

NOTAS PARA UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE

JAIME BASSA MERCADO*

RESUMEN

Es posible delinear, en abstracto, una teoría democrática del poder constituyente, ejercicio útil para luego contrastarla con el proceso originado con la Comisión Ortúzar, realizando una teoría normativa del poder constituyente y conceptualizando el término desde una perspectiva teórica e histórica. Asimismo, el estudio del concepto se realiza a partir de un modelo determinado, el Estado constitucional y democrático de Derecho, estadio actual de desarrollo de la idea de Estado de Derecho, que condiciona la interpretación del ordenamiento constitucional. Considerando estas bases conceptuales, se interpretará la realidad histórica de la constitución chilena vigente.

Palabras claves: poder constituyente, Constitución, interpretación.

ABSTRACT

It is possible to establish, in abstract, a democratic theory of the constituent power, useful exercise to contrast it with the process originated with the Ortúzar Commission, working on a normative theory of the constituent power and reading the term from a theoretical and historical perspective. Also, the concept is studied from a determined model, the constitutional and democratic State, present stage of development of the idea of the political organization, that conditions the interpretation of the constitutional order. Considering these conceptual bases, the historical reality of the Chilean constitution will be (re)interpreted from a democratic view.

Key words: constituent power, constitution, constitutional interpretation.

1. La presente investigación no realiza un estudio descriptivo de la manifestación del poder constituyente en Chile, que considere la posición del pueblo y de las élites en la elaboración del ordenamiento iusfundamental. Un estudio de esta naturaleza se aleja de los objetivos de la presente investigación, principalmente enfocada en la interpretación de la Constitución vigente. Por lo demás, la posición de las élites políticas, económicas y militares que determinan la marcha de la sociedad deja en serio entredicho el papel del pueblo en tanto poder constituyente, cuya participación siempre ha sido reducida (salvo quizá, en 1828) a la mínima expresión. Baste recor-

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Doctor © en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Teoría Constitucional, Universidad de Viña del Mar. Profesor ayudante de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

dar los procesos constituyentes de 1833, 1925 y 1980, todos precedidos por golpes militares que tutelaron el proceso.

Asimismo, asumo desde ya la disparidad que se presentó en el proceso de negociación política que permitió la manifestación democrática del poder constituyente en 1988-89. Aunque en 1989 se manifestó efectivamente el poder constituyente del pueblo, el ejercicio del poder por parte de los militares impidió realizar un pacto político entre pares que se concretara en una reforma más democrática; de ello da cuenta el reforma constitucional de 2005, que avanza en una serie de aspectos previamente rechazados por la Junta Militar y sus representantes políticos. Sin embargo, a la luz de la teoría constitucional, las constituciones son la positivación del consenso constitucional de un momento histórico determinado (sin perjuicio de ser, a la vez, límites a la propia democracia). En consecuencia, la interpretación de la Constitución chilena ha de considerar su carácter de pacto, de decisión política del pueblo, para determinar el contenido material de sus normas de principio, ya que aunque el pacto no haya sido perfecto en 1988-89, sí puede serlo hoy, luego de un largo camino de legitimación que comenzó en 1989, pasó por 2005 y se encuentra aún pendiente en diversas materias.

2. La cuestión del poder constituyente es uno de los elementos centrales del constitucionalismo, ya que al ejercer el poder político de que es titular originario, la comunidad ordena jurídicamente sus relaciones, plasmando en su ordenamiento constitucional el consenso político que legitima las instituciones fundamentales. Asimismo, a través del concepto de poder constituyente, es posible incorporar en el ordenamiento constitucional la evolución que experimenta la realidad social, lo que puede incidir en la conformación de ciertas instituciones. En efecto, es posible que determinadas instituciones pierdan el consenso social que las justificó en su oportunidad, razón por la cual es necesario concordar la evolución de la sociedad con la evolución del ordenamiento constitucional.

Es necesario tener presente que la legitimidad de sus instituciones radica en el consenso político que presenta la sociedad. De esta manera, la idea de poder constituyente representa la estrecha relación que existe entre el derecho y la política, relación propia del derecho constitucional. El carácter artificial del poder requiere de un momento constitutivo que ordene la convivencia política, que se verifica en el amorfo y formante poder constituyente; por ello, el estudio de la Constitución se encuentra determinado por el poder constituyente.

Su referencia es obligada en un estudio de derecho constitucional, porque según la concepción que se tenga del poder constituyente, este puede constituirse en una traba o en una herramienta para la evolución o actualización del ordenamiento constitucional conforme a la realidad constitucio-

nal de la comunidad. El binomio poder constituyente-poder constituido ejemplifica la búsqueda en el Derecho Constitucional del equilibrio entre los cambios que requiere el ordenamiento para adecuar sus normas a la realidad social y la necesaria estabilidad en la aplicación de la Constitución, actualizando el consenso en torno a ella.

3. Quizá el principal vínculo entre la teoría del poder constituyente y la práctica constitucional se verifique en el plano de la interpretación constitucional, principalmente dada la tendencia a mirar la Comisión Ortúzar como fuente fidedigna de interpretación. En consecuencia, la investigación intenta clarificar la función que compete a esta Comisión en la materia, abordando la disyuntiva que genera el cambio constitucional que acompaña al cambio social y la forma en que ha de interpretarse una Constitución cuyo marco principial o de principios evoluciona a un ritmo diferente al de su texto positivo.

En efecto, las normas constitucionales pueden tener un doble carácter, de reglas y de principios. Las normas constitucionales que positivizan principios vienen a objetivar un ideal de Derecho y de Justicia imperante en la sociedad, constituyendo un marco de contenido material que servirá de parámetro de constitucionalidad tanto para gobernantes como para gobernados. Este marco de principios es particularmente sensible a los cambios que experimenta el consenso político de la sociedad, como lo demuestra claramente la evolución experimentada por el principio constitucional de igualdad ante la ley desde su acuñamiento hasta nuestros días.

4. A la luz del constitucionalismo democrático, la Constitución surge como norma jurídica a partir de una realidad histórica y política determinada, en virtud de la cual la sociedad realiza una serie de opciones acerca de los ideales de Derecho y de Justicia que regirán sus relaciones jurídicas y políticas, las que reflejan el consenso político que dicha sociedad alcanza en un momento histórico determinado. Estas opciones realizadas por la sociedad son objetivadas en el ordenamiento jurídico mediante su incorporación en el texto de la Constitución, objetivización que no implica absolutizar el contenido normativo de la Constitución, que bien puede ser objeto de diversas actualizaciones –o, incluso, reformas– al momento de aplicar la norma.

De esta manera, el constitucionalismo democrático entiende que la Constitución es el resultado del consenso político alcanzado por la sociedad en el momento constituyente. No obstante lo anterior, en concordancia con el carácter evolutivo y abierto de la propia sociedad, la norma constitucional no se petrifica en virtud de las opciones tomadas en el momento constituyente, sino que requiere ciertas actualizaciones en orden a su aplicación.

Así, la norma constitucional precisa, necesariamente, una etapa previa de interpretación, mediante la cual se determina el contenido material de las normas en el momento concreto de su aplicación. En este proceso de interpretación, a través del cual se determina el sentido de las normas constitucionales, se conjugan dos factores: 1. Las opciones que la sociedad, a través de su poder constituyente, positivizó en la Constitución, y 2. La actualización del contenido material de dichas opciones, por vía de interpretación o de reforma, ya que pueden haber experimentado importantes cambios, más aun considerando que la Constitución chilena tiene más de 25 años de historia, aunque no, necesariamente, de vigencia normativa.

En consecuencia, es necesario determinar el momento constituyente que representa el consenso político que lleva a la sociedad a objetivar los ideales de Derecho y de Justicia en la norma constitucional. Para ello, previamente, es necesario establecer los elementos propios de la teoría democrática del poder constituyente, la que servirá como parámetro para analizar la realidad histórica chilena.

5. La investigación que se presenta en estas páginas obedece a un objetivo transversal a la misma: determinar, a la luz de las teorías jurídicas y políticas analizadas, si existe una correspondencia efectiva entre la teoría democrática del poder constituyente y el proceso histórico experimentado por Chile entre 1973 y 1980, que derivó en la promulgación del texto constitucional actualmente vigente.

Este objetivo general se concreta en ciertos objetivos específicos, principalmente destinados a identificar el parámetro de interpretación de la Constitución vigente, para lo cual es fundamental determinar si el proceso histórico 1973-1980 concluyó con la promulgación de una Constitución o no, identificar el concepto de poder constituyente presente en los redactores originales del texto, determinar cuál es el pacto político que da legitimidad al ordenamiento constitucional vigente y precisar la función que cada etapa del complejo proceso 1973-2005 cumple actualmente en la interpretación de la Constitución vigente.

Este estudio parte desde una revisión histórica de los acontecimientos que se desencadenaron a partir de septiembre de 1973 y que determinaron la creación de la Comisión Ortúzar y la redacción original de la Constitución hoy vigente, pero desemboca en un estudio de dogmática constitucional, centrado en la interpretación de la Carta. En efecto, a partir de la historia constitucional chilena se revisan una serie de conceptos y realidades más o menos asentadas en la doctrina nacional, para luego determinar la forma en que cada etapa histórica incide en la interpretación constitucional, a la luz de los criterios que la doctrina moderna ha determinado a tal efecto.

