

CAPÍTULO OCTAVO

PODER CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN EN CHILE. DE VUELTAS ACERCA DE LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE*

I. EL PROBLEMA CONSTITUYENTE.

ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

Los ejes de esta exposición, a saber: poder constituyente, problema constituyente y operación constituyente deben ser situados en conexión al principio democrático; entiendo a éste como arquitectural del Estado democrático, pero es un principio político y no solo un principio jurídico como pretende Aragón y en cuanto tal posee matrices ideológicas que lo hacen ambivalente. En cuanto al cambio constitucional, éste es un concepto plurisignificativo, ya que concierne a una variable temporal: situación constitucional de una comunidad política o realidad de un orden constitucional, no de su contenido normativo, sino de su lectura, hermenéutica y eventual mutación (Böckenförde). Por ello, entre otras razones, prefiero hablar de operación constituyente y conectar a este concepto los demás afines.

Por consiguiente, no tenemos dudas que hoy en Chile se ha instalado el problema constituyente de la mano de un “momento” que le confiere realidad, más allá del tradicional clivaje democracia/dictadura, que marcó toda nuestra transición y en especial las más importantes reformas constitucionales del periodo (1989, 1991 y 2005). Las fronteras del debate público engloban hoy en serio el problema constituyente, y ello es obra en gran medida de los movimientos sociales, que han actuado como catalizadores y demandantes de una nueva Constitución y de una asamblea constituyente. Tal rol del movimiento social no es inusual, ya que históricamente en las democracias modernas el problema constituyente está asociado a cambios

* Ponencia al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tucumán, Argentina, 17, 18 y 19 de septiembre de 2013. El autor agradece la invitación a este Congreso y extiende los saludos al presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, profesor y amigo Diego Valadés, y a nuestro anfitrión profesor Sergio Díaz Ricci.

políticos, revoluciones o periodos fundacionales del Estado o del régimen político imperante.¹

En Chile observamos una profunda crisis de legitimidad y representación de las instituciones, subyacente a estos movimientos y que es telón de fondo del discurso político constitucional en relación con una nueva Constitución, también defendido por parte de las élites hoy.

Como observamos, el problema constituyente también da origen a discursos o relatos acerca del cambio constitucional o su negación. El problema constituyente y una operación constituyente abierta a la reforma total de la Constitución o bien a una asamblea constituyente y o referéndum constituyente, nos reconduce a gruesos temas de la teoría constitucional moderna que condensan problemáticamente, a saber: en la cuestión toral del poder constituyente, y en rigor, del usado concepto de poder constituyente se derivan dos consecuencias: el poder constituyente existe todo tiempo en el Estado moderno para organizarlo, constituirlo y estructurarlo, y como poder está sometido a su misión de constituir sin estar jurídicamente prefigurado.

Además, esta conexión poder constituyente y principio democrático está en la base de la teoría moderna del Estado desde la hoy clásica aportación procedimental de Kelsen, y expresa un muy actual desafío teórico-práctico en la concepción misma del Estado, del régimen político, tipo de gobierno y sistema de fuentes del derecho. Guardando las distancias entre democracia ideal y real, la esencia de la democracia es el autogobierno del pueblo y en su sentido de democracia directa, la unidad (identidad) de gobernantes y gobernados (Böckenförde), y en tal medida un poder constituyente democrático es o mejor dicho puede ser prístina expresión de la soberanía del pueblo. Ello incluso es posible en las coordenadas de una democracia política fundada en la representación.

También subyace al tema abordado aquí una definición teórica básica acerca de qué es Constitución y para qué sirve, tema ensayado en otro lugar, y que está abierto a enfoques estructuralistas como el positivismo normativista en su diversidad de escuelas que conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de normas y enfoques funcionalistas, que abordan el orden jurídico desde sus funciones y por ende, trazan sus posibilidades de instru-

¹ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 117-132; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 133, 181-185; Vanossi, Jorge, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, De Palma, 1976, t. I, pp. 180 y ss.; Pérez Serrano, Nicolás, "El poder constituyente", *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, y Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 461-475.

