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.



Funded by
the European Union



Las diferencias ya aparecen como mayúsculas cuando contextualizamos más nuestra respuesta, y examinamos la política real que nos rodea, con toda su crudeza. Así, en particular, cuando incorporamos la dimensión del *poder* y, sobre todo, la del poder que se ejerce en el marco de fuertes *desigualdades*, como las que priman en América Latina (desigualdades que son económicas y sociales, pero también políticas, constitucionales, etc.). En efecto, en la política real, el líder o el grupo afincado en el vértice del poder reconoce que esas situaciones de “paquete cerrado” frente a las que puede plantear opciones “binarias,” lo colocan frente a una oportunidad única: la posibilidad de forzar o motivar al electorado a hacer lo que el electorado (o parte importante del mismo) resiste (o parece resistir), a cambio de algún señuelo o promesa que ese mismo electorado desea (o parece desear). *Y todo ello, para peor, en nombre de la democracia, la soberanía del pueblo y la participación popular.* Tales plebiscitos le ofrecen al líder de turno (aunque no siempre lo cumplan) la chance de una victoria

legitimadora, en respaldo de proyectos por muchas otras razones objetables. No por nada los dictadores y líderes autoritarios de nuestro tiempo (desde Pinochet a Fujimori) se han visto seducidos por la estrategia plebiscitaria general: bajo ciertas condiciones (condiciones que los líderes políticos están en buena posición para establecer), los plebiscitos, en general, ofrecen una promesa muy atractiva de fortalecimiento o re-legitimación.

Conviene decir que la doctrina comparada parece bastante sólida y consistente, en este respecto. En ella se reconoce claramente la presencia de una correlación entre el uso de los mecanismos participativos, en América Latina, y las ventajas obtenidas a partir de dicho uso, por parte del Poder Ejecutivo.

Según Scott Mainwaring, por ejemplo, el carácter supuestamente democrático de los mecanismos participativos puede ayudar a los gobiernos a “eludir las presiones internacionales en favor de la democracia” (Mainwaring 2012, 963-4).² En un sentido similar, y como conclusión de su estudio sobre los mecanismos de participación ciudadana en materia constitucional, en toda América Latina, Carolina Ovares Sánchez muestra que en Bolivia Venezuela y Ecuador se establecieron procesos de enmienda “puramente de arriba hacia abajo o plebiscitarios, lo cual ocurre cuando el poder ejecutivo puede convocar un referéndum a su discreción para votar sobre un cambio a la constitución” (Ovares Sánchez 2023). Para ella, tal diseño viene a servir y favorecer, explícitamente, al Poder Ejecutivo.³ De modo más general, y enfocado en instrumentos

² En sus términos, the supposedly democratic character of participatory mechanisms can help governments “skirt international pressures for democracy” (Mainwaring 2012, 963-4).

³ Ella destaca que 5 países de la región, estos son, Bolivia, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela, regulan iniciativas de consulta ciudadana para la reforma constitucional, y establecen referéndums obligatorios en la etapa de ratificación -es decir, aclara la autora, “que la decisión inicial y la decisión final” en materia constitucional “pueden ser tomadas por la ciudadanía” (Ovares Sánchez 2023, 69). Sin embargo, aclara



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

de participación ciudadana más allá del plebiscito constitucional, Claudio Balderacchi llega a conclusiones similares: resultó demasiado común que los mismos escondieran, bajo la retórica de apertura ciudadana, un modo de centralizar aún más las funciones del estado en manos del Ejecutivo. Para este investigador, resulta cierto que “los mecanismos participativos parecieron favorecer la concentración del poder en el ejecutivo, contribuyendo al estrangulamiento de las instituciones representativas, la erosión de la separación de poderes y el desarrollo de grupos sociales dominados por el gobierno” (Balderacchi 2017, 131).⁴

En definitiva, no estamos hablando, en absoluto, de la natural complejidad de la vida, o de las dificultades propias de cualquier elección, sino de un problema político actual y muy grave: hablamos de encerronas políticas -situaciones de “extorsión electoral”- creadas habitualmente por líderes poderosos, con el objeto de maximizar sus capacidades, y que promueven a partir de la situación de privilegio en la que se encuentran situados. En este sentido, cabe agregar, las situaciones planteadas por la “extorsión electoral” tienen una naturaleza por completo distinta a los dilemas que se nos plantean, cotidianamente, en nuestras vidas “personales”. Dada su estructura formal (problemas complejos encerrados en “paquetes cerrados” que se responden de forma binaria), esos instrumentos plebiscitarios se convierten entonces en herramientas muy atractivas para el poder de turno, y pasan a representar, por tanto, una opción políticamente muy riesgosa. Se trata, por lo demás, de un tipo de riesgo hipotético que la historia latinoamericana nos permitió verificar, una vez y otra vez, y otra vez, y que desde hace años nos permite hablar de “constitucionalismo abusivo,” esto es -en términos de David Landau- el uso de los mecanismos de cambio constitucional, como las reformas constitucionales, para el socavamiento de la democracia (Landau 2013). Por lo mismo, frente a los imperfectos “plebiscitos de salida” no resulta apropiada una sugerencia del tipo “permitamos que ellos se lleven a cabo, porque en el peor caso no

enseguida, entre otras consideraciones, que en Bolivia Venezuela y Ecuador se establece que los procesos de enmienda fueron diseñados fundamentalmente como modo de favorecer al Ejecutivo.

⁴ En sus términos, “participatory mechanisms appeared to favor the concentration of power in the executive, contributing to the strangulation of representative institutions, the erosion of the separation of powers and the development of government-dominated social groups” (Balderacchi 2017, 131). For him, in Venezuela, “the analysis of mechanisms such as the Communal Councils and the Council of Citizen Participation and Social Control sheds light on the undemocratic potential of participatory mechanisms and on how they may contribute to the consolidation of hybrid regimes” (Balderacchi 2017, 133). Meanwhile, for Ecuador, he established that the Council of Citizen Participation and Social Control, which at the beginning appeared to be immune to the participation of disaffected citizens in its ‘participatory’ selection procedures thanks to an effective institution design, “has appeared (in the end) as an instrument to extend the power of the government over other functions of the state, and hence to erode the Ecuadorian system of checks and balances” (ibid., 144)

This text is part of a project that has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon Europe research and innovation programme (grant agreement No 101096176 - ICDD). Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.



Funded by
the European Union



perdemos nada con ellos”. La sugerencia no es apropiada porque el dilema que se nos presentará, previsiblemente, estará dirigido a beneficiar a alguien que no somos nosotros, y nos obligará a conceder algo (i.e., poderes arbitrarios) que (en un sentido relevante) no necesitamos conceder, para obtener democráticamente lo que deseamos (i.e., una reforma constitucional). En efecto, y según nos lo confirma la historia política de nuestros países, la herramienta plebiscitaria *suele* ser utilizada por políticos poderosos, en su propio beneficio, a nuestro pesar, y en nuestro nombre. Es decir, se trata de una herramienta que incentiva el abuso de poder.⁵

Una última diferencia que mencionaría, entre posiciones como la que sostiene Colón-Ríos, y mi análisis sobre la “comunidad de iguales”, tiene que ver con mi escepticismo, en relación con las posibilidades del “constitucionalismo desde abajo”. Estoy de acuerdo con ese objetivo (tener un proceso de elaboración de una constitución impulsado “desde abajo”), y personalmente apoyaría tales experiencias “desde abajo”, en el caso de que tuvieran lugar. Sin embargo, me inclino por desconfiar de las posibilidades de lograr “asambleas constituyentes desde abajo” exitosas, particularmente en el contexto de sociedades profundamente desiguales e injustas –como todavía lo son la mayoría de las sociedades latinoamericanas. Mi preocupación es la misma que manifiesta, por ejemplo, Andrew Arato, en este respecto. Para Arato, el “modelo democrático radical” de Colón-Ríos parece problemático, entre otras razones, porque “el poder popular constituyente está siempre listo para ingresar a la esfera política en formas procesalmente indeterminadas e ilimitadas” (Arato 2017, 411). Él ilustra esta crítica con algunas de las opiniones presentadas por Colón-Ríos respecto de las asambleas constituyentes latinoamericanas. Comparto la preocupación de Arato al respecto, aunque no creo que el problema que menciona sea inherente a la estructura del argumento de Colón-Ríos.

