

Índice

| | |
|---|----|
| I-Constitución: ¿de qué estamos hablando?..... | 2 |
| II-¿Cuál es el problema con la Constitución en Chile? | 22 |
| III-El debate en torno a la Asamblea Constituyente..... | 33 |
| IV-Los críticos a un cambio de Constitución..... | 45 |
| V-Palabras finales..... | 50 |

Introducción al debate en torno a la Constitución en Chile (por Jan Doxrud)

I-Constitución: ¿de qué estamos hablando?

Como explicaba **Carlos Santiago Nino (1943-1993)**, el **constitucionalismo y la democracia** se combinan para formar un sistema de gobierno conocido con el nombre de democracia constitucional. Para muchos, explica el autor, esta forma de gobierno superior a la “democracia pura” o a un “gobierno democrático no constitucional”. Añadía el académico argentino que tal matrimonio no era sencillo y que se encontraba sometido a una tensión entre ambos, es decir, podía suceder que la expansión del primer componente del matrimonio debilitara al segundo, o que el ideal constitucional (segundo componente) se apliase hasta transformarse en un freno para el proceso democrático. A esto, Nino añadía que la relación entre democracia y constitucionalismo dependía principalmente de la interpretación que se hiciese de este último.

Antes de examinar el debate es preciso, al menos, **saber de qué estamos hablando** ya que, ¿cómo podemos siquiera participar y opinar sobre algo sin saber en qué consiste ese algo? ¿Puede uno estar a favor o en contra de cambiar o reformar la Constitución sin saber qué es realmente esta? No son preguntas vanas ya que, como (lamentablemente) he corroborado de primera mano, existen que personas hablan (y suelen hacerlo a menudo) de asuntos sobre los cuales no están mínimamente informados.

El Diccionario de la **Real Academia Española** define Constitución de la siguiente manera:

“Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”.

Tenemos que la **palabra “constituir”** que significa: establecer, formar, configurar, componer, fundar. Así esta **“Carta Fundamental”** que conocemos con el nombre de “Constitución”:

“Determina la estructura política del Estado, su funcionamiento, los órganos de poder y sus atribuciones, las relaciones entre los órganos del Estado, los derechos y garantías de las personas y los cuerpos intermedios de la sociedad, los sistemas para hacer efectiva la supremacía constitucional y el procedimiento de reforma parcial o total de la Constitución. Se complementa con leyes orgánicas: leyes complementarias que la misma Constitución considera, conjuntamente con leyes que se dictan para interpretar sus preceptos. Una Constitución es legítima cuando refleja los valores, principios y las creencias aceptadas por la sociedad”¹.

Pero el **tema sobre la definición de Constitución no se agota con la definición anterior**, por lo que es preciso recurrir a algunos autores que han dedicado su tiempo a analizar la historia y significado de este concepto. **Carlos Santiago Nino** destacaba la vaguedad del concepto de Constitución. En un “sentido mínimo”, el académico argentino entendía por Constitución el *“conjunto de normas que prescribe la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa”²*. De acuerdo a lo anterior, explicaba el autor, una constitución no necesitaba ser escrita, pudiendo ser consuetudinaria como es el caso británico. Otro punto relacionado con lo anterior es que no se asume nada acerca del aspecto sustancial de esa Constitución. Escribe Nino: *“Esta puede tener cualquier clase de contenido. De este modo, no sería falso decir que tanto la Unión Soviética de Stalin y el gobierno del apartheid de Sudáfrica tuvieron constituciones”³*. Añade el autor que esta forma de entender el constitucionalismo es bastante familiar para aquellos académicos que trabajan en el contexto de América Latina, ya que allí las constituciones han existido tanto

¹ Biblioteca del Congreso Nacional (<http://www.bcn.cl/ecivica/constitucion/>)

² Carlos Santiago Nino, La constitución de la democracia deliberativa (España: Editorial Gedisa, 2003), 17.

³ Ibid.

en regímenes democráticos como en dictaduras militares. Nino trae a la palestra el **caso chileno**:

“Un ejemplo de constitucionalismo en este sentido, y de sus beneficios, es el del pasado régimen de Augusto Pinochet en Chile...como es bien sabido, éste régimen buscó autolegitimarse en 1980 a través de la sanción de una constitución que fue ratificada por un plebiscito y que contaba con muchas previsiones groseramente antidemocráticas”⁴.

El jurista y teórico alemán, **Georg Jellinek (1851-1911)**, señalaba que toda asociación permanente necesita un principio de “ordenación” de acuerdo al cual se constituye y se desarrolla su voluntad. Añadía Jellinek: *“Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución”⁵*. Para Jellinek todo Estado necesita de una constitución de lo contrario reinaría la anarquía, de manera que la constitución en Jellinek es sinónimo de orden y es antianárquica.

Jellinek ve el origen de la Constitución escrita (la Constitución en sentido formal) en el concepto de **“ley fundamental”** del siglo XVI conforme a la cual el mismo rey estaba obligado respecto de ella. La “ley fundamental” explicaba Jellinek se identifica con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Thomas Hobbes tomó el concepto de “ley fundamental” y señaló que, en ausencia de esta, el cuerpo del Estado se vería destruido y lo haría caer en la anarquía. En los **contractualistas** como **Thomas Hobbes (1588-1679)** y **John Locke (1632-1704)**, la “ley fundamental” se identifica con el “contrato social” sobre el cual se funda el Estado, claro que en el contrato social de Hobbes, como explica Jellinek, va contenida la cláusula de someterse a aquel príncipe que designe la mayoría, mientras que John Locke formula la misma idea pero en un sentido democrático,

⁴ Ibid., 18.

⁵ Georg Jellinek, Teoría General del Estado (México: FCE, 2004), 457.

lo que se traduce en que en el contrato fundamental “*va determinada la obligación de considerar la voluntad de la mayoría como voluntad propia*”⁶.

Otros teóricos tomaron el concepto de “ley fundamental” y la consideraron como una norma superior al legislador. Jellinek cita al jurista y diplomático suizo, **Emer de Vattel (1714-1767)**, quien estableció una distinción entre poder constituyente y poder legislativo. Escribe Jellinek: “*Por lo común, dice, las minorías se han de someter a las mayorías cuando se trata de modificar la Constitución; pero cuando se hubiera de cambiar la forma misma del Estado por una decisión de la mayoría, entonces quedaría libre la minoría para separarse del Estado, esto, es para emigrar*”⁷.

En cuanto a la **concepción de la “ley fundamental”** escrita, esto es, la Constitución, Jellinek señala que esta alcanza por primera vez una significación práctica e independiente de la doctrina del derecho natural, en las colonias norteamericana. Por su parte, Friedrich Hayek escribió:

*“La idea de una ley superior que gobierna la legislación ordinaria es muy vieja. En el siglo XVIII solía concebirse como ley divina o ley natural o ley de la razón. Sin embargo, la idea de hacer a esta ley superior explícita y obligatoria, mediante su transcripción a un documento, aunque no enteramente nueva, fue puesta en práctica por vez primera por los colonos revolucionarios”*⁸.

Jellinek cita distintos ejemplos como la **Fundamental Orders de Connecticut**, que apareció bajo la forma de un tratado entre los colonos y que constituyó la base de la carta que concedió a la colonia Carlos II, confirmada posteriormente por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre. Explica el autor que al surgir la revolución norteamericana las 13 colonias ya tenían cartas coloniales otorgadas por el monarca. Jellinek rastrea hasta la Edad Media los orígenes de

⁶ Ibid., 463.

⁷ Ibid., 464.

⁸ Friedrich Hayek, Los fundamentos de la libertad (España: Unión Editorial, 2008), 242-243.

esta clase de contratos en donde **existen dos ideas en las que descansa una Constitución escrita**: a) el contrato fundamental de los miembros del Estado; b) concesión derivada de un poder superior. Concluye Jellinek sobre el caso de las colonias norteamericanas: *“De este modo, el dualismo entre comunidad superior y subordinada se encuentra ya expresado en estas constituciones escritas, dualismo que probablemente tiene un nexo histórico con el del Estado de la Edad Media”*⁹. Posteriormente, continúa explicando el mismo autor, aparecería gradual y vigorosamente, la idea de que la Constitución no era sino el resultado de un contrato entre los ciudadanos y, en cambio, decreció o perdió relevancia aquel aspecto que daba importancia a la concesión por parte de un poder superior. Así, Jellinek afirma que es en las **colonias norteamericanas donde ha de buscarse el origen de las constituciones escritas** y la Revolución Francesa aceptaría tal idea de las colonias y la extendería a los demás Estado de Europa. Respecto al caso francés escribe Jellinek:

*“Una serie de circunstancias hicieron nacer en Francia antes de la reunión de los Estados Generales, así lo prueban los Cahiers (cuadernos de quejas), la exigencia de una Constitución escrita como base del Estado. La idea de la soberanía popular y la que nace de ella y más tarde formuló Sieyès, a saber: que **el pouvoir constituant** (poder constituyente) reside siempre en el pueblo, en tanto en que los otros poderes, como **pouvoir constitués** (poder constituido), necesitan derivar su existencia y competencia del poder constituyente, y la necesidad de organizar claramente este orden de relaciones, han tenido una parte esencial en la creación de la primera Constitución francesa”*¹⁰.

Jellinek destaca las **diferencias entre la Constitución francesa y norteamericana**. Esta diferencia no hay que buscarla en que en que una era una república y la otra una monarquía, ya que en realidad, la situación de Luis XVI, señala Jellinek, era más débil que la de un presidente o gobernado, por lo que la

⁹ Ibid., 466.

¹⁰ Ibid., 471.

monarquía en Francia era en realidad una “apariencia vacía”. La particularidad norteamericana es que se afirmó en la constitución la separación de los poderes del Estado, mientras que en Francia el poder legislativo unicameral tiene una primacía sobre el ejecutivo, lo que lleva a Jellinek a afirmar que en Francia existía una “soberanía ilimitada del Parlamento”.

