

III. DERECHO POLÍTICO IBEROAMERICANO

**NUEVA CONSTITUCIÓN
Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE
EN CHILE**

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

SUMARIO

I. EL PROBLEMA CONSTITUYENTE. ALGUNAS PRECISIONES.
II. PODER-ASAMBLEA CONSTITUYENTE. III. PODER CONSTITUYENTE - NUEVA CONSTITUCIÓN. IV. CONCLUSIONES. DE VUELTAS A LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE.

Fecha de recepción: 3.10.2012
Fecha de aceptación: 30.06.2013

NUEVA CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

I. EL PROBLEMA CONSTITUYENTE. ALGUNAS PRECISIONES

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 periodo (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 periodos fundacionales del Estado o del régimen político imperante¹.

Con todo, la reacción 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 que adolece de un filisteísmo moral e intelectual, refleja un cierto empobrecimiento del debate político constitucional y responde naturalmente al desempoderamiento de la «clase política» que genera la restitución temporal, extraordinaria de la soberanía al pueblo o cuerpo electoral. Tal reacción toma como anclaje un tipo de democracia constitucional concebida como un orden constitucional cerrado, que sólo admite la

¹ VANOSI, Jorge. *Teoría de la Constitución*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1976, 2 Vol. T. I. pp, 180 y ss.

reforma, probablemente sometida a todo tipo de límites materiales internos y externos implícitos 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, democracia plebiscitaria, populismo, chavismo, entre otros espantapájaros); dado que es un debate que gira sobre —las asambleas constituyentes— 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 procedimiento para el ejercicio del poder constituyente derivado. También en nuestra América la asamblea constituyente es un procedimiento ordinario para el ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma (Uruguay, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela)².

Un debate distinto es el contextual al ejercicio del poder constituyente originario (condiciones políticas, sociales y económicas), y el relativo a sus posibilidades reales o prácticas; y también el debate acerca de cómo se ejerce (intervención por el cuerpo electoral, organización, funcionamiento del proceso constituyente) dicho poder por el soberano; que nos sitúa ante los procedimientos estándares: asamblea constituyente, referéndum constituyente y congreso constituyente, y la injerencia de los juristas o «expertos».

Al mismo tiempo se observa un embelesamiento con una Constitución vigente que no es sino un decreto ley-fundamental de un régimen autoritario (DL N° 3.464 de 8 de agosto de 1980), sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980. Tal embelesamiento en el cuerpo de los expertos 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. 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. Este decreto ley-fundamental fruto de la potestad constituyente de los órganos del régimen de época, es en el mejor de los casos una Constitución otorgada y necesaria en cuanto sustituto documental de la Constitución material.

² LUTZ, Donald. «Toward a Theory of Constitutional Amendment», en libro colectivo de LEVINSON, Sanford (Editor), *Responding to Imperfection*, Princeton University Press, 1995.

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, 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 cli-vaje democracia/dictadura, y por ende el contenido de las reformas constitucionales del periodo 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 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.

Paradójicamente, también en 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 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 y económico nuevo por obra del nuevo sujeto popular (Salazar)³. 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 movimientos sociales.

Nuestro planteamiento teórico-práctico 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 reforma constitucional del capítulo XV de la Constitución vigente debe ser desatado o cortado; abriéndose así la necesidad de apelar al poder constituyente originario y con ello a la soberanía popular.

La operación constituyente no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución, está abierta, agotada o fracasada que fuera la fórmula de

³ SALAZAR, Gabriel. *En el nombre del Poder Popular Constituyente (Chile, siglo XXI)*, Editorial LOM, Santiago, 2011.

reforma constitucional; a recurrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y 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 el recurso al poder constituyente originario democrático.

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por el 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 neoliberales⁴. 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 a la reglas denominadas «competencia de la competencia» o las reemplaza.

El poder constituyente originario del pueblo 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 o congreso constituyente, una panoplia de procedimientos democráticos o «populares» que incluso pueden ser usados conjuntamente, procedimientos todos estándares de génesis de una nueva Constitución. 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 en magnitudes diversas según cada realidad histórica. 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 fenecer y el que nace, como en Italia de postguerra es un «decreto real» o conjunto de decreto leyes, en

⁴ BRYCE, James. *Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Francia de postguerra la Ley de 2 de noviembre de 1945 o en España la última Ley Fundamental del régimen franquista (Lucas Verdú), y que dio origen a un «derecho constitucional transitorio» (Satrústegui)⁵.

