

NUEVA CONSTITUCIÓN Y OPERACIÓN CONSTITUYENTE.
ALGUNAS NOTAS ACERCA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y
DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE*

NEW CONSTITUTION AND CONSTITUENT OPERATION. SOME
NOTES CONCERNING THE CONSTITUTIONAL REFORM AND OF THE
CONSTITUTIONAL ASSEMBLY

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA**
Profesor titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
zdmc@zdmcabogados.cl

RESUMEN: El artículo se refiere al actual debate en torno a la necesidad de cambio de la actual Constitución, específicamente, en torno a la legitimidad democrática de la Asamblea Constituyente como mecanismo para provocar un cambio constitucional global, y la salida que entrega una operación constituyente, entendida en términos más amplios que la asamblea constituyente como mecanismo de cambio constitucional.

ABSTRACT: The article refers to the current debate on the need for change to the Constitution, specifically about the democratic legitimacy of the Constituent Assembly as a mechanism to bring about a comprehensive constitutional change, and the output that delivers a constituent operation, understood in broader terms than the constituent assembly as a mechanism of constitutional change.

PALABRAS CLAVE: constitución, asamblea constituyente, operación constituyente, reforma constitucional.

KEY WORDS: constitution, constitutional assembly, operation constituent, constitutional reform.

* Ponencia inédita a Primer Congreso Atacameño de Derecho Público “Democracia y Constitución de 1980”, organizado por la Universidad de Atacama y el Centro de Alumnos de Derecho, 17 y 18 de octubre de 2012, Copiapó, III Región (versión final). Una versión abreviada se publicó en “Constitución y Democracia: ayer y hoy”, libro homenaje al catedrático de Derecho Constitucional de la UNED Antonio Torres del Moral, Editorial Universitas, Madrid, 3 vol., Madrid, 2012. Ponencia inédita a XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Comisión de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 22 y 23 noviembre, 2012. Trabajo recibido el 7 de diciembre de 2012 y aprobado el 20 de marzo de 2013.

** Profesor titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. zdmc@zdmcabogados.cl.

I. EL PROBLEMA CONSTITUYENTE. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

No tenemos dudas que hoy en Chile se ha instalado el problema constituyente, más allá del tradicional clivaje democracia/dictadura; que marcó toda nuestra transición y en especial las más importantes reformas constitucionales del período (1989, 1991 y 2005). Las fronteras del debate público engloban hoy en serio el problema constituyente, y ello es obra en gran medida de los movimientos sociales; ya que históricamente en las democracias modernas el problema constituyente está asociado a cambios políticos, revoluciones o períodos fundacionales del Estado o del régimen político imperante¹. El problema constituyente y una operación constituyente abierta a la reforma total de la Constitución o bien a una asamblea constituyente, nos reconduce a gruesos temas de la teoría constitucional moderna que condensan problemáticamente, a saber: en la cuestión toral del poder constituyente, y en rigor, del usado concepto de poder constituyente se derivan dos consecuencias: el poder constituyente existe en todo tiempo del Estado moderno para organizarlo, constituirlo y estructurarlo, y como poder está sometido a su misión de constituir sin estar jurídicamente prefigurado.

También subyace al tema abordado aquí una definición teórica básica acerca de qué es Constitución y para qué sirve, tema ensayado en otro lugar, y que está abierto a enfoques estructuralistas como el positivismo normativista en su diversidad de escuelas que conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de normas y enfoques funcionalistas, que abordan el orden jurídico desde sus funciones y, por ende, trazan sus posibilidades de instrumento de cambio social, como lo serían las epocales doctrinas acerca de las normas o disposiciones de “principio” elaboradas por Crisafulli al alero de la Constitución de la república de Italia en la inmediata posguerra y de la “Constitución dirigente” elaborada por Gomes Canothilo en base a las normas-programa de la Constitución de Portugal posrevolución de los claveles, esta última de honda influencia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano². Ello es relevante en la medida que parece rondar en el discurso político constitucional acerca de la asamblea constituyente

¹ VANOSI (1976) pp. 180 y ss. También PÉREZ SERRANO (1984) y PÉREZ SERRANO (1989) pp. 461-475.

² CRISAFULLI (1969), del mismo autor “Disposizione e norma”, *Enc. di Diritto*, Tomo XIII-XIV. Lo innovador del aporte de Crisafulli se observa en la época en el tratamiento brindado en la doctrina italiana de posguerra al principio de igualdad, a los derechos sociales y al concepto de Constitución en un autor como CERETI (1958) pp. 30-35, 127-132, 172 y ss. Del notable jurista de Coimbra, José Joaquín Gomes Canotilho, un trabajo breve y contemporáneo en GOMES CANOTILHO (1995).

una concepción puramente funcionalista de la Constitución; que carga las tintas en las posibilidades fundacionales a través del poder constituyente de un nuevo orden económico, social y político.

Con todo, la reacción adversa que provoca la idea de “asamblea constituyente” en el *establishment* político o élites, y en medios de comunicación escritos, no deja de causar cierta estupefacción; es una reacción desmedida que adolece de un filisteísmo (moral e intelectual) y de un fariseísmo, refleja un cierto empobrecimiento del debate político constitucional y responde naturalmente al desempoderamiento de la “clase política” que genera en un sistema democrático la restitución temporal, extraordinaria de la soberanía al pueblo o cuerpo electoral. Tal reacción defensiva toma como anclaje teórico e ideológico un tipo de democracia constitucional concebida como un orden constitucional cerrado, que sólo admite la reforma, probablemente sometida a todo tipo de límites materiales internos y externos implícitos, límites más eficientes que la debatida “autorreferencia” del sistema, y además es una reacción plagada de lugares comunes que no resisten mayor análisis (desmantelamiento de la democracia representativa, sustitución de ese modelo por una democracia plebiscitaria, implantación de un populismo autoritario, o de un neochavismo, entre otros espantapájaros).

En contraste con esta reacción defensiva, cabría afirmar que lo cierto es que un debate que gira sobre –las asambleas constituyentes– concierne a una técnica imbricada en un procedimiento propio de la democracia moderna para el ejercicio del poder constituyente originario. Más aún, en muchas democracias pluralistas occidentales la asamblea constituyente es un mecanismo o técnica del procedimiento estatuido para el ejercicio del poder constituyente derivado o constituido (reforma constitucional). También en nuestra América la asamblea constituyente es una técnica parte del procedimiento ordinario para el ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma (Uruguay, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela)³.

Un debate distinto al conceptual (teórico) relativo al lugar de la asamblea constituyente en el ejercicio del poder constituyente, es el contextual o si quiere de “realidad” o de “política real”. En un plano teórico el debate contextual es propio del dominio disciplinario de la ciencia política y de la sociología en la medida que concierne al ejercicio efectivo del poder constituyente originario (condiciones políticas, sociales y económicas del proceso político real), y a sus posibilidades reales o prácticas. En este plano se pueden esclarecer las raíces y proyecciones de

³ LUTZ, Donald. (1995).

un proceso constituyente como el de Chile asociado a movimientos sociales en su origen al menos. Complementario al debate conceptual y contextual, es la implantación efectiva de un poder constituyente democrático, que exige determinar jurídica e institucionalmente todo lo referente acerca de cómo se ejerce (intervención por el cuerpo electoral, organización, funcionamiento del proceso constituyente y su “juridicidad”) dicho poder constituyente por el soberano. Ello nos sitúa ante los procedimientos democráticos o populares de generación de una Constitución y las técnicas o mecanismos estándares, a saber: asamblea constituyente, referéndum constituyente y congreso constituyente, y la injerencia de los juristas o “expertos” en dicha fase genética. También la implantación de un poder constituyente democrático engloba determinar el grado y profundidad de la continuidad-discontinuidad de órdenes constitucionales.