Tanto el estudio del poder constituyente en tanto concepto como del proceso histórico que comienza en 1973 tienen por objeto identificar los criterios de interpretación constitucional que son aplicables a la Carta vigente, desde la perspectiva del Estado democrático y constitucional de Derecho. Ambos elementos permiten identificar el pacto político que sostiene a la Constitución vigente.

1. ORIGEN Y ELEMENTOS CENTRALES DEL CONCEPTO

1. La teoría del poder constituyente vincula directamente el ejercicio del poder político con el principio de la soberanía popular, en el que la representatividad de la comunidad política ocupa una posición central. El pueblo asume, en determinado momento histórico, la función política de fijar el marco jurídico dentro del cual se desempeñará como comunidad estatal, en tanto sujeto activo de su regulación. En el marco de una teoría democrática del Estado, el pueblo es el único sujeto que tiene la legitimidad política necesaria y suficiente para dotarse a sí mismo de una norma fundamental; es a través del poder constituyente que el pueblo reclama para sí la posición de centro del poder originario¹, ya sea que lo ejerza en forma directa o, como es más probable, a través de los representantes que determine a tal efecto. Así, a través de este proceso se consensúan los principios básicos que regirán su vida en comunidad, estableciendo el ordenamiento jurídico fundamental que regulará sus relaciones en determinado momento histórico².

Emmanuel SIEYÈS, abate y diputado francés de finales del siglo XVIII, defendió abiertamente la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, abogando por el fin de una sociedad rígidamente organizada en estamentos. Sus teorizaciones en torno el ejercicio del poder político realzan el papel del pueblo³ en la determinación del orden jurídico, afirmando que retiene en

¹ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional* –10ª edición–, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 113. Véase, del autor, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, 214 pp.

² PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, pp. 14-15, reiterado en su *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 461.

³ Es necesario señalar que el autor utiliza, en 1789, la voz nación (*nation*) para referirse al conjunto de la población, y la voz pueblo (*peuple*) para referirse a la gente común oprimida por la relación de poder que caracterizó a la sociedad anterior a la Revolución Francesa. Si se analiza el contenido de las alegaciones de SIEYÈS, es posible advertir que su distinción entre pueblo y nación no responde a los mismos argumentos esgrimidos con posterioridad por VÁSQUEZ DE MELLA y SCHMITT, entre otros. Así, siendo esta disputa propia del siglo XX ajena al autor, utilizo la voz 'pueblo' como titular del poder político porque ella refleja de mejor manera la intención democratizadora de los escritos de SIEYÈS, destinados a incorporar nuevos grupos sociales en el ejercicio del poder. Sin perjuicio de lo anterior, he mantenido el uso de la voz nación utilizada en el original.

todo momento la facultad de reformar su ordenamiento jurídico. De esta manera, todos los órganos del Estado existen en razón de la voluntad del pueblo, que les ha constituido con el fin de ejecutar lo que esta haya determinado, ya que “el cuerpo de los representantes, al que es confiado el Poder Legislativo o el ejercicio de la voluntad común, solo existe bajo la forma que la nación ha querido darle; este no es nada sin sus formas constitutivas, solo actúa, dirige, gobierna a través de ellas”⁴, principio expresamente recogido en los arts. 6 y 7 de la Constitución vigente.

Para el autor francés, el pueblo es el origen de todo poder y su voluntad es la propia ley; así, los cuerpos creados en razón de esta voluntad se encuentran totalmente sometidos a las condiciones de la delegación, las que no pueden ser cambiadas por ningún poder delegado. En este sentido, las leyes constitucionales que manifiestan la voluntad del pueblo tienen el carácter de fundamentales, por lo que “todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación”⁵; es importante destacar que son fundamentales para el gobierno, pero no son indisponibles para el pueblo, quien en el ejercicio de su poder constituyente puede reformarlas o modificarlas, ya sea creando derecho *ex novo*, ya sea asumiendo alguna forma preestablecida por el ordenamiento como sucedió en agosto de 2005. Por lo demás, este es titular de sus derechos por el solo hecho de existir, es decir, el ejercicio de su voluntad es libre e independiente de todo vínculo civil o positivo, y de su ejercicio depende el funcionamiento de todo órgano delegado.

En consecuencia, el gobierno es constitucional en la medida que es fiel a las leyes impuestas por el pueblo; por su parte, la voluntad nacional, única legitimada para determinar el marco jurídico del ejercicio del poder, no se sujeta a límite jurídico alguno, pudiendo manifestarse de diferentes maneras para dar forma al ordenamiento jurídico; en razón de ello, la doctrina señala que se trata de una instancia amorfa y formante a la vez⁶. Así, “la nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida si la suya es contestada (...) ese derecho solo corresponde a la nación, independiente, volvemos a repetirlo, de toda forma y de toda condición”⁷.

En definitiva, la voluntad del pueblo, manifestada por todas las voluntades individuales, es la única vía legítima para delegar el ejercicio del poder y

⁴ SIEYÈS, Emmanuel: *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 142.

⁵ *Ibíd.*, p. 144.

⁶ PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Editorial Civitas, 1976, p. 464. PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, p. 23.

⁷ SIEYÈS: *¿Qué es el Tercer Estado?...*, p. 152.

fijar las actuaciones de los cuerpos públicos, con el fin de evitar que su ejercicio se torne perjudicial para sus comitentes. Como el ejercicio de la voluntad del pueblo se mantiene libre e independiente, este retiene en forma permanente la capacidad de reformar sus leyes fundamentales o de revocar los mandatos conferidos. Sin embargo, es importante tener presente que el poder constituyente no es constitutivo del Estado, sino que configura una estructura jurídica de ejercicio del poder⁸, según la realidad de la comunidad política.

La racionalidad del proceso constituyente y su aceptación por parte de la comunidad son elementos que determinan su legitimidad⁹; el primero impone un límite al poder constituyente, ya que el concepto de Constitución le es indisponible, ya que su soberanía no le permite obrar arbitrariamente, debiendo respetar el contenido propio de una Norma Fundamental. A su vez, el segundo elemento es un factor propio del carácter esencialmente democrático del concepto. Sin embargo, las formas no se encuentran preestablecidas, por lo que existe una amplitud de posibilidades para concretar la participación de la comunidad política: ya sea mediante una asamblea legislativa creada especialmente al efecto, en la que se representen los intereses generales de la comunidad, o bien mediante distintos sistemas plebiscitarios de ratificación, donde la comunidad se manifieste por el todo o parte del proyecto de Constitución¹⁰. Como sea, es fundamental comprender que la propia comunidad, el pueblo, retiene la titularidad del poder constituyente durante el proceso e, incluso, una vez que este ha concluido, ya que no se agota en un acto determinado. En definitiva, los procesos constituyentes que no representen directa o indirectamente la voluntad del pueblo, carecen de la legitimidad democrática necesaria para imponer un ordenamiento jurídico a la comunidad.

Sin embargo, creo que el proceso constituyente no puede ser reducido al solo momento de la votación popular final, no solo porque esta puede, incluso, no verificarse, sino porque se trata de un proceso democrático más complejo que abarca diferentes etapas. Aunque la doctrina ha propuesto algunos pasos mínimos¹¹, creo que dos elementos caracterizan al poder

⁸ Klaus STERN señala que el mandato político se constituye en derecho si es consentido y reconocido como vinculante por los sometidos a la norma; en su *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 316.

⁹ PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho constitucional*, p. 114.

¹⁰ Como ha ejemplificado SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 101-103.

¹¹ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional...*, pp. 120-121 señala los siguientes pasos, reconociendo una necesaria flexibilidad: 1. Poder anterior ha perdido su legitimidad; 2. Las libertades públicas deben garantizar la participación de los ciudadanos; 3. Una legislación que permita la formación de una asamblea constituyente; 4. La constitución de la asamblea y elaboración parlamentaria de la Constitución; 5. Ratificación popular del proyecto constitucional.

constituyente como un poder democrático y legítimo: 1. El órgano que redacte el proyecto de Constitución debe ser representativo del pueblo y reflejar el pluralismo político y social de la comunidad, aunque no haya sido elegido para tal efecto, y 2. Dicho proyecto debe contar con la aprobación indudablemente mayoritaria de la comunidad política, ya sea mediante un referéndum ratificatorio o mediante algún sistema alternativo, como una elección parlamentaria posterior. En todo caso, el proceso constituyente, cualquiera sea el mecanismo utilizado, debe intentar conocer y reflejar efectivamente la voluntad popular.

Estos elementos mínimos se encuentran en concordancia tanto con el carácter político de la legitimación del pueblo como titular del poder constituyente, como con la constitucionalización del principio democrático, elemento fundante del actual estadio de desarrollo del concepto 'Estado de Derecho'. Por estas razones, si un proceso no cumple con estos elementos, difícilmente su resultado podrá ser considerado fruto del poder constituyente, por carecer de la legitimidad política necesaria. No se trata de la mera redacción de un texto normativo; por el contrario, la trascendencia política y jurídica de la norma fundamental así como el carácter originante del poder constituyente dan cuenta de un complejo proceso político caracterizado por la estrecha relación entre la Constitución y la comunidad, relación que refleja la influencia recíproca entre Derecho y política.