En todo caso, subrayaría que Joel Colón-Ríos no compartía nuestro escepticismo sobre la potencia y posibilidades de las asambleas constituyentes de base popular, al menos en el momento en que escribió su libro sobre el constitucionalismo débil. De hecho, en el apartado dedicado a las “asambleas constituyentes convocadas desde abajo”, y luego de

⁵ Nada de lo dicho en los párrafos anteriores niega que, en ciertos contextos (deliberativos) específicos (aunque inhabituales), los plebiscitos puedan resultar atractivos -un modo valioso de “adicionar participación popular” a un proceso de deliberación inclusiva ya completado (Cristina Lafont, por ejemplo, ha hecho un buen análisis acerca de las maneras en que los plebiscitos pueden terminar por reforzar procesos de deliberación asamblearia). Por citar un caso: tuvo sentido, para mí, que la discusión asamblearia -horizontal, inclusiva, genuinamente participativa y deliberativa- realizada en Irlanda, en torno al aborto (cito este caso, para tomar en cuenta un ejemplo importante), cerrara con una consulta popular. Ése es un buen ejemplo de cómo integrar la deliberación inclusiva con la participación masiva. Como entiendo que éste tipo de casos interesan muchísimo a Joel (quien parece compartir aquí, plenamente, una posición como la que yo mismo sostengo), puedo concluir este somero análisis sobre su texto diciendo que él y yo coincidimos casi por completo en nuestros enfoques sobre la materia. Nuestras diferencias, como vimos, aparecen relacionadas con ejemplos como el que tenemos aquí en el centro de nuestro análisis -un “plebiscito de salida”- que, en un contexto como el latinoamericano, y a la luz de nuestra particular historia, se nos presenta de un modo preocupante: no como un “complemento participativo” valioso y promisorio, sino como un medio que facilita una extorsión política inaceptable - que favorece la posibilidad de que el poder ya poderoso devenga en un poder todavía más poderoso. Ver Lafont 2020; Landemore 2022.



describir su modelo ideal de asambleas constituyentes, concluyó: “[e]sta es, en efecto, la forma en que las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia concibe este organismo extraordinario” (162). No veo motivos para el optimismo y –debo confesar– no encontré esos motivos hace una década, cuando escribía sobre esas experiencias (Gargarella 2013). En el contexto de sociedades injustas y desiguales, donde el poder político también está distribuido de manera desigual –sugeriría– no tenemos razones para esperar que las autoridades políticas promuevan cambios constitucionales radicales –particularmente cambios que reduzcan, en lugar de aumentar, sus propios poderes asignados. Nuevamente, esta conclusión escéptica aparece alineada con los hallazgos habituales de la doctrina comparada, que ha estudiado procesos constituyentes (habitualmente elogiados, por quienes defienden un “constitucionalismo participativo” y “transformador”) como los de Venezuela, Ecuador, y Bolivia.⁶

Este proceso de inmediata “apropiación” de la Asamblea Constituyente -en apariencia abierta, horizontal y popular- apenas comenzados los debates, resultó especialmente notable en Venezuela (García Soto et al 2021; Brewer Carías 2010).⁷ Sin embargo, los estudios comparados suelen poner en términos similares a lo ocurrido en Venezuela, y a los eventos constituyentes desarrollados en Ecuador y Bolivia, por ejemplo.⁸ Por ejemplo,

⁶ La experta Yanina Welp, por ejemplo, y luego de estudiar los recientes procesos de creación constitucional en Bolivia, Ecuador y Venezuela, concluye diciendo que: “una vez iniciados, los tres procesos constitucionales relegaron a los ciudadanos al papel de observadores, mientras que las decisiones se tomaban por la fuerza de los números (sin intentar buscar acuerdos), se modificaron las reglas que se habían acordado con el consentimiento público y los presidentes pasaron a ser los principales protagonistas” (Welp 2021, 12). In her terms, “once they had been initiated, the three constitution-making processes relegated citizens to the role of observers, while decisions were made by force of numbers (without attempting to seek agreement), the rules that had been agreed with public consent were modified and presidents became the main protagonists” (Welp 2021, 12).

⁷ En Venezuela, la Asamblea Constituyente quedó establecida el 3 de agosto de 1999, e inmediatamente después, ella declaró que “actuaría como representación del pueblo y como poder constituyente, y por tanto autorizada para reorganizar el Estado, crear un nuevo orden jurídico y incluso restringir o cesar las actividades de los poderes existentes” (García Soto et al 2021, 7). La Asamblea así se colocó por encima de la Constitución de 1961 y, el 12 de agosto de 1999, a través de un decreto, “ordenó la reorganización de los poderes y reafirmó la prerrogativa de la Asamblea de intervenir las autoridades constitucionales existentes” (ibíd., también Brewer Carías 2010).

⁸ Así, en el estudio que presentan al respecto Sánchez Sandoval y Welp (2013), se muestra, por un lado, que en los casos de Venezuela y Ecuador, la institución de la Asamblea Constituyente “no estaba regulada por las constituciones vigentes en ese momento (1961 y 1998)”. Por tanto, los entonces presidentes de Venezuela y Ecuador -Chávez y Correa, respectivamente- “se basaron en la ‘voluntad popular’ expresada en las urnas para llevar a cabo la reforma sobrepasando el marco legal existente”, pero “legitimados” por el respectivo Alto Representante. Tribunales. En el caso de Bolivia, en cambio, la institución de la Asamblea Constitucional se encontró reconocida por la Constitución, pero -agregan- “al igual que en los otros dos casos, el ejecutivo apeló a la voluntad de los ciudadanos de poner en marcha una asamblea constituyente con poderes ilimitados (Sánchez Sandoval & Welp 2013, 117). Según detallan en su estudio, en los casos de Venezuela y Ecuador, la institución de la Asamblea Constituyente “was not regulated by the constitutions in force at that time (1961 and 1998).” Por tanto, los entonces presidentes de Venezuela y Ecuador -Chávez y Correa, respectivamente- “relied on the ‘popular will’ expressed in the polls to carry out the reform by overstepping the existing legal framework,” but “legitimized” by the respective Upper



Sánchez Sandoval y Welp sostienen que en esos tres casos los ciudadanos “fueron llamados principalmente a dar su bendición a decisiones que se tomaban tanto por la fuerza de los números (sin intentar buscar consenso) y desafiando las reglas acordadas con el consentimiento público”. “Mientras tanto” -terminan- “eran los presidentes los que se habían convertido en los principales protagonistas”. (Sánchez Sandoval y Welp 2013, 118).⁹

A la luz de tales trabajos, mi pregunta a Joel Colón sería entonces: ¿podríamos haber esperado –digamos, para finales del siglo XX- obtener resultados igualitarios a partir de estructuras extremadamente no igualitarias? ¿Era entonces razonable imaginar una distribución más democrática del poder, a partir de asambleas que finalmente fueron controladas desde arriba?

El modelo del constitucionalismo post-soberano

Desde hace décadas, Andrew Arato escribe sobre la tensión constitucionalismo-democracia, con la mirada puesta en los procesos de transición producidos Europa del Este tras la caída del “imperium soviético”. Según sus escritos, él temía que “inspirado en una vieja noción del poder constituyente, un movimiento... pudiera conducir al rechazo y la supresión de toda legalidad constituida y así poner a la sociedad civil recientemente organizada a merced de un nuevo poder discrecional” (Peruzzotti & Plot 2013, 14). Como consecuencia, su análisis y recomendaciones institucionales comenzaron a girar en torno a lo que llamó elaboración constitucional “post-soberana”. Para comprender su punto de vista sobre el asunto, tal vez sea necesario clarificar las diferencias del enfoque que él presenta -el “post-soberano”, en relación con el enfoque con el que él contrasta su postura, esto es, el paradigma de la elaboración de las constituciones al que él denomina “soberano”.

Para Arato, la creación soberana de una constitución implica “la elaboración de la constitución por un poder constituyente soberano, constitucionalmente independiente, institucionalizado en un órgano de gobierno, que en el momento de su elaboración une en sí mismo todos los poderes formales del Estado, un proceso que se legitima en referencia a una soberanía popular preexistente, supuestamente unificada” (Arato 2017, 31). En sus críticas al “enfoco de soberanía de los órganos”, Arato tenía en mente una larga tradición teórica, que arraiga en la referencia de Maquiavelo a un “creador” o “fundador” “violento”; la visión de Rousseau sobre la “soberanía del pueblo”; o la defensa de la soberanía estatal que hicieron Sieyès o Carl Schmitt (Barcentewicz & Schneider 2017, 220). La alternativa schmittiana, en particular, aparece como la “bestia negra”, en el

Courts. In the case of Bolivia, instead, la institución de la Asamblea Constitucional se encontraba reconocida por la Constitución, pero -agregan- “like the other two cases, the executive appealed to the will of citizens to set in motion a constituent assembly with unlimited powers” (Sánchez Sandoval & Welp 2013, 117).