II. PODER-ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La Constitución es fruto de un «paralelogramo de fuerzas» (políticas, económicas y sociales) históricamente determinadas, fuerzas que tienen muy poco de santidad o eternidad (Wheare). El constitucionalismo clásico llegó a plantearse no sólo la necesidad de reformar la Constitución, sino su revisión necesaria en «generaciones», como lo hiciera Jefferson. En ese contexto el poder constituyente lo ejerce no un sujeto predeterminado (pueblo, nación, junta, caudillo, partido, movimiento), sino el sujeto que históricamente puede ejercerlo. Este poder constituyente 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 Constitución⁶.

En la teoría política el origen de la doctrina 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 periodo Condorcet y Sieyès. Se denomina poder constituyente constituido o derivado al órgano al que la propia Constitución atribuye la posibilidad de reformar aquella (asamblea especial, mayorías reforzadas, el pueblo mediante referéndum, entre otros). Y es en el laboratorio magnífico de la realidad de las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX, donde se pergeña la doctrina del poder constituyente originario y derivado, para sustituir el principio legitimista monárquico por el principio liberal primero y por el principio democrático más tarde⁷. La conexión de esta doctrina del poder constituyente de Sieyès con el contractualismo de época es muy evidente, y además ideológicamente necesaria, en la sustitución del principio de legitimidad.

⁵ LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Editorial Plus Ultra, 2 edición, Buenos Aires, 1988, 9 vol., T. 3. También, LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel, Barcelona, 1984. Del jurista italiano BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, FCE, México, México DF., 1979, en especial pp. 310-318.

⁶ WHEARE, K. C. *Las constituciones modernas*, Editorial Labor, Barcelona, 1971, pp. 73. También DE OTTO PARDO, Ignacio. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, 1980.

⁷ LINARES QUINTANA, Segundo: *ob. cit.* En especial pp. 173-207. También FRIEDRICH, Carl. *Democracia Constitucional*, Edit. IEP, Madrid, 1980.

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

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 matizar nuestras afirmaciones acerca de que la asamblea constituyente, en cuanto a mecanismo 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 a una «asamblea constituyente» es el Congreso Constituyente elegido para la dictación 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 por dotar al Estado nacional de una Constitución «racional normativa». El término de comparación sincrónico (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.

La asamblea constituyente nos plantea un debate infinitamente más modesto, debate en el cual emerge simplemente como un procedimiento democrático para el ejercicio del poder constituyente originario y/o derivado, no en un mecanismo necesariamente asociado a una crisis institucional, revolución o «big-bang» constitucional del sistema político o fruto de las ideas sostenidas por

termocéfalos políticos o juristas «expertos»; divorciados de la realidad o ajenos a la «erótica del poder». 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 pueblo⁸. En este contexto la asamblea constituyente es un procedimiento más para el ejercicio del poder constituyente originario y/o derivado.

Así expuesta la cuestión, la ilegitimidad de origen de la «Constitución» de 1980 o decreto ley-fundamental sí importa, como también su innegable legitimidad de ejercicio parcial, merced el ciclo de reformas constitucionales de la transición. 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, racionalice las «autonomías constitucionales» y modifique el esquema de distribución territorial del poder. El problema constituyente también nos permite hoy debatir acerca de los medios o procedimientos idóneos para la consecución de una nueva Constitución.

III. PODER CONSTITUYENTE-NUEVA CONSTITUCIÓN

El abordaje del problema constituyente está incompleto sin un sumario repaso a la doctrina de poder constituyente; que nos permita situar dogmáticamente el debate constituyente.

En la doctrina constitucional, la potestad constituyente es entendida como una voluntad extraordinaria, originaria y soberana de una comunidad política que se da una Constitución. 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 Bidart Campos que se alcanza, con bastante precisión, el concepto global: «poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo»⁹.

⁸ ROUSSEAU, J. J. *El Contrato Social*, Editorial Sarpe, Madrid, 1984. También SIEYÉS, Emmanuel. *¿Qué es el Estado Llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho Político*, Editorial Aguilar, 3 edición, Buenos Aires, 1969, en especial pp. 521-524. Del mismo autor, *Doctrina del Estado Democrático*, EJEJA, Buenos Aires, 1961, pp. 114-121.

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 aquéllas¹⁰. 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 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 suprima, o enmiende corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra»¹¹.