Ello explica que la norma fundamental tenga una vigencia temporal inferior o que pueda experimentar más modificaciones que otras normas legales, como puede ser el caso del Código Civil. PÉREZ SERRANO ha llegado a preguntarse si no se encuentran en este cuerpo legal las normas fundamentales o si estas han de ser incorporadas a la Constitución¹². Me parece que la Constitución es esencialmente cambiante porque refleja el contenido político de la propia sociedad, a diferencia de las normas técnicas del Código Civil que, quizá con la excepción de familia, no requieren grandes consensos sociales para su legitimidad democrática. La norma fundamental política es más sensible a los cambios en la sociedad que las normas técnicas, precisamente por la permanente evolución del consenso político que la sustenta. Por ello me parece importante considerar la relación entre política y derecho, en la medida que la ruptura entre realidad y norma constitucional genera inseguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la determinación de los límites del poder constituyente puede influir no solo en la concepción del poder constituyente y la extensión de su labor, sino también en la interpretación de la Constitución. Un sector de la doctrina ha clasificado los límites del poder constituyente entre hete-

¹² PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El poder constituyente...*, pp. 30-31.

rónomos, autónomos y absolutos¹³ reservando, en realidad, a estos últimos (de carácter físico, moral o natural) el carácter de verdaderos límites; también se ha señalado como límites al poder constituyente la existencia de sistemas normativos preestatales que gozarían de una suerte de validez paralela¹⁴. Por otra parte, se ha afirmado que el poder constituyente carece de límites, en la medida que expresa la voluntad de la nación en forma autónoma¹⁵, cuyo exponente clásico es SIEYÈS, quien defiende la voluntad ilimitada de la comunidad¹⁶.

Me parece que debe existir un justo medio entre ambas posiciones: por una parte, el pueblo tiene la legitimidad para dotarse del orden jurídico que responda suficientemente a las necesidades de la realidad social en determinado momento histórico. Sin embargo, este ejercicio del poder constituyente debe reconocer como límites los mínimos políticos y sociales ya consolidados, principalmente en dos sentidos: por un lado, su labor no puede significar un retroceso en los derechos y libertades ya asegurados, por lo que los futuros procesos han de importar una mejora en la situación de la comunidad y, por el otro, no puede renunciar a ejercer en el futuro las funciones constituyentes que le son inherentes. Ambos elementos son mínimos para la garantía del sistema democrático. Sin embargo, creo que los límites externos a la comunidad e impuestos desde fuera carecen de la legitimidad propia del poder constituyente, por lo que difícilmente podrían limitar su intervención¹⁷.

Así, creo que es aceptable asumir como límite al ejercicio del poder constituyente dos mínimos materiales del constitucionalismo moderno: la (actual) separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales, ambos representativos del carácter libre e igualitario de las sociedades (occidentales) modernas. En ese sentido, concuerdo cuando se señala que “no todo poder

¹³ PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Tratado de Derecho Político...*, pp. 466-467. PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El poder constituyente...*, pp. 47 y ss. El autor asume la clasificación de Jellinek sobre los límites al poder del Estado y del poder constituyente.

¹⁴ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 57: “El verdadero poder constituyente del Estado no se identifica necesariamente con el que ha dado origen a su Constitución vigente, sino que se diluye en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de constitución no pueden ya desproveer de su condición de aplicables”. Para el autor, existen ciertas normas preconstitucionales respecto de cuya validez la jurisdicción constitucional no puede pronunciarse, ya que esta radica en un sistema normativo distinto de la Constitución; su pronunciamiento debe ser de pura y simple aplicabilidad. Afirma que el poder constituyente no tiene poder de disposición alguna respecto de estas normas, pues ni es el fundamento de su condición de normas ni puede afectarlas en su vigencia o validez; por tanto, a la Constitución solo le cabe el rol de norma articuladora de los diferentes sistemas normativos (pp. 49-50).

¹⁵ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional...*, p. 113.

¹⁶ SIEYÈS, Emmanuel: *¿Qué es el Tercer Estado?...*, pp. 149-150.

¹⁷ Salvo, quizá, los sistemas normativos supraestatales, aunque me parece que su legitimidad política también recae en el pueblo de cada Estado, que acepta someterse a ellos.

que produce un ordenamiento jurídico estable para un Estado es poder constituyente. Únicamente lo es aquel que está en el origen de una Constitución digna de tal nombre. Y para ello el poder tiene que ser legítimo¹⁸. Consecuentemente con el estado actual del constitucionalismo, creo razonable reconocer como límite al poder constituyente el acervo jurídico-cultural construido con el creciente grado de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, reflejados en la cada vez más valorada dignidad de la persona, hoy fuente de más derechos que antaño. El desconocimiento de estos mínimos en futuros procesos constituyentes y reformas constitucionales puede resultar en una mera constitución semántica o nominal.

Al respecto, se ha señalado que la legitimidad del poder constituyente se fundamenta en la coincidencia de las ideas de igualdad, justicia y libertad dominantes en el pueblo, cuyo consenso debe coincidir en los principios fundamentales¹⁹. En este sentido, la evolución del contenido del Estado de Derecho ha operado como límite en los procesos legítimamente constituyentes, toda vez que se respeta su contenido; en definitiva, “si se sigue la idea de la legitimidad, no se puede aceptar una plena libertad jurídica. Pero la vinculación jurídica solo puede extenderse a los principios jurídicos supremos, generalmente reconocidos, a las normas jurídicas fundamentales más importantes de nuestra cultura jurídica común”²⁰.

El carácter ilimitado del poder constituyente dice relación con la ausencia de límites jurídicos formales, especialmente en el marco de la teoría democrática del poder constituyente. Sin embargo, la ausencia de límites jurídicos no implica una carta abierta a la arbitrariedad en el ejercicio de este poder. En efecto, aunque “la Constitución jurídica surge y se legitima por un acto originario del poder constituyente, no es algo previo a este”²¹, ya que el concepto de Constitución es indisponible para el poder constituyente. Así, se encuentra determinado por lo que BÖCKENFÖRDE llama ‘una voluntad de Constitución’, entendiéndose por tal una limitación y ordenación jurídica del poder, cuyo ejercicio no puede ser ni arbitrario ni absoluto, y que encuentra en los derechos fundamentales un límite infranqueable: “en el concepto mismo del poder constituyente está ya incluida y presupuesta una cierta medida de constitucionalidad, y esta representa una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder o frente al dominio puro y duro de la arbitrariedad”²².

¹⁸ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional...*, p. 116.

¹⁹ STERN, Klaus: *Derecho del Estado...*, p. 319.

²⁰ *Ibíd.*, p. 321; destacado en el original.

²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 176.

²² *Ibíd.*, p. 176.

Lo propio puede decirse respecto de los principios como límites a la labor del poder constituyente: en efecto, no se trata de normas positivas que restringen el actuar normativo del soberano, pero son los que le otorgan o le niegan la legitimidad necesaria al resultado de su actividad. Lo relevante, a los ojos de esta investigación, es que dichos principios son esencialmente evolutivos, es decir, no se mantienen incólumes ante los cambios sociales, precisamente porque están vinculados al contexto cultural, “tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él”²³.

Dicho lo anterior, y teniendo presente que el pueblo es el único sujeto legitimado para ejercer dicho poder, así como que su actuar debe ser, necesariamente, mediatizado, creo que es fundamental identificar el órgano o la instancia que hizo las veces de poder constituyente. En razón de ello, será posible determinar la legitimidad (democrática) del proceso y su vinculación con el contexto social y cultural del momento histórico concreto en el que se manifestó. Ambos elementos son esenciales en la futura interpretación de la Constitución, ya que su determinación permitirá contextualizar su labor y así atribuirle la importancia interpretativa que le corresponda, principalmente atendiendo a la búsqueda del equilibrio entre evolución y estabilidad de la Constitución frente a la realidad social: un excesivo originalismo (o normologismo) en la interpretación del Código Político puede mellar la vigencia normativa del texto al profundizar la permanente distancia entre realidad constitucional y norma.

2. La teoría democrática del poder constituyente es deudora, como no podía ser de otra manera, de los orígenes históricos de dicha teoría, que se remontan a lo sostenido por Emmanuel SIEYÈS en el marco de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII.

El concepto de poder constituyente se encuentra ligado directamente a la justificación de la validez normativa de la Constitución, a los motivos en virtud de los cuales una comunidad acepta la Constitución como norma jurídica obligatoria. Si consideramos el origen esencialmente político de la

²³ *Ibid.*, p. 179. El autor cita los razonamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de los principios jurídicos: “los principios jurídicos suprapositivos, si se los toma en serio, no son (aún) parte del derecho positivo, sino precisamente prepositivos; preceden al derecho positivo y le prestan la legitimación necesaria (...) Son ellos los que prestan a los principios jurídicos positivos la fuerza de una obligación ética, o se la niegan. Una pequeña parte de ellos tiene para Heller una naturaleza apriorista, pero en general poseen un carácter vinculado al contexto cultural, y en esa medida son algo que puede cambiar históricamente. Tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él” (de BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang: *Estudios sobre...*, pp. 178-179).

misma, resulta fundamental comprender los motivos que llevan a la comunidad a aceptar su carácter vinculante, ya que la Carta Fundamental, en tanto norma jurídica, es decisión política, y carece de una norma previa y jerárquicamente superior que la justifique. En consecuencia, su legitimación es política.