mento de cambio social, como lo serían las epocales doctrinas acerca de las normas o disposiciones de “principio” elaborada por Crisafulli al alero de la Constitución de la república de Italia en la inmediata posguerra y de la “Constitución dirigente” elaborada por Gomes Canothilo con base en las normas-programa de la Constitución de Portugal posrevolución de los cla-veles, esta última de honda influencia en el nuevo constitucionalismo latino-americano.²

Ello es relevante en la medida que parece rondar en el discurso político constitucional acerca de la asamblea constituyente una concepción puramente funcionalista de la Constitución, que carga las tintas en las posibilidades fundacionales a través del poder constituyente de un nuevo orden económico, social y político. Sin embargo, en el constitucionalismo de posguerra tempranamente observamos los peligros de una “Constitución inactuada” (Calamandrei); peligros que están a la vista con el ejemplo de la Carta de 1947 de la República italiana de posguerra inspirada en la cultura de la “resistencia” antifascista, que la realidad política y la hegemonía de un partido, termina con sus acciones y omisiones saboteando su efectividad normativa por la vía ejemplar en materia de “derechos de libertad”, de derechos sociales y la conexión a la cláusula Lelio Basso del artículo 9o. párrafo segundo. La “Constitución inactuada”, a pesar de las dudas de Calamandrei acerca de los derechos sociales, termina negando las metas que la “revolución prometida” había asignado al legislador democrático.

Con todo, la reacción adversa que provoca la idea de “asamblea constituyente” en el *establishment* político o élites, y en medios de comunicación escritos, en Chile, no deja de causar cierta estupefacción, es una reacción desmedida que adolece de un filisteísmo (moral e intelectual) y de un fariseísmo, refleja un cierto empobrecimiento del debate político constitucional y responde naturalmente al desempoderamiento de la “clase política” que genera en un sistema democrático la restitución temporal, extraordinaria de

² Crisafulli, Vezio, “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, núm. 7, 1969, del mismo autor “Disposizione e norma”, *Enc. Di Diritto*, t. XIII-XIV. Lo innovador de aporte de Crisafulli se observa en la época en el tratamiento brindado en la doctrina italiana de postguerra al principio de igualdad, a los derechos sociales y al concepto de Constitución en un autor como Cereti, Carlo, *Corso de Diritto Costituzionale Italiano*, 5a. ed., Torino, G. Giappicheli Editore, 1958, pp. 30-35, 127-132, 172 y ss. Del notable jurista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, un trabajo breve y contemporáneo en “¿Revisar la o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, año 1995, pp. 9-23; Calamandrei, Piero, *La Constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013.

la soberanía al pueblo o cuerpo electoral. Tal reacción defensiva toma como anclaje teórico e ideológico un tipo de democracia constitucional concebida como un orden constitucional cerrado, que solo admite la reforma, probablemente sometida a todo tipo de límites materiales internos y externos implícitos, límites más eficientes que la debatida “autorreferencia” del sistema. Y además es una reacción plagada de lugares comunes que no resisten mayor análisis (desmantelamiento de la democracia representativa, sustitución de ese modelo por una democracia plebiscitaria, implantación de un populismo autoritario, o de un neochavismo, pronósticos de escenarios de crisis o debacle económica, entre otros espantapájaros).

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

Un debate distinto al conceptual (teórico) relativo al lugar de la asamblea constituyente en el ejercicio del poder constituyente, es el contextual o si quiere de “realidad” o de “política real”. En un plano teórico el debate contextual es propio del dominio disciplinario de la ciencia política y de la sociología en la medida que concierne al ejercicio efectivo del poder constituyente originario (condiciones políticas, sociales y económicas del proceso político real), y a sus posibilidades reales o prácticas. En este sentido, una élite empoderada, con un programa político-constitucional coherente, auxiliada por resultados electorales exitosos y por movimientos sociales, es un dato de contexto muy relevante del análisis politológico. Complementario al debate conceptual y contextual, es la implantación efectiva de un poder constituyente democrático, que exige determinar jurídica e institucionalmente todo lo referente acerca de cómo se ejerce (intervención por el cuerpo electoral, organización, funcionamiento del proceso constituyente y su “juridicidad”) dicho poder constituyente por el soberano. Ello nos sitúa ante los procedimientos democráticos o populares de generación de una Constitu-

³ Lutz, Donald, “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection*, Princeton University Press, 1995.

ción y las técnicas o mecanismos estándares, a saber: asamblea constituyente, referéndum constituyente y congreso constituyente, y la injerencia de los juristas o “expertos” en dicha fase genética. También la implantación de un poder constituyente democrático engloba determinar el grado y profundidad de la continuidad-discontinuidad de órdenes constitucionales.