⁹ En sus términos en esos tres casos los ciudadanos “were called upon mainly to give their blessing to decisions that were made both by force of numbers (without attempting to seek consensus) and in defiance of the rules agreed with public consent.” “Meanwhile” -they finish- “it was the presidents that had become the main protagonists”. (Sánchez Sandoval & Welp 2013, 118)



Funded by
the European Union



enfoque de Arato. Como lo expresa en un párrafo concluyente de su libro, su propia propuesta busca reemplazar “el ya profundamente comprometido, pero todavía influyente sujeto schmittiano de tales aventuras [las aventuras del poder constituyente] por un *pouvoir* constituyente pluralista liberal y democrático” (Arato 2017, 418). Para Arato, “la revolución puede y debe ser liberada de la carga de la elaboración soberana de una constitución, del peligro de una dictadura soberana” (ibid., 419).

El paradigma “post-soberano” –el que Arato está tratando de promover- se basa en la exclusión de “cualquier agencia, institución o individuo que pretenda encarnar el poder soberano y la autoridad del pueblo constituyente” (ibid., ix).). Su enfoque está más en línea con lo que Claude Lefort llamó una “institucionalización del conflicto”. Esta visión requeriría la presencia de muchos actores institucionales diferentes que participen en diferentes niveles y en diferentes puntos de un proceso de “múltiples etapas”, donde ninguno de esos actores ejerza una influencia decisiva. El proceso constitucional sudafricano de 1993-97, que incluyó negociaciones iniciales en mesa redonda, una constitución provisional y un nuevo tribunal constitucional, aparece aquí como el ejemplo favorito de Arato.

Desde la perspectiva de un diálogo colectivo e igualitario -como el que aquí defiende- está claro que el enfoque de Arato implica una opción por el constitucionalismo (y la limitación de poderes) sobre la democracia. Ahora bien, toda la idea de pensar y discutir colectivamente (entre todos quienes están en desacuerdo), que juega un papel central en la “comunidad de iguales”, aparece resistida y finalmente disuelta, en la teoría de Arato, en nombre de la prevención de abusos. Arato quiere evitar, ante todo, el amenazador espectro de la “soberanía de los órganos” con su poder ilimitado y sin restricciones. La creación constitucional, entonces, se atomiza, se disgrega y se distribuye entre múltiples órganos alternativos, a cargo de porciones o etapas diferentes del proceso. Como veremos, algo muy distinto de lo que la “conversación entre iguales” exige.

Permítanme ilustrar los problemas que advierto en un enfoque como el de Arato, a través de un ejemplo que no ofrece él, pero que entiendo puede describir de manera apropiada las ventajas y dificultades de los acuerdos de nivel constitucional obtenidos a partir de un proceso institucional con múltiples participantes, y segmentado en múltiples etapas, celebradas en distintos tiempos. Pienso en los Acuerdos de Paz alcanzados en Colombia, entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC, a través de los cuales se buscó poner fin a un Conflicto Armado de larga duración en el país. Se trata de un conflicto que puede mostrar como punto de inicio el nacimiento de las FARC, en 1960, pero que se remonta en verdad a la etapa conocida como La Violencia (aproximadamente, entre 1928 y 1958), a través de la cual se enfrentaron con crudeza los partidos Liberal y Conservador.

Los Acuerdos de Paz, propiciados por el Presidente Juan Manuel Santos (2010-2018), representaron un intento extraordinario de revertir décadas de violencia indiscriminada, a través de un pacto de nivel constitucional, y de trascendencia histórica, en el que resultaron involucrados, de distinto modo, y en distintos tiempos, múltiples grupos, funcionarios, instituciones políticas y judiciales, y la propia ciudadanía. Para hacer una cronología breve, de un proceso de años, podría decirse que la última larga etapa que llevó a la afirmación de los Acuerdos, se inició con casi cuatro años de negociaciones



Funded by
the European Union



entre representantes del gobierno y de la guerrilla, en La Habana, y concluyó el 23 de junio de 2016, con la firma de un cese bilateral de hostilidades, y el desarme, desmovilización, y reintegro a la vida civil de las FARC-EP. El acuerdo fue refrendado oficialmente en Cartagena, el 26 de septiembre, pero su aprobación definitiva quedó dependiente de un llamado a consulta popular, que se desarrolló el 2 de octubre de ese mismo año. Desafortunadamente, y por razones que aquí no vienen al caso, la ciudadanía terminó rechazando el acuerdo, en ese plebiscito convocado (el 50, 2% de la población que votó, lo hizo en contra de los acuerdos, mientras que el 49, 76% de los votantes lo hizo en favor del mismo; mientras que a abstención electoral fue del 62%, la mayor en los últimos 22 años).

De manera notable, y frente la inesperada falta de respaldo popular, en la consulta, el gobierno de Santos decidió retomar las negociaciones con los grupos armados; y luego de 40 días propició un “nuevo acuerdo” (que incluía normas de amnistía, indulto, justicia transicional y la posibilidad de que las FARC se conviertan en un partido político); y propiciar su aprobación acelerada -vía un *fast track*, un mecanismo destinado a acelerar los tiempos de aprobación de las nuevas reformas pactadas, a través del Congreso. A mediados de diciembre de 2016, y a través de una votación de 8 a 1, la Corte Constitucional ofreció un decisivo respaldo a este proceso, al considerar válido el mecanismo de aprobación legislativa acelerada y, sobre todo, al entender que se trataba de una vía que respetaba el requisito de los Acuerdos (la aprobación popular, que inicialmente se había perdido en el plebiscito), puesto que la vía legislativa implicaba una “refrendación popular indirecta” de los acuerdos alcanzados entre gobierno y los grupos armados. En una decisión posterior, del 11 de octubre de 2017 (C-630/17), la Corte afirmó también la validez de una decisión del Congreso que establecía que el nuevo acuerdo de paz no podía ser modificado por los próximos 12 años -así, y como un modo de dotar de estabilidad y certeza al pacto, e impedir su (temida) modificación, a través de la llegada de un nuevo gobierno, que resultaría, como se esperaba, opuesto al pacto.

Lo ocurrido en Colombia, en torno a los Acuerdos de Paz firmados, reviste, tal como anticipara, un interés excepcional. Ello así, tanto por su histórica relevancia, como por su importancia constitucional, como por las luces y sombras políticas y jurídicas que distinguieron a todo el proceso. En lo que aquí nos interesa, el proceso descrito puede enmarcarse bien dentro del paradigma “post-soberano” defendido por Arato, orientado a alcanzar acuerdos de rango constitucional, en donde se excluya definitivamente la posibilidad de que alguna “agencia, institución o individuo,” “pretenda encarnar el poder soberano y la autoridad del pueblo constituyente”. El proceso que concluye con la aprobación de los Acuerdos de Paz, en Colombia, nos habla -como Arato prefiere- de una larga etapa que incluye la presencia de muchos actores institucionales diferentes, participando en diferentes niveles, y en donde ninguno de esos actores ejerce una influencia decisiva.

Ahora bien, no necesito asumir aquí que alguien como Arato -un defensor del paradigma “post-soberano”- suscribiría cada uno de los eventos que puntaron el largo proceso de negociación de la paz, en Colombia. Sin embargo, sí puedo señalar que dicho proceso, aún bajo su mejor luz, muestra un tipo de dificultades muy propias de tal paradigma, sobre todo cuando se mira al mismo desde una visión democrática diferente o más exigente, como la que plantea el modelo de la “conversación entre iguales”.



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Son muchas las objeciones que podrían plantearse desde el punto de vista de la “conversación entre iguales,” ante un modelo como el de Arato, o un ejemplo como el del proceso de paz colombiano. Me detengo aquí fundamentalmente en dos dificultades. A la primera voy a llamarla la objeción de la *autoridad democrática*, y a la segunda voy a denominarla la objeción del *patchwork*.