Por otra parte, tanto la reforma total de la Constitución como la asamblea constituyente, suponen que el Congreso Nacional o la Asamblea (ambas constituyentes) funcionan como órganos asamblearios de representación del cuerpo electoral depositario de la soberanía popular, por lo que las decisiones a que arribe son un trabajoso resultado de la deliberación, de las condiciones comunicativas, de la racionalidad procedimental del doble examen de las propuestas, de la construcción de consensos e identificación de disensos y suscripción de acuerdos, los que no están exentos de compromisos “apócrifos” (Schmitt) y fórmulas normativas de “textura abierta”⁴. Lo anterior arranca de los dos componentes basales de una Constitución democrática: la conexión a la soberanía del pueblo directa o indirecta y el pluralismo social, político e ideológico subyacente que impone consagrar un plexo de derechos a las minorías. En la representación política asociada a la integración del Congreso Nacional o de la Asamblea subyace el pluralismo político e ideológico; pluralismo que es mayor y más fiel al fraccionamiento del cuerpo político si el método de escrutinio empleado en la fórmula electoral imperante para generar una Asamblea es el proporcional en una base territorial nacional; sin perjuicio de ser corregido. Las diferencias se refieren más bien a cuestiones accesorias, aunque importantes, acerca de la generación electiva, la organización (v. gr. presidencia, mesas, comités, plenaria y comisiones) y funcionamiento (v. gr. sesiones ordinarias y extraordinarias, quórum de constitución válida de sesiones y de adopción de acuerdos) de estos órganos, su temporalidad (en la medida que la asamblea es generada con el fin específico de elaborar una Constitución) y el eventual recurso al referéndum en la hipótesis de una asamblea constituyente. Otra cuestión acce-

⁴ HART (1968).

soria, aunque capital, para el derecho constitucional transitorio, son los eventuales poderes de intervención de una Asamblea, en los poderes públicos constituidos del orden constitucional que fenece, para hacer posible la etapa transicional.

Al mismo tiempo se observa en la reacción defensiva de las élites o al menos parte de ella a la demonizada asamblea constituyente (por extensión también a la variante de operación constituyente), un embelesamiento con una Constitución vigente que no es sino un decreto ley-fundamental de un régimen autoritario (D.L. N° 3.464 de 8 de agosto de 1980), sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980. Tal embelesamiento en parte importante del estamento de los juristas expertos “biempensantes” (profesores, jueces y comunidad forense) es una patología que denominamos “fetichismo constitucional”. La “Constitución” de 1980 es la culminación de una revolución autoritario-capitalista que se inicia el 11 de septiembre de 1973 y, por ende, es concebida como un sistema de instituciones que operan como enclaves autoritarios y/o dispositivos contramayoritarios. Es una “Constitución” de defensa, obra de una dictadura de clase; reactiva a la “vía chilena al socialismo” que encarnó el gobierno popular (1970-1973). De Constitución formal adscripta al constitucionalismo moderno el decreto ley-fundamental sólo posee el “nomen iuris”: así como las “leyes” dictadas por la Junta de Gobierno desde el 11 de marzo de 1981. Al menos antes de 1980 los decretos leyes fundamentales de la Junta de Gobierno acuñaron la más recatada denominación de “Actas Constitucionales” (AC N° 1, Consejo de Estado, D.L. N° 1.319, de 1976; AC N° 2, Bases esenciales de la institucionalidad chilena, D.L. N° 1.551, de 1976; AC N° 3, De los derechos y deberes constitucionales, D.L. N° 1552, de 1976, y AC N° 4, Regímenes de Emergencia, D.L. N° 1.553, de 1976). Este decreto ley-fundamental (D.L. N° 3.464), fruto de la potestad constituyente de los órganos del régimen autoritario de época, es en el mejor de los casos una “Constitución” otorgada, originaria y necesaria en cuanto sustituto documental de la Constitución material.

El ciclo de reformas constitucionales abierto en julio de 1989 y que suma más de treinta enmiendas a la fecha y más de 242 artículos de la Constitución modificados, adicionados, sustituidos o derogados, nobleza obliga reconocerlo, es demostración de una legitimidad democrática de ejercicio muy parcial forzada por la política real y la realidad de una transición pactada; pero es también demostración palmaria que el ciclo reformista agotó sus posibilidades y el arreglo institucional requiere de una nueva Constitución. Este ciclo reformista (1989-2005) se monta en el clivaje democracia/dictadura propio de la transición a la democracia y, por ende, el contenido de las reformas constitucionales del período están principalmente enderezadas a remover los “enclaves autoritarios”, lo que parcialmente se

logró gracias a la reforma constitucional de 2005, que llegó quince años tarde; en la medida que su contenido preceptivo estaba en el discurso constitucional de la década de 1980 contenidos en los documentos del Grupo de Estudios Constitucionales e incluso en el Acuerdo Nacional) y en los numerosos proyectos de reforma constitucional no natos de la transición. Así, el decreto ley-fundamental deviene en la “Constitución de 1980/2005”, una mixtura de normas, que suprime enclaves autoritarios, mantiene institutos contramayoritarios, y deja a salvo en buena medida la parte dogmática de la “Constitución” originaria (Constitución económica y social) y su techo ideológico neoliberal (y su no menos evidente horizonte iusnaturalista).

Paradójicamente, también en parte de la oposición política y en los movimientos sociales partidarios de la asamblea constituyente, se abre camino un discurso político-constitucional fetichista en relación a la asamblea y el poder constituyente; que se escribe en prosa cuasi religiosa o mesiánica, y que deposita en el poder popular constituyente una potencia regeneradora y catártica, de un hombre nuevo y de un orden social, político, económico y jurídico nuevo por obra del nuevo sujeto popular que ya no es el proletariado o clase trabajadora (Salazar)⁵. El nuevo sujeto popular es una actualización radical y autoconsciente de los de abajo, del peonaje, del mestizaje, de los hombres y mujeres del mundo popular; los “perdedores” habituales o de siempre; y que se encuentran excluidos u olvidados. Es un lejano eco de la “verdadera democracia” de Marx, tributaria de Rousseau, en manos de una nueva clase en sí y para sí: los nuevos movimientos sociales, capaz de recrear una “comuna”, una democracia de consejos, o una más autóctona y modernizada “democracia de los pueblos”.

Nuestro planteamiento teórico-práctico crítico no es nuevo, tiene más de un lustro: es la apertura de una operación constituyente; orientada a superar la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas encuadradas en la Constitución de 1980/2005, a través de una nueva Constitución o “Constitución del Bicentenario”. En esta operación constituyente, el nudo gordiano que bloquea las posibilidades de reformas constitucionales es el conjunto de reglas instituidas en el Capítulo XV de la Constitución vigente; nudo que debe ser desatado o cortado; abriéndose así eventualmente la necesidad de apelar al poder constituyente originario democrático y con ello a la soberanía popular. Nuestro planteamiento también es más modesto, si se quiere, entiende que la Constitución es un “instrumento

⁵ SALAZAR (2011).

de gobierno”, un subsistema de normas iusfundamentales relativo a las normas básicas del “estatuto del poder” y a las normas que determinan la relación del Estado, las personas y sus grupos (sociedad civil) a través de la técnica de los derechos (civiles, políticos y sociales)⁶.