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

Al mismo tiempo se observa en la reacción defensiva de las élites o al menos en parte de ella a la demonizada asamblea constituyente o referéndum constituyente (por extensión también a la variante de operación constituyente), un embelesamiento con una Constitución vigente que no es sino

⁴ Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

un decreto ley-fundamental de un régimen autoritario (DL núm. 3.464 de 8 de agosto de 1980), sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980. Tal embelesamiento en parte importante del estamento de los juristas expertos (profesores, jueces y comunidad forense) es una patología que denominamos “fetichismo constitucional”.

La Constitución de 1980 es la culminación de una revolución autoritario-capitalista que se inicia el 11 de septiembre de 1973, y por ende, es concebida como un sistema de instituciones que operan como enclaves autoritarios y/o dispositivos contramayoritarios. Es una Constitución de defensa, obra de una dictadura de clase, reactiva a la “vía chilena al socialismo” que encarnó el gobierno popular (1970-1973). De Constitución formal adscripta al constitucionalismo moderno el decreto ley-fundamental solo posee el *nomen iuris*: así como las “leyes” dictadas por la Junta de Gobierno desde el 11 de marzo de 1981 al 11 de marzo de 1990. Al menos antes de 1980 los decretos leyes fundamentales de la Junta de Gobierno acuñaron la más recatada denominación de “Actas Constitucionales” (AC núm. 1, Consejo de Estado, DL núm. 1.319, de 1976; AC núm. 2, Bases esenciales de la institucionalidad chilena, DL núm. 1.551, de 1976; AC núm. 3, De los derechos y deberes constitucionales, DL núm. 1552, de 1976, y AC núm. 4, Regímenes de Emergencia, DL núm. 1.553, de 1976). Este decreto ley-fundamental (DL núm. 3.464), fruto de la potestad constituyente de los órganos del régimen autoritario de época, es en el mejor de los casos una Constitución otorgada, originaria y necesaria en cuanto sustituto documental de la Constitución material.

El ciclo de reformas constitucionales abierto en julio de 1989 y que suma más de treinta enmiendas a la fecha y más de 242 artículos de la Constitución modificados, adicionados, sustituidos o derogados, nobleza obliga reconocerlo, es demostración de una legitimidad democrática de ejercicio muy parcial, forzada por la política real y la realidad de una transición pactada; pero es también demostración palmaria que el ciclo reformista agotó sus posibilidades y el arreglo institucional requiere de una nueva Constitución. Este ciclo reformista (1989-2005) se monta en el clivaje democracia/dictadura propio de la transición a la democracia, y por ende, el contenido de las reformas constitucionales del periodo están principalmente enderezadas a remover los “enclaves autoritarios”, lo que parcialmente se logró gracias a la reforma constitucional de 2005, que llegó quince años tarde; en la medida que su contenido preceptivo estaba en el discurso constitucional de la década de 1980 contenidos en los documentos del Grupo de Estudios Constitucionales e incluso en el Acuerdo Nacional y en los numerosos proyectos de reforma constitucional no natos de la transición. Así el

decreto ley-fundamental deviene en la Constitución de “1980/2005”, una mixtura de normas, que suprime enclaves autoritarios, mantiene institutos contramayoritarios, y deja a salvo en buena medida la parte dogmática de la “Constitución” originaria (Constitución económica y social) y su techo ideológico neoliberal (y su no menos evidente horizonte iusnaturalista).