¿Por qué llegar a este es importante para el caso chileno? Porque el modelo francés sería el modelo adoptado por España y sus colonias posteriormente. En palabras de Jellinek:

“El influjo de la Constitución francesa de 1791 fue muy profundo. Ha servido de prototipo a todas las constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la Noruega...fueron tomando aquella por modelo...”¹¹.

En el caso de Chile, después del establecimiento de la primera Junta de Gobierno de 1810, en plena Patria Vieja (1810-1814), surgieron normativas de carácter temporal, el rey español, Fernando VII, se encontraba bajo el poder de Napoleón Bonaparte. Así podemos citar:

a) Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile Constitucional (1811).

b) Reglamento Constitucional Provisorio (1812) donde se puede leer en el Preámbulo:

“Los desgraciados sucesos de la Nación Española, el conocimiento de su origen, y de las circunstancias que acompañan sus desastres, obligaron a sus Provincias a precaverse de la general ruina a que las conducían las caducas autoridades emanadas del antiguo corrompido Gobierno; y los Pueblos recurrieron a la facultad

¹¹ Ibid., 472.

de regirse por sí o por sus representantes, como al sagrado asilo de su seguridad. Chile con igual derecho, y necesidad mayor, imitó una conducta, cuya prudencia han manifestado el atroz abuso que han hecho en la Península y en la América los depositarios del poder y la confianza del soberano; los reiterados avisos de los que toman verdadero interés por la Nación, para que esta parte de ella no sea sorprendida por las asechanzas de sus enemigos encubiertos; la aprobación de los respetables cuerpos e individuos de carácter y probidad; y sobre todo, el éxito conforme al honor e intenciones que la guiaron, y que reunieron en un punto todas las voluntades de los habitantes de este vasto Reino”.

c) *Reglamento Provisorio (1814)*

d) La Constitución Provisoria de 1818, la primera Carta Fundamental de Chile, durante el gobierno de O’Higgins.

e) La Constitución Política de 1823 de Juan Egaña (Constitución Moralista)

f) El Proyecto Constitucional de 1826 de José Miguel Infante (Federalista).

g) La Constitución de 1828 de José Joaquín Mora (Liberal).

h) Constitución de 1833 (República Conservadora).

i) Constitución de 1925 (Arturo Alessandri)

j) Constitución de 1980 (Régimen Militar)

Continuemos con la explicación del concepto de Constitución. El jurista venezolano, Manuel García Pelayo distingue tres conceptos que ayudan a comprender el proceso histórico de configuración conceptual de la Constitución. **En primer lugar** está el concepto del liberalismo burgués que concibe la Constitución como un conjunto normativo que se establece de una sola vez con el objetivo de regular las funciones del Estado y establecer los derechos de los ciudadanos. Este primer sentido sería el concepto racional-normativo. **En segundo lugar tenemos el concepto histórico-tradicional**, “que implica que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una transformación histórica. Por tanto, la Constitución no se elabora ni se escribe racionalmente sino que es algo propio de cada régimen. Por ende, cada Estado tiene su Constitución, surgida y formada por acontecimientos históricos”¹². **En tercer lugar tenemos el concepto sociológico de la Constitución**, como afirma el jurista colombiano Marco Gerardo Monroy, “establece que la Constitución es la forma de ser de un determinado pueblo o sociedad”. Citando las palabras de García-Pelayo señala Monroy:

“En todo caso, es característica del concepto sociológico de Constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico-constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una Constitución real o sociológica y una Constitución jurídico-política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera”¹³.

¹² Marco Gerardo Monroy Cabra, Concepto de Constitución, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. (documento en línea:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr3.pdf>)

¹³ Ibid.

Por su parte, **Hans Kelsen (1881-1973)** explicaba que la Constitución, entendida en el sentido material (ya explicaré este término) de la palabra, tiene, entre otras funciones, la de *“designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido”*¹⁴.

Añadía Kelsen que la Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido: *“...cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas”*¹⁵. Continúa explicando el autor:

*“una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un **quórum más elevado**. En otros términos, **es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades**”*¹⁶.

Otra distinción importante es aquella entre **constitución formal y material**. En cuanto a la segunda Monroy señala que es la realidad social. Citando las ideas de Lasalle afirma: *“...la Constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad. La Constitución escrita, o es expresión de esa relación real de fuerzas, o no sirve para nada”*. De acuerdo a lo anterior, explica Monroy, las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino cuestiones de poder. Monroy también cita las palabras de **Ignacio de Otto** en

¹⁴ Teoría pura del derecho (Argentina: Eudeba, 2009), 119.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

relación a la constitución material: *“conjunto de las normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos.*

Monroy cita también las ideas del jurista italiano **Constantino Mortati (1891-1985)**, para quien la Constitución debía reflejar *“la estructura fundamental de una sociedad y por ello la define como la fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada”*¹⁷. Más adelante añade Monroy: *“Para este autor, la Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia de que el intérprete de la Constitución habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo”*¹⁸.

En cuanto a la Constitución formal, es aquella elaborada de acuerdo a un procedimiento. **Hans Kelsen** es un representante del **“normativismo”** jurídico radical, ya que concebía el derecho como un conjunto de normas jurídicas, en otras palabras, para Kelsen el derecho no estaba compuesto solamente de leyes, sino que de normas. Desde esta óptica se puede entender que Kelsen. Se opuso al sociologismo que extendía lo jurídico para incluir costumbres, valores, etc. Además en su concepción del derecho Kelsen concebía que existía una separación radical entre el ser y el deber ser. Por ejemplo la física enuncia leyes que son ciertas o no, como es el caso de las leyes de Newton, pero en el ámbito del “deber ser”, por ejemplo, “no sacar fotos en el metro”, es un enunciado que puede ser obedecido o no, pero sería absurdo señalar que es verdadero o falso. Esta radical separación entre el ser y el deber ser se traduce que el segundo no puede derivarse del primero. Si decimos que el ser humano posee una dignidad

¹⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra., op. cit., 31.

¹⁸ Ibid.

inviolable no es porque tal dignidad exista “en” la naturaleza humana o que tal dignidad le sea intrínseca.

La teoría de Kelsen es considerada **formalista o una “teoría pura del derecho”**, ya que el contenido es de poca relevancia a la hora de establecer lo que sea derecho. En su magna obra Kelsen escribió:

“La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños”¹⁹.

Kelsen quería devolver a la ciencia jurídica su status de ciencia restaurando la “pureza” del objeto, esto es, el derecho. Esto es lo que se conoce como una **visión positivista o iuspositivista**, en virtud de la cual se analiza el **Derecho como un fenómeno autónomo e independiente de consideraciones de tipo moral o ideológicas**. De acuerdo a esta perspectiva, explica Tom Campbell, el sentido del positivismo jurídico, es proporcionar una precisa caracterización del Derecho tal como éste es en realidad, en lugar de como debe ser. Cabe señalar que Campbell y otros autores (Hart) argumentan que el positivismo jurídico no es sólo falso, sino que también es pernicioso ya que sería una teoría que protege

¹⁹ Hans Kelsen, op. cit., 19.

intereses específicos y en detrimento de amplios sectores de la sociedad que se encuentran oprimidos.

Algunos estudiosos señalan que tal teoría no sería tan pura, ya que para Kelsen un ordenamiento jurídico que no es aplicado, no existiría como derecho, aunque formalmente sea válido. Como afirma Monroy en el texto citado, *“Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico”*.

Monroy, siguiendo al juez y constitucionalista italiano **Gustavo Zagrebelsky**, distingue **3 clases de constituciones**:

a) De contenido: su mejor expresión escrita sería el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Constitución de contenido, encierra “un sistema de valores materiales y de concepciones organizativas difusamente aceptado y capaz de constituir el fundamento de la formulación de nuevas reglas de derecho constitucional y se su coherente aplicación²⁰”

b) Finalista: *“se conforma con perfilar los fines de la organización estatal, omitiendo precisar los medios indispensables para su realización y permitiendo, con un menor compromiso, una identificación de un diversificado espectro de fuerzas políticas tan amplio como sea la acumulación de objetivos que respondan a las expectativas de los distintos colectivos, facilitado precisamente por la ausencia de indicaciones”*.

c) Formales: *“manifiestan su neutralidad sobre los fines y contenidos como expresión de una falta de acuerdo en el que brilla la voluntad de exclusión y la incapacidad de compatibilizar, ni siquiera en una formulación genérica, los fines del Estado”*.

²⁰ Ibid.

Por su parte, el jurista argentino, **Germán Bidart Campos** (1927-2004) distingue la **siguiente clasificación de Constitución**²¹:

- a) Escrita, formal o codificada, que reúne las normas jurídicas en un cuerpo unitario; no escrita o dispersa, que puede ser totalmente no escrita, o parcialmente
- b) No escrita y parcialmente escrita en normas dispersas;
- c) La Constitución formal, que es la codificación normativa;
- d) La Constitución material, que es la que tiene vigencia real en la dimensión sociológica;
- e) La Constitución rígida, que es la surgida del poder constituyente formal y no se puede modificar sino mediante procedimientos diferentes de los de la legislación común, o procedimiento especial y agravado;
- f) La Constitución flexible, que es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común;
- g) La Constitución pétrea, cuando además de ser escrita y rígida se declara irreformable; los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente, y la irreformabilidad puede ser para algunos contenidos de la Constitución;
- h) La Constitución es otorgada cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;

²¹ Ibid., 35.

i) La Constitución es pactada cuando se deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad;

j) La Constitución es impuesta cuando se supone emanada del poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

Otro autor relevante es el antiliberal **Carl Schmitt (1888-1985)** cuya teoría se resume, de acuerdo a Monroy, en la reducción de la Constitución a unas decisiones fundamentales.