En definitiva, estamos en presencia de un concepto que rebasa el ámbito propio del derecho positivo, aunque no por ello se encuentre al margen del Derecho en cuanto disciplina; por el contrario, los fundamentos del Derecho también pertenecen a este, que no se encuentra ajeno a la remisión de datos prejurídicos. Esta realidad es particularmente sensible en materia de derecho constitucional, debido al carácter político de su norma jurídica fundamental. Ello lleva a BÖCKENFÖRDE a afirmar que “el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática”²⁴, ya que a diferencia de todas las demás normas del ordenamiento, el fundamento anterior de la Constitución no es una norma jurídica, sino una decisión política, idealmente tomada por la comunidad política, mediante un proceso que carece de una regulación jurídica previa.

En consecuencia, el primer problema que plantea el concepto de poder constituyente es su condición de fuente de legitimidad del ordenamiento constitucional, ya que es la voluntad política la que objetiva normativamente en la Constitución determinados ideales de Derecho y de Justicia, precisamente aquellos que imperan en el seno de la sociedad. Esta es la fuente de la legitimidad de la Carta, y no su sujeción a una norma jurídica, sea positiva o no, de carácter superior y previo. De esta manera, el concepto de poder constituyente no se asemeja al de una hipotética norma fundamental previa a la Constitución, sino que “tiene que entenderse (...) como una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución”²⁵ y que, por tanto, la precede.

En definitiva, el fundamento normativo de la validez del Estatuto Fundamental es su condición de decisión política de una comunidad que se somete voluntariamente a ella. Es el pacto político lo que dota de legitimidad a la Constitución; el consenso que se presenta en el seno de la sociedad acerca de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico es el elemento que sustenta la fuerza vinculante de la norma constitucional, ya que ella solo se impone a la sociedad en la medida que ella misma se ha otorgado dicha normativa.

Por ello, desde una perspectiva democrática, pueblo y poder constituyente se identifican conceptualmente a la hora de determinar el contenido

²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang: *Estudios sobre...*, p. 161.

²⁵ *Ibid.*, p. 162.

de las normas constitucionales: mientras el poder constituyente genera una Constitución, el pueblo la dota de contenido material. Así, mientras el pueblo es la fuente última de legitimación democrática del trabajo de una asamblea o comisión constituyente, el pueblo es también la fuente última del consenso político que dota de contenido material a aquellos conceptos fundamentales esencialmente evolutivos.

A mi juicio, la identificación conceptual entre pueblo y poder constituyente permite comprender que la Constitución es el resultado de una decisión política del pueblo. Esta decisión refleja el consenso político que existe en el seno de la sociedad en torno a los principios fundamentales que deben regir su vida en comunidad, y es ese consenso el que se juridifica en el texto de la norma fundamental. Como veremos más adelante, la evolución de este consenso explica la evolución en el contenido material de las normas de principio de la Constitución, por lo que la interpretación constitucional debe considerar este factor.

3. Estableciendo que el poder constituyente es una decisión política, cabe preguntarse por el titular de dicha decisión, es decir, por el sujeto que legítimamente se encuentra en la posición de configurar el ordenamiento constitucional que regulará las relaciones políticas y jurídicas de determinada comunidad. Esta cuestión es muy relevante para los objetivos de la presente investigación, ya que a lo largo de la historia el poder constituyente ha sido ejercido por diversos sujetos, lo que puede introducir un elemento de distorsión en la discusión. Sin embargo, he señalado previamente que el parámetro de estudio es la teoría democrática del poder constituyente, y no cualquier concepción del poder constituyente; en consecuencia, será a la luz de esta interpretación que despejaré la presente cuestión.

Como señalara previamente, el origen de la teoría del poder constituyente radica en las teorizaciones realizadas por el abate francés Emmanuel SIEYÈS, acerca del derecho del pueblo o nación de darse a sí mismo una norma fundamental. Su desarrollo conceptual significó el traspaso hacia el pueblo de una serie de funciones que la doctrina medieval (en su intento de justificar el poder de los monarcas como derivado del poder divino) adjudicaba a Dios.

La intención del autor era terminar con la posición de dominación en la que se encontraba gran parte del pueblo frente al poder del monarca, generada en parte por la legitimación divina del poder del monarca, argumentación que los mantuvo al margen del ejercicio del poder y, principalmente, de su control. El principal instrumento utilizado por el autor en su teorización es trasladar la fuente de origen divino de legitimación del poder hacia el pueblo, con lo que cambia radicalmente la posición del monarca frente a sus súbditos; su poder pierde progresivamente su carác-

ter absoluto y comienza a ser cada vez más responsable de sus actos, disminuyendo el espacio a la arbitrariedad; así, progresivamente, el súbdito se convierte en ciudadano.

En consecuencia, “el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una Teoría de la Constitución democrática”²⁶, es decir, aquella en que la fundamentación última de la norma fundamental (y del ejercicio del poder político) radica en una decisión adoptada democráticamente por el pueblo soberano, en tanto es considerado el único sujeto que puede determinar legítimamente el contenido de la Constitución. Es decir, solo cabe hablar de poder constituyente si la fuerza política creadora del orden constitucional es ejercida (directa o indirectamente) o bien ratificada, democráticamente, por el pueblo.

Es importante señalar que el cuestionamiento en torno a la titularidad del poder constituyente no proviene del concepto mismo, sino de una deformación que este experimentó luego de su acuñamiento, debido a la intención de ciertos monarcas europeos del siglo XIX de atribuirse, por sí y ante sí, el ejercicio de este poder; este fenómeno se presentó en la etapa de la restauración monárquica. Sin embargo, se trata de una desviación del sentido original del concepto, que fue manipulado en atención a las circunstancias históricas concretas del siglo XIX, caracterizado por el intento de los monarcas por retener al menos parte del poder perdido luego de las revoluciones burguesas de los siglos XVII (inglesa) y XVIII (americana y francesa). En efecto, el cuestionamiento al origen divino del poder de las monarquías no permitió la plena supresión de la soberanía política del monarca.

En consecuencia, diversas casas reales europeas aparecieron compartiendo la soberanía con el pueblo (la burguesía) a través de las Cartas pactadas, o simplemente como titulares de esa soberanía, en las Cartas otorgadas²⁷. Sin embargo, los nuevos principios de ordenación política que surgen con la Revolución Francesa se han convertido en algo indiscutible. La posición de

²⁶ *Ibid.*, p. 163.

²⁷ A este respecto, AJA señala: “muchos monarcas aceptan limitaciones políticas, siempre que se mantenga el título de legitimación tradicional y aparezcan como concesiones graciosas del rey a su pueblo. La extensión de estas limitaciones al poder monárquico depende de la fuerza respectiva de la burguesía y la coyuntura de cada país. La fuerza relativa de la monarquía y del liberalismo es, sobre todo, la clave de la posterior evolución de estos regímenes; mientras unos evolucionan hacia auténticos Estados liberales, otros padecen el poder de monarcas cuasi absolutos y solo pueden avanzar hacia el liberalismo mediante nuevas revoluciones” (AJA, Eliseo: “Introducción al concepto actual de Constitución”, en: LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 17). La afirmación del autor da cuenta de una situación preconstitucional en la etapa de la restauración monárquica europea, en la que los reyes se resistieron a perder todo el poder político.

poder del monarca solo podía defenderse “adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca”²⁸.

De esta realidad surgen los textos constitucionales que la doctrina califica de ‘pactadas’ y ‘otorgadas’, conceptos que desfiguran el sentido propio de una norma fundamental, por cuanto la posición asumida por el monarca relativiza y empobrece la función creadora del poder constituyente. En efecto, las constituciones pactadas son el fruto de un poder constituyente supuestamente compartido entre el monarca y el pueblo, mientras que las constituciones otorgadas representan la apropiación de todo el poder constituyente por parte del monarca, sin participación alguna del pueblo en la elaboración de la norma fundamental.

Como se aprecia, la referencia al poder constituyente ‘propriadamente tal’ solo puede estar enmarcada en una teoría democrática en la que dicho poder es ejercido por el pueblo; conceptualmente, el poder constituyente es el pueblo. En cambio, si se plantea una alternativa, aún eventual, a la titularidad del poder constituyente por parte del pueblo, se está extrayendo el término de la ubicación conceptual que le es propia, desviando la legitimidad originaria del pueblo que representa el concepto hacia un sujeto diferente, cualquiera que sea, que carece de dicha legitimidad originaria.

Ello significa aceptar como válida la desfiguración que sufre el concepto en estudio como consecuencia de las circunstancias históricas propias del siglo XIX europeo, caracterizado por los intentos realizados por los monarcas destinados a retener (o legitimar) su poder político autoatribuyéndose el ejercicio de todo o parte del poder constituyente, poder que los procesos revolucionarios atribuyeron al pueblo en exclusiva.

Por ello, en concordancia con la teoría democrática del poder constituyente, me parece necesario convenir que solo es posible hablar de poder constituyente cuando es el pueblo el que se da a sí mismo un ordenamiento constitucional, directamente o, como es más frecuente, por medio de sus representantes democráticamente electos; al hablar de poder constituyente, solo puede hacerse referencia al pueblo. Por el contrario, si un sector del pueblo se arroga, por sí y ante sí, la facultad de crear una norma fundamental, desconociendo las funciones que a este respecto corresponden al pueblo y careciendo de una representación suficiente, no está ejerciendo el poder constituyente: dicha realidad histórica podrá recibir cualquier otro calificativo —como ocurre con las constituciones pactadas y otorgadas del siglo XIX europeo—, pero en ningún caso el de poder constituyente; consecuentemente, el producto de esta instancia mal puede ser identificada con una Constitución en sentido pleno.

²⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang: *Estudios sobre...*, p. 164.

4. Uno de los elementos, a mi juicio, más importantes que se desprenden del carácter democrático del concepto poder constituyente es la retención de su titularidad por parte del pueblo, es decir, el pueblo no pierde la titularidad del poder constituyente luego del ejercicio que genera una norma fundamental.

Entendiendo que el poder constituyente reside en el pueblo, y que este solo delega el ejercicio del poder político en las autoridades representativas, es posible afirmar que el poder constituyente no desaparece con su primer ejercicio, aquel que determina el surgimiento de la Constitución. Por el contrario, luego de la manifestación 'originante' del poder constituyente, el pueblo retiene esta facultad, razón por la cual sigue actuando como fuerza política, ya sea de manera no organizada, ya sea en el marco de la Constitución (libertad de expresión, de prensa, derecho de reunión, derecho de sufragio, etc.).

En consecuencia, el pueblo puede retomar en cualquier momento el ejercicio del poder constituyente originante, poniendo término al ordenamiento que él mismo había creado y dando paso a uno nuevo. Asimismo, el pueblo ejerce en forma permanente el poder constituyente, ya sea en forma orgánica (reforma constitucional) o inorgánica (interpretación extensiva), a través de los cuales se actualiza el contenido normativo de la Constitución, mediante diversas funciones de interpretación y control.

Sin embargo, es un hecho que el pueblo es un sujeto esencialmente inorgánico, factor que puede significar una fuente constante de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la Constitución, toda vez que las opciones de Derecho y Justicia positivadas y objetivadas en ella deben ser actualizadas permanentemente en orden a determinar el contenido material, esencialmente evolutivo, de sus mandatos normativos (piénsese en el art. 4° CPCCh), bajo el riesgo de perder su propia normatividad²⁹.

2. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO POR LA DOCTRINA CHILENA

1. Sin duda, el teórico más influyente sobre la posición del poder constituyente en el proceso que se inicia en Chile a partir de 1973 es Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ³⁰, quien fuera designado por la Junta Militar de Go-

²⁹ *Ibíd.*, p. 168.

³⁰ A pesar de su actividad política y docente, GUZMÁN ERRÁZURIZ no publicó ningún texto que aborde en forma sistemática su pensamiento político o jurídico. Por esta razón, me remito a obras de terceros que considero altamente ilustrativas, cada una de ellas en su particular aproximación: FONTAINE ALDUNATE, Arturo: "El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán", en: *Estudios Públicos* N° 42 (1991), pp. 251-570; ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo *et al.* (ed.): *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1996, 193 pp.; CRISTI BÉCKER, Renato: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago, Lom, 2000, 225 pp.; y MONCADA DURRUTI, Belén: *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, Ril Editores, 2006, 273 pp.

bierno, en septiembre de 1973, a cargo del estudio de la promulgación de una nueva Constitución³¹. Su posición e influencia resulta determinante no solo para la promulgación de la Constitución en 1980, sino también en la primera etapa legislativa de la Junta, inmediatamente posterior al Golpe. Por esta razón, es fundamental estudiar el desarrollo que realiza el citado autor de la idea del poder constituyente, considerando que la Junta legitimó su actuar invocando dicho poder desde el principio, en el Decreto Ley N° 1, del mismo día 11 de septiembre de 1973.

Renato CRISTI realiza una interesante interpretación acerca del uso de la idea del poder constituyente por parte de la Junta militar, utilización que se encuentra influenciada por la recepción por parte de GUZMÁN de las ideas de Carl SCHMITT³², las que habría conocido por intermedio de autores españoles como SÁNCHEZ AGESTA. En virtud de estas teorizaciones, CRISTI califica a la Junta como una dictadura soberana, ya que se atribuye, por sí y ante sí, el ejercicio del poder constituyente originario, como dan cuenta tanto los textos legales dictados luego del 11 de septiembre (DL N°s 1, 128 y 788), como las afirmaciones realizadas por Jaime GUZMÁN³³ y por Sergio GAETE³⁴. Aunque su interpretación es razonable, lo es en la medida que se acepta la aplicación de criterios constitucionales al período de la dictadura militar.

Al estudiar el proceso revolucionario alemán de 1918 que termina, al año siguiente, con la promulgación de la Constitución de Weimar, Carl SCHMITT teoriza acerca del fin del poder soberano del monarca y la transferencia del poder constituyente hacia el pueblo. Para CRISTI, el proceso histórico chileno es similar, en tanto la Junta destruye el poder constituyente del pueblo que legitima a la Constitución de 1925³⁵ y lo asume para sí, en virtud del cual redacta la Constitución de 1980³⁶.

³¹ Acta N° 1 de la Junta de Gobierno, de 13 de septiembre de 1973, en la que se informa de la designación de GUZMÁN ERRÁZURIZ para esta tarea.

³² Principalmente expuestas en SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, pp. 93-103.

³³ "Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales", *El Mercurio*, 5 de octubre de 1975, p. 27.

³⁴ En su discurso inaugural de las *Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6 N°s 1-4 (1979), pp. 27-35, reiteradas en la *Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la PUC* (en *El Mercurio*, 24 de agosto de 1980).

³⁵ No entraré en el estudio de la legitimidad de la Constitución de 1925; baste señalar, por ahora, que aunque se origen es bastante oscuro y radica, en último término, en un acto de fuerza, la Carta puede entenderse legitimada durante su ejercicio, particularmente con la creciente masificación del derecho a sufragio. La Constitución de 1925, a diferencia de la vigente, es de una clara inspiración liberal-republicana, que demuestra la confianza en el sufragio universal y en el papel fundamental que cabe a la sociedad en el ordenamiento jurídico, como demostró hasta la propia reforma constitucional de enero de 1971.

³⁶ CRISTI BECKER, Renato: *El pensamiento...*, pp. 80-81.

Como consecuencia de ello, el Decreto Ley N° 1 (aclarado por el DL 128) ambos de 1973, desconoce la supremacía constitucional de la Carta de 1925, desde el momento en que la Junta se permite afirmar que respetará la Constitución y las leyes en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella misma se propone (art. 3°). Claramente, ello significa legalizar formalmente el sometimiento del Derecho vigente al poder fáctico asumido por la Junta, lo que lleva a CRISTI a afirmar que “el Decreto Ley 1 ha sobrepasado la Constitución del 25, ha reemplazado al pueblo soberano y ha abierto de par en par la puerta para que la Junta se constituya en dictadura soberana”³⁷, lo que se demuestra con la intención de la Junta, desde el primer día, de promulgar una nueva Constitución.

CRISTI afirma que cuando la Junta de Gobierno se autoatribuyó el ejercicio del poder constituyente (DL N° 1 y N° 128 de 1973), el régimen pasó a ser una dictadura soberana³⁸. Apoyándose en las creaciones doctrinarias de Carl SCHMITT, afirma que la Junta asumió el ejercicio del poder político con la clara intención de terminar (destruir, en la terminología schmitteana) con la vigencia normativa de la Constitución de 1925 e instaurar un nuevo orden institucional, para lo cual se arrogó el ejercicio del poder constituyente. Incluso, el autor se refiere a la existencia de una Constitución de 1973, ya que existe “un nuevo cuerpo constitucional que está animado por un nuevo poder constituyente”³⁹.

Jaime GUZMÁN defiende (aunque expresamente solo a partir de 1975) que la Junta ha asumido el poder constituyente originario y que, en consecuencia, se ha ubicado por sobre la Constitución de 1925, terminando de hecho con su vigencia normativa y con su supremacía constitucional (los famosos ‘colgajos’ de la Constitución⁴⁰). Ello le permite a la Junta, que ya se presenta como dictadura soberana, *destruir* la Constitución vigente y crear una nueva Norma Fundamental, sin límite positivo alguno. De esta manera, el poder constituyente que ejercía el pueblo desde la aprobación de la Constitución de 1925, es arrojado para sí por Junta militar a partir del 11 de septiembre de 1973 y hasta el 5 de octubre de 1988⁴¹.

La concepción del poder constituyente que abraza GUZMÁN (y que ejerce la Junta) se contradice abiertamente con la teoría democrática del poder

³⁷ *Ibid.*, p. 84.

³⁸ CRISTI BECKER, Renato: “La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX N° 2-3 tomo I (1993), pp. 229-250. Actas de las XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, pp. 229-230.

³⁹ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁰ “Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales”, *El Mercurio*, 5 de octubre de 1975, p. 27.