Paradójicamente, también en parte de la oposición política y en los movimientos sociales partidarios de la asamblea constituyente, se abre camino un discurso político-constitucional fetichista en relación con la asamblea y el poder constituyente, que se escribe en prosa casi religiosa o mesiánica, y que deposita en el poder popular constituyente una potencia regeneradora y catártica, de un hombre nuevo y de un orden social, político, económico y jurídico nuevo por obra del nuevo sujeto popular que ya no es el proletariado o clase trabajadora (Salazar)⁵ o el hombre concreto que integra el pueblo en el joven Marx. El nuevo sujeto popular es una actualización radical y autoconsciente de los de abajo, del peonaje, del mestizaje, de los hombres y mujeres del mundo popular, los “perdedores” habituales o de siempre, y que se encuentran excluidos u olvidados. Es un lejano eco de la “verdadera democracia” de Marx, tributaria de Rousseau, en manos de una nueva clase en sí y para sí: los nuevos movimientos sociales, capaz de recrear una “comuna”, una democracia de consejos, o una más autóctona y modernizada “democracia de los pueblos”. En sintonía con este planteamiento, de Cabo Martín analizando el sujeto constituyente en la experiencia y doctrina constitucional clásica angloamericana y europea, observa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano un nuevo sujeto constituyente y un poder constituyente de la transitoriedad, dinamizado por movimientos sociales, y orientado, en procesos de cambio, a la emancipación.

Nuestro planteamiento teórico-práctico crítico no es nuevo, tiene más de un lustro: es la apertura de una operación constituyente, orientada a superar la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas encuadradas en la Constitución de 1980/2005, a través de una nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”. En esta operación constituyente, el nudo gordiano que bloquea las posibilidades de reformas constitucionales es el conjunto de reglas instituidas en el capítulo XV de la Constitución vigente, nudo que debe ser desatado o cortado,

⁵ Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)*, Santiago, LOM, 2011; Marx, Carlos, *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, prólogo de A. Sánchez Vásquez y trad. de A. Encinares, Barcelona, Grijalbo, 1974, pp. 39-44; Cabo Martín, Carlos de, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 147-149.

abriéndose así eventualmente la necesidad de apelar al poder constituyente originario democrático y con ello a la soberanía popular.

Nuestro planteamiento también es más modesto, si se quiere, entiende que la Constitución es un “instrumento de gobierno”, un subsistema de normas iusfundamentales relativo a las normas básicas del “estatuto del poder” y a las normas que determinan la relación del Estado, las personas y sus grupos (sociedad civil) a través de la técnica de los derechos (civiles, políticos y sociales); “instrumento de gobierno” que debe ser fruto del autogobierno del demos, más que resultado de una imposición oligárquica o elitista. En este sentido, el republicanismo y un constitucionalismo popular se ajustan mejor a la comprensión del “instrumento de gobierno” como fruto del poder constituyente del pueblo que el constitucionalismo de los “derechos” y sus variantes neoconstitucionalistas-neoiusnaturalistas.⁶

En efecto el poder constituyente derivado u originario a que recurre una operación constituyente, tiene un objetivo más bien modesto en algún sentido, una nueva Constitución, es decir, un instrumento de gobierno con un arreglo institucional superador de la crisis de legitimidad, representación y eficiencia de nuestras instituciones jurídico-políticas. Una nueva Constitución que aquilata un plexo equilibrado de derechos civiles, políticos y económicos, sociales, culturales y ambientales, no es el maná caído del cielo del constituyente para resolver todos los males y carencias de los individuos y sus grupos en sociedad, es simplemente un subsistema de reglas de competencia para la organización estatal, que fija límites al poder estatal en razón de la libertad y que en el ámbito de los bienes públicos y la igualdad impone directrices o programas al Estado a realizar en el tiempo.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO: CONTINUIDAD O DISCONTINUIDAD DE ÓRDENES CONSTITUCIONALES. EL *MISSING LINK* ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

La operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución, está abierta, agotada o fracasada, ya fuera la fórmula de reforma constitucional, a recu-

⁶ Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y constitucionalismo en el Bicentenario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 76, primer semestre de 2012, pp. 125-145; Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard D., *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.

rrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios, el fin: una nueva Constitución, y los medios: una reforma constitucional total, que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total, sin límites materiales, temporales o competenciales, o bien una nueva carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o hiper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente tal bloqueo, efectivizado a través de quóruns reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo, es la suerte corrida por la inédita iniciativa reformista surgida en el Senado durante 2011 de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador. Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “super-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas, leyes de quórum calificado), que introducen una anómala superlegalidad de espuria naturaleza y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías. Otro elocuente ejemplo es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral soportante de la fórmula “binominal” empírica como “precio” a la reforma constitucional de 2005 (Disposición Transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quóruns reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper rígida, bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios y neoliberales.⁷ El proceso consti-

⁷ Bryce, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradicional de Bryce en

tuyente se abre, hemos dicho en otro lugar, desatando o cortando el nudo gordiano de la Constitución, contenido en el capítulo XV de reforma de la Constitución; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia” o en su defecto las reemplaza; porque ciertamente “... fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg), pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso. El dualismo norma-hecho es basal en el entendimiento de la Constitución y el orden político, ya que como bien observa de Otto: “Lo único que la Constitución establece es un orden jurídico, un conjunto de normas que regulan el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la Constitución”.⁸

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

La superioridad de la Constitución formal, no solo es fruto de una concepción sistémica del derecho y sus fuentes (Kelsen, Merkl) incardinada en el principio de jerarquía normativa, sino que también de la “magnitud política” de un poder constituyente (*pouvoir constituant*) que empalma con la fuerza y la legitimación (Böckenförde). Las técnicas o mecanismos reseñados están insertas en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente coadyuvantes de su fuerza y legitimación, configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario, es pura facticidad o es

los trabajos de Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución: Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, FCE, 1986, pp. 117-130.

⁸ Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 397-474; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 402; Carre de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, FCE, 1948, pp. 1175.

“juridicidad”, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Nos enfrentamos a un complejo y paradójico *missing link* entre normatividad y facticidad, y también al más contradictorio intento de encontrar límites supra y prepositivos al poder constituyente, obra no solo de delirantes partidarios de las doctrinas del derecho natural. Tal continuidad-discontinuidad tiene una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti Di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las Constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”. Tal distinción es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeneidad” o facticidad y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de la imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergottini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón o vínculo entre el orden constitucional que fenece y el que nace, como en la Italia de posguerra se sostiene en tono burlón es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una república imbuida de los ideales del antifascismo, en Francia de la posguerra es la Ley del 2 de noviembre de 1945 que abre paso a la IV República, en España la última Ley Fundamental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú), en Portugal de la Revolución de los claveles (1974-1976) los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini), un “periodo provisional” (Otto) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrústegui).⁹

⁹ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988; Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160-161. Del jurista italiano Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1979, 1996 con un estudio del periodo 1988-1990, en especial pp. 310-318; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, prólogo, notas y trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 261-266; Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, trad. de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

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

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

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

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados) y a los “políticos”. Mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia” y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de la OEA que ponen en el centro de la democracia y el Estado de derecho la

2002, pp. 144-157; Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. e introducción de P. Lucas Verdú, Madrid, Espasa Calpe, 1985, pp. 155-157; Lucas Verdú, Pablo, *La Octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 424-428; Satrústegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, Flacso, 1984, pp. 33.

participación del pueblo soberano. Por ello sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución solo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca para así no subvertir el “orden institucional”.¹⁰

La seductora apariencia del derecho constitucional transitorio, no podrá ocultar en muchos casos la ocurrencia de una revolución, concepto amplio e incoloro añadimos, que “... abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra” (Kelsen). En la situación revolucionaria, es el principio de efectividad (hechos) el determinante, así si se impone una nueva Constitución se inaugura un nuevo sistema de reglas acerca de la producción del derecho, y si en cambio, se fracasa en la imposición de una nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición. Así, el mal denominado golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 (revolución), de haber fracasado habría hecho reos de “sedición”, al tenor del artículo 4o. de la Constitución de 1925, a los “conjurados”, en cambio el éxito de la revolución los hace “salvadores de la patria” y a la “sedición” una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”.