En efecto, el poder constituyente derivado u originario a que recurre una operación constituyente, tiene un objetivo más bien modesto en algún sentido, una nueva Constitución, es decir, un instrumento de gobierno con un arreglo institucional superador de la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO: CONTINUIDAD O DISCONTINUIDAD DE ÓRDENES CONSTITUCIONALES

La operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución, está abierta, agotada o fracasada que fuera la fórmula de reforma constitucional; a recurrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios, el fin: una nueva Constitución y los medios: una reforma constitucional total, que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total; o bien una nueva Carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o hiper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente tal bloqueo, efectivizado a través de quórum reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo, es la suerte corrida por la inédita iniciativa reformista surgida en el Senado durante el año 2011 de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de

⁶ ZÚÑIGA (2012).

enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador. Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “super-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas, leyes de quórum calificado), que introducen una anómala superlegalidad de espuria naturaleza y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías. Otro elocuente ejemplo es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral soportante de la fórmula “binominal” empírica como “precio” a la reforma constitucional de 2005 (Disposición Transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quórum reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper-rígida, bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios y neoliberales⁷. El proceso constituyente se abre, hemos dicho en otro lugar, desatando o cortando el nudo gordiano de la Constitución; contenido en el capítulo XV de “Reforma de la Constitución”; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia” o en su defecto las reemplaza; porque ciertamente “... fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg); pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso⁸.

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehiculiza en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que plasman en una Constitución formal; y tal instrumento de gobierno encuentra en la asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente, una panoplia de técnicas o mecanismos insertos en procedimientos democráticos o “populares” que incluso admiten ser usados en cuanto técnicas conjuntamente. Las técnicas o mecanismos reseñados están insertas en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente; configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

⁷ BRYCE (1988). Una perspectiva crítica de la tradicional de Bryce en los trabajos de PACE y VARELA (1995). En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución CUMPLIDO y NOGUEIRA (1986), pp. 117-130.

⁸ ZÚÑIGA (2006). CARRE DE MALBERG (1948), pp. 1175.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario, es pura facticidad o es “juridicidad”, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Tal continuidad-discontinuidad tienen una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”. Tal distinción es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeneidad” o facticidad y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergottini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón entre el orden constitucional que fenece y el que nace, como en Italia de posguerra se sostiene en tono burlón es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una república imbuida de los ideales del antifascismo; en Francia de posguerra es la Ley de 2 de noviembre de 1945 que abre paso a la IV república; en España la última Ley Fundamental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú), en Portugal de la revolución de los claveles (1974-1976) los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrustegui)⁹.

Otra fuente de ejemplos, algo desconocida en nuestro medio, fueron los cambios constitucionales acaecidos en Europa Oriental y la ex Unión Soviética (Biscaretti di Ruffia, Vergottini, Oehling, entre otros), después de caída del Muro de Berlín en 1989, y las peculiares características transicionales de esos países, así como el influjo del parlamentarismo racionalizado germano en dichos procesos constituyentes a la hora de implantar nuevos regímenes políticos.

⁹ LINARES QUINTANA (1988). También, LOWENSTEIN (1982), pp. 160-161. Del jurista italiano BISCARETTI DI RUFFIA (1979), en especial pp. 310-318; BICARETTI DI RUFFIA (1973), pp. 261-266. También VERGOTTINI (1981), pp. 144-157; VERGOTTINI (1985), pp. 155-157. LUCAS VERDÚ (1976); SATRUSTEGUI (1984), p. 33.

Pero tal conexión de órdenes constitucionales que se suceden en el tiempo, vía un “derecho constitucional transitorio” no es necesaria, y pende del proceso político real; y subyace a ella la exigencia política, ideológica y cultural de dar apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” al cambio constitucional, exigencia de la que se hace eco la dogmática constitucional y los juristas “expertos”.

El “derecho constitucional transitorio” sirve de nexo entre dos órdenes constitucionales que se suceden temporalmente, uno fenece y otro nace, permitiendo así cubrir con un manto de “legitimidad” o “juridicidad” al nexo con el pasado, a la evidente, notoria y necesaria facticidad del recurso al poder constituyente originario. El derecho constitucional transitorio opera como un verdadero asilo o refugio de los defensores de la “juridicidad” en la medida que descansa en un nexo de órdenes constitucionales, en un proceso constituyente de cambio.

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados) y a los “políticos”. Mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano; que consagraría un “derecho a la democracia” y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1º, 2º y 6º de la Carta Democrática Interamericana de OEA que ponen en el centro de la democracia y el Estado de Derecho la participación del pueblo soberano. Por ello sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución sólo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca para así no subvertir el “orden institucional”¹⁰.

Luego de la paradoja de enfrentarnos a la facticidad, la doctrina constitucional contemporánea nos propone la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”; procedimientos que conectan o desconectan un orden constitucional con otro orden en el ámbito de un mismo Estado. Sólo nos resta afirmar, para no pecar de excesivo escepticismo o criticismo con la doctrina, que tal paradoja que tensiona facticidad-juridicidad va depender del proceso político real inserto en la historia de cada país.

¹⁰ Consultar un breve trabajo de QUINTANA (2012), pp. 552-555.

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad, es un verdadero sofisma en la medida que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una “Grundnorm” o basamento de validez hipotética que arranca de la “primigeneidad” o facticidad. La “Grundnorm” confiere fundamento de validez al ordenamiento jurídico, en la medida que esta “norma” presupuesta y necesaria estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales. La conexión entre órdenes constitucionales, para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos”¹¹.

III. PODER-ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La Constitución es fruto de un “paralelogramo de fuerzas” (políticas, económicas y sociales) históricamente determinadas, fuerzas que tienen muy poco de sacralidad, santidad o eternidad (Wheare). La Constitución no es una “potencia mística” (Laband), es una pieza basal del edificio estatal, un subsistema de normas iusfundamentales. El constitucionalismo clásico llegó a plantearse no sólo la necesidad de reformar la Constitución, sino su revisión necesaria en “generaciones”, como lo hiciera Jefferson o lo ordena el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que identifica un derecho a reformar la Constitución por cada generación; todo inspirado en un pactismo que sostendrá que las generaciones de hombres vivos no están obligados por generaciones de hombres muertos. En ese contexto el poder constituyente lo ejerce no necesariamente o en propiedad un sujeto predeterminado (pueblo, nación, junta, caudillo, partido, movimiento, clase, casta o élite), sino el sujeto que histórica y efectivamente puede ejercerlo. Este poder constituyente, en una acepción amplia o lata, es la fuerza social o política que adopta la decisión normativamente expresada sobre la forma de organizar la convivencia política, concretándose en un poder encargado de formular una Constitución¹². Sólo de la mano de la doctrina clásica del poder constituyente, su titular es la nación (burguesía o “tercer estado” en Siéyès) o el pueblo (Rousseau) y sus características pasan a ser las propias de la soberanía.

¹¹ IHERING (1933). También FRIEDRICH (1946), pp. 134-156.

¹² WHEARE (1971), p. 73. También DE OTTO PARDO (1980). LABAND (1901), Tomo II, p. 314.

En la teoría política el origen de la doctrina clásica del poder constituyente se encuentra en el *Agreement of the People* de Cronwell y que pasa, de una parte, a Nueva Inglaterra (cartas constitucionales de Rhode Island y Connecticut) y, de otra, al continente (Revolución Francesa), siendo sus teóricos del período Condorcet y en especial el abate E. J. Siéyés. Se distingue un poder constituyente originario y uno derivado o poder constituido; quedando este último residenciado en el órgano al que la propia Constitución atribuye la posibilidad de reformar aquélla (asamblea especial, mayorías reforzadas del Parlamento, el pueblo mediante referéndum, entre otros). Y es en el laboratorio magnífico de la realidad histórica de las revoluciones políticas y/o burguesas de los siglos XVIII y XIX, donde se pergeña y se aplica la doctrina clásica del poder constituyente originario y derivado, para sustituir el principio legitimista monárquico por el principio liberal primero y por el principio democrático más tarde¹³. La conexión de esta doctrina del poder constituyente de Siéyés con el contractualismo de época es muy evidente, y además ideológicamente necesario, en la sustitución del principio de legitimidad. Pero no hay duda que esta doctrina clásica del poder constituyente es restringida ya que reconoce como único titular a la nación o al pueblo.