Autoridad democrática

En favor del modelo de “múltiples etapas” favorecido por Arato, puede decirse, en primer lugar, que el mismo promete reducir en gran medida los riesgos de abusos de poder que, en la historia contemporánea -y, de manera especial, como el propio Arato resalta, en la historia latinoamericana contemporánea- han sido tan habituales -ello así, típicamente, a través de gobernantes decididos, autoritariamente, a imponer su propia voluntad, a través de la invocación de la voluntad soberana del pueblo.

Un primer problema de este enfoque, sin embargo, es que ese bienvenido propósito de evitar los abusos de poder producidos en nombre de la soberanía del pueblo, se logra al costo de socavar las posibilidades y distorsionar el sentido de la conversación democrática -un ideal central en el enfoque de “comunidad de iguales”. En efecto, el planteamiento de Arato no nos da ideas claras sobre quiénes son estas personas (quienes participan en las distintas etapas del proceso constituyente); a quién representan; cuál es su legitimidad. Más seriamente todavía, el proceso de “múltiples etapas” parece incapaz de garantizarnos instancias adecuadas de deliberación colectiva; o asegurar que la diversidad de voces existentes en la sociedad obtenga el lugar que merece en los debates constitucionales.

El modelo de la “comunidad de iguales”, en cambio, exige que las decisiones públicas se basen en un proceso deliberativo inclusivo. Si el diálogo colectivo juega un papel tan central dentro del modelo de “comunidad de iguales”, es por la certeza de que el debate colectivo maximizaría –mejor que cualquier otra alternativa- nuestras posibilidades de decidir con imparcialidad, es decir de manera que sea debidamente respetuoso de los intereses de todos los afectados. El punto es el siguiente: en un proceso de creación constitucional, más que contar con voces diversas, provenientes de órganos diferentes, en tiempos distintos, importa que reunamos a las diversas y particulares voces de individuos y grupos que conforman a la comunidad dentro de la cual ese acuerdo constitucional va a aplicarse. Necesitamos reunir, escuchar, y procesar todas esas voces, muy en particular las voces de los grupos más postergados, o las de aquellos que, por la historia propia de la comunidad de que se trate, han encontrado, tradicionalmente, más dificultades para defender sus puntos de vista. Típicamente, no llegaríamos a conocer o comprender apropiadamente cuáles son las necesidades particulares de algunos miembros de nuestra comunidad, si estos miembros no tienen la oportunidad de expresar sus demandas en el proceso de toma de decisiones. Así –se podría anticipar- tendríamos probablemente dificultades insuperables para reconocer las demandas de ciertas comunidades indígenas, si no tuviéramos la oportunidad de escuchar sus voces en un foro público apropiado.

Una línea similar de críticas se puede encontrar en Williams (2019). Para Melissa Williams,



el bien desarrollado modelo institucional de elaboración de constituciones post-soberanas de Arato no llega a ser una teoría normativa en toda regla del poder constituyente porque carece de la pieza conceptual crucial de la representación que jugó un papel tan potente en la teoría de Schmitt. ¿Cuáles son los criterios normativos que deberían aplicarse a las múltiples instituciones representativas (las mesas redondas y las asambleas constituyentes) que comparten el poder constituyente? ¿Sobre qué base pueden reclamar autoridad legítima para ejercer el poder constituyente?” (Williams 2019).¹⁰

Acertadamente, Williams concluye diciendo que “[desde] un punto de vista democrático” la legitimidad de las convenciones y mesas redondas “se ve claramente en falta”... [¿por qué] las *round tables* van a ser una representación legítima del pueblo, incluso si aceptamos la propuesta de Lefort (según la cual) que el pueblo debe estar representado en una multiplicidad de formas institucionales para resistir la tentación de entender a su propia identidad como ya establecida o unitaria? (ibíd.).

Patchwork

La segunda línea de críticas que plantearía, frente al paradigma “post-soberano,” tiene que ver con la construcción de decisiones colectivas “en retazos”, como si se “cosieran” juntos “parches” diferentes, de textura, tamaño, y colores distintos, con el objeto de elaborar una “manta” más amplia, capaz de incluir o “cubrir” a la diversidad existente. El problema es que esa suma de retazos o “parches” -ese *patchwork*- puede tener muy poco que ver con el tipo de construcción colectiva que las teorías del diálogo democrático propician. En términos constitucionales y políticos: una construcción semejante puede evitar la tentación autoritaria de alguno; o, en otros términos, puede resultar una buena vía para evitar abusos de poder temidos y esperables; pero resultar aún así inatractiva, en cuanto expresión de la voluntad de una comunidad democrática -algo que de ninguna manera nos compromete a pensar que existe algo así como “una sola voz democrática a revelar,” o una única expresión posible de la soberanía popular. Sin embargo, la agregación de la diversidad en un solo texto (constitucional) requiere de un proceso de integración y refinamiento de voces, que no se compadece con la sumatoria o superposición de “parches” diferentes, de diverso tipo, origen y valor, en momentos distintos.

El punto que estoy tratando de defender es similar a uno que defendiera siempre el jurista argentino Carlos Nino, en tren de argumentar en favor de una noción deliberativa de la democracia, y tratando de resistir las alternativas que consideraba propia de las miradas más “pluralistas” sobre la democracia. En tal sentido -sostenía Nino- la democracia pluralista valora (como lo hace el “paradigma post-soberano”) el hecho de que la voluntad popular esté dispersa a través de las dimensiones temporal (expresada primero en la Constitución y luego, típicamente, interpretada por los tribunales), espacial (en espacios nacionales, provinciales, y locales) y funcional (en diversos cuerpos y funcionarios, como el Presidente, la Cámara de Diputados, el Senado, el Poder Judicial). El pluralismo, como el modelo “post-soberano,” elogia esta división como modo de evitar la tiranía, “ya que

¹⁰ Asimismo, Melissa Williams afirma, acertadamente, que “la pretensión normativa de legitimidad” no puede descansar simplemente “en la calidad democrática de la asamblea constituyente, la apertura del proceso de elaboración de la constitución a los desafíos contestatarios que se originan en la esfera pública más amplia, la gente al aire libre , y el poder de ambos para cambiar la constitución” (ibid.).



la dispersión de la soberanía impide que algún grupo político o faccioso monopolice el centro del poder con el pretexto de que habla con la voz del pueblo." La idea es que "ni la mayoría ni la minoría" controlan todas herramientas del poder, "ya que hay tantas...y están tan separadas entre sí" (Nino 1991, 577-8).¹¹ Sin embargo -agrega el profesor argentino- "esto se hace a un costo considerable en el debilitamiento del valor epistémico de la democracia." Ello así, ya que "no hay una conexión directa entre la conclusión del diálogo democrático y una pauta para tomar decisiones de acuerdo a esa conclusión" (ibid., 578).¹² Para ilustrar su punto, Nino ofrece el ejemplo del tratamiento de una ley de aborto, en donde -de modo esperable, habitual, sobre todo en un país federal- se pone en marcha un procedimiento sumamente complejo en el cual intervienen, el Presidente tal vez, los gobernadores, las legislaturas y jueces de los distintos estados, todos ellos elegidos en diferentes tiempos. Y concluye: "No hay ninguna garantía en absoluto de que el resultado de esta engorrosa mezcla de diferentes decisiones, que pueden responder en última instancia a una combinación de conclusiones de debates diferentes llevados a cabo por diferentes grupos de gente en diferentes tenga alguna semejanza con el consenso mayoritario que se obtenga después de un debate abierto y libre que se tenga, en la actualidad, entre toda la gente interesada" (ibid., 578).¹³

El ejemplo del "Acuerdo de Paz" en Colombia, mencionado más arriba, puede servir bien para ilustrar los problemas propios de estas alternativas constitucionales que aspiran, centralmente, a "contener" o mantener "encapsulados" los expansivos y amenazantes impulsos de una democracia ansiosa, famélica, "plebiscitaria." En el caso colombiano, recordemos, se encontraba en discusión una de las iniciativas normativas más relevantes de la historia nacional -una iniciativa a través de la cual el país aspiraba a poner fin a un proceso de décadas, de enfrentamientos armados violentos, que habían aparejado cientos de miles de injustificadas muertes. Por ello mismo -por lo que estaba en juego, por la

¹¹ Pluralism praises this division as a way to avoid tyranny, "since the dispersion of sovereignty prevents any political or factious group from monopolizing the center of power under the pretext that it speaks with the voice of the people." The idea is that "neither the majority nor the minority" control all the tools of power, "since there are so many...and they are so far apart" (Nino 1992, 577-8).