*“La **posición decisionista** considera que el derecho tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma. La Constitución no surge ni se establece por sí misma sino que es producto de una voluntad del poder constituyente”²².*

A diferencia de Kelsen, quien antepone la ley a la volición humana, Schmitt ve que existen márgenes de interpretación que posibilita al gobernante por medio de su voluntad influir sobre las decisiones jurídicas que se tomarán, lo que significa que la voluntad del ser humano que gobierna puede potencialmente prevalecer por encima de la estructura institucional de un Estado. De acuerdo a Renato Cristi, la teoría política de Schmitt constituye una negación de la democracia participativa para así instaurar una democracia plebiscitaria, donde el pueblo se limita a decidir “sí” o “no” los temas que se le proponen en el plebiscito.

La **Constitución es para Schmitt dominio y orden social** de un Estado. La Constitución surge del “**poder constituyente**” que para Schmitt **es la voluntad política que determina la existencia de la unidad política**, por lo que este poder es el fundamento de la autoridad, con un tremendo potencial de transformación del orden social, político y económico. ¿Cuáles son los dos poderes constituyentes? Respuesta: el monarca y el pueblo, donde el primero engendra la monarquía, y el

²² Ibid., 3.

segundo la democracia. Para Schmitt, lo que caracteriza a la democracia es la idea de que toda la autoridad del gobierno emana de los gobernados.

Tenemos que el “**poder constituyente**” muestra su fortaleza y capacidad de dar forma al orden social cuando crea una Constitución. Pero Schmitt también nos habla del “**acto constituyente**”, el cual no suprime al “poder constituyente” debido a que el “acto constituyente” que da origen a la Constitución representa una expresión del poder constituyente. En cuanto a este último (poder constituyente) engloba a todos los demás poderes, esto es, legislativo, el ejecutivo y el judicial, lo que se traduce en que el poder constituyente no se encuentra sometido tales poderes. Se puede decir que el poder constituyente es creador, transformador y destructor. Lo que nos interesa, en lo que respecta a la Constitución, es que para Schmitt, esta nace del acto del poder constituyente, el cual determina en una decisión única la globalidad de la unidad política, desde el punto de vista de su forma particular de existencia.

El **nacimiento de una nueva Constitución representa una solución a la situación excepcional** tal como fue el caso de la naciente nación estadounidense y la Revolución Francesa y, en el caso de Chile la Constitución de 1833 bajo el gobierno conservador del presidente Prieto y el ministro Diego Portales, la Constitución de 1925 durante el turbulento gobierno de Arturo Alessandri y la Constitución de 1980. Para Schmitt es la voluntad de poder constituyente la que valida la Constitución, claro que, fruto del choque del conservadurismo que busca perpetuar el poder constituido y las fuerzas disruptivas o innovadoras, esto es, el poder constituyente del pueblo, la Constitución como poder constituido se encontrará bajo una fuerte tensión.

El académico chileno y protagonista dentro del debate constitucional en Chile, **Fernando Atria**, señala que una Constitución es una “*decisión sobre la identidad y forma de existencia de la comunidad política...es la comunidad política decidiendo sobre su identidad y forma política. Hablar de Constitución...es afirmar*

que los términos de la convivencia política se fundan en nuestra decisión...al hablar de Constitución no estamos hablando sino del modo en que nos entendemos”²³. Añade Atria que la **Constitución no debe ser entendida como un contrato** ya que implicaría que esta no “constituye” sino que regula las relaciones entre sujetos existentes. **La primera razón** es que esto sería incompatible con la tradición democrática que descansa en la siguiente idea, escrita en la Constitución de Francia e 1791: “*Los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de la nación entera*”²⁴. La Constitución entendida como un contrato implica que lo natural (no constituido) es el “sujeto político” y no el pueblo, siendo este último concebido como una suerte de “confederación de grupos” y en donde el Congreso sería una suerte de “asamblea de plenipotenciarios. En palabras de Atria: “*Si la Constitución es un contrato entonces es absurdo permitir su modificación por mayoría. En rigor, solo con la concurrencia de la voluntad de todas las partes es posible modificar el contenido de un contrato*”²⁵. **La segunda razón** por la cual es incorrecto concebir la Constitución como un contrato es que entonces no sería posible la política, ya que en una relación contractual no existe un interés común a ambas partes, sino que sólo intereses de cada uno que el contrato logra hacer coincidir.

Siguiendo en **lo que NO es una Constitución** el ex ministro de Justicia (gobierno de Sebastián Piñera), **Teodoro Ribera**, explica que hay que evitar caer en el “**fetichismo constitucional**”, esto es, creer que la Constitución es “*una descripción de lo que se quiere y no una regulación del poder y no un reconocimiento de los derechos ciudadanos*”²⁶. Añade Ribera que no se debe pretender transformar la Constitución en un programa político o en una Constitución programática que conlleve una carga ideológica determinada.

²³ Atria 69

²⁴ Atria 43

²⁵ Ibid.

²⁶ Lucas Sierra, ed., *Diálogos Constitucionales* (Chile: Centro de Estudios Públicos, 2015), 54.

Por su parte, el académico chileno **Antonio Bascuñán** explica que la Constitución

“es un límite al poder por medio del Derecho, que gira en torno a los siguientes mínimos que constituyen un núcleo duro: derechos (no muchos, pero justificables), forma de Estado, forma de gobierno/sistema de separación de poderes/equilibrios...Lo anterior implica que no basta estar de acuerdo solo en procedimientos, porque el éxito de una Constitución pasa necesariamente por estar de acuerdo en esos mínimos, que deben quedar fuera de la contingencia”²⁷.

En la misma línea, el académico chileno, **Germán Concha**, señala que hay que concebir a la **Constitución como una regla que contempla los mínimos a partir de los cuales se convive y no como una regla que diseña los máximos para que seamos felices**. Tampoco se debe concebir la Constitución como un instrumento para que la mayoría pueda mandar casi ilimitadamente. De acuerdo a Concha la Constitución es para controlar a la mayoría.

En el “Manifiesto” de **“Marca tu voto”** podemos leer lo siguiente:

“La Constitución Política establece en un país las reglas del juego básicas de convivencia. Define derechos y obligaciones. Fija el rol del Estado y del mercado. Permite definir garantías básicas a todos los ciudadanos y ciudadanas”.

Carlos Santiago Nino resume esta (supuesta) necesidad lógica del “control judicial de constitucionalidad”, por medio del razonamiento lógico del Presidente de la Corte Suprema estadounidense **John Marshall**, en el caso Marbury vs. Madison. Lo que importa en este caso es la sentencia que **estableció la capacidad de los tribunales de llevar a cabo un control de constitucionalidad**, vale decir, podían juzgar la conformidad de una ley con la

²⁷ Ibid., 59.

Constitución, pudiendo declararlas como nulas, y por ende inaplicables, si pudieran contravenían a la Constitución. Nino resume la lógica del razonamiento de Marshall como sigue:

Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley.

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Si la premisa 4 ni fuera verdadera, la legislatura podría modificar la Constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la Constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la Constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, esta carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la Constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.

Citaré a continuación algunos extractos del fallo

“Hay sólo 2 alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.

“Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia”.

“Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez?. O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo la cuestión merece recibir un atento tratamiento”.

*“Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es **decidir qué es ley**. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. **Si 2 leyes entran en conflicto** entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo **cuando una ley está en conflicto con la Constitución** y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, **si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren**”.*

*“Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y **mirar sólo a la ley**. **Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita**. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. **Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total** con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción”.*

II-¿Cuál es el problema con la Constitución en Chile?

¿Cuál es el origen de la Constitución chilena? Como explica Renato Cristi su partida de nacimiento fue el referéndum del jueves 11 de septiembre de 1980, para dar 11 meses después sus primeros pasos. Ahora bien, Cristi precisa que el momento de concepción de la Constitución es muy anterior y se remonta fue el jueves 13 de septiembre de 1973. Ese día, explica el académico chileno, el Acta N1 de la junta militar anunció:

“Se encuentra en estudio la promulgación de una nueva Constitución Política del Estado, trabajo que está dirigido por el Profesor Universitario Dn Jaime Guzmán”.

Posteriormente, el 21 de septiembre del mismo año, la junta militar, durante su séptima sesión secreta, *“acuerda dictar un decreto-ley que designa una comisión integrada por Enrique Ortúzar, Sergio Diez, Jorge Ovalle y Guzmán ‘para que se aboque al estudio de la nueva Constitución Política y disposiciones legales complementarias de esta nueva institucionalidad”*²⁸.

Tenemos entonces que el anteproyecto de la Constitución comenzó a ser elaborado en 1976 por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política, conocida como Comisión Ortúzar. Jorge Alessandri Rodríguez, quien presidía el Consejo de Estado introdujo entre 1978 y 1980 modificaciones al anteproyecto, el que finalmente pasó a manos de la Junta de Gobierno, donde alcanzó su redacción final. Finalmente la Constitución fue sometida a un plebiscito y fue aprobada el 67 por ciento de los votos a favor y 30,2 por ciento en contra. Hay que tener en consideración que tal plebiscito se llevó a cabo sin que existiese un padrón electoral y bajo estrictas restricciones a la libertad de expresión, información y reunión. **Renato Cristi le otorga a Jaime Guzmán un papel protagónico** a tal punto que para él, fue el líder gremialista el principal autor del

²⁸ Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente (Chile: LOM Ediciones, 2014), 73.

golpe de Estado de 1973. En cambio, Pablo Ruiz-Tagle atenúa esto señalando que Guzmán fue un coautor muy importante y el defensor más mediático del régimen militar. Lo que explica la importancia de Guzmán, de acuerdo a Ruiz-Tagle, es su capacidad de retórica o, para ser más específico, su “**retórica del miedo**”. Para Ruiz-Tagle, Guzmán no fue un pensador sistemático o teóricamente coherente, siendo una de sus más notables contradicciones la fundación del partido Unión Demócrata Independiente, después de años de criticar a los partidos políticos. Ruiz-Tagle explica la tesis de la “retórica del miedo” de la siguiente manera:

“...el poder político de Jaime Guzmán deriva, no de las ideas que él desarrolla y expone, sino que estas ideas representan a un grupo que lo respalda, y que son la expresión de su pensamiento político, de un grupo que es fundamentalmente antirepublicano, antidemocrático...Es este grupo antirepublicano y antidemocrático chileno el que se siente identificado con las ideas de Guzmán, en un momento en que ese grupo reaccionario está debilitado”²⁹.