Estas dos acepciones del poder constituyente, nos permite primero clasificar las constituciones en cuanto a su procedimiento de origen y sujeto “soberano” en constituciones otorgadas, constituciones pactadas y constituciones democráticas, y así ligar el poder constituyente democrático a constituciones democráticas; y segundo, nos permite seguir trabajando con la diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado; diferenciando este último que aquilata en la reforma constitucional de otros conceptos relacionados tales como supresión, suspensión, quebrantamiento, destrucción y mutación de la Constitución (C. Schmitt, G. Jellinek, Hsü Dau Lin)¹⁴. Esta delimitación de conceptos nos permite abordar los “límites del poder constituyente” heterónomos (nacionales e internacionales), autónomos y absolutos (W. Jellinek) y su real eficacia práctica.

En Chile, de las constituciones históricas más relevantes (1828, 1833, 1925); sólo la Constitución liberal de 1828, influida por un temprano, raquíto y efímero liberalismo democrático bajo el influjo francés, americano y gaditano, es fruto de un poder constituyente originario democrático; “democrático” en sus coordenadas de época. La Constitución conservadora de 1833 es fruto del poder constituyente de la

¹³ LINARES QUINTANA (1988), pp. 173-207. También FRIEDRICH (1946), pp. 123-133 y la reelaboración de la misma obra por el autor (1975), Tomo I, pp. 275-312.

¹⁴ JELLINEK (1991). HSÜ DAU-LIN (1998).

fuerza de las armas en 1830 (Lircay) y de un sector de la oligarquía o peluconismo-estancadero, y montada sobre ficciones se presenta a sí misma como una reforma a la Constitución de 1828, la que contenía una cláusula de irreformabilidad de ocho años (1836). La Constitución de 1925, también se presenta a sí misma como una reforma de la Constitución anterior; saltándose eso sí sus procedimientos, es resultado de un poder constituyente relativamente democrático, fruto formal de una subcomisión de reforma designada e intervenida por el presidente Alessandri Palma y ratificada vía referéndum, alumbró vida por la presión del ejército de la época abocado al restablecimiento de la autoridad presidencial y del orden.

La “Constitución” de 1980 es fruto de un poder constituyente autocrático residenciado en una Junta, expresión orgánica de un régimen autoritario que se había dado su propia legalidad (D.L. N° 1 Acta de la Junta de Gobierno de 11 de septiembre de 1973, D.L. N° 128, de 1973, D.L. N° 527 de 1974, D.L. N° 788 de 1974 y D.L. N° 806, de 1974), colofón de una revolución restauradora de un capitalismo de nuevo cuño; cuya expresión ideológica en el campo económico y político más perdurable es el “ladrillo”, de los economistas neoliberales; que cuajó en una reforma fiscal y en un programa de “modernizaciones”; que son claves para entender nuestro actual capitalismo. Tal restauración del capitalismo define también la resistencia de la parte dogmática de la Constitución a su reforma en el ciclo reformista (1989-2005).

Este breve recuento acerca de la conexión genética de Constitución-poder constituyente en nuestras constituciones históricas no pretende ser nihilista, y “empatar” las ilegitimidades de origen de estas constituciones, en especial la de 1925 y la de 1980, para así blanquear a esta última. Ello, porque no es posible hacer equivalentes o “empatar” las constituciones de 1925 y de 1980.

En consecuencia, un repaso sumario a la historia constitucional acerca de la génesis de nuestras constituciones históricas, nos obliga no al nihilismo, pero sí a cierto escepticismo, y por ende, a matizar las afirmaciones acerca de que la asamblea constituyente, en cuanto a mecanismo o técnica sería necesariamente reflejo de un quiebre institucional, de una revolución o simplemente “big-bang” del sistema político. En este plano histórico constitucional lo único parangonable o comparable diacrónicamente en Chile a una “asamblea constituyente” es el Congreso Constituyente elegido para la discusión y aprobación de la Constitución liberal de 1828; proceso constituyente no precedido por un quiebre, revolución o “big-bang” del sistema político; sino por el contrario fue un magnífico esfuerzo del liberalismo democrático de época por dotar al Estado nacional de una Constitución “racional normativa”.

Por otra parte, el término de comparación sincrónico de las asambleas constituyentes (los procesos constituyentes más recientes en América Latina: Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) o el signo ideológico “populista” de izquierda de algunos de sus gobiernos, es errado, por estar divorciado de cada proceso histórico en dichos países; y no haber en rigor *tertium comparationis* que haga posible extraer conclusiones teóricas y positivas comparativas.

La asamblea constituyente nos plantea un debate infinitamente más modesto, debate en el cual emerge simplemente como una técnica o mecanismo de un procedimiento democrático para el ejercicio del poder constituyente originario y/o derivado. La asamblea constituyente no es un mecanismo necesariamente asociado a una crisis institucional, revolución o “big-bang” constitucional del sistema político o fruto de las ideas sostenidas por políticos o juristas “expertos” radicales; divorciados de la siempre complaciente realidad o ajenos a la realidad captada en todos sus extremos por quienes se someten a la “erótica del poder” y a la comodidad del servicio en las instituciones.

La doctrina clásica del poder constituyente, ligada al contractualismo, pensada y escrita al calor de las revoluciones políticas y burguesas de la modernidad, nos permite situar históricamente el problema constituyente en la base del Estado liberal-burgués primero y del Estado democrático después, como fuente y medida de legitimidad del poder, residenciado en la nación o pueblo¹⁵. En este preciso contexto histórico la asamblea constituyente es un procedimiento propio de una revolución. Probablemente este es uno de los aportes más duraderos de la doctrina clásica del poder constituyente, a la hora de situar el principio democrático como fundamento de la edificación del orden estatal. Con todo, deslindada la asamblea constituyente de ese contexto histórico revolucionario o fundacional, emerge como un simple mecanismo o técnica del procedimiento a través del cual se ejerce el poder constituyente originario y/o derivado.

Así expuesta la cuestión (la asamblea constituyente como un mecanismo ligado al procedimiento en que se ejerce el poder constituyente), el contraste con nuestra realidad histórico-constitucional reciente es notoria, y resulta palmaria, y prácticamente no negada hoy, la ilegitimidad de origen de la “Constitución” de 1980 o decreto ley-fundamental. Tal ilegitimidad de origen no es un bizantinismo o debate de pasado, sí importa para la legitimación actual del sistema institucional, como también es innegable la legitimidad de ejercicio parcial de

¹⁵ ROUSSEAU (1984). También SIEYÉS (1988).

la Constitución 1980/2005, merced el ciclo de reformas constitucionales de la transición. En un sentido weberiano tal ilegitimidad de origen sí importa a la hora de descubrir los problemas de legitimidad “legal-racional” del derecho nacional en relación a su “Constitución”. El derecho estatal determina las respuestas a los problemas de toda forma política: quién gobierna, cómo gobierna y para qué gobierna, respuestas que conforman en su dimensión institucional un sistema de dominación política; la que en el caso de Chile adolece de un problema de legitimación y legitimidad de origen; que a pesar de la parcial de legitimidad de ejercicio merced el ciclo reformista (1989-2005), permanece hasta el día de hoy.

En consecuencia, el problema constituyente permite hoy, plantearse como fin: una nueva Constitución democrática en su origen, con techo ideológico abierto a las doctrinas constitucionales modernas (liberal, democrática y social) y con un estatuto del poder fuertemente ligado al principio democrático, que sustituya el régimen político, actualice la tabla de derechos y garantías, racionalice las “autonomías constitucionales” y modifique el esquema de distribución territorial del poder.