¹² However -adds the Argentine professor- "this is done at a considerable cost in the weakening of the epistemic value of democracy." This is so, since "there is no direct connection between the conclusion of the democratic dialogue and a pattern for making decisions according to that conclusion" (ibid. 578).

¹³ "There is absolutely no guarantee that the result of this cumbersome mix of different decisions, which may ultimately respond to a combination of conclusions from different debates carried out by different groups of people in different places, bears any resemblance to the majority consensus. that is obtained after an open and free debate that is currently being held among all interested people" (ibid., 578). Y agrega: la impresión de que "cuantas más voliciones inciden en la decisión adoptada, más esa decisión refleja la voluntad de la gente que esas voliciones representan" -nos dice Nino- "es errada". Todo depende de la forma en que esas voliciones se combinan y del peso relativo que se les asigna de acuerdo con su grado de representatividad. En definitiva, la mera "acumulación de decisiones puede bien afectar el reflejo de la opinión general en la solución adoptada" (ibid.). The impression that "the more volitions influence the decision adopted, the more that decision reflects the will of the people that those volitions represent" -says Nino- "is wrong". Everything depends on the way in which these volitions are combined and the relative weight assigned to them according to their degree of representativeness. In short, the mere "accumulation of decisions may well affect the reflection of general opinion in the adopted solution" (ibid.).



dificultad de llegar a posiciones comunes, por la necesidad de hacerlo, por el nivel de desacuerdos sociales y políticos que reinaban, en la materia- resultaba imprescindible llevar adelante una conversación social profunda, extendida en el tiempo. Más aún, es conversación común resultaba imprescindible cuando era obvio que ningún pacto imaginable, en el horizonte, prometía acuerdos indisputados o unánimes, sino más bien lo contrario, es decir, resistencias enojosas y muchas veces justificadas (i.e., “por qué perdonar a quien mató a toda mi familia;” “por qué ‘premiar’ políticamente a grupos que han llevado a cabo matanzas indiscriminadas, etc.). Dentro de dicho contexto, el “Acuerdo de Paz” llevado a cabo por ciertas elites (políticas, profesionales) seguido de una consulta popular, representaba ya una alternativa muy imperfecta, en sus dos aspectos principales. Por un lado, porque la sustancia del acuerdo iba a resultar de un pacto celebrado entre elites (débilmente representativas), y segundo, porque el respaldo popular iba a buscarse a través de una alternativa plebiscitaria que impediría, una vez más, las matizaciones, las correcciones, las disidencias parciales, las nuevas exigencias. A partir de ese punto de partida -ya difícil y disputado- la continuación que se propuso al Acuerdo no hizo sino agravar ese status inicial, debilitando todavía más la fortaleza democrática del mismo, a través de un desarrollo propio del “rejunte de retazos” o *patchwork*. Ahora se buscaba eludir el rechazo popular -millonario en número- a través de una decisión parlamentaria, zurdida por arriba y debajo a través de intervenciones de la Corte Constitucional, y con nuevos agregados hechos a partir de renovados pactos de las elites firmantes originales. Valga enfatizar, entonces, y una vez más, la diferencia entre una decisión alcanzada a través de una conversación colectiva abierta, transparente, inclusiva, y esa superposición de “retazos” que no terminan de expresar y representar la voluntad de nadie. Como diría Nino, en tales circunstancias, no se advierte ninguna “conexión directa entre la conclusión del diálogo democrático” y el resultado obtenido a través del *patchwork*.

El modelo del “reloj de arena” (“hourglass”)

En algunos estudios recientes, el cientista social noruego Jon Elster imaginó al proceso de redacción constitucional como uno con la forma parecida a la de un “reloj de arena” (*hourglass*), esto es decir, ancho en la base y en el tope, pero estrecho en el centro (Elster 2013). Con esta imagen, Elster quiso hacer referencia a que se trata de un proceso que requiere de la participación popular al comienzo y en su cierre (por ejemplo, a través de consultas populares “de entrada” y “de salida”), de forma tal de dotar de, o transmitir, legitimidad, al momento específico de creación constitucional -el momento “estrecho”- que queda situado en el centro. En dicho momento central, la participación popular no se hace presente: se trata de debates que se dan entre personas “selectas” (si se quiere, en la doble y deliberadamente ambigua acepción madisoniana, de personas elegidas por el pueblo, pero a la vez personas técnicamente bien preparadas), incluso, tal vez, a “puertas cerradas,” esto es, a través de debates constituyentes desarrollados en secreto. De hecho, según Elster, el modelo del “reloj de arena” representa una manera óptima de combinar el “secreto” y la “publicidad”, dentro de la Asamblea Constitucional (*secrecy and publicity...within the constituent assembly*), en el nivel nacional. Ello, agrega, a través de una asamblea “cerrada”, que resulta suplementada por procesos de consulta pública (*a “closed assembly” “supplemented by upstream and downstream public consultations”*):



“an overall ‘hourglass-shaped’ procedure”, Elster 2013, 232). Según el profesor noruego, los límites “upstream” sobre la Convención son normalmente impuestos por su creador “externo”, antes del comienzo de las deliberaciones, y tienen por objeto darle impulso a las mismas (ellos pueden incluir tanto un proceso de consulta “previo”, como principios y normas procedimentales destinadas a regir a la Convención); mientras que los límites “downstream” se dirigen a buscar la ratificación (popular) de lo decidido por los constituyentes¹⁴ -un límite orientado a reafirmar los límites políticos del órgano legislativo, que el propio A.Dicey, un defensor de la soberanía parlamentaria, llegó a recomendar, para el caso de Gran Bretaña (Dicey 1910).

En todo caso, y aunque sostiene que un modelo semejante (el del “reloj de arena”) no fue aún probado en la práctica (la última publicación de ese texto es del 2013)¹⁵ lo cierto es que el mismo aparece claramente inspirado en un modelo de creación constitucional admirado y conocido en detalle por él -el de los Estados Unidos- que supo combinar “secreto” y “publicidad”; que permitió debates sobrios y profundos; que, a diferencia del proceso cuasi-simultáneo que tomó lugar en Francia, impidió la irrupción desordenada de las “masas”, en las gradas; y que concluyó con una Constitución que (a diferencia de las que, en Francia, siguieron a la revolución) se mantiene aún vigente y viva (Elster 2023). De todos modos, parece claro que, más allá del caso de los Estados Unidos, procesos constituyentes como el de Chile (2022-2023) reflejan bastante bien el modelo *hourglass*.

En efecto -y, al menos, conforme a mi punto de vista- el modelo constituyente chileno, deliberadamente o no, se ajustó muy bien a la propuesta del “reloj de arena” de Elster: i) proceso de movilización muy intenso en el comienzo, que se tradujo en un plebiscito, celebrado en Octubre del 2020, en donde el 78% de la población se manifestó a favor de cambiar la Constitución vigente; ii) la apertura de una Asamblea Constituyente que llevó adelante discusiones bastante cerradas y con débil participación ciudadana, durante los debates; iii) seguidas por un “plebiscito de salida” obligatorio, celebrado finalmente en Septiembre del 2022, y en donde el 61% de la población (fue el proceso electoral con mayor participación social en la historia de Chile, en parte en razón al carácter obligatorio del voto) se manifestó en contra del texto propuesto por la Convención.¹⁶ Como tal, dicho

¹⁴ Para Elster, el proceso de ratificación constitucional (“downstream”), por parte de los ciudadanos, puede ser acompañado por un gran debate nacional; y -aunque, en principio, no es lo que aconseja- él considera también que dicho proceso “cerrado” puede resultar compatible con un debate público también en el centro. Él entiende, además, que es esperable que la mayoría de las constituciones “submitted to referendum would be approved, simply because members of the assembly will be sufficiently rational and well-informed to anticipate the views of the electorate” (ibid., 233).

¹⁵ En sus términos, “the hourglass model is a theoretical construct, which has not been tried in practice” (Elster 2013, 234).

¹⁶ Importantes científicos sociales de Chile, como Sergio Verdugo, sin embargo, descartan de plano un reclamo como el mío. Para Verdugo, en el proceso chileno “no se suponía que los ciudadanos se convirtieran en hacedores de la constitución al final del proceso, sino durante el proceso, a través de elecciones, representación, transparencia, iniciativas populares, consultas indígenas, y otros medios de participación.” A resultados de todo ello -concluye de manera contundente, pero sin mayor justificación- “la metáfora de Jon Elster en torno al reloj de arena no se aplica al proceso chileno” (Verdugo 2022). Ese desacuerdo descriptivo “al pasar”, que tenemos con Sergio, no habla meramente de un posicionamiento diferente en torno a cómo piensa un científico político al que ambos respetamos -no se trata de un mero disenso en relación con el *hourglass*, o frente a “Elster en Chile”. El desacuerdo es sintomático de una



Funded by
the European Union



proceso mostró asimismo las enormes falencias, en términos de transparencia, debate, inclusión, igualdad que son propias de experimentos como el sugerido por Elster.