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

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

¹⁰ Consultar el breve trabajo de Quintana B., Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

recurso a las ficciones o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos”.¹¹ A la propensión a las ficciones, podríamos advertir con Bentham: “De ninguna manera la sombra de la muralla es una muralla, una ficción no prueba nada, de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”.

En este cuadro la conexión de la Constitución jurídico-positiva con el principio democrático es el desafío del Estado democrático y su régimen político.

III. PODER-ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La Constitución es fruto de un “paralelogramo de fuerzas” (políticas, económicas y sociales) históricamente determinadas, fuerzas que tienen muy poco de sacralidad, santidad o eternidad (Wheare). La Constitución no es una “potencia mística” (Laband), es una pieza basal del edificio estatal, un subsistema de normas iusfundamentales. El constitucionalismo clásico llegó a plantearse no solo la necesidad de reformar la Constitución, sino su revisión necesaria en “generaciones”, como lo hiciera Jefferson o lo ordena el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que identifica un derecho a reformar la Constitución por cada generación; todo inspirado en un pactismo que sostendrá que las generaciones de hombres vivos no están obligados por generaciones de hombres muertos. En ese contexto el poder constituyente lo ejerce no necesariamente o en propiedad un sujeto predeterminado (pueblo, nación, junta, caudillo, partido, movimiento, clase, casta o élite), sino el sujeto que histórica y efectivamente puede ejercerlo. Este poder constituyente, en una acepción amplia o lata, es la fuerza social o política que adopta la decisión normativamente expresada sobre la forma de organizar la convivencia política, concretándose en un poder encargado de formular una Constitución.¹²

¹¹ Ihering, Rodolfo, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herrero, México, FCE, 1946, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 168.

¹² Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, trad. de Fernando Morera y Angel Alandí, Barcelona, Labor, 1971, p. 73; también Otto Pardo, Ignacio de, *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo, 1980; Laband, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, París, Giard & E. Breire, 1901, t. II, pp. 314; Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio

Solo de la mano de la doctrina clásica del poder constituyente, su titular es la nación (burguesía o “tercer estado” en Siéyés) o el pueblo (Rousseau) y sus características pasan a ser las propias de la soberanía.

En la teoría política el origen de la doctrina clásica del poder constituyente se encuentra en el *Agreement of the People* de Cromwell y que pasa, de una parte, a Nueva Inglaterra (cartas constitucionales de Rhode Island y Connecticut) y, de otra, al continente (Revolución francesa), siendo sus teóricos del periodo Condorcet y en especial el abate E. J. Siéyés. Se distingue un poder constituyente originario y uno derivado o poder constituido, quedando este último residenciado en el órgano al que la propia Constitución atribuye la posibilidad de reformar aquella (asamblea especial, mayorías reforzadas del Parlamento, el pueblo mediante referéndum, entre otros). Y es en el laboratorio magnífico de la realidad histórica de las revoluciones políticas y /o burguesas de los siglos XVIII y XIX, donde se pergeña y se aplica la doctrina clásica del poder constituyente originario y derivado, para sustituir el principio legitimista monárquico por el principio liberal, primero, y por el principio democrático, más tarde.¹³

La conexión de esta doctrina del poder constituyente de Siéyés con el contractualismo de época es muy evidente, y además ideológicamente necesario, en la sustitución del principio de legitimidad. Pero no hay duda que esta doctrina clásica del poder constituyente es restringida, ya que reconoce como único titular a la nación o al pueblo. En ello radica el valor político de la doctrina clásica, para diferenciarla de concepciones más modernas que postulan un Estado (en rigor una democracia) sin soberano (Kriele) por haber competencias limitadas por el derecho constitucional, arrinconando a la soberanía al comienzo y final del Estado, o bien una concepción de la “soberanía de la Constitución”, propio de la ideología del liberalismo doctrinario, tributaria de la soberanía del derecho de la Escuela germana del derecho público de la era guillermina y que arropa hoy a la democracia constitucional, desposeyendo al pueblo de la soberanía, “despersonalización” del sujeto observada críticamente por Heller en el periodo de entre-

Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 150 y ss., 318 y ss.; Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, 2a. ed., México, FCE-UNAM, 1995.