⁴¹ Incluso, CRISTI propone hablar de la Constitución de 1973, en CRISTI BECKER, Renato: *El pensamiento...*, p. 239.

constituyente, ya que no se legitima a partir del libre e igualitario ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos (es decir, en el poder constituyente propiamente tal), sino que busca una legitimidad fáctica en el ejercicio del poder por parte de la Junta⁴². La contraposición de la soberanía nacional a la soberanía popular busca, precisamente, limitar los efectos ‘impredicibles’ del sufragio universal; a este respecto, la influencia del autor español Juan VÁZQUEZ DE MELLA⁴³ y su idea del ‘sufragio universal de los siglos’ resulta fundamental para comprender las limitaciones que, para GUZMÁN, afectan al pueblo en el ejercicio de sus derechos políticos. A este respecto, señala: “pienso que sostener que la soberanía reside en la nación, perfila una idea más nítida de la limitación que aquella debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector, debilita ese vínculo espiritual, y facilita la tendencia antihistórica de quienes creen que el sufragio universal de un día, puede ignorar impunemente el legado obligatorio que a una nación le impone lo que un autor español llamara con singular acierto ‘el sufragio universal de los siglos’”⁴⁴.

La tradición y el común sentir histórico de una espiritualidad común de la nación constituirían límites infranqueables para las mayorías ocasionales y accidentales que permite el sufragio universal; en consecuencia, el pueblo de determinado momento histórico se encontraría impedido de realizar cambios a esta ‘herencia’ recibida de las generaciones pasadas, ni aún manifestándose democráticamente. De esta manera, la concepción de una soberanía nacional limitada por el común sentir histórico de la nación, se encuentra reñida con los valores democráticos, con el ejercicio igualitario de los derechos políticos y, en definitiva, con el propio concepto de poder constituyente.

Prueba de lo anterior es el carácter de la democracia que intentó imponer la Junta, que fue calificada por Pinochet como una democracia protegida, de carácter autoritaria, orgánica, integradora, tecnificada y de auténtica participación social, en oficio enviado a la Comisión Ortúzar el 10 de noviembre de 1977. Con este concepto de democracia, la Junta intentó romper con la tradición liberal-democrática que, con sus imperfecciones,

⁴² Claramente, esta legitimidad se encuentra tomada del concepto que Carl SCHMITT da de poder constituyente: “es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.

⁴³ Político español, líder del sector monárquico conservador denominado ‘carlismo’, teórico de la Restauración monárquica española y defensor de la existencia de una constitución histórica de la España estamental y monárquica, a principios del siglo XX.

⁴⁴ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime: “La Constitución política”, en: *Revista Chilena de Derecho* vol. 6 N°s 1-4 (1979), pp. 55-56; destacado en el original.

caracterizaba a la Constitución de 1925, que la llevaron a buscar mecanismos que contrarrestaran el libre ejercicio del sufragio universal; entre otros, cabe destacar la composición inicial del Senado (con un tercio de sus miembros designados institucionalmente) y los elementos de corporativismo subyacentes en el nuevo orden, presentes aún después de 1990, como el caso del Consejo de Seguridad Nacional y el propio Senado.

GUZMÁN reconoce que el poder constituyente radica en el pueblo o comunidad nacional, pero establece ciertos matices respecto a su ejercicio. En efecto, señala que la comunidad ejerce el poder constituyente mediante la aprobación expresa o tácita de la propuesta de ordenamiento jurídico realizado por las élites. Así, legitima la posibilidad de que un grupo minoritario –y no necesariamente representativo, como se deriva del término élites– ejerza el poder constituyente sin una participación de la población, directa o indirecta, ya que según el autor esta puede aprobar o legitimar lo obrado por las élites incluso tácitamente⁴⁵.

2. Por su parte, Alejandro SILVA BASCUÑÁN conceptualiza al poder constituyente como “la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia ley fundamental”⁴⁶, fijando la estructura esencial de las instituciones llamadas a regir los intereses generales de la colectividad y a proteger los derechos de los gobernados. El autor no se detiene en la titularidad de esta facultad, pero la relaciona con el ejercicio de la soberanía, como la facultad de trazarse el marco básico o estatuto fundamental del propio soberano. Al citar a SIEYÈS, el autor reconoce la inmediata vinculación entre el pueblo en tanto titular de la soberanía y el ejercicio del poder constituyente, en tanto manifestación de la voluntad de dicha soberanía.

Al respecto, señala que el poder constituyente encierra “lo más importante, la médula de la soberanía, lo esencial del derecho de autonomía que marca substancialmente la vida misma del Estado, aquello que, puesto en duda en su efectividad o coartado en su ejercicio, entraña desconocer la propia vida independiente de la sociedad política, desde que no puede esta ser concebida como realidad ontológica si no dispone de función tan esencial”⁴⁷. Queda claro que para el autor el ejercicio del poder constituyente es uno de los elementos esenciales de la sociedad política, ya que es esta la que debe determinar el marco fundamental que regulará sus relaciones políticas. De hecho, el autor vincula directamente la función constituyente con la

⁴⁵ ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo *et al.* (eds.): *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, p. 160.

⁴⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I. Principios, Estado y gobierno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 99.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 101.

titularidad de la soberanía, cuyo principal atributo es, precisamente, la función constituyente⁴⁸.

Señala que el poder constituyente ejerce sus funciones sin cortapisas de ningún tipo, “en forma que satisfaga del modo más fiel y eficaz la idea de derecho dominante en el grupo”⁴⁹ (que constituye uno de los límites al accionar del constituyente, junto a los derechos de la persona); así, el autor hace referencia a la totalidad de la sociedad política –cuerpo al que ya identificó en la función constituyente– y no a grupos que accidentalmente detentan el poder (sin perjuicio de ello, anteriormente el autor señaló que el constituyente cristalizaba la idea de Derecho de la comunidad, o al menos, del imperante entre quienes aparecen como capaces de hacer imperar su voluntad en la cimentación estructural del orden colectivo⁵⁰. Esta argumentación puede aparecer como contradictoria ante la idea del pueblo como sujeto del poder constituyente).

Esta línea argumental es confirmada cuando afirma expresamente que la facultad de constituyente compete al propio pueblo, particularmente luego de la propagación del principio democrático posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, ambos elementos pueden aparecer algo contradictorios, ya que no queda claro si el poder constituyente debe representar a la sociedad política en su conjunto en tanto titular de la soberanía, en tanto sujeto que ejerce la facultad constituyente, o si basta con identificar al constituyente con aquellos con la posibilidad de imponer su voluntad. En definitiva, el autor no dilucida si el concepto se entiende a partir del pueblo o a partir de la fuerza para imponer una constitución.

Para el autor, existe una idea de Derecho que condiciona el actuar del pueblo constituyente, que debe respetar ese ideal en la configuración de su ordenamiento; señala que “el ideal de derecho se forma al margen de la completa arbitrariedad de la propia conciencia colectiva, y es difícil reconocer más alta juridicidad que la revestida por aquel órgano apto cabalmente para configurar los rasgos básicos del ideal espontáneamente acariciado en el grupo humano que lo concibe”⁵¹. Es necesario complementar esta afirmación con los límites que el autor reconoce al ejercicio del poder constituyente: en primer lugar, las bases de organización colectiva que derivan de la naturaleza y fin de la sociedad y del hombre, que se encuentran, en segundo lugar, en relación a las circunstancias cambiantes del cuerpo político cuyo porvenir desea orientar.

Es decir, es posible concluir que aunque existe cierta base objetiva que deriva de la naturaleza, ella se encuentra relativizada por las circunstancias

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 101.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 102.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 100.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 103.

materiales de la propia comunidad que, en definitiva, configura el ordenamiento constitucional que registrará su vida política. Con esto, el autor debilita las teorías que podríamos llamar ‘naturalistas’ de la sociedad, al reconocer el carácter esencialmente democrático del poder constituyente, es decir, no es solo la facultad de redactar una Constitución, sino que es la facultad del pueblo de darse a sí mismo una norma fundamental. Esta visión democrática del poder constituyente, que viene a relativizar la concepción ‘naturalista’ de la sociedad, se reflejó en el trabajo de la Comisión Ortúzar, como se verá en su oportunidad.

Lamentablemente, el autor no hace referencia a la situación del poder constituyente en la Constitución chilena vigente, eludiendo el tema en este apartado de su Tratado. Ahora bien, su participación en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, a la que fue ‘invitado’ en su calidad de presidente del Colegio de Abogados, entrega algunos elementos de interpretación acerca de la idea de poder constituyente que abraza, según veré oportunamente.

3. La visión clásica del poder constituyente es su definición a partir de la facultad de redactar una constitución. EVANS DE LA CUADRA lo señala escueta y simplemente: “poder constituyente es aquel que dicta una constitución”⁵². Distingue, por cierto, entre originario y derivativo, siendo el primero aquel que radica esencialmente en el pueblo elector; la voz esencialmente da cuenta de una suerte de fragilidad democrática de la conceptualización, ya que el poder constituyente puede recaer sobre un sujeto distinto del pueblo. Ello es posible, precisamente, debido a que el término es conceptualizado a partir de la facultad de redactar una constitución, y no a partir del concepto mismo.

4. Ángela VIVANCO mantiene esta concepción del poder constituyente, reconociendo que esta facultad solo compete al pueblo soberano⁵³; al igual que SILVA BASCUÑÁN, identifica ciertos límites propios de su naturaleza, relacionados con el bien común y la persona humana.

Como consecuencia de haber asumido el factor ‘facultad’ como criterio de definición conceptual, la autora se ve obligada a clasificar el poder constituyente atendiendo, precisamente, a extensión y oportunidad de las facultades que ejerce dicho poder; así, asume la distinción entre originario (facultad del pueblo) y derivado (facultad de los órganos del Estado). Sin

⁵² EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Teoría constitucional* –2ª edición–, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, p. 20.