Sobre el problema de la transparencia no me voy a detener, porque el propio Elster admite los déficits de su modelo, en ese respecto.¹⁷ Quisiera decir algo, en cambio, en relación con la distancia que separa a dicha propuesta del *hourglass* de otra como la de la “conversación entre iguales,” que aquí defiendo. A través de sus etapas separadas y escalonadas (plebiscito de entrada-convención cerrada- plebiscito de salida) el proceso de *hourglass* coloca en instancias diferentes los reclamos de “inclusión” y “discusión” que el proceso de la “conversación entre iguales” exige mantener unidos. Permítanme señalar algunos problemas que se advierten ya en la teoría, tal como ha sido presentada por Elster, por ejemplo; para luego mostrar la continuidad o reflejo de tales problemas, en la práctica de un ejemplo como el de Chile.

Comienzo diciendo entonces lo siguiente: en términos teóricos, en la “conversación entre iguales,” y a diferencia de lo que ocurre en el modelo del “reloj de arena,” se propone que el debate constitucional sea público e incluya a “todos los potencialmente afectados”, y ello, por razones epistémicas. Es decir, la “discusión inclusiva” es defendida a partir de la certeza de que, de este modo i) se minimiza el riesgo de que la decisión final se vea afectada por sesgos y parcialidades (fallas que tiende a potenciar el hecho de que no se vean o escuchen a las posiciones diferentes de las que uno sostiene), a la vez que ii) se maximiza la posibilidad de ganar la información de la que se carece (información que le permita a uno conocer ya sea los puntos de vista de otros, ya sea la centralidad o el valor que otros le asignan a tales puntos de vista), y así también las chances de corregirse mutuamente. En otros términos, la participación sin un proceso de corrección mutua o “lavaje de preferencias” (*laundering preferences*, en términos de Goodin 1986) no tiene sentido, como tampoco lo tiene un proceso “elitista” de deliberación. Es decir, el modelo de la “conversación entre iguales” no valora la “participación pública”, con independencia del “dónde,” es decir, del lugar en donde se desarrolla esa participación (y, por tanto del lugar que ella ocupa en la gestación de una determinada decisión pública); del mismo modo en que no valora la “deliberación” con independencia de la cuestión acerca de “quiénes” deliberan (o con independencia del carácter “público” de

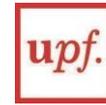
diferencia más relevante, que aquí simplemente señalo: disentimos un poco, me parece, en la evaluación acerca de qué es lo que ocurrió, efectivamente, en el año de funcionamiento de la Convención y, más precisamente, en cuál y cuán intenso fue el papel de la ciudadanía durante ese tiempo. Desde mi punto de vista, lo ocurrido en el “medio” (durante la redacción constitucional) se asemejó mucho -lamentablemente- a lo sugerido por Elster (un momento “estrecho” o “cerrado”, en donde la redacción constitucional quedó fundamentalmente en manos de unos pocos Convencionales más bien alejados de la ciudadanía), lo cual no niega en absoluto que dicha etapa del proceso (el año de debates de la Convención) haya sido contemporánea con otros hechos más o menos relevantes de participación popular.

¹⁷ Él admite, en efecto que el modelo del “reloj de arena” puede resultar “incompatible with the norm of transparency, which could impose an irresistible pressure for full publicity at all stages. Al respecto, sugiere una solución compleja y algo ingenua (“a possibly remedy might be ex post publicity, in the form of full publication of debates and votes after the constitution is proposed but before it is put up for ratification” *ibid.*, 234).

This text is part of a project that has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon Europe research and innovation programme (grant agreement No 101096176 - ICDD). Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

esa deliberación). Lo importante es que el proceso de discusión se de entre aquellos que pueden verse afectados por la decisión en juego.

El modelo de Elster, en cambio, favorece la inclusión, pero sólo en los extremos del proceso, mientras que concentra el debate en el centro, aunque limitado a unos pocos, lo cual agrava -esperablemente- los sesgos propios de una discusión entre elites (que, para colmo, puede o merece ser “a puertas cerradas”, según su propuesta ideal). En este modelo alternativo, por tanto, aparecen vivamente los dos riesgos que el proceso de la “conversación entre iguales” pretende evitar, esto es decir, la participación sin “lavaje de preferencias”, y el de la deliberación centrada en una elite, que no tiene capacidad para reconocer bien las demandas que aparecen en el exterior de su ciclo.

Según entiendo, el referido ejemplo chileno ilustra bien y ayuda a ver mejor algunos de los problemas recién apuntados, en relación con la teoría del “reloj de arena”. Por ejemplo, en relación con los riesgos que alimenta un proceso constitucional dominado por una elite de técnicos; o uno en donde se reserva para la ciudadanía sólo un papel marginal, en el proceso de creación constitucional. Vayamos al caso chileno para examinar este tipo de dificultades. Ante todo, genera perplejidad el hecho de que, luego de que un 80% de la población exigiera la modificación constitucional, a partir de un proceso extraordinario de movilización social (Octubre del 2020), el proceso constituyente culminara, muy pocos meses después (Septiembre del 2022) con un 61% de la población dándole la espalda a la Constitución propuesta, que terminó resultando, así, rechazada. Del mismo modo, puede parece asombroso que la ciudadanía quedara -en apariencia- tan disconforme con el trabajo hecho por los constituyentes (con el extremismo de las propuestas que aparecieron; con el descuido de ciertas cuestiones; con su negligencia sobre temas que parecían como más urgentes en el debate público; con los errores, excesos o abusos cometidos por algunos de los delegados; etc.), cuando se había hecho un esfuerzo tal, luego de la crisis política del 2019, para asegurar la máxima representatividad en los constituyentes electos (ello así, en particular, a través de la Ley 21216, que aseguró la paridad de género en la Convención; a través de la ley 21.298, a partir de la cual se reservaron 17 bancas para los representantes de 10 pueblos indígenas diferentes; y a partir de la misma Ley 21216, que promocionó la candidatura de representantes independientes de los partidos políticos hasta entonces existentes).

A partir de consideraciones tales, alguien puede preguntarse: Cómo pudo ocurrir que la ciudadanía le diera la espalda a la Constitución propuesta, si había sido tal el fervor democrático que llevó a la Convención, y tan profunda la demanda por un cambio constituyente? Cómo, por lo demás, si las personas electas para la Convención parecían bien representativas de la diversidad que reclamaba el cambio? Es cierto que, por ejemplo, que las reglas procedimentales de la Convención no fueron buenas, no ayudaron a la coordinación entre las múltiples comisiones en que se dividió la Asamblea, o que -tal vez, aún- ayudaron a generar propuestas extremas (Atria 2022, 2022b). Es cierto, también, que el énfasis en la representatividad de la Asamblea Constituyente puede derivar en una Convención con más dificultades para forjar consensos internos (Horowitz 2021). Sin embargo, tales dificultades o disfunciones no explican el inesperado, súbito rechazo



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

mayoritario hacia una propuesta constitucional de cambio, que el propio electorado parecía haber demandado con intensidad.