El problema constituyente también nos permite hoy debatir con un mínimo de racionalidad y rigor teórico-práctico acerca de los medios o procedimientos idóneos para la consecución de una nueva Constitución.

IV. PODER CONSTITUYENTE - NUEVA CONSTITUCIÓN

El abordaje del problema constituyente está incompleto sin un sumario repaso a las doctrinas acerca del poder constituyente; que nos permita situar dogmáticamente el debate constituyente. En este abordaje por razones de espacio pasamos por alto dos cuestiones capitales: primero, las raíces scotistas de la soberanía (*potentia absoluta-potentia ordinata*), su inspiración teológica y su secularización en la obra práctica y teórica de los “políticos”, en especial L Hopital y Bodin, y su engarce epocal con la matanza de San Bartolomé; y segundo, la conexión soberanía y contractualismo.

En la doctrina constitucional, herencia de la doctrina clásica, la potestad constituyente es entendida como una voluntad radical, extraordinaria, permanente, originaria y soberana de una comunidad política que se da una Constitución. En la raíz del concepto poder constituyente, nos recuerda el jurista español Torres del Moral, hay dos acepciones: una acepción amplia que lo define como el poder (función-potestad) de otorgar una Constitución; como lo entiende Schmitt: “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión

de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política”, y una acepción restringida que lo asocia al principio-dogma de la soberanía en sus versiones galas de soberanía nacional o soberanía popular, acepción que liga históricamente este poder a la legitimidad basal del Estado liberal o del Estado democrático. El jurista argentino Bidart Campos, partiendo de que, si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin”, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución a un Estado; concluye a partir de estos extremos a trazar una definición, con bastante precisión, del concepto global: “poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo”¹⁶.

El poder constituyente –escribe Linares Quintana– “es la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución”, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario. Para el jurista germano Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad política con fuerza, o autoridad para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política. De las decisiones de esta voluntad deriva la validez de toda ulterior “regulación legal” constitucional; la cual será cualitativamente distinta de aquéllas¹⁷. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino en una decisión política surgida de un ser político acerca del modo y la forma del propio ser. La palabra voluntad enuncia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez, en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta.

Por su parte, el gran jurista argentino Carlos Sánchez Viamonte define el poder constituyente como la “soberanía originaria extraordinaria, suprema en cuyo ejercicio de la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua; soberanía originaria –dice– porque es su primera manifestación de soberanía”. Y en ella, se origina el orden jurídico; extraordinaria, porque sólo actúa cuando es necesario dictar una Constitución o modificarla, cesando inmediatamente de llenado su cometido; suprema, porque está por encima de cualquier otra manifestación de autoridad, desde que crea o constituye los poderes constituidos, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites; directa, porque requiere

¹⁶ TORRES DEL MORAL (1991), pp. 181-182. Del jurista argentino BIDART CAMPOS (1969), en especial pp. 521-524; y (1961), pp. 114-121.

¹⁷ SCHMITT (1982), pp. 93-94.

la intervención inmediata del pueblo por medio del referéndum o el plebiscito. Comenta el jurista argentino que “parece mentira que este asunto doctrinario presente dificultades después de haberlo resuelto con tanta sencillez y claridad el sistema constitucional americano creado por los Estados Unidos, nada más fácil que comprender lo que en él se consagra. Todo lo que contiene la Constitución tiene jerarquía constituyente; todo lo que se suprime, o enmienda corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra”¹⁸.

Desde sus comienzos distinguió el constitucionalismo moderno, tributario del pensamiento teológico político reformador de los monarcómacos y esclareciéndolo debidamente, que el fundamento de la supremacía de la Constitución radica en que ella emana de una “instancia no común” a las demás, leyes, sino exclusiva, a la que subyace la lógica del pacto o contrato. Ya en los días de la Revolución Francesa, en la Asamblea Nacional, el abate Siéyés fundamentó la doctrina clásica del poder constituyente, la que hizo fortuna y llegó a nuestros días, habiendo sido uno de los baluartes del liberalismo y de la teoría de la representación política, calificándosela como una de las técnicas más adecuadas para resguardar la supremacía constitucional.

Una de las premisas del liberalismo burgués del siglo XIX fue la de que el orden jurídico comunitario debía asentarse sobre una ley; a la que era necesario rodear de las garantías de permanencia y de estabilidad para sustraerla a los vaivenes de la vida política histórica y fue precisamente en estos términos que Siéyés fundamentó la teoría del poder constituyente. Claro está que ello es válido dentro del orden democrático, pero no para el orden monárquico, que reposa sobre la base de que dicho poder lo tiene la monarquía, ni tampoco en las dictaduras –antiguas y modernas– en que reposa en la persona del dictador. La soberanía de la comunidad política –decía Siéyés– estaba en la nación (burguesía o tercer estado) y éste la expresaba en actos o en instancias de diferente jerarquía: una, la principal, la fundacional del orden jurídico, cuando la comunidad política sentaba o dictaba las bases de una Constitución. Sobre esa potestad política, idónea para fundar el orden jurídico de la comunidad, es decir, para dictar una Constitución, ley fundamental, surperley, permanente, escrita y rígida, Siéyés decía: “la potestad se llama poder constituyente”. Como el nombre lo está indicando es el poder que constituye, que proporciona las bases estructurales del edificio político; y eso es la expresión más alta de la soberanía política de una comunidad.

¹⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE (1957) y (1957b).

La fortaleza histórico política y doctrinal de esta acepción restringida de poder constituyente, cuya formulación revolucionaria burguesa pergeñada al calor de la Revolución Francesa la resume magistralmente Siéyés, derivó en doctrina clásica, alcanzando a coincidir el poder constituyente originario, en sus atributos con los predicados de la soberanía misma: poder originario o radical al estar residenciado en la nación o pueblo sin intermediarios, poder extraordinario al actuar en momentos fundacionales o de cambio político; poder permanente, del sujeto titular, aunque de ejercicio discontinuo, poder unitario e indivisible en razón de su sujeto titular (nación o pueblo); poder inalienable por ser expresión de la soberanía que es entendida como elemento del Estado mismo, y que en cuanto a sus límites no reconoce más que la irreversibilidad de su titular. La distinción poder constituyente originario y poder constituyente derivado marca toda una época y la doctrina constitucional es prisionera de ella en gran medida.

Ese poder constituyente, dicta la doctrina clásica, es permanente de toda comunidad, imprescriptible, inalienable, no se enajena nunca; siempre el pueblo, la comunidad, reserva la potestad constituyente. No hay aquí, diríamos, transferencia; por eso es que el representante de una instancia constituyente va a cumplir una misión expresa y transitoria, la que una vez cumplida da término a la representación política para la constituyente. De ello se deduce la distinción formulada por Siéyés, que llega hasta nuestros días, que afirma la supremacía de la Constitución, porque como ley, como norma jurídica, tiene una prioridad que le es característica, prioridad que proviene de una instancia política superior singular a la de los poderes constituidos (la voluntad nacional es el origen de toda legalidad). Por eso cuando se hace el contralor de constitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno o de una sentencia judicial y éstos ceden frente a la aplicación constitucional, es porque desde el origen los mismos tienen inferior jerarquía que la de la Constitución¹⁹.