⁵³ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional chileno, Tomo I. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 385.

embargo, mantener el criterio de clasificación en las facultades de los órganos en cuestión puede llevar a confusiones o, al menos, a que ciertos fenómenos queden fuera de la clasificación: por ejemplo, si los límites al poder constituyente derivado “se encuentran fijados totalmente por la Constitución”⁵⁴. ¿Cómo se explica, entonces, la reforma constitucional de 2005, que introdujo reformas sustantivas que modificaron la lógica interna de la Constitución, traspasando los límites materiales fijados por la Carta?

Ciertamente, en este caso estamos en presencia de una manifestación del poder constituyente, así, a secas: una manifestación del pueblo soberano que consensuó una modificación sustantiva de la Constitución, que se manifestó a través de una de las vías contempladas por la institucionalidad vigente, como es la reforma constitucional prevista en la Carta.

No obstante lo anterior, creo interesante destacar que VIVANCO recoge la idea del concepto de Constitución como límite al poder constituyente, que esgrimiera, entre otros, BÖCKENFÖRDE⁵⁵: así, el contenido material mínimo propio de una Constitución debe ser respetado, incluso, por aquel que tiene la facultad de darse a sí mismo un ordenamiento jurídico, ya que el concepto de Constitución es indisponible para el constituyente. En consecuencia, si el pueblo en tanto poder soberano decide regularse a través de una Constitución, no puede darse cualquier cuerpo normativo, sino que debe incorporar los elementos propios de una Constitución. Es en razón de este mismo argumento que no se sostiene la norma de 1980 como Constitución, ya que no cumple con los elementos mínimos de este tipo de norma, más aún si establece como límite los derechos fundamentales.

Aunque la autora no llega a una conclusión explícita a este respecto, es claro que asume que el concepto de Constitución tiene un contenido material, y no solo formal, que determina el carácter constitucional de una norma y sin el cual no es posible identificarla como tal; de hecho, afirma que el poder constituyente debe producir una Constitución, “y no un documento cualquiera o un texto de orientación arbitraria, porque ello transformará su labor en el ejercicio de una facultad distinta y no constituyente de suyo”⁵⁶.

5. No deja de ser interesante que Hernán MOLINA GUAITA repase la idea de golpe de Estado a propósito del poder constituyente, identificando su manifestación con la ruptura institucional. Es decir, el poder constituyente se manifiesta donde no existe constitución, por lo que se define a partir de la facultad o función de crear una norma fundamental. Así, el poder consti-

⁵⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Badén, Nomos, 1993, p. 176.

⁵⁶ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela: *Curso de derecho...*, t. I, p. 387.

tuyente originario, aquel capaz de crear una Constitución, es el soberano, el que “detenta la mayor fuerza política, que le permite el control del Estado, determinando sus fines y su organización, conforme a la idea de derecho dominante en el grupo”⁵⁷.

Desde una perspectiva histórica, el autor acepta que el concepto de soberano no es unívoco y que, por el contrario, ha experimentado una serie de cambios de acuerdo a las circunstancias históricas y las ideas políticas imperantes; de esta manera, señala que el titular del poder constituyente ha variado con el tiempo, y que “la universalización de las ideas democráticas han conducido a que en nuestro tiempo se proclame como soberano al pueblo”⁵⁸.

Aun cuando la aproximación histórica permite realzar el carácter relativo de ciertos conceptos frente al devenir de las sociedades, me parece que el autor olvida que en los orígenes del concepto, el titular del poder constituyente era el pueblo, y que luego de ciertos momentos de incertidumbre durante parte del siglo XIX, el pueblo se ha mantenido en dicha titularidad.

Ciertamente la expansión en el ejercicio de los derechos democráticos ha permitido ampliar la base de titularidad popular del poder constituyente; pero no hay que perder de vista que el concepto, originariamente, identifica al poder constituyente con el pueblo, en tanto este es el único con la legitimidad suficiente y necesaria para otorgarse una normativa que regule su vida en sociedad. Esa es la base conceptual del término: no es la mera facultad de redactar una Constitución o la tenencia del poder suficiente para imponerla, sino la idea de que es el pueblo el que se dota a sí mismo de una normativa constitucional, determinando su contenido y la forma en que ha de ser aplicada.

6. Por su parte, VERDUGO y GARCÍA mantienen los elementos centrales que definen el poder constituyente a partir de la facultad de redactar u otorgar una Constitución: “el poder constituyente se define como aquel que tiene la capacidad o facultad para establecer o dictar la Constitución”⁵⁹. A juicio de los autores, es fundamental determinar la titularidad del poder constituyente, principalmente en momentos de crisis institucional; así, el breve repaso histórico sirve para ilustrar cómo el poder constituyente ha sido ejercido por diferentes entidades en distintos momentos históricos.

Los autores identifican el surgimiento del constitucionalismo clásico con el ‘traspaso’ de la titularidad del poder constituyente al pueblo; sin embar-

⁵⁷ MOLINA GUAITA, Hernán: *Instituciones políticas*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, p. 259.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁵⁹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARCELATTO, Ana María: *Manual de Derecho Político, Tomo I, Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 267.

go, omiten los autores que el término poder constituyente es acuñado, precisamente, en esta época, por lo que nace desde un principio adscrito al principio de autogobierno y a la voluntad popular. No es el cambio de la titularidad, sino el surgimiento de un nuevo concepto, propiamente constitucional, de autogobierno del pueblo.

7. De acuerdo a lo visto en los párrafos precedentes, es posible concluir que la doctrina chilena relaciona, mayoritariamente, el poder constituyente con la facultad de promulgar una nueva Constitución, antes que con el pueblo como sujeto originario, perpetuando la deformación que sufrió el concepto durante el siglo XIX, durante la etapa de la restauración monárquica en Europa; además, ello implica una suerte de primacía de la doctrina de la legalidad formal del proceso constituyente que de su legitimidad democrática.

A mi juicio, luego de analizar los elementos de la teoría del poder constituyente y su recepción por la doctrina nacional, creo que es posible concluir que el término se conceptualiza a través del elemento democrático, es decir, la legitimidad del pueblo para darse una norma fundamental, y no recurriendo a la facultad de dictar una constitución o no como criterio de clasificación. En consecuencia, el poder constituyente es el pueblo y no la facultad de otorgar una Constitución; el pueblo es el único con la legitimidad suficiente y necesaria para darse a sí mismo un ordenamiento constitucional, por tanto, solo este puede ser entendido como poder constituyente. Si entendemos al poder constituyente como facultad, solo puede ser la facultad del pueblo; aceptar una titularidad diferente de esta facultad es retrotraer la situación propia del siglo XIX, en la que el pueblo se vio obligado a compartir su condición de constituyente con el soberano.

Ciertamente, que el pueblo ejerza directamente su poder constituyente presenta complicaciones de tipo técnico, más aún en una sociedad compleja y plural como la actual. En cambio, el pueblo puede delegar el ejercicio del poder constituyente en una asamblea o en un órgano legislativo, o bien, ratificar el trabajo realizado por estos, en la medida que representen efectivamente la pluralidad característica del pueblo. Cualquier otro acto normativo que genere una Constitución sin la participación del pueblo no puede ser considerado un poder constituyente propiamente tal, sin perjuicio de que pueda formar parte del proceso constituyente en la medida que su trabajo sea democráticamente ratificado por el pueblo.

Uno de los elementos fundamentales del poder constituyente en tanto concepto es el autogobierno del pueblo, elemento que puede ser desconocido o relegado mediante la teoría de la facultad. Siguiendo este criterio de clasificación conceptual, es posible identificar al poder constituyente con cualquiera órgano o persona que redacte un texto constitucional (v. g.: la Comisión Ortúzar), erigiéndose como un criterio que desconoce que el

poder constituyente en cuanto tal surge identificado con el pueblo en tanto sujeto del poder político originario, principalmente porque es el único sujeto con la legitimidad suficiente y necesaria para darse a sí mismo un ordenamiento fundamental.

Ahora bien, es posible afirmar que el poder constituyente, entendido en tanto facultad para redactar una Constitución, puede ser ejercido por diferentes sujetos, como lo demuestra el curso de la historia; por lo mismo, es posible afirmar que no existe un titular absoluto del poder constituyente.

Sin embargo, en el contexto del Estado constitucional y democrático de Derecho, este poder solo reside en el pueblo, por lo que una teoría democrática del poder constituyente solo puede entenderse en la medida que acepte que, en el contexto del Estado moderno, el poder constituyente es el pueblo.

CONCLUSIONES

1. El concepto de poder constituyente surge a fines del siglo XVIII, esencialmente ligado al principio democrático del autogobierno del pueblo. En consecuencia, su principal elemento, aquel en virtud del cual se conceptualiza el término, es la legitimidad que tiene una comunidad para dotarse a sí misma de un ordenamiento iusfundamental; esta realidad constituye la única instancia en el mundo del Derecho, en virtud de la cual un organismo o comunidad puede dotarse a sí mismo de un ordenamiento jurídico, sin referencia a normativa previa alguna. Es decir, independientemente de quien redacte, en la práctica, el proyecto de constitución, esta solo tendrá validez en la medida que su legitimidad provenga de un consentimiento libre y democrático por parte del pueblo, en tanto poder constituyente.