Resulta más plausible, en cambio, buscar una respuesta a ese súbito rechazo en algunos problemas (ya apuntados) propios del modelo del “reloj de arena”. Este modelo, en efecto, propone un proceso de creación constitucional “estrecho” en el centro (y aún, como ocurrió, con una fuerte separación entre ciudadanos “de afuera” y delegados “de adentro”), en lugar de un proceso alternativo -con forma del tipo “diamante”, es decir, ancho en el centro- como el que promovería el modelo de la “conversación entre iguales.” De modo más preciso, este modelo alternativo habría puesto la mayor atención en asegurar un vínculo estrecho entre ciudadanos y delegados, “durante” el proceso de redacción (la conversación entre ambos; un proceso de ida y vuelta fluido entre electores y elegidos, para permitir mutuos ajustes y correcciones). Es decir, el modelo de la “conversación entre iguales” habría insistido en mantener la discusión pública lo más robusta posible durante el proceso de escritura de la propuesta constitucional, para asegurar que el texto definido reflejara siempre, tanto como fuera posible, las aspiraciones y demandas ciudadanas. El énfasis, en todo caso, hubiera estado (contra lo que promueve el modelo de “reloj de arena”) en asegurar la permanente supervisión pública de lo hecho por la Convención. Contra Elster (y el ejemplo de la Asamblea Constitucional de Francia, 1789), vincular a la ciudadanía con sus constituyentes no necesita implicar, de ningún modo, la presencia de público “gritando en las gradas” o impidiendo, de algún modo, el trabajo más cuidadoso o de detalle, que puede quedar a cargo de los redactores finales del texto de la Constitución (Elster 2000, 2021). En definitiva, es dable pensar que la fuerte desconexión producida entre el “adentro” de la Convención y el “afuera” -entre delegados constituyentes y ciudadanos- ofrezca parte de la explicación de la súbita pérdida de confianza hacia los delegados constituyentes, tanto como el rechazo final a su obra.

Llegados a este punto, quisiera detenerme unos instantes más en una reflexión acerca de los efectos (negativos) generados por la sola presencia del “plebiscito de salida,” como instancia final del proceso constituyente. Llamaría la atención, ante todo, sobre la escasa (y poco atractiva) reflexión que ha existido, sobre la materia. En uno de los pocos análisis que conozco, y que fueron presentados en la materia, el jurista Sergio Verdugo hizo referencia al “plebiscito de salida” como una estrategia en principio exitosa (aunque, finalmente, y como él mismo reconoce, fallida), dirigida a jugar un papel “moderador” sobre los debates constituyentes (Verdugo 2022). Es decir, conforme con esta mirada, el particular plebiscito chileno habría resultado defendible por su “modesta virtud” moderadora. En sus términos: “el referéndum fue pensado para condicionar las discusiones de la Convención Constitucional, alentando a sus miembros a alinear sus preferencias con el votante medio, de forma tal de que los ciudadanos tuvieran pocas razones para vetar el producto final.” Contra esta afirmación, podría sostenerse que, en cambio, no sólo no era esperable que la consulta final generara un efecto “alineador” o moderador, sino que -previsiblemente- dicho procedimiento tendía a favorecer una situación contraria a la esperada. En efecto, el establecimiento del referéndum de salida pudo servir a los organizadores del proceso para desentenderse de la creación o fomento de otros instrumentos participativos (“para qué hacerlo, si la ciudadanía ya se expresará participando al final del proceso”); y a los convencionales, para justificar la



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

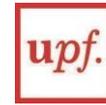
relativa “cerrazón” que terminó caracterizando a los debates al interior de la asamblea (“por qué preocuparnos tanto por tender puentes con la sociedad civil, si la sociedad se encuentra bien representada por nosotros, y ella participará activamente, a su debido tiempo, dando su opinión final sobre el proceso”). Es decir: más que servir para moderar a los constituyentes, forzándolos a pensar en el voto ciudadano final, el plebiscito pudo funcionar (previsiblemente, agregaría) para un fin más bien contrario, es decir, para incentivar a los constituyentes a actuar de un modo más independiente de las demandas y expectativas de la ciudadanía (porque, total, “a ella ya le llegará el turno de opinar, más adelante”). Durante mi investigación, pude conversar con algunos (ex) constituyentes chilenos, que ratificaron mi impresión en la materia. Algunos de ellos, por lo demás, subrayaron que, frente a la dificultad encontrada (de forma inesperada) para forjar consensos dentro de la Convención (un mal que atribuyeron, de manera preponderante, al carácter híper-fragmentado de la representación), ellos optaron por no generar nuevas “dificultades” para cerrar acuerdos, a través del tendido de puentes entre la Convención y la ciudadanía (un objetivo que se habían propuesto, desde un comienzo, con el objeto de ayudar a la “legitimación” de lo producido por la asamblea). Y la razón clave que ofrecieron, para justificar dicha “resignación” (el funcionamiento más bien “cerrado” de la Convención) fue, justamente, la presencia del “plebiscito de salida” (esto es, la idea de que “a ellos -los ciudadanos- ya les llegará el turno de opinar, más adelante”).

Finalmente, y otra vez, contra lo sugerido por el modelo del “reloj de arena”, quisiera insistir con una dificultad -según entiendo- fatal, propia del recurso a los “plebiscitos de salida,” como forma privilegiada de la participación popular, en el marco de un proceso constituyente (Gargarella 2020; Gargarella 2022). Este tipo de plebiscitos -por las razones que expondré- invitan a que el voto ciudadano se independice del particular contenido del documento legal que resulta evaluado. Así, puede ocurrir -como, según entiendo, ocurrió en Chile- que la ciudadanía decida su voto sobre el proyecto constitucional, no tanto a partir de los acuerdos o desacuerdos que tiene con el contenido de dicho proyecto, sino como un modo de apoyar a castigar al líder político que promovió dicha votación. Adviértase que mi afirmación contrasta con la de muchos de los analistas que examinaron el proceso chileno. Aunque hubo explicaciones -literalmente- de todo tipo, en torno al resultado, muchos entendieron que el “rechazo” se había debido al carácter “extremo,” o “muy ideologizado”, o muy “progresista” de su texto, o -finalmente- por la incapacidad de los constituyentes de forjar consensos amplios al interior de la Convención (ver, entre muchos otros, Atria 2022b; del Pino 2022; Navia 2022; Ramírez Figueroa 2022; Rangel 2022). A mi entender, sin embargo, el resultado final del plebiscito -en el caso de Chile como en tantos otros- tuvo menos que ver con su contenido (o con las habilidades o inhabilidades de sus autores) que con el propio instrumento del “plebiscito de salida”.

En efecto, según entiendo, hay algo particularmente problemático y negativo, que resulta muy propio de estos procesos de consulta, en los cuales i) se fuerza a la ciudadanía a pronunciarse (meramente) “por sí o por no”, ii) frente a un “paquete cerrado” de propuestas que -como ocurre habitualmente como resultado de un proceso constituyente- puede incluir cientos de cláusulas muy complejas y diversas, que para peor iii) suelen



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

estar en tensión o contradicción entre sí. En tales circunstancias (que, en los hechos, privan a la ciudadanía de “palabras”, es decir, de la posibilidad de conversar, discutir, matizar, exigir cambios, corregirse mutuamente, etc.), la ciudadanía puede (y suele) verse llevada a motivar su voto (de forma completamente racional) a partir de razones ajenas al texto objeto del plebiscito (i.e., una Constitución como en Chile, Bolivia o Venezuela; un Acuerdo de Paz, como en Colombia; un documento de consecuencias complejas, como el Brexit). En tales ocasiones, en efecto, la ciudadanía puede (si no es que tiende a) “simplificar” la complejidad y dificultad a que se lo enfrenta, votando a favor o en contra del sujeto (Presidente, Primer Ministro, líder de turno) que lo convoca al comicio.¹⁸ Dicha acción resulta perfectamente racional, porque -con razón- el ciudadano entiende que un voto, digamos, a favor del texto propuesto, le ofrece una gran oportunidad (que será una de las muy pocas de las que dispondrá) para fortalecer al sujeto que ha puesto en marcha dicho proceso plebiscitario; del mismo modo en que un voto en contra constituirá (una de sus pocas oportunidades) de debilitar al líder que rechaza. Por qué, entonces, “desperdiciar” dicha ocasión, votando a favor de una propuesta impulsada por un dirigente político a quien repudia; o ayudando a debilitar a un líder a quien le interesa, finalmente, fortalecer. En definitiva, los “plebiscitos de salida” terminan -de este modo también- distorsionando, socavando o “contaminando” indebidamente, fundamentales procesos colectivos como el de la creación constitucional.

Conclusión

En este trabajo, reflexioné sobre la vieja y relevante tensión constitucionalismo-democracia, enfocándome en una sección específica de ese problema: la relacionada con el lugar reservado al pueblo -en distintos modelos teóricos, en distintas experiencias prácticas- en los procesos de creación constitucional. Lo hice, además, desde un punto de vista (democrático) particular, al que denominé “la conversación entre iguales.” En mi escrito, examiné críticamente tres respuestas diferentes sobre esa misma cuestión: la ofrecida por i) la propuesta (que denominé) del “poder constituyente soberano” (Colón-Ríos); ii) la representada por la propuesta (que denominé) del “constitucionalismo post-soberano” (Arato); y iii) la sugerida por la propuesta (que denominé) del “reloj de arena” (Elster). Según procuré mostrar, ninguna de tales alternativas responde satisfactoriamente a los planteos en juego. Ello así porque: o resultan propuestas insuficientemente deliberativas (con el riesgo de transformarse en respuestas “populistas” o abusivas), como en el primer caso; o resultan parciales, en términos inclusivos, e implausibles, en términos deliberativos, como en el segundo caso; o resultan finalmente elitistas (siguen estando basadas en la “desconfianza democrática”), como en el tercer caso.