Desde sus comienzos distinguió el constitucionalismo moderno, tributario de los monarcómacos y esclareciéndolo debidamente, que el fundamento de la supremacía de la Constitución radica en que ella emana de una «instancia no

¹⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza, Madrid, 1984.

¹¹ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957. Del mismo autor, *El Constitucionalismo. Sus Problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

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 Sieyes 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 Sieyes 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 Sieyes— estaba en el pueblo 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, rígida, etcétera. Sieyes 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.

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 Sieyes, 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 esa 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 Constitución¹².

¹² JELLINEK, Jorge. *Teoría General del Estado*, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, p. 386.

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; es derivado cuando se ejerce para reformar 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 la rigidez o las garantías procesales de la jurisdicción constitucional, y se abre al 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»¹³. 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. 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 predeterminedo 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, no descarta reconocer límites materiales internos e internacionales, explícitos o implícitos, y muy discutidos en su positividad-efectividad en la doctrina, 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).

IV. CONCLUSIONES. DE VUELTAS A LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

El debate de hoy, a nuestro juicio, no debe girar en torno a la asamblea constituyente, que es el medio o procedimiento; sino en el fin perseguido a propósito del problema y debate constituyentes: una nueva Constitución, fruto del poder

¹³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, 15 edición, México D. F. 1979, pp. 327.329.

constituyente democrático y sus contenidos normativos iusfundamentales abiertos al constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social)¹⁴.

La operación constituyente propuesta hace un lustro está abierta a dos caminos: al poder constituyente derivado o 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-contramayoritaria¹⁵. 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 el poder constituyente derivado y originario tiene un hilo conductor con el orden constitucional distinto.

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. Pero, la hiperrigidez de la Constitución heredada del régimen autoritario y de la reforma de 1989, permite el bloqueo en la reforma constitucional de minorías cualificadas 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 heredado.

En cambio, el poder constituyente originario no tiene reglas preexistentes, es temporal, 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 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.); más 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

¹⁴ NEGRI, Antonio. *El Poder Constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Ediciones Libertarias/Prohufi, 1 edición, Madrid, 1994.

¹⁵ ROSS, Alf. *Validez y otros estudios*, GEL, Buenos Aires, 1980.

su convivencia». Luego, en todo cambio constitucional están en juego las posibilidades de una reforma constitucional o de una nueva Constitución.

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, 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 esa facticidad el poder constituyente originario, usando los conceptos de la doctrina constitucional clásica o liberal, es un poder que lo ejerce quien puede históricamente hacerlo, y que en las coordenadas del principio democrático es el pueblo el depositario final del poder y la medida de su legitimidad¹⁶.

En las coordenadas del poder constituyente originario democrático, la asamblea constituyente, junto al referéndum constituyente, tienen un lugar principal como procedimientos 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 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 originario democrático se dará sus reglas, no para imponer una «dictadura de las mayorías» sino para lograr los consensos necesarios de un pacto político necesario para alumbrar una nueva Constitución.

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. El poder constituyente derivado tiene sus reglas, posee una legitimidad-legalidad constituida. El poder constituyente originario democrático obtiene una legitimidad-legalidad *in fieri*.

¹⁶ GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Edit. Alianza, Madrid, 1984, p. 132. También KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, 7 edición, México, 1993, en especial 201-232.

Title:

NEW CONSTITUTION AND CONSTITUENT ASSEMBLY IN CHILE

Summary:

I. The constitutional problem. Some clarifications. II. Constituent Power-Assembly. III. Constituent power - new Constitution. IV. Conclusions. The constituent operation.

Resumen:

En este trabajo se aborda el debate abierto en Chile sobre la necesidad o no de convocar una Asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución. El autor sostiene que el debate no debería girar en torno a la asamblea constituyente, que es el medio o procedimiento; sino 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 al constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social).

Abstract:

This paper deals with the debate opened in Chile on the need or not to convene a constituent Assembly to elaborate the draft of a new Constitution. The author argues that the discussion should not revolve around the constituent Assembly, which is the means or process; but in the end pursued with regard to the problem and discussion: a new Constitution, result of the democratic constituent power and their normative contents open to the modern constitutionalism (liberal, democratic, and social).

Palabras clave:

Asamblea constituyente; poder constituyente; Constitución de Chile.

Key words:

Constituent Assembly; Constituent Power; Constitution of Chile.