En la mentada doctrina clásica el poder constituyente puede ser originario o derivado. Es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del Estado a fin de darle nacimiento y estructura o en momentos de cambio; y es derivado cuando se ejerce para reformar total o parcialmente la Constitución. Ciertamente, la Constitución formal tiende a la permanencia y cuenta con garantías de su supremacía, valor normativo y eficacia normativa como lo es la garantía normativa de

¹⁹ JELLINEK, G. (1970), p. 386.

la rigidez o las garantías procesales de la jurisdicción constitucional, y se abre al poder constituyente derivado o reforma en pos de su permanencia o estabilidad. Pero no basta, siempre está latente el recurso al poder constituyente originario y a la “Grundnorm”²⁰. El poder constituyente originario tiene como titular al pueblo o a la comunidad, porque es toda ella quien debe proveer a la organización política y jurídica en el momento en que se crea el Estado o se cambia el régimen político. La residencia o titularidad del poder constituyente en el pueblo sólo cabe reconocerla en potencia, o sea, en el sentido de que no hay nadie predeterminado para ejercerlo. El ejercicio “en acto” de ese poder constituyente se radica, en “razón de eficacia”, en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar la estructura fundacional del Estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto.

El poder constituyente originario es, en principio, dado que es expresión prístina de la soberanía, ilimitado, lo que significa que no tiene límites de derecho positivo (no hay ninguna instancia superior que lo condicione). Empero, esta ilimitación propia de la noción más tradicional de soberanía estatal, no descarta reconocer límites.

En cuanto a los límites al ejercicio de la soberanía, tempranamente W. Jellinek²¹ planteó en la dogmática constitucional germana una doctrina acerca de los límites del poder constituyente, doctrina que obliga a realizar un conjunto de matizaciones, a saber: acoplamiento de tales límites en la doctrina clásica que se asienta en la distinción poder constituyente originario y poder constituyente derivado, engarzamiento de la doctrina con el derecho constitucional positivo, y relación de este poder constituyente en las coordenadas del Estado nacional con el derecho internacional, replanteando de algún modo el viejo concepto de soberanía. Luego, a pesar de las contribuciones a la dogmática constitucional contemporánea, la doctrina acerca de los límites del poder constituyente es una cuestión problemática o debatida, y la dogmática no aporta mayor claridad a pesar de haberse decantado una verdadera tipología de límites: heterónomos (de derecho positivo y externos en un plano federal o internacional), autónomos (de derecho positivo e internos) y absolutos (que rebasan el derecho positivo); límites que se desglosan en: materiales internos e internacionales, explícitos o implícitos, todos límites muy discutidos en su positividad-efectividad.

²⁰ KELSEN (1979), pp. 327-329.

²¹ JELLINEK, W. (1931).

Un botón de muestra de la labilidad de los límites son ciertos enunciados ligados a ideologías naturalistas, a saber: a) los límites suprapositivos del valor “justicia” (o Derecho Natural); b) los límites que pueden derivar del Derecho Internacional Público (por ej. tratados o *ius cogens*); c) el condicionamiento de la realidad social con todos sus ingredientes, que un método realista de elaboración debe tomar en cuenta para organizar el Estado (Bidart Campos), o d) las cláusulas de eternidad (Häberle)²². Otro botón de muestra de lo descaminado que puede resultar la doctrina de los límites al poder constituyente es la extensión del “control de convencionalidad” que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del sistema interamericano, que es un sistema internacional de protección, control que concierne a todas las potestades públicas del Estado parte.

En la actualidad, la dogmática constitucional todavía es tributaria o lastra con la doctrina clásica del poder constituyente, y por cierto con la doctrina acerca de los límites al poder constituyente e incluso debate en torno a su justificabilidad. Lo cierto es que el poder constituyente (originario) es un concepto límite.

V. CONCLUSIONES. DE VUELTA A LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

El debate de hoy, a nuestro juicio, no debe girar ni principal ni menos exclusivamente, en torno a la asamblea constituyente, que es uno de los medios incrustados en un procedimiento para el ejercicio del poder constituyente democrático; sino que el debate hoy debe estar centrado en el fin perseguido a propósito del problema y debate constituyentes: una nueva Constitución, fruto del poder constituyente democrático y sus contenidos normativos iusfundamentales abiertos a las vertientes ideológico-culturales del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social). Ese constitucionalismo pluralista subyacente en la nueva Constitución es perfectamente compatible con un constitucionalismo mínimo, republicano-democrático o popular, y con la idea de “patriotismo constitucional” o mínimo común ideológico y cultural presente en la Constitución y que sirve de paraguas de legitimidad de ésta en la comunidad política²³. La operación constituyente en este sentido está abierta a desatar el nudo gordiano a través de la reforma total (poder constituyente derivado o constituido) o bien a cortar dicho nudo a través de una asamblea-referéndum constituyente (poder constituyente originario).

²² HÄBERLE (2003), pp. 129-149. BISCARETTI DI RUFFIA (1973), pp. 271-286.

²³ NEGRI (1994). HABERMAS (1994).

La operación constituyente propuesta hace más de un lustro en otros trabajos de nuestra autoría está abierta a dos caminos: al poder constituyente derivado o poder de reforma total permitida por el capítulo XV y en las coordenadas de la Constitución vigente, saltando por los aires el problema de la autorreferencia (Ross), o al poder constituyente originario, como único recurso para salvar el bloqueo constitucional impuesto en la Constitución desde una lógica autoritaria-contramayoritaria. La operación constituyente, a partir de la configuración dualista del sistema democrático que diferencia períodos de desmovilización y de movilización cívica, está abierta al “momento constitucional” débil en el marco de un poder constituido de reforma o fuerte en un poder constituyente originario a través de técnicas tales como asambleas, congreso y/o referéndum constituyentes (Ackerman) en que las decisiones fundamentales son adoptadas por el pueblo. La operación constituyente afincada en un principio democrático; admite que la Constitución democrática lo es si sus procedimientos genéticos lo son y si es pluralista (Fioravanti), es decir, si la decisión del pueblo es fruto de la regla de mayoría con respeto a las minorías y sus derechos (Kelsen)²⁴. La operación constituyente es un concepto que engloba tanto desatar el nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución de 1980/2005, como cortar tal nudo gordiano.

En este contexto, para el fin perseguido (nueva Constitución), tanto el poder constituyente derivado y como el poder constituyente originario permiten conducir a un nuevo orden constitucional. En ambos caminos, la lógica transaccional o dialógica de la política democrática, tiene su lugar y preponderante.

El poder constituyente derivado tiene reglas establecidas en el capítulo XV (arts. 127-129) de la Constitución vigente y admite la reforma total, y con ello una nueva Constitución. En este orden de ideas, la iniciativa surgida en el Senado de una Comisión Bicameral, fenecida o en hibernación, es un camino para abrir la reforma total de la Constitución, transformando al Congreso Nacional en un anómalo “Congreso Constituyente”. Pero, la hiper rigidez de la Constitución heredada del régimen autoritario y de la reforma de 1989, permite el bloqueo en la reforma constitucional de minorías calificadas en función del quórum ordinario (3/5) y extraordinario (2/3) de reforma; minorías que utilizan la defensa de la Constitución para encubrir la defensa de un orden jurídico fundamental, político, social y económico heredado del autoritarismo.

²⁴ ROSS (2001), pp. 43-71. DE ACKERMAN (1999), pp. 94-99, 158-159, 168-175 y (1995), pp. 55-61. FIORAVANTI (2001), pp. 154-157. KELSEN (1977), pp. 81-98.