Por lo tanto **una de las principales críticas a la Constitución**, esgrimida tanto por el experto como el ignorante en el tema, **es su misma génesis**, es decir, el de haber sido redactada por un grupo de expertos dentro de cuatro paredes bajo la lupa de los jefes militares y que tuvo como objetivo implantar un modelo ideológico en lo político, económico y social, para ser más claro, esta Constitución instauró lo que la izquierda denomina como un **modelo neoliberal**, por lo que la Constitución actual es rotulada por muchos como una “**Constitución Neoliberal**”. El académico chileno, **Jaime Bassa** explica que la Constitución vigente es una paradoja irresoluble desde la perspectiva de la evolución del constitucionalismo occidental. Continúa explican el autor:

*“En efecto, la **cultura constitucional chilena forma parte de una evolución que se remonta a las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, que***

²⁹ Ibid., 187.

dieron paso a un ordenamiento jurídico basado en las ideas del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, la Carta chilena hunde históricas en la dictadura militar del período 1973-90. Este contrasentido genera una tensión entre la pretensión democrática del ordenamiento constitucional y su origen en dictadura, la que tiene un correlato empírico: cómo se interpretan las normas fundamentales³⁰.

De acuerdo a **Hayek** el **Estado de Derecho** significaba que el gobierno no debía ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida. Agregaba Hayek que el Estado de Derecho no debía ser confundido con el “requisito de la mera legalidad en todos los actos de gobierno”. Escribió Hayek:

*“El imperio de la ley presupone, desde luego, completa legalidad, pero sin que ello sea suficiente. Si una ley concede al gobierno poder ilimitado para actuar a su gusto y capricho, todas sus acciones serán legales, pero no encajarán ciertamente dentro del Estado de Derecho. El Estado de Derecho, por tanto, es también más que el constitucionalismo y requiere que todas las leyes se conformen con ciertos principios”*³¹.

Otro académico chileno, **Juan Carlos Ferrada**, en la misma línea que Bassa, afirma lo siguiente:

“...somos de los pocos países del mundo que tienen, en lo fundamental, la misma Constitución elaborada y puesta en marcha por una dictadura. Todos los países que pasaron por períodos de dictadura terminaron reformando, y casi derogando, las constituciones heredadas de esos regímenes políticos...somos de los pocos países del mundo que hemos reformado treinta y cuatro veces la Constitución en

³⁰ J. Bassa, J. C Ferrada y C. Viera, La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política (Chile: LOM Ediciones, 2015), 13

³¹ Friedrich Hayek, op. cit., 283.

*veinticuatro años. Me parece que eso es un signo claro de que no tenemos un pacto institucional compartido*³².

Por su parte, el movimiento “**Marca tu voto**” explica en su “Manifiesto” que Chile debe tener una nueva Constitución ya que es su convicción de que la carta magna debe estar legitimada por cada una de las ciudadanas y ciudadanos del país, *“construida en común a través de una Asamblea Constituyente que permita el diálogo y el intercambio de opiniones, y que la propuesta final sea sometida a la voluntad soberana del pueblo mediante un plebiscito”*. Continúan explicando que la Constitución no representa al Chile actual y añaden que la:

“Constitución de Pinochet, en su origen y lógica institucional, vulnera el derecho de libre determinación “contemplado en las dos más importantes convenciones universales de derechos humanos, ambas suscritas por el Estado de Chile: la de derechos civiles y políticos y la de derechos económicos, sociales y culturales y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas”.

En el **Programa de Gobierno de Michelle Bachelet** explica que *“Chile merece que el texto constitucional vigente reconozca y se base en un sistema plenamente democrático; y que recoja las normas y principios de derechos humanos reconocidos en Chile y en el ámbito internacional, en toda su extensión”*. Agrega que la Constitución, aún con las modificaciones que se le han realizado, continúa fundamentándose en la desconfianza hacia la soberanía popular. Así, el programa señala que *“Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”*. En cuanto al **catálogo de derechos básicos** que debe reconocer la nueva Constitución se encuentran:

- a) Derecho a la vida, integridad física y psíquica.

³² Lucas Sierra, op. cit., 48-49.

- b) Derecho a la igualdad y a la no discriminación
- c) Derecho a la libertad y seguridad personal
- d) Derecho a la tutela judicial y garantía del debido proceso.
- e) Derecho a la libertad de conciencia.
- f) Derecho a la libertad de expresión
- g) Derechos de los niños, niñas y adolescentes
- h) Derecho a la identidad, a la intimidad, a la imagen, al honor, y a los derechos sexuales y reproductivos.
- i) Derecho de propiedad
- j) Derechos políticos
- k) Derechos colectivos y reconocimiento de los pueblos indígenas.
- l) Derechos económicos, sociales y culturales.
- m) Derecho a la participación política y social

Otro punto importante es el **proceso para la elaboración de una Nueva Constitución Política:**

- a) **Proceso Democrático:** La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.
- b) **Proceso Institucional:** El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.
- c) **Proceso Participativo:** La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas

reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición.

Francisco Zuñiga, quien se desempeñó como jefe de la comisión de Constitución del comando de Michelle Bachelet, explica que la Constitución vigente es autoritaria y neoliberal, encontrándose en las antípodas del constitucionalismo liberal, democrático y social³³. Añade Zuñiga: *“La Constitución fue impuesta “como un último acto de una revolución que desde 1973 refundó autoritariamente el capitalismo en Chile. La Constitución vigente es, en su origen, fruto de una dictadura de clase, obra de los vencedores”*³⁴. Para Zuñiga la Constitución, a pesar de las numerosas modificaciones que ha sufrido, se encuentra sustentada en una desconfianza a la soberanía popular y el objetivo que debemos plantearnos como país es el de reencontrarnos con nuestra tradición republicana.

El economista chileno , quien se desempeñó en la Corporación de Fomento a la Producción (CORFO) durante el gobierno de la Unidad popular, **Germán Urrea**, también apunta a la particular génesis de la Constitución chilena:

*“Esta constitución fue ‘aprobada’ después de haber sido elaborada en los laberintos de la burocracia de las cúpulas cívico militares. El referéndum de aprobación se hizo en condiciones de ‘estado de excepción’ y en momentos en que expresar opiniones divergentes podía conducir...a uno de los numerosos centros de detención y/o de tortura o al mar”*³⁵.

La Constitución, continúa explicando Urrea, se construyó sobre la base del discurso de Chacarillas, pronunciado por Pinochet en la localidad de Chacarillas el 9 de julio de 1977. Los principales principios del discurso son:

³³ Lucas Sierra, op. cit., 42.

³⁴ Ibid.

³⁵ Germán Urrea, Chile: por un nuevo modelo económico. Para una sociedad democrática, solidaria y sustentable (Chile: CEIBO Ediciones, 2014), 50.

- a) Instauración de una “democracia protegida”.
- b) Gobierno autoritario.
- c) Democracia integradora.
- d) Democracia tecnificada (predominio de tecnócratas por sobre los políticos)
- e) Democracia de participación social fundamentado en el principio de subsidiariedad.

Los autores del libro “El otro modelo”³⁶ señalan que la razón por la cual es necesario dar una nueva Constitución al país es porque la vigente es tramposa en el sentido de que constituye un terreno desnivelado del juego. Los autores consideran que en el contenido de la actual Constitución existe un programa neoliberal lo cual puede apreciarse en el catálogo de derechos presentes en este. Añaden los autores:

“Este es el punto central que subyace a la demanda por una asamblea constituyente: es necesaria una Constitución que permita que la voluntad popular pueda manifestarse institucionalmente en función de la dinámica y requerimientos propios de una sociedad que cambia y progresa. Es decir, una nueva Constitución”³⁷.

Otro actor importante en este debate (y coautor del libro anterior) es el ya mencionado académico chileno: Fernando Atria. De acuerdo a Atria, estamos **no sólo estamos ante una Constitución tramposa**, sino que **ni siquiera estamos ante una constitución propiamente tal**. Para el académico chileno la Constitución de 1980 (en adelante C1980) es un conjunto de leyes o un texto que contiene cúmulo de leyes constitucionales. Pero la Constitución de 1980 no se puede reducir sólo a un cúmulo de leyes ya que esta también contiene una lista de derechos fundamentales y organiza los poderes del Estado. En suma, la

³⁶ F. Atria, G. Larrain, J. M. Benavente, J. Couso y A. Joignant, El otro modelo, del orden neoliberal al régimen de lo público (Chile: Debate, 2013).

³⁷ Ibid., 114.

Constitución de 1980 es una norma fundante pero no es una decisión fundamental del pueblo sobre su identidad y forma de existencia. En palabras de Atria:

“Esto porque esas normas no le dan la forma política al pueblo con la finalidad propiamente constitucional de habilitarlo para actuar, sino con la finalidad precisa de neutralizar su agencia, de impedir que actúe. Por lo tanto, la decisión fundamental de la llamada Constitución de 1980 es negar al pueblo potestad para actuar. Pero si es una decisión cuyo contenido fundamental es negar la agencia política del pueblo, entonces no puede ser una decisión del pueblo sobre su forma política, sino una que se le impone. Por eso es correcto decir que la llamada Constitución de 1980 es esencialmente antidemocrático o, lo que es lo mismo, que no es una Constitución”³⁸.

La C1980 es la materialización del diseño institucional de Jaime Guzmán que buscó neutralizar la agencia política del pueblo e instaurar una nueva mentalidad” que era la “democracia protegida”, esto es, la democracia protegida del pueblo o como escribe Atria: “La ‘protección’ consistía en un cúmulo de cerrojos que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas...”³⁹.