BIBLIOGRAPHY

Ackerman, B. (1991), *We the People: Foundations*, Cambridge University Press.

¹⁸ Este dato es consistente con la afirmación de Zachary Elkins y Alexander Hudson, que sostienen que los plebiscitos sobre nuevas constituciones casi nunca fracasan (Elkins & Hudson 2019, 154). Ver también Elkins & Hudson 2022.



Funded by
the European Union

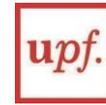


Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

- Albert, R. (2009), "Nonconstitutional Amendments", 22 *Canadian J.L. & Jur.* 5.
- Arato, A. (2019) "Response to Melissa Williams", *Constellations*, Issue Online: 20 March 2019.
- Arato, A. (2017), *The Adventures of the Constituent Power*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Arato, A. (2016), *Post Sovereign Constitution Making*, Oxford: Oxford University Press.
- Atria, F. (2022), "La Constitución y la reconstitución de la convivencia política y social," *El Mostrador*, 26 de mayo, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/05/26/la-constitucion-y-la-reconstitucion-de-la-convivencia-politica-y-social/>
- Atria, F. (2022b), "El proceso Constituyente y su futuro después del plebiscito," *La Casa Común*, September 2022, <https://www.lacasacomun.cl/post/el-proceso-constituyente-y-su-futuro-despu%C3%A9s-del-plebiscito>
- Balderacchi, C. (2017), "Participatory Mechanisms in Bolivia, Ecuador and Venezuela: Deepening or Undermining Democracy?", *Government and Opposition*, vol. 52, n. 1, 131-167.
- Barcentewicz, M & Schneider, A. (2017), "Book Review: Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power*", 67 *The American Journal of Comparative Law* 119.
- Brewer Carías, A. (2010), *Dismantling Democracy in Venezuela*, New York: Cambridge University Press.
- Colón-Ríos, J. (2010), "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Powers, Democracy and the Limits of Constitutional Reform," 48 *Osgoode Hall Law Journal*, 2.
- Colón-Ríos, J. (2012), *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*, London: Routledge.
- Colón-Ríos, J. (2022), "Plebiscitos de Salida y Democracia", *Blog Iacl*, September 20th, <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/20/plebiscitos-de-salida-y-democracia>
- Del Pino, J. (2022), "Plebiscito: La izquierda se olvidó de que Chile es un país moderado," *Clarín*, September 4th, 2022, https://www.clarin.com/mundo/plebiscito-izquierda-olvido-chile-pais-moderado_0_B7WbmYJd2Q.html
- Dacey, A. (1910), "The referendum and its critics," *Quarterly Review*, 212.
- Elkins, Z. & Hudson, A. (2019), "The constitutional referendum in historical perspective", in D. Landau & H. Lerner, *Comparative Constitution Making*, Elgar Press.
- Elkins, Z. & Hudson, A. (2022), "The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform," in R. Albert and R. Stacey, eds., *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford: Oxford U.P.
- Elster, J. (1986), "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory," in J. Elster and A. Hylland, eds., *Foundations of Social Choice Theory* Cambridge: Cambridge University Press, 104-132.
- Elster, J. (2000), "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies," 2 *U. Pa. J. Const. L.* 345 (2000)
- Elster, J. (2013), "The Optimal Design of Constituent Assemblies," en *Securities Against Misrule*, Cambridge University Press.
- Ely, J. (1980), *Democracy and distrust*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Trotta.
- Friedman, B. (1993), "Dialogue and Judicial Review," 91 *Mich. L. Rev.* 577.
- Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press.



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Gargarella, R. (2020), “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile,” *Nueva Sociedad*, <https://nuso.org/articulo/diez-puntos-sobre-el-cambio-constitucional-en-chile/>
Gargarella, R. (2022), *The Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2022), “Para continuar con el diálogo sobre el “plebiscito de salida” chileno”, <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/10/11/para-continuar-con-el-dilogo-sobre-el-plebiscito-de-salida-chileno>

Goodin, R. (1986), “Laundering Preferences,” in J. Elster & A. Hylland, eds., *Foundations of social choice theory*, Cambridge: Cambridge University Press.

Habermas, J. [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original *Faktizität und Geltung*), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.

Hein, M. (2017), “Book Review. Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments”, 50 *Verfassung und Recht in Ubersee*, 290.

Horowitz, D. (2021), *Constitutional Processes and Democratic Commitment*, New Haven: Yale University Press.

Lafont C. (2020), *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

Landau, D. (2013), “Abusive Constitutionalism,” 47 *UC Davies Law Review* 189.

Landmore, H. (2020), *Open democracy. Reinventing popular rule for the Twenty-First Century*, Princeton: Princeton University Press.

Mainwaring, S. (1999), “Democratic survivability in Latin America,” Kellogg Institute, Working Paper, 9-11. Available at https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/267.pdf

Mainwaring, S. (2012), “From Representative Democracy to Participatory Competitive Authoritarianism: Hugo Chávez and Venezuelan Politics,” *Perspectives in Politics*, 10-4, 955-967.

Mill, J. [1859] 2003, *On Liberty*, London: Dover Publications Inc.

Navia, P. (2022), “Chile Now Has a Chance to Get New Constitution Right,” *Americas Quarterly*, September 6th, 2022 <https://www.americasquarterly.org/article/chile-now-has-a-chance-to-get-new-constitution-right/>

Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Nino, C. (1997), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press.

Ovares Sánchez, C. (2023), « Los mecanismos de participación ciudadana para el cambio constitucional en América Latina como potenciadores de la democracia,” *Latin American Law Review*, n. 9, 53.

Peruzzotti, E. & Plot, M. (2013) “Introduction. The political and social thought of Andrew Arato,” in E. Peruzzotti & M. Plot, eds., *Critical Theory and Democracy. Civil Society, Dictatorship, and Constitutionalism in Andrew Arato’s Democratic Theory* Routledge.

Ramírez-Cleves, G. (2017) “The Colombian Constitutional Court Rules that the Peace Agreement is Mandatory for Three Presidential Terms,” <http://www.icconnectblog.com/2017/10/the-colombian-constitutional-court-rules-that-the-peace-agreement-is-mandatory-for-three-presidential-terms/>



Funded by
the European Union



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Rangel, O. (2022), “Las posibles razones por las que el 'rechazo' a la nueva Constitución chilena se impuso en las regiones con mayoría indígena,” September 6th, 2022, <https://actualidad.rt.com/actualidad/440743-posibles-razones-rechazo-nueva-constitucion-indigenas-chile>:

Roznai, Y. (2017), *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford : Oxford University Press.

Sánchez Sandoval, N. & Welp, Y. (2013), “Legality and Legitimacy: Constitutional Power in Venezuela, Bolivia and Ecuador”, in n.J. Wheatley and F. Medez (eds), *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution Making* London: Ashgate.

Verdugo, S. (2017), “How the Bolivian Constitutional Court Helped the Morales Regime to Break the Political Insurance of the Bolivian Constitution,” *ICONnect*, <http://www.iconnectblog.com/2017/12/how-the-bolivian-constitutional-court-helped-the-morales-regime-to-break-the-political-insurance-of-the-bolivian-constitution/>

Verdugo, S. (2022), “Sobre las (limitadas) virtudes democráticas del plebiscito de salida de Chile,” *Blog Revista Derecho de Estado*, Universidad Externado, Colombia, November 4th, 2022

<https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2022/11/04/sobre-las-limitadas-virtudes-democraticas-del-plebiscito-de-salida-de-chile/>

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

Welp, Y. (2021), “From the Status Quo Problem to the Factional Problem. Constitution Making in Venezuela, Ecuador and Bolivia,” *Topos*, (1), 73–86. <https://doi.org/10.24412/1815-0047-2021-1-73-86>

Williams, M. (2018), “Book Review: The Adventures of the Constituent Power. Arato, Andrew, Cambridge University Press, 2018” *Constellations* Issue Online: 20 March 2019