En cambio, el poder constituyente originario no tiene reglas preexistentes, es radical, permanente, extraordinario y soberano, su aparición en escena es fruto de un “paralelogramo de fuerzas”, de una específica dialéctica: estática-dinámica constitucionales, consecuencia de una “revolución” o de un cambio político institucional en que la Constitución vigente agota sus posibilidades. Como bien observa García Pelayo: “Toda Constitución, rígida o flexible, supone un intento de solución al aspecto jurídico-político de la existencia estatal, solución que se toma de acuerdo a unos datos del problema (situación de poderes sociales, estructura económica, estado cultural, etc.); mas cuando estos datos cambian, es claro que si la Constitución quiere seguir resolviendo el problema de la convivencia ha de cambiar, con reforma o sin reforma formal, en el sentido de sus preceptos; pero, justamente, la esencia de una Constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuido a las palabras del texto con relación a las situaciones concretas. Por eso, una Constitución escrita o no escrita, no es nunca una obra acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia”. Luego, en todo cambio constitucional están en juego las posibilidades de una reforma constitucional o de una nueva Constitución²⁵.

Frente al poder constituyente (función-potestad basal a la organización estatal) el Estado va a requerir siempre contar con una Constitución formal o material, una Constitución jurídico positiva y otra lógico positiva en que descansa el encadenamiento de validez del orden jurídico estatal, y en dicho encadenamiento ascendente siempre estará la facticidad inmediata y remota temporalmente hablando, sobre la que se superpone una hipótesis lógica necesaria para pensar el sistema y sus reglas con fundamento de validez en una Grundnorm o norma fundante básica (Kelsen). Unida a esa facticidad, el poder constituyente originario, usando un concepto ampliado y aceptado por la doctrina constitucional, es un poder que lo ejerce quien puede históricamente hacerlo, de suerte que sólo en su concepto restringido y en las coordenadas del principio democrático es el pueblo el depositario final del poder y la medida de su legitimidad. Ello obliga a tomar resguardo respecto de los permanentes intentos de vaciamiento o despersonalización de la soberanía haciendo “borroso” su sujeto, como lo observaba en el período de entreguerras Heller criticando a Kelsen y Krabbe o el proceso de momificación de la soberanía tan propio del renacer del concepto doctrinario de la “soberanía de la Constitución”, que no es sino su negación como ocurre en

²⁵ GARCIA PELAYO (1984), p. 132.

la obra de Kriele²⁶ o la más contemporánea negación presente en la teorización desustancialista de una de las mejores escuelas de la disciplina de nuestra lengua (la escuela de Oviedo).

En las coordenadas del poder constituyente originario democrático, la asamblea constituyente, congreso constituyente junto al referéndum constituyente, tienen un lugar principal como técnicas o mecanismos de procedimientos democráticos a través de los cuales encausar la potestad constituyente y traducir éste en decisiones e instrumento de gobierno. Tales procedimientos y el sistema de normas electorales y de competencia (convocatoria a elecciones, sistema electoral para elección de asambleístas o congresistas constituyentes, organización y funcionamiento de la asamblea constituyente, ulterior ratificación vía referéndum, entre otras materias) que permitan el ejercicio de la potestad constituyente naturalmente no se somete al reparto de potestades normativas que hace la Constitución de 1980/2005. El poder constituyente posee una legalidad *in fieri*, que se construye al andar; que no importa infracción de la Constitución o un vaporoso “quebrantamiento de la institucionalidad”, porque según sus gradaciones puede importar un derecho constitucional transitorio que haga *tabula rasa* del orden constitucional anterior o bien que establezca un nexo con el orden constitucional anterior.

Un poder constituyente originario democrático al margen del derecho constitucional imperante, resulta una obviedad en la medida que los órdenes constitucionales que configuran sistemas cerrados, no admiten reglas o previsiones para el ejercicio del poder constituyente originario, dado que la “soberanía” es depositada en la Constitución misma. El poder constituyente originario democrático se dará sus reglas, no para imponer una “dictadura de las mayorías”, sino para lograr cuajar un “instrumento de gobierno”, reflejando en éste los consensos y los disensos de un pacto político necesario para alumbrar una nueva Constitución.

Esta legalidad *in fieri* asociada al ejercicio del poder constituyente originario, difícilmente permite predeterminar *ex ante* poderes y fuentes formales del derecho a través de las cuales se aquilata tal legalidad y derecho constitucional transitorio. Lo cierto es que las fuentes formales en que aquilata la decisión de abrir el proceso constituyente, no reconocerán en la Constitución vigente, la competencia de la competencia, por lo que exorbitan los controles sistémicos, como el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

²⁶ También KELSEN (1993), en especial pp. 201-232. HELLER (1995), pp. 89 y siguientes. KRIELE (1980), pp. 316-318.

En cuanto al fin perseguido: una nueva Constitución; la operación constituyente se abre al poder constituyente derivado como al poder constituyente originario. Los dos caminos, uno aferrado a la reforma total y el otro a procedimientos democráticos de generación de una Constitución, permiten abrir el proceso constituyente.

En dicho proceso constituyente el nexo del poder constituyente con el orden constitucional anterior difiere en grado y profundidad. El poder constituyente derivado tiene sus reglas, posee una legitimidad-legalidad preconstituida y por ello controles sistémicos. El poder constituyente originario democrático obtiene y hace una legitimidad-legalidad *in fieri*.

Como decíamos antes la conexión real o ficticia entre el orden constitucional que fenece y el que nace varía en cada contexto histórico político; por lo que un derecho constitucional transitorio no es una realidad necesaria en los procesos constituyentes. Pero sigue siendo en gran medida un sofisma pretender que la conexión de estos órdenes le confiere al proceso constituyente “juridicidad”, al igual que al ejercicio del poder constituyente. Lo usual es que la facticidad se sobrepone, supera o simplemente arrasa con la normatividad.

En un proceso constituyente se presenta un “missing link” (Böckenförde); que no termina de resolver los problemas derivados de la dualidad normatividad-facticidad.

En este punto es menester reconocer que ocurre con el poder constituyente un conjunto de paradojas, que no dejan de estar ligadas al origen revolucionario de la doctrina clásica de Siéyès. Sin abusar de esa “sutil flor del espíritu” que es la paradoja (Pérez Serrano), podríamos sintetizar éstas del modo siguiente: primero la Constitución, basal al ordenamiento jurídico estatal o fundacional al Estado o su régimen político, es fruto de la misma unidad política pero en un momento prejurídico; segundo, el poder constituyente usualmente no es fundacional al Estado, sino a lo sumo en la perspectiva histórica de surgimiento del Estado nacional, se limita a organizarlo y darle forma positiva a su régimen político; tercero, la Constitución que es *norma normarum*, suprema y basal al Estado, a pesar de sus garantías de superlegalidad, garantías y estabilidad, puede durar menos tiempo que su Código Civil, y finalmente, el poder constituyente fruto de la soberanía viene de algún modo a limitar el ejercicio del poder constituido.

A estas paradojas la dogmática constitucional contemporánea se enfrenta con un arsenal conceptual y taxonómico fuertemente enclavado en la doctrina clásica del poder constituyente, y en tal enfrentamiento destinado a encuadrar com-

prensiva y descriptivamente el proceso constituyente y el cambio constitucional, usualmente la dogmática y la doctrina hacen uso de un arsenal impotente frente a la realidad del proceso político o facticidad. Un signo visible y repetido de esas paradojas e impotencia teórico-práctica son el recurso de los juristas “expertos” y del derecho constitucional mismo a las ficciones constitucionales.

El contemporáneo estudio de las transiciones y cambios constitucionales en la doctrina constitucional²⁷, nos invita a realizar un ejercicio teórico-práctico descriptivo, crítico y también prospectivo deferente con las demás ciencias sociales; que nos obliga a dar respuesta a los cometidos de desatar o cortar el nudo gordiano que bloquea la implantación de una nueva Constitución que recepcione un estatuto del poder y una tabla de derechos, deberes y garantías reflejo equilibrado de las culturas constitucionales de la modernidad (constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social).