En otra pasaje escribe Atria:

“Cuando el texto constitucional es escrito por juristas convocados especialmente por un dictador apoyado en cuatro generales, que entonces pueden decidir unilateralmente que normas tendrán forma constitucional, y cuyo borrador es luego revisado por otros funcionarios de la dictadura y, en definitiva, a puertas cerradas de esos mismos cuatro generales, es poco probable que haya una correlación entre constitución y forma constitucional. Lo probable es que el texto constitucional

³⁸ Atria 45

³⁹ Ibid.

no sea en rigor una constitución, sino un conjunto de leyes a las que se les ha dado abusivamente forma constitucional”⁴⁰.

Para entender mejor lo anterior tenemos que entender los 3 cerrojos y 1 metacerrojo que destaca Atria. Estos fueron los cerrojos diseñados por Jaime Guzmán, cerrojos que, de acuerdo a Atria, hacen que aún vivamos bajo las instituciones de la dictadura. Lo que propone Atria es un “**antigatopardismo**”, es decir, cambiar poco para que todo sea distinto (evitando así el “**gatopardismo**” = “todo tiene que cambiar para que todo siga igual).

El primer cerrojo son las leyes orgánicas constitucionales y sus quórum de aprobación. Atria se refiere al quórum de aprobación de ciertas leyes orgánicas constitucionales que no pueden ser dictadas, modificadas o derogadas sin la concurrencia de una gran cantidad de votos en ambas cámaras: 4/7 de los votos de los diputados y senadores en ejercicio. Al respecto escribe Atria: “*Esto quiere decir que cualquier reforma a una ley orgánica sólo puede obtenerse con la concurrencia de los votos de la derecha. Esto le da, de hecho, poder de veto*”⁴¹. Si bien existen leyes orgánicas constitucionales no son una innovación chilena, sucede que en países como Francia y España respectivamente, estas mismas leyes son modificables con un quórum inferior, es decir, dichas leyes pueden aprobarse, modificarse o derogarse con la mayoría absoluta del Congreso, explica Atria. El punto de Atria es que las leyes orgánicas constitucionales no tienen parangón en el derecho comparado. El académico chileno considera que las comparaciones que se realizan con Austria, Bélgica, Dinamarca y Uruguay, constituyen un ejercicio mental del cual no se puede aprender mucho, de manera que, para Atria, tales comparaciones son en realidad cortinas de humo. Para entender lo anterior se suele esgrimir que en los países anteriormente señalados cuentan con este tipo de leyes con quórum superiores a 4/7. Antes esto, Atria responde que en el caso de estos países “*se trata de reglas específicas que, por*

⁴⁰ 61

⁴¹ Atria46

*consideraciones especiales, separan ciertas decisiones y las someten a un régimen especial, y su justificación dependerá de la historia política de cada país*⁴². Por ejemplo, en Bélgica, de acuerdo al artículo 4° de su Constitución, los 2/3 de los votos, para modificar los límites de las 4 regiones lingüísticas. En el caso de Dinamarca, explica Atria, el Parlamento puede transferir ciertas competencias a órganos internacionales con un quórum de 5/6 de los votos. En el caso uruguayo la constitución establece exigencias superiores a la mayoría para la aprobación de la ley en ciertos casos que se refieren fundamentalmente a cuestiones electorales: para regular las elecciones primarias (art. 77.12), para fijar las condiciones de la acumulación de votos en las elecciones (art. 79) Otros casos que menciona Atria son casos tales como el de conceder indultos y amnistías (art. 85.14) y conceder monopolios a privados (art. 85.17). El caso de Austria, explica Atria, sería el que más se asemeja al caso chileno ya que parece contener una categoría general de leyes protegidas. Pero existe una diferencia y es que en Austria, a diferencia de Chile, la Constitución no está consolidada en un solo texto, sino que se encuentra dispersa en diferentes cuerpos legales. **El segundo cerrojo** es el sistema binominal que ya ha sido abandonado a favor a un sistema proporcional inclusivo. Este sistema tenía como objetivo, señala Atria, asegurar a la derecha 51 diputados necesarios para vetar la modificación o derogación de una ley orgánica constitucional. Añade Atria que el sistema binominal tenía como objetivo mitigar los defectos y males del sufragio universal neutralizando los resultados contingentes de la elección. Escribe el autor:

*“La incertidumbre que una elección introduce en el sistema es eliminada de dos maneras: por un lado, por vía de transformar la elección en una suerte de ritual en la que el que gana, pierde, y el que pierde, gana...por otro, al producir un parlamento empatado, lo que hace difícil...la introducción de reformas significativas a cuestiones políticamente controvertidas y, además, asegura la mantención del statu quo, incluso contra la voluntad de la mayoría”*⁴³.

⁴² Atria 48.

⁴³ Atria 53-54

Atria continúa explicando que Jaime Guzmán y la comisión redactora de la Constitución no tenían cómo revertir el proceso de la progresiva ampliación del voto, por lo que si no podían eliminarlo, sí podían mitigar sus efectos mediante las tramas o cerrojos. **El tercer cerrojo** el control preventivo del Tribunal Constitucional (TC), que entraría a operar en caso de que alguna decisión contraria a los intereses de la “derecha” lograra superar las dos trampas anteriores. De acuerdo a Atria, la competencia preventiva que tiene el Tribunal Constitucional “*en virtud de la cual interviene en el proceso de formación de la ley antes de que alcance a ser dictada*”, es exagerada. El **Programa de Michelle Bachelet** también se refiere al TC afirmando que la Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contra mayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar decisiones democráticas.. A esto añade: “*se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente*”. Lo anterior implica reordenar las competencias del TC suprimiendo aquellas competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo.

Por último, **tenemos el metacerrojo** que son los quórum de reforma constitucional. Con metacerrojo, Atria quiere dar a entender a un cerrojo que protege a los demás. En cuanto a los quórum de reforma constitucional son de 60 o 66% de los diputados y senadores en ejercicio. Otras críticas que añade Atria se refieren al presidencialismo exagerado, el centralismo que asfixia a las regiones, la indiferencia ante la composición plurinacional del país, entre otras.

III-El debate en torno a la Asamblea Constituyente

En primer lugar debemos abordar aquel polémico término que ha emergido en nuestro país: asamblea constituyente. En primer lugar responderé a la siguiente pregunta: **¿Qué es poder constituyente?**

Comencemos con **algunas definiciones de poder**. Si nos remitimos a la genealogía tenemos: *possum, potes, potril, posse*, que vendría a significar “ser capaz”, “tener fuerza” para algo, en otras palabras, ser potente para lograr el dominio o posesión. **La RAE** nos da las siguientes definiciones de poder:

- a) Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo.
- b) Acto o instrumento en que consta la facultad que alguien da a otra persona para que en lugar suyo y representándole pueda ejecutar algo.
- c) Fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío.
- d) Suprema potestad rectora y coactiva del Estado.

De acuerdo al **sociólogo alemán Max Weber (1864-1920)**: “*Poder* significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad”. El poder (*macht*) a diferencia del dominio es una capacidad potencial de imponer una voluntad. El sociólogo norteamericano y representante del funcionalismo en sociología definía el poder “la capacidad de ejercer ciertas funciones de provecho de la comunidad”. El filósofo francés, **Michel Foucault (1926-1984)** abordó el tema del poder desde el punto de vista de sus mecanismos de donde surge aquello que nosotros denominamos como “poder”. El francés más que preguntarse ¿qué es el poder?, le preocupaba otra pregunta: ¿cómo se ejerce el poder? El poder, para Foucault, no era una propiedad sino que una estrategia, de manera que no se posee, sino que se ejerce. Otros rasgo del poder en Foucault en que este no es represivo sino que productivo oponiéndose así a la tradición marxista y

psicoanalítica. De acuerdo a esto se debía poner atención en los efectos positivos que tenía el poder, es decir, lo que este producía. Por último cabe destacar que Foucault llevó a cabo una “Microfísica del poder” que se tradujo en concebir el poder como una red desplegada en la sociedad que se manifestaba en cárceles, sanatorios, escuela militar. En otras palabras, el poder no era concebido como el dominio homogéneo de un grupo o clase determinada (por ejemplo, el capitalista en el marxismo)

Pasemos ahora al concepto “constituyente”. Ya examinamos en un comienzo el significado de la palabra “**constituir**”, esto es, dar forma o configurar, y que en este caso preciso, en Derecho, vendría a significar *determinar* o formar *las reglas de funcionamiento y distribución del Poder*. **Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836)** en su célebre “¿Qué es el tercer estado?” se refirió al poder constituyente como la *potestad que tiene un pueblo de constituir un Estado y de darse la organización jurídica y política que mas le convenga*. El revolucionario francés es de crucial importancia ya que, como señala el académico argentino, Jorge Vanossi, en él se encuentran aportes centrales al constitucionalismo moderno. En primer lugar, está la “teoría del poder constituyente” (diferente al poder constituido). En segundo lugar tenemos la doctrina de la representación política y, por último, está la organización del control constitucional de las leyes. Para **Sieyès una Constitución suponía ante todo un poder constituyente.**

De acuerdo al jurista argentino **Carlos Sánchez Viamonte (1892-1972)** el poder constituyente era la *“soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado para dar nacimiento y personalidad, y para crear sus órganos de expresión necesarias”*.

Friedrich Hayek explicaba que a partir de la experiencia de las colonias en Norteamérica, el concepto de “Constitución” se enlazó íntimamente con el de “gobierno representativo” y añade:

“La fórmula de que todo el poder deriva del pueblo se refería no se refería tanto a la periódica elección de representantes como al hecho de que el pueblo organizado en asamblea constituyente tiene el derecho exclusivo de determinar de determinar los poderes de la legislatura representativa”⁴⁴.

Por su parte, para el ya citado **Carl Schmitt** el poder constituyente *“era 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, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”⁴⁵*. Como precisa Renato Cristi, existe una diferencia fundamental entre la Teología Política y la Teoría de La constitución, ocurriendo una verdadera “conversión democrática”. Pero fue así ya que tras el final de la Primera Guerra Mundial, el Segundo Reich de Guillermo II llegó a su final, siendo reemplazado por una nueva República y la nueva Consitución de Weimar (1919).