En consecuencia, el poder constituyente se explica y define a partir del pueblo, y no a partir de la facultad de redactar u otorgar una Constitución. Es decir, es un concepto de carácter democrático, por cuanto se encuentra indisolublemente unido al pueblo, y no un concepto de carácter funcional, vinculado a la facultad de redactar una Constitución. Más allá de que en ciertas épocas históricas los gobernantes hayan otorgado cartas constitucionales al pueblo (fenómeno principalmente observado en la etapa de la restauración monárquica, en la Europa del siglo XIX), lo fundamental del concepto, aquello que lo define en cuanto tal, es su inmediata vinculación al pueblo en tanto último titular de la soberanía, en tanto titular originario del poder político.

2. Con el golpe de Estado de 1973, la Junta suprime el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo, al suprimir el principio democrático del autogobierno de la comunidad. Mediante diversos mecanismos teóricos iluminados por SCHMITT, la Junta afirmó haber asumido la plenitud del poder

constituyente, en virtud del cual no solo se permitió reformar y derogar la Constitución de 1925 (expresa y tácitamente), sino también pretendió imponer un proyecto de ordenamiento constitucional a la comunidad.

Sin embargo, del mismo modo que durante la restauración monárquica del siglo XIX en Europa, la Junta pretendió ejercer un poder que corresponde, conceptualmente, al pueblo. Mediante una declaración formal contenida en un decreto ley, la Junta pretendió haber asumido el poder constituyente; sin embargo, en concordancia con los elementos esenciales del concepto, no es posible entender al poder constituyente seccionado del pueblo. Por tanto, aun cuando la Junta se arrogó el ejercicio del poder constituyente, solo logró suspender su ejercicio por parte del pueblo.

Ahora bien, el proyecto constitucional presentado por la Junta fue ampliamente rechazado por el poder constituyente, manifestado durante el proceso 1988-89. En virtud de esta manifestación, y de los importantes vicios de fondo y de forma presentes en el plebiscito de 1980, es posible concluir que el pueblo retuvo la titularidad del poder constituyente, cuyo ejercicio se vio drásticamente suspendido en 1973. Al retomar su ejercicio, en 1988-89, da su aprobación a un nuevo proyecto constitucional, completamente diferente al diseñado en 1980, que comenzará a regir el 11 de marzo de 1990 con el juramento a la Constitución por parte del electo Presidente de la República. Es este proyecto constitucional, ratificado democráticamente por el poder constituyente, por el pueblo, el que se transforma en la Constitución hoy vigente.

Por otra parte, se ha señalado que el concepto de Constitución es indisponible para el constituyente, significando uno de los principales límites materiales a su actuar. Pues bien, aun cuando se aceptara que el articulado permanente del texto de 1980 cumplía con tal requisito, ello es francamente imposible respecto del articulado transitorio, vigente entre 1980 y 1990, de carácter claramente autoritario y antidemocrático, que desconoció los elementos básicos del Estado de Derecho.

3. La doctrina constitucional chilena, mayoritariamente, comparte una visión funcional del poder constituyente, es decir, conceptualiza el término a partir de la facultad para otorgar o redactar una Constitución, y no a partir del pueblo en tanto titular originario del poder político. Esta concepción relativiza el papel que cumple el pueblo en el proceso constituyente, privilegiando el proceso de redacción del texto por sobre la legitimidad democrática del mismo proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la doctrina constitucional, mayoritariamente, identifica a la Comisión Ortúzar como el poder constituyente de la Constitución vigente, sin cuestionar la legitimidad del mandato que ella recibe, proveniente de la Junta y no del pueblo. En efecto, entendiendo el

poder constituyente desde una perspectiva funcional, el tema de la legitimidad democrática es completamente secundario, ya que lo relevante es determinar la autoría del texto constitucional; así, para la doctrina es perfectamente posible aceptar el trabajo de la Comisión Ortúzar, aunque no provenga del poder constituyente.

El trabajo realizado por la Comisión es utilizado por la doctrina en la interpretación de la Carta como la historia fidedigna de su establecimiento, lo que le permite determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales a la luz de lo expuesto por su redactor originario. Sin embargo, en dicho proceso no solo olvida la dificultad de desentrañar la voluntad de un organismo colegiado, con diversos grados de disidencia en su interior, y que toma sus decisiones por mayoría simple, sino que, lo que es más serio desde la perspectiva del poder constituyente, también pasa por alto la ausencia de legitimidad democrática de dicho proceso.

Esta opción metodológica de interpretación constitucional presenta, en síntesis, un problema serio de carácter técnico-jurídico y un problema aun más serio de legitimidad democrática. Existiendo diversos métodos de interpretación constitucional, puede ser hora que la dogmática constitucional chilena se abra a nuevas perspectivas en la materia.

4. Asimismo, el recurso a la Comisión Ortúzar para interpretar la Constitución impide a la dogmática constitucional actualizar debidamente el contenido material de las disposiciones constitucionales de principio. La Constitución es el resultado de una decisión política, tomada por el pueblo, que positiva el consenso que existe en la comunidad en torno a los fundamentos mínimos de la convivencia democrática. Es, en definitiva, el reflejo de un consenso político propio de un momento histórico determinado.

Dicho consenso positiva una serie de reglas y principios, erigiéndose como el marco principal para la actividad jurídica y política futura. Sin embargo, dicho marco no es absoluto ni inmutable, precisamente porque obedece a las decisiones políticas tomadas por una sociedad compleja, diversa y plural, a la vez que dinámica, características propias de la sociedad contemporánea. En este contexto, no es posible pretender que el consenso constitucional de la sociedad permanezca inalterado y sea impermeable al paso del tiempo. Por el contrario, el tema de fondo es qué tan sensible es el consenso constitucional a la evolución que experimenta la sociedad, y no si este es sensible o no.

Dada dicha sensibilidad, la dogmática constitucional debe enfrentarse a la disyuntiva rigidez-flexibilidad-vigencia. Uno de los problemas más relevantes para el Derecho constitucional es la conciliación entre el texto normativo y la realidad constitucional, ya que una radical separación entre ambos puede provocar un quiebre en la vigencia normativa de la Constitución, desestabili-

zando al sistema jurídico en su conjunto. El texto de la Carta no puede mantenerse tan rígido como para hacer peligrar su aplicación a la realidad que regula, pero tampoco puede someterse a un constante proceso de revisión y reforma, ya que puede generar inseguridad en la aplicación e interpretación del Derecho y en la vigencia de la propia Constitución.

Sin embargo, ambas realidades deben ser ponderadas con equilibrio. Así como la Constitución debe mantener la estabilidad en la aplicación del Derecho, también debe ser capaz de adaptarse a la evolución de la sociedad a la que regula; el contexto de aplicación debe ser considerado a fin de dar estabilidad a la Carta. En ambos supuestos, la vigencia normativa de la Constitución puede encontrarse en entredicho, ya sea por una petrificación de sus disposiciones, ya sea por un permanente cambio en las mismas, generando, en definitiva inseguridad en la aplicación de la norma.

En este contexto, las técnicas de interpretación constitucional son fundamentales, ya que pueden ser un medio para rigidizar o flexibilizar el contenido material de la Constitución. A mi juicio, considerando que la Constitución es una decisión política del pueblo en tanto poder constituyente, y que su contenido material es esencialmente variable según varía el consenso constitucional en la base de la sociedad, una interpretación rígidamente originalista no solo constituye un riesgo para la vigencia normativa de la norma fundamental, sino que también atenta contra el principio democrático del autogobierno del pueblo.

En el caso de la Constitución chilena vigente, este atentado contra el principio democrático es doble: en primer lugar, impide la realización del consenso constitucional que actualmente sostiene la sociedad, perpetuando las opciones de la Junta y de la Comisión Ortúzar; en segundo lugar, posterga la decisión del poder constituyente de 1988-89 al desconocer las serias objeciones democráticas que presenta el proceso 1973-1980. De esta manera, parte de la doctrina interpreta el actual ordenamiento constitucional siguiendo criterios no democráticos propios de un período preconstitucional, criterios que fueron rechazados por el poder constituyente en 1989, que desde entonces sustenta un consenso constitucional diferente al proyecto de 1980.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 138 pp.

_____, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, 201 pp.

CRISTI BECKER, Renato, "La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX

- N° 2-3 tomo I (1993), pp. 229-250. Actas de las XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público.
- CRISTI BECKER, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago, Ediciones Lom, 2000, 223 pp.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Teoría constitucional* –2ª edición–, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, 136 pp.
- FONTAINE ALDUNATE, Arturo, “El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán”, en: *Estudios Públicos* N° 42 (1991), pp. 251-570.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “La Constitución política”, en: *Revista Chilena de Derecho* vol 6 N°s 1-4 (1979), pp. 53-78.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Instituciones políticas*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, 385 pp.
- MONCADA DURRUTI, Belén, *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, Ril Editores, 2006, p. 273.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional* –10ª edición–, Madrid, Marcial Pons, 2005, 1.111 pp.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, 461 pp.
- _____, *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, 87 pp.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 165 pp.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, et al. (eds.), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, 147 pp.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, 377 pp.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, 179 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios, Estado y gobierno* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 588 pp.
- STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 909 pp.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARCELATTO, Ana María, *Manual de Derecho Político. Tomo I. Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 389 pp.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, 447 pp.