Es en congruencia con esta precisión metódica centrada en la necesidad de adoptar una nueva Constitución y definir sus contenidos normativos iusfundamentales orgánicos y dogmáticos, que proponemos una operación constituyente abierta a la reforma total (poder constituyente derivado) o a la asamblea constituyente (poder constituyente originario); sin perjuicio de un eventual recurso al referéndum constituyente. El camino efectivo que se adopte en la operación constituyente, el derecho constitucional transitorio (su contenido y gradaciones diferenciadas), poderes intervinientes y fuentes formales del derecho que integren la “legalidad” derivada del poder constituyente lo determinará en suma la facticidad: la “política real” y el proceso político integrado al proceso histórico.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1999): *La política en el diálogo liberal* (traducción e introducción Gabriela L. Alonso), Editorial Gedisa, Barcelona.
- ACKERMAN, Bruce (1995): *El futuro de la revolución liberal* (trad. J. Malem), Editorial Ariel, Barcelona, reimpresión Espasa Ariel Argentina de 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán (1961): *Doctrina del Estado Democrático*, EJEA, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán. (1969): *Derecho Político*, Editorial Aguilar, 3ª edición, Buenos Aires.

²⁷ VERGOTTINI (2002).

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1979): *Introducción al Derecho Constitucional Comparado* (Trad. Héctor Fix Zamudio) FCE, México, México D.F. También edición FCE de 1996 con un estudio del período 1988-1990.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1973): *Derecho Constitucional* (Prólogo, notas y trad. P. Lucas Verdú), Edit. Tecnos, Madrid, 1ª edic. 1965, reimp. 1973.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (traducción y prólogo de Rafael Agapito Serrano), Editorial Trotta, Madrid.
- BRYCE, James (1988): *Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles*, Edita Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARRE DE MALBERG, Raymond (1948): *Teoría General del Estado*, (trad. J. Lion Depetre), FCE, México D.F.
- CERETI, Carlo (1958): *Corso de Diritto Costituzionale Italiano*, G. Giappicheli Editore, 5ª edición puesta al día y ampliada, Torino.
- CRISAFULLI, Vezio (1969): "Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de Principio en la Constitución" en *Revista de Derecho Público*, año 1969, N° 7, Universidad de Chile.
- CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto (1986): *Teoría de la Constitución*, FCE, Santiago.
- DE OTTO PARDO, Ignacio (1980): *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo.
- FIORAVANTI, M. (2001): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, (trad. M. Martínez N.), Trotta, Madrid.
- FRIEDRICH, Carl J. (1975): *Gobierno Constitucional y Democracia (Teoría y práctica en Europa y América)* (trad. A. Gil Lasierra), Edit. IEP, 2 Vol. Madrid, Tomo I.
- FRIEDRICH, Carl J. (1946): *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)* (trad. V. Herrero), FCE, México D.F., 1ª edición en español.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho Constitucional Comparado*, Edit. Alianza Ed. S.A., Madrid.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín (1995): "¿Revisar la/o o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un Constitucionalismo Moralmente Reflexivo" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, N° 43, año 1995, pp. 9-23.
- HÄBERLE, Peter (2003): *El Estado Constitucional* (Trad. Héctor Fix Fierro y Estudio Preliminar de Diego Valadés), edita UNAM, México D.F.

- HABERMAS, Jürgen (1994): *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, reimpresión.
- HART, Herbert L.A. (1968): *El concepto de Derecho*, (trad. G. Carrió), Edit. Abeledo Perrot, 2ª Ed., Buenos Aires.
- HELLER, Hermann (1995): *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, (traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva), 2ª edición, FCE-UNAM, México D.F.
- HSÜ DAU-LIN (1998): *Mutación de la Constitución*, (trad. P. Lucas Verdú y C. Föster), FIVAP, Oñati.
- IHERING, Rodolfo (1933): “Jurisprudencia en Broma y en Serio” (trad. Román Rianza) Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- KRIELE, Martin (1980): “Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático” (traducción E. Bulygin), Edit. Depalma, Buenos Aires.
- JELLINEK, George (1970): *Teoría General del Estado*, (trad. y estudio F. de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires.
- JELLINEK, George (1991): *Reforma y Mutación de la Constitución*, (trad. C. Föster y Estudio Preliminar Pablo Lucas Verdú), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- JELLINEK, Walter (1931): *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931.
- KELSEN, Hans (1979): *Teoría General del Estado*, (trad. L. Legaz y Lacambra), Editora Nacional, 15ª edición, México D.F.
- KELSEN, Hans (1993): *Teoría Pura del Derecho*, (trad. Roberto J. Vernengo), Editorial Porrúa, 7ª edición, México.
- KELSEN, Hans (1977): *Esencia y valor de la democracia*, (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo I. de Otto), Edit. Labor Guadarrama, Barcelona Madrid.
- LABAND, Paul (1901): *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, 6 Vol., V. Giard & E. Breire, París.
- LINARES QUINTANA, Segundo (1988): *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Editorial Plus Ultra, 2ª edición, Buenos Aires, 9 vol.
- LOWENSTEIN, Karl (1982): *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel, 2ª edición, reimpresión, Barcelona.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1976): *La Octava Ley Fundamental. Crítica Jurídico-Política de la Reforma de Suárez*, Edit. Tecnos, Madrid.

- LUTZ, Donald (1995): "Toward a Theory of Constitutional Amendment", en LEVINSON, Sanford, (Editor), *Responding to Imperfection*, Princeton University Press.
- NEGRI, Antonio (1994): *El Poder Constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Ediciones Libertarias/Prodhufi, 1ª edición, Madrid.
- OEHLING RUIZ, Hermann (1996): *La desintegración constitucional del Estado Soviético*, Edit. Tecnos, Madrid.
- PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín (1995): *La rigidez de las constituciones escritas*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás (1984): "El poder Constituyente" en recopilación titulada *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, 2 vol., Madrid.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás (1989): *Tratado de Derecho Político*, Edit. Civitas, 2ª edición, reimp, Madrid.
- QUINTANA B., Augusto (2012): *Una Constitución para el siglo XXI*, publicado en Sociedad, noviembre.
- ROSS, Alf. (2001): *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, Fontanamara, México, 4ª Ed.
- ROUSSEAU, J.J. (1984): *El Contrato Social*, Editorial Sarpe, Madrid.
- SALAZAR, Gabriel (2011): *En el nombre del Poder Popular Constituyente (Chile, siglo XXI)*, Editorial LOM, Santiago.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957): *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957b): *El Constitucionalismo. Sus Problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- SATRUSTEGUI, Miguel (1984): *El derecho constitucional transitorio*, Flacso, Documento N° 5, septiembre.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución*, (trad. F. Ayala), Editorial Alianza, Madrid.
- SIEYÉS, Emmanuel (1988): "¿Qué es el Estado Llano?", Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1991): *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid.

- VANOSI, Jorge. *Teoría de la Constitución*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1976, 2 Vol. T. I.
- VERGOTTINI, Giuseppe (1985): *Derecho Constitucional Comparado* (trad. E introducción P. Lucas Verdú), Edit. Espasa Calpe, Madrid.
- VERGOTTINI, Giuseppe (2002): *Las Transiciones Constitucionales*, (trad. S. Perea Latorre), Universidad Externado de Colombia, Colombia, Bogotá.
- WHEARE, K.C.: *Las constituciones modernas*, (trad. Fernando Morera y Ángel Alandí) Editorial Labor, Barcelona, 1971.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2006): “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma Constitucional y Operación Constituyente” en *Revista de Derecho Político*, (Nº 66, año 2006), UNED, España, pp. 397-474.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario” en *Revista de Derecho Público* (Nº 76, primer semestre año 2012), Universidad de Chile, pp. 125-145.