Tal como lo señaló **Herman Heller (1891-1933)**, Schmitt establece un poder sin norma, carente por completo de validez. En las antípodas se encuentra la teoría normativista de Hans Kelsen, para quien la doctrina del Poder Constituyente debe poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo. Al respecto escribe Heller: *“Para el normativismo ‘puro’ de Kelsen y su escuela, es la norma fundamental, que representa el ‘origen lógica’ de la Constitución, la que como hipótesis jurídica establece ‘la autoridad constituyente”⁴⁶*. Kelsen excluye o expulsa el Poder Constituyente del orden legal, puesto que lo localiza en el terreno de lo puramente fáctico, careciendo de esa manera de toda consideración acerca de la legitimidad o legalidad de quién o cómo ejerce dicho poder⁴⁷. **Renato Cristi** afirma que el poder constituyentes el *“arma más poderosa en el arsenal del constitucionalismo democrático”*, resultando *“impensable avalar la legitimidad de un movimiento de un movimiento sin*

⁴⁴ Friedrich Hayek, op. cit., 242.

⁴⁵ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución (México: Editora Nacional, 1961), 86.

⁴⁶ Herman Heller, Teoría del Estado (México: FCE, 2010), 350.

⁴⁷ Clara E. Elida, Horacio Crespo y Pablo Yakelevich, comp., Argentina, 1976, Estudios en torno al golpe de Estado (El Colegio de México Centro de Estudios Históricos, 2007), 171.

concurso⁴⁸. Sin embargo, añade Cristi, el constitucionalismo democrático contemporáneo no ha tomado en cuenta suficientemente esta noción y, posiblemente, se deba a la influencia de Hans Kelsen, *“para quien la ciencia jurídica positiva no puede considerar a la norma básica como el resultado de un ‘acto de voluntad’ de un determinado sujeto constituyente”*⁴⁹. De acuerdo a lo anterior, explica Cristi, el poder constituyente es simplemente una ficción o un mito conceptual o un acto del pensamiento *“que sirve al jurista para fundar lógicamente la validez de un sistema jurídico”*⁵⁰.

En cambio, para **Schmitt**, la Constitución, emerge mediante un acto del Poder Constituyente. Si regresamos a la definición de Poder Constituyente de Schmitt se puede apreciar que el Poder Constituyente es en realidad voluntad política y, para el teórico alemán, la Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino que se apoya en una “decisión” política surgida de un Ser político. Renato Cristi explica que, para Schmitt, el “pueblo” no es el único sujeto que puede “constituir”, sino que también el monarca, en virtud del principio monárquico. Lo que plantea Victoria Crespo en libro anteriormente citado es relevante ya que **atañe también al caso de Chile y el cuestionado origen de la Constitución de 1980:**

*“Mi interpretación es que **la dictadura militar argentina** y varios de sus comentaristas legales de la época **sostuvieron una doctrina kelseniana del poder constituyente. Para Kelsen, el hecho de que la primera Constitución ‘por algún usurpador o por alguna especie de asamblea’ no altera la validez de la Constitución establecida. Según Kelsen, si el golpe de Estado o la Revolución son exitosos, ‘el viejo orden deja de existir y el nuevo empieza a ser eficaz’.** A partir de entonces se presupone la existencia de una nueva norma*

⁴⁸ Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, op. cit., 135.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

básica, y la conducta de los individuos será interpretada como legal o ilegal de acuerdo con los presupuestos del nuevo orden”⁵¹.

Explica Crespo que, en el caso de Argentina, la Constitución no ocupó la cúspide en la “Pirámide de Kelsen” (como sucede en los sistemas legales positivistas modernos), sino que quedó subordinada a los “Objetivos Básicos” y al Estatuto establecido por la Junta Militar. La Corte nombrada por la dictadura reconoció un Poder Constituyente ilegítimo, usurpando así el Poder Constituyente al pueblo. En este punto, Crespo reconoce elementos “schmittianos” en el sentido de la existencia de un soberano que decide en el estado de excepción”. Continúa explicando Crespo:

“Sin duda, el golpe militar argentino de 1976 también puede ser visto como un escenario schmittiano. La Junta militar se autoproclamó soberana y tomó la decisión acerca de la existencia de un estado de excepción y sobre qué hacer para ‘salvar al Estado de la amenaza subversiva’⁵².

Hayek también era un crítico del positivismo jurídico para el cual es ley todo lo que una cierta autoridad declare legal, abriendo así la puerta al Estado policiaco. Hayek señala que Hans Kelsen y su formulación de la “teoría pura del derecho” significó el eclipse definitivo de todas las tradiciones de gobierno limitado. Continúa explicando Hayek:

“Sus enseñanzas fueron ávidamente recibidas por cuantos reformadores habían encontrado en las limitaciones tradicionales un obstáculo irritante a sus ambiciones y que, por tanto, deseaban suprimir las restricciones opuestas al imperio de la mayoría. El mismo Kelsen había observado un tiempo antes que ‘la libertad básica del individuo retrocede poco a poco para dar paso a la libertad de la colectividad, que ocupa el primer puesto en el escenario’; y que este cambio en

⁵¹ Ibid., 171.

⁵² Ibid., 172.

*el concepto de libertad significaba una 'emancipación de lo democrático con respecto a lo liberal, cambio que Kelsen daba notoriamente la bienvenida'*⁵³.

Hayek diferenciaba dos tipos de leyes. En primer lugar estaban las normas generales de justicia que permiten el buen funcionamiento de una sociedad libre sin la dirección de un poder central. En segundo lugar están aquellas normas organizativas de las autoridades con miras a lograr alcanzar algún plan social. No es menor la confusión de estos dos tipos de leyes ya que un Estado puede “disfrazar” una “ley”, entendida en el segundo sentido (legislación administrativa) de “ley” entendida en el primer sentido (normas generales que permiten el funcionamiento de la sociedad libre). Tenemos que Hayek acusaba a Kelsen de homologar Estado de Derecho con cualquier orden legal. Por lo tanto, Hayek se mostraba contrario al planteamiento del positivismo jurídico que señalaba que lo justo se identificaba con lo legal, y termina por fundir las “normas generales” con las “normas organizacionales”.

Al parecer, **parte del debate en torno a la Constitución chilena gira en torno a la postura de Hans Kelsen y Carl Schmitt.**

En cuanto a las **clases de Poder Constituyente** tenemos:

a) Poder Constituyente Originario que es *aquel que funda un Estado o que cambia la constitución de un Estado luego de una Revolución. Este recibe también el nombre de Poder Constituyente Absoluto, Político, Revolucionario, Fundacional o En Etapa de primigeneidad.* Este tiene como titular del poder al pueblo o la comunidad. Este es considerado como el verdadero Poder Constituyente, se da principalmente en casos tales como revoluciones, de manera que su carácter medular es el de destruir todas las instituciones preexistentes, creando así nuevas instituciones o Estados.

⁵³ Friedrich Hayek, *ibid.*, 322.

Este **Poder Constituyente no tiene restricciones** porque, siguiendo a Sieyès, su carácter es extraordinario, supremo y directo, algunos autores. El Poder Constituyente, de acuerdo a Sieyès, no está sometido de antemano a una constitución dada y añadía que la nación, que ejerce el más grande e importante de sus poderes, debía encontrarse en esa función libre de toda sujeción. Ahora bien, para Sieyès **no era necesario que los miembros de la sociedad ejercieran individualmente el poder constituyente, pudiendo depositar su confianza en representantes** que sólo se reunirían en asamblea con ese objeto, sin poder ejercer por sí mismo los poderes constituidos. Los poderes constituidos son el conjunto de órganos e instituciones creadas por el Poder Constituyente. Es importante entonces tener en consideración que aquellas personas que componen la Asamblea Constituyente son delegados y no representantes ya que si fuesen representantes, entonces la soberanía residiría en estos, cuando en realidad la soberanía reside en el pueblo.

b) Poder Constituyente Derivado: los estudiosos se refieren a este como *aquel cuyo ejercicio esta regulado y limitado por el poder constituyente originario a través de la Constitución. También recibe el nombre de Poder Constituyente Jurídico o Reformador*. Cabe señalar que no se acepta esta clase de Poder Constituyente, ya que este último es siempre originario.

Límites del Poder Constituyente: no hay que pensar que el Poder Constituyente carece de límites ya que este se encuentra circunscrito a **límites jurídicos externos**, por ejemplo, tendrá que restringirse al territorio de ese Estado particular reconocido internacionalmente, y no podrá desconocer los tratados internacionales firmados por el régimen anterior o el derecho internacional. También se habla de **limitaciones metajurídicas**. La primera es la **limitación de finalidad**, ya que se persigue un objetivo claro: el orden y no la anarquía. En segundo lugar está la limitación de índole histórica y sociológica, es decir, que no se puede ignorar la evolución histórico-política de la nación. Por último está la limitación de índole política y es lo que LaSalle denominaba factores reales de poder en la comunidad.

Un ejemplo que se da de este caso es la Constitución mexicana de 1824 que estableció la intolerancia religiosa, ya que en aquel momento la Iglesia tenía un gran poder. Lo mismo sucedió con la Constitución de 1833 en Chile donde se declaró la religión católica apostólica y romana como la oficial, con exclusión de las demás.

Caracteres del Poder Constituyente:

- a) **Es supremo.** No es constituido y no depende de ningún poder anterior. Es supremo, porque se coloca encima de los demás poderes que va a constituir.
- b) **Es extraordinario.** Porque es único. Solo se presenta en circunstancias muy especiales, como en las revoluciones, y solo ocurre una sola vez.
- c) **Es directo.** Porque proviene directamente de la voluntad del pueblo.
- d) **Es soberano.** Porque a través de esta potestad el pueblo puede establecer lo que mas le convenga y porque no se encuentra sometido de antemano a ninguna norma.
- e) **Es incondicionado.** Porque establece su ordenamiento jurídico de la manera que el pueblo quiera.

A estas alturas debemos tener claro que el **Poder Constituyente** se identifica con el pueblo y la soberanía, es decir, es el pueblo el que erige la Constitución. La **Asamblea Constituyente** es aquella designada por el pueblo con el objetivo específico de dialogar y discutir con el objetivo de diseñar una nueva Constitución. La **“Constituyente” puede ser originaria o derivada.** La *Constituyente* es **originaria** cuando surge del rompimiento de un orden, sea este constitucional o no. La Constituyente es *derivada* cuando la institución está prescrita en el texto constitucional o cuando su viabilidad jurídica se lleva a cabo dentro de los cauces constitucionales, por lo que no existiría un rompimiento de orden constitucional.

De acuerdo al académico keniano **Yash Ghai** en una sociedad en conflicto, como sería el caso de la chilena, el proceso de formulación constitucional debe cumplir la función de promover la reconciliación entre los grupos enfrentados. Añade el mismo autor:

“El propio proceso debe estar diseñado e implementarse de forma tal que fortalezca la unidad nacional y el sentido de una identidad nacional en común, lo cual no se logrará si no se trata de un proceso inclusivo en el que todos se sientan involucrados, y no solo las partes activamente involucradas en el conflicto”⁵⁴.

Los **objetivos de los procesos de elaboración constitucional**, de acuerdo a Ghai, y a parte de la producción de un nuevo documento, son:

- a) la reconciliación entre los grupos
- b) el fortalecimiento de la unidad nacional
- c) el empoderamiento de la ciudadanía y su preparación para participar en la vida pública, así como para el ejercicio y protección de sus derechos.
- d) la elaboración en torno a los objetivos y valores nacionales
- e) la ampliación de la agenda para el cambio
- f) la promoción del conocimiento y respeto por los principios del constitucionalismo.
- g) el fortalecimiento de la legitimidad de la búsqueda de acuerdos y de la propia constitución.

En cuanto al proceso de elaboración del texto constitucional, Ghai menciona los siguientes componentes:

⁵⁴ Yash Ghai, La asamblea constituyente en la elaboración de la constitución política, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, International (documento en línea: http://www.idea.int/americas/upload/Yash_Ghai_Constituent_Assemblies_Spanish_final_text_for_workshop_17july06.pdf), 6.

| | |
|---|--|
| 1-Acuerdo sobre un conjunto amplio de principios y objetivos | 8-Redacción del anteproyecto del texto constitucional. |
| 2-Acuerdo sobre las instituciones y procedimientos para la elaboración de la constitución | 9-Redacción de la versión final |
| 3-Preparación de la ciudadanía para la consulta mediante programas de educación cívica en torno al proceso, la historia constitucional del país y las opciones constitucionales | 10-Promulgación de la versión final |
| 4-Consulta a la ciudadanía (incluyendo, cuando sea del caso, a la población en diáspora) | 11-Celebración de un referendo u otro mecanismo de ratificación. |
| 5-Consulta a expertos | 12-Celebración del referendo u otro mecanismo de ratificación. |
| 6-Divulgación de información sobre el análisis de experiencias comparadas | 13-Puesta en vigor de la constitución. |
| 7-Análisis de opiniones | 14-Implementación |

Ante la cuestión del porqué adoptar el mecanismo de una **Asamblea Constituyente**, Ghai explica que quienes abogan por tal mecanismo lo hacen porque conciben tal mecanismo no sólo como un representativo e inclusivo, sino también como uno en el cual la ciudadanía puede participar en otras formas. Añade el autor: *“...consideran que una asamblea constituyente inclusiva es más coherente con la soberanía de la nación que un parlamento, en donde los intereses sectoriales pueden predominar. El pueblo marginado por el sistema*

*político con frecuencia se agita en torno al establecimiento de una asamblea constituyente*⁵⁵. La asamblea constituyente sería, de acuerdo a Ghai, una expresión de la soberanía popular, un reflejo de la diversidad, y un vínculo con carácter de contrato social en su sentido amplio. En cuanto a la estructura y composición de la asamblea constituyente, Ghai explica primero su relación con el parlamento y señala que este último se presenta como la principal alternativa a una asamblea constituyente, y añade que a veces no es sencillo distinguir el parlamento de una asamblea constituyente. Existen casos, explica el mismo autor, en que la tarea de la asamblea se limita a elaborar una constitución y puede transformarse o ser transformada en el parlamento una vez que concluye la tarea anteriormente señalada.. También puede suceder que el parlamento pueda dividirse en dos para conformar. Agrega Ghai:

*“De hecho, incluso cuando se conforma solo con el propósito de redactar la constitución, puede no ser diferente del parlamento en términos del tipo de representación y la forma en que sus miembros llegan ahí. En ambos casos el proceso estará dominado por los partidos políticos y los intereses que ellos representen quedarán celosamente protegidos”*⁵⁶.

El autor menciona casos (Nigeria, Uganda, Kenia) en que la asamblea, cuando se constituye como algo distinto al parlamento, entra en conflicto con este mismo. Han existido casos en la historia en que la asamblea constituyente no ha representado al país en su totalidad, ya que no han sido elegidas directamente y, por lo demás, han representado intereses específicos. Ghai cita el caso de EE.UU (1787), India (1946), Alemania (1948), Australia (1891), la asamblea francesa de 1789 (que fue parcialmente elegida). Dos de las más reconocidas asambleas constituyentes, la de los EE.UU. de 1787 y la de Francia en 1789. Explica el autor:

⁵⁵ Ibid., 15.

⁵⁶ Ibid., 24.

“En la convención de Filadelfia de 1787 la representación quedó estrictamente restringida. Sus delegados fueron nominados por los parlamentos de los diferentes estados, a su vez conformados sobre la base de un derecho al voto extremadamente limitado (las mujeres, indígenas y esclavos estaban excluidos, así como quienes no fuesen propietarios de tierras). Los 55 delegados fueron seleccionados a partir de un reducido círculo en cuanto a su clase social y económica y tenían una formación homogénea y en su mayor parte sus intereses eran los mismos. El único tema verdaderamente polémico era el de la esclavitud, pues los estados del norte apoyaban la abolición, por el contrario de los sureños. Este tema quedó irresuelto y solamente se concluyó con la guerra civil, casi un siglo después”⁵⁷.

⁵⁷ Ibid., 25-26.

IV-Los críticos a un cambio de Constitución

Tenemos que un aspecto medular del debate es la génesis de la Constitución, es decir, el hecho de que esta naciera en una dictadura y fuese sometida a un referéndum fraudulento y bajo condiciones de severa represión a la libertad de expresión⁵⁸. **Los constitucionalistas están divididos** en este tema y tenemos a quienes quieren redactar una nueva Constitución y aquellos que sólo quieren reformas, es decir, no establecer un quiebre con el orden establecido. Por ejemplo, Teodoro Ribera afirma:

Cuando uno escucha las expresiones ‘un nuevo texto constitucional’ y ‘a partir de cero’, me pregunto si estamos sumidos en una crisis constitucional, en un caos de legitimidad, en una situación tal que las instituciones hayan fracasado y los partidos hayan perdido su legitimidad y se requiera, por tanto, un acuerdo político que se plasme en una nueva Constitución. Con claridad debo afirmar que esa no es nuestra realidad. Puede ser que esa sea una idea reiterada por un sector político, un lema levantado por un grupo minoritario o una consigna electoral, pero esa no es la realidad ni la conveniencia para nuestro país. Prueba de ello es que hace cuatro años la ciudadanía eligió al Presidente Sebastián Piñera y en su programa de gobierno no estaban consideradas ideas en esa línea”⁵⁹.

También, por lo general, son partidarios de una **Constitución minimalista**, breve y que contenga una lista de derechos básicos que constituyan un límite al poder, en otras palabras, se aboga por defender la **libertad negativa** (libertad de) más que la **libertad positiva** (libertad para). Como ya señalé más arriba, **Germán Concha** concibe que la **Constitución debe ser una regla que contenga los “mínimos” a partir de los cuales se convive y que, por lo tanto, no debe ser una regla que diseña los “máximos” para que todos seamos felices**. Menos aún debe servir la constitución para que **la mayoría pueda mandar casi**

⁵⁸ Para este tema: Claudio Fuentes El Fraude. Crónica Sobre El Plebiscito De La Constitución De 1980.

⁵⁹ Lucas Sierra, op. cit., 53.

ilimitadamente, por el contrario, la Constitución debe ser para controlar a la mayoría. Concha añade que, al parecer, lo que está en el centro del debate no es el “*mínimo común de convivencia*”, sino que “*el máximo propio de la construcción del mundo perfecto*”. En consonancia con lo anterior, **Emilio Pfeffer** explica que la Constitución no es solo lo que está escrito en el papel, es decir, no es necesario explicitar cada uno de los derechos y hay que dar espacio a la interpretación y aplicación por parte de los tribunales. Sobre este mismo tema opina **Sebastián Soto**:

“Tampoco creo que supera el test (del pragmatismo) un listado que pretenda abarcarlo todo, un catálogo inmenso que se construya sobre la base de que el día de mañana no van a existir derechos implícitos que emanen de procesos de cambio constitucional o de recepción de figuras contempladas en tratados internacionales. Por eso, mi impresión es que lo que debe pretenderse es estructurar un listado con lo que tenemos, incluyendo aquello que es mínimamente necesarios para construir un consenso”⁶⁰.

Por su parte, **Víctor Manuel Avilés** se pregunta **si es necesario constitucionalizarlo** todo y si todo tiene que ser derecho. En palabras de Avilés:

*“Hay peligros en eso, y uno de ellos es el peligro de afectar la democracia y la gobernabilidad. En efecto, la posibilidad que tiene una futura mayoría de sacar adelante un proyecto político haciéndose cargo de **una Constitución que tiene derechos detallados de manera consagrada**, evidentemente se va a ver afectada, pues **se pierde flexibilidad. Se critica mucho la Constitución de 1980 por la ideología que arrastra, sin embargo podríamos caer fácilmente en una nueva carta que arrastre otra ideología...**Una Constitución debe ser realista, so pena de ser decorativa. Realista por reflejar derechos alcanzables y, además, por reflejar el sentir social. La ecuación no es fácil”⁶¹.*

⁶⁰ Ibid., 140.

⁶¹ Ibid., 122.

Quienes se oponen a una nueva Constitución y a la formación de una Asamblea **Constituyente también argumentan que la Constitución actual no es la misma de 1980**, ya que ha sido objeto de numerosas modificaciones. Un hecho de suma relevancia dentro de este **argumento es el año 2005 cuando Ricardo Lagos, presidente en ese entonces, firmó una nueva Constitución Política**. Lagos afirmó en el Patio de los Naranjos lo siguiente:

“Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos continuar avanzando por el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia. Nuestra Constitución no es más un dique en la vida nacional; la vida nacional puede fluir ahora como un río por este cause institucional”.

Sebastián Soto escribe al respecto:

“La reforma de 2005 el que se ha denominado mecanismo de bloqueo y, a juicio de muchos, fue un motivo para celebrar. Pero en algún momento esta reforma perdió su legitimidad. Me gustaría entender por qué ese mecanismo, que se ocupó entonces y que fue relativamente eficaz, hoy dejó de serlo”⁶².

El académico **Enrique Navarro** Beltrán afirma que **a la Constitución se le esta pidiendo cosas que no guardan relación con los conflictos que se viven en la sociedad**. Ejemplos de lo anterior son la reforma tributaria o la reforma constitucional que, en principio, nada tienen que ver con un nuevo texto constitucional. Lo anterior obedece a lo que ya señalé anteriormente, lo que **Teodoro Ribera** denomina **“fetichismo constitucional”** en donde la Constitución pasa a ser un programa político o una descripción de lo que se quiere, en lugar ser una regulación del poder y un reconocimiento de los derechos ciudadanos.

⁶² Ibid., 47.

En lo que respecta a la **Asamblea Constituyente**, autores como Gastón Gómez, argumentan que la idea misma de querer convocar una Asamblea Constituyente es apoyar la idea de que es posible generar un hecho al margen del orden constitucional y político actual. Víctor Manuel Avilés afirma:

“Me parece que el principal punto que debe abordar un proceso de reforma o creación de una nueva Constitución, en una sociedad ampliamente marcada – como es la de hoy – por la presión por los derechos y por cierto rechazo a asumir deberes, y que, a su vez, tiene un amplio desconocimiento de lo que es el marco constitucional, es la protección de la democracia principalmente por medio de la protección de sus instituciones, rescatando el aprecio por ellas”⁶³.

Para Pfeffer la discusión en torno a la Constitución debe llevarse a cabo en aquel espacio que representa el poder constituyente derivado: el Congreso. Lo anterior significa que, para Pfeffer (y otros autores), la idea de una **Asamblea Constituyente y una nueva Constitución son incompatibles con las vías institucionales**.

Joaquín Jaraquemada y Héctor Mery, ambos pertenecientes a la Fundación Jaime Guzmán, explican que aquellos que defienden la elaboración de una nueva Constitución ignoran los “aportes” de la Constitución de 1980, por ejemplo: a) la proclamación de la dignidad humana como elemento principal del sistema jurídico, así como el reconocimiento de la libertad de todas las personas; b) el reconocimiento y respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios entre la persona y el Estado, y el rol subsidiario de este; c) el reconocimiento de un orden natural del cual forman parte la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado

⁶³ Ibid., 466.

De acuerdo a Jaraquemada y Mery, lo que a los críticos le importa es el origen ilegítimo de la Constitución. Pero añaden que tal argumento es caprichoso y de poco valor, ya que la mayoría de las constituciones en Chile, como fue el caso de la de 1833 y 1925, que tuvieron un parto complejo. También citan el caso de la Constitución alemana de 1949 cuyo “momento constitucional” se produjo bajo la presión de las fuerzas aliadas ocupando el país tras finalizar la Segunda Guerra Mundial (1945). Continúan explicando que, quienes desean establecer una nueva Constitución, olvidan que el concepto de legitimidad de la norma constitucional no se construye únicamente por el origen.

*“En la Constitución de 1980 podemos apreciar que, **con independencia del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida.** Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas, lo que fue reconocido por el propio ex presidente Ricardo Lagos... Además, se trata de un texto al que no se le reprochan sus valores constitucionales, tales como la posición de la dignidad de la persona, sus derechos, la servicialidad del Estado y los otros que ya hemos mencionado. En consecuencia, **el reproche de legitimidad es simplista, pues desconoce un criterio complejo como el de la legitimidad constitucional**”⁶⁴.*

⁶⁴ Joaquín Jaraquemada y Héctor Mery, Ruptura o continuidad institucional: ¿necesita Chile una Asamblea Constitucional? (documento en línea: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/02_Jaraquemada_Mery.pdf), 45.

V-Palabras finales

Estamos ante un tema en desarrollo y hay que esperar para ver como evoluciona el debate de ideas al respecto. Para ir resumiendo, vimos que para quienes quieren cambiar la Constitución el principal argumento es su génesis, es decir, las condiciones histórico-políticas en se diseñó: la dictadura militar. A esto añaden que esta Constitución, a pesar de las modificaciones realizadas a lo largo del tiempo, no responde a las necesidades del Chile de hoy. La Constitución chilena, como señala Fernando Atria, es tramposa por los (ahora), dos cerrojos (las leyes orgánicas constitucionales y sus quórum, y el control preventivo del Tribunal Constitucional) y un metacerrojo (los quórum de reforma constitucional). Para poder efectivamente crear la figura de la Asamblea Constituyente se requiere una modificación del capítulo XV (“reforma de la Constitución”), que no la contempla. En los artículos 127, 128 y 129 se establecen las mayorías requeridas que serían, En este caso, 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en cada Cámara. Otra razón, conectada con las anteriores, es que la Constitución actual otorga un gran poder a las minorías por medio del veto. Por otra parte, **quienes no ven una necesidad de cambiar la Constitución** argumentan que el origen de esta no es en realidad fundamental, y que lo que haría falta no es una refundación sino que una reforma a la Constitución. Otro argumento es que llevar a cabo un proceso constituyente es una pérdida de tiempo y además puede causar una agudización de la polarización en la sociedad. Otro punto es que la demanda por la reforma no tiene un respaldo popular significativo. El Instituto Libertad y desarrollo ofrece **10 razones para estar en desacuerdo** con la elaboración de una nueva Constitución⁶⁵. Citaré algunas a continuación:

1. Se necesitan reformas, pero no refundaciones: Iniciar un proceso

⁶⁵ Nueva Constitución: 10 argumentos para estar en contra, Libertad y Desarrollo, 22 de Octubre de 2013 (artículo en línea: <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2013/10/nueva-constitucion-10-argumentos-para-estar-en-contra/>)

constituyente tiene por espíritu refundar una sociedad política, estableciendo un nuevo catálogo de derechos y deberes, y modificando el dispositivo principal de la configuración política e institucional de un país; su constitución. Es posible avanzar en reformas sin desconocer los avances que de manera conjunta se han logrado fraguar en los últimos 23 años.

2. Los procesos constituyentes tienden a la polarización social: La explicación es sencilla, basta tener algo de conocimiento de teoría política para evidenciar que al estar latente la posibilidad de redefinir un catálogo extensos de deberes, derechos e instituciones, muchos de los grupos implicados en estos cambios, por disposición natural, querrá velar por la defensa de sus propios intereses, no siempre de modo pacífico. Basta ver la experiencia latinoamericana donde en procesos constituyentes como el Boliviano incluso se documenta la muerte de ciudadanos en las manifestaciones ligadas al proceso.

3. Una cuestión de dimensiones: El debate sobre una constituyente tiende por naturaleza a privilegiar la dimensión “habilitante” y no “restrictiva” de una constitución, siendo que el fin último de un texto constitucional es el limitar el poder del Estado, para con ellos, salvaguardar los deberes y derechos individuales. (Ulises que se ata al mástil para resistir los cantos de sirenas y poder ser libre en John Elster).

4. Despilfarro de tiempo: Puede parecer un argumento baladí, pero no lo es. La evidencia comparada muestra que los procesos constituyentes fuera de ser desgastantes en términos de polarización social, son muy extensos, durando en promedio 16 meses (Ginsburg, 2009). Esto para el caso de Chile, representa prácticamente la mitad de nuestro periodo presidencial, si se considera que el proceso no se inicia desde el día primer día de mandato.

5. No es una demanda con un sólido respaldo popular: Las pocas encuestas serias (Encuesta Nacional UDP Primer Semestre 2013) que disponemos señalan que la demanda por una asamblea constituyente sólo es respaldada por menos del 10% de la población, concentrándose este apoyo en los sectores altos de la sociedad (43% de respaldo en sectores de NSE altos y 27% en NSE bajos).

6. Las democracias avanzadas no son proclives al revisionismo constitucional. Para examinar esto recomiendan revisar el sitio: <https://www.constituteproject.org>

7. La “política constituyente” reemplaza a la “política ordinaria”: El recurrir a reformas de la Constitución como estrategia para jerarquizar ciertas metas o finalidades de la política “ordinaria” trae el inconveniente de convertir lo extraordinario en ordinario, al tiempo que se perpetúa la disposición al cambio en las reglas del juego por quienes no quedaron del todo satisfechos o quienes quedaron completamente insatisfechos. Como consecuencia, el “juego” de la política ordinaria no se empieza a jugar, porque se renueva constantemente la voluntad refundacional (Gargarella y Curtis, 2009). Esto es la política maximalista pendular.

8. Porque el argumento de la supermayorías no es suficiente: Los activistas de la AC señalan que la estructura de quórum de Chile para la reforma constitucional es única en el mundo. Lo anterior no es correcto. Democracias avanzadas en el mundo tienen estructuras de quórum de reforma constitucional iguales o superiores que las que están presentes en Chile como Australia, Canadá, Japón, Suiza, EE.UU, Alemania, Austria, Costa Rica, Portugal, España, etc.