¹³ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, pp. 173-207; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herretero, México, FCE, 1946, pp. 123-133, y la reelaboración de la misma obra por el autor Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia (Teoría y práctica en Europa y América)*, trad. de A. Gil Lasierra, Madrid, IEP, t. I, 1975, t. I, pp. 275-312.

guerras; levantándose usualmente como espantapájaros la “dictadura de las mayorías” o los excesos del jacobinismo.

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

En Chile, de las Constituciones históricas más relevantes (1828, 1833, 1925), solo la Constitución liberal de 1828, influida por un temprano, raquíutico y efímero liberalismo democrático bajo el influjo francés, americano y gaditano, es fruto de un poder constituyente originario democrático; “democrático” en sus coordenadas de época. La Constitución conservadora de 1833 es fruto del poder constituyente de la fuerza de las armas en 1830 (Lircay) y de un sector de la oligarquía o peluconismo-estancero, y montada sobre ficciones se presenta a sí misma como una reforma a la Constitución de 1828, la que contenía una cláusula de irreformabilidad de ocho años (1836). La Constitución de 1925, también se presenta a sí misma como una reforma de la Constitución anterior; saltándose eso sí sus procedimientos, es resultado de un poder constituyente relativamente democrático, fruto formal de una subcomisión de reforma designada e intervenida por el presidente Alessandri Palma y ratificada vía referéndum, alumbró vida por la presión del ejército de la época abocado al restablecimiento de la autoridad presidencial y del orden.

La Constitución de 1980 es fruto de un poder constituyente autocrático residenciado en una Junta integrada por los comandantes en jefe de las ramas de la defensa, expresión orgánica de un régimen autoritario que se había dado su propia legalidad (DL núm. 1 Acta de la Junta de Gobierno de 11 de septiembre de 1973, DL núm. 128, de 1973, DL núm. 527 de

¹⁴ Jellinek, George, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de C. Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Hsü Dau-LIN, *Mutación de la Constitución*, trad. de P. Lucas Verdú y C. Föster, Oñati, FIVAP, 1998.

1974, DL núm. 788 de 1974 y DL núm. 806, de 1974), colofón de una revolución restauradora de un capitalismo de nuevo cuño, cuya expresión ideológica en el campo económico y político más perdurable es el “ladrillo”, de los economistas neoliberales, que cuajó en una reforma fiscal y en un programa de “modernizaciones”, y son claves para entender nuestro actual capitalismo. Tal restauración del capitalismo define también la resistencia de la parte dogmática de la Constitución a su reforma en el ciclo reformista (1989-2005).

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

En consecuencia, un repaso sumario a la historia constitucional acerca de la génesis de nuestras Constituciones históricas, nos obliga no al nihilismo, pero sí a cierto escepticismo, y por ende, a matizar las afirmaciones acerca de que la asamblea constituyente, en cuanto a mecanismo o procedimiento sería necesariamente reflejo de un quiebre institucional, de una revolución o simplemente “big-bang” del sistema político. Este lugar común incluso es admitido, cargando las tintas, en doctrinas del Estado y del poder constituyente, que entienden que este poder “indiviso, incondicionado, ilimitado, de crear y violar el derecho”, emanación de la soberanía del pueblo (Kriele), solo se verifica al crear y abolir el orden estatal.

En este plano histórico constitucional lo único parangonable o comparable diacrónicamente en Chile a una “asamblea constituyente” es el Congreso Constituyente elegido para la discusión y aprobación de la Constitución liberal de 1828; proceso constituyente no precedido por un quiebre, revolución o “big-bang” del sistema político, sino por el contrario fue un magnífico esfuerzo del liberalismo democrático de época por dotar al Estado nacional de una Constitución “racional normativa”.

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

La asamblea constituyente nos plantea un debate infinitamente más modesto, en el cual emerge simplemente como una técnica o mecanismo de un procedimiento democrático para el ejercicio del poder constituyente ori-

ginario y/o derivado. La asamblea constituyente no es un mecanismo necesariamente asociado a una crisis institucional, revolución o “big-bang” constitucional del sistema político. Tampoco la asamblea constituyente es fruto necesario de las ideas sostenidas por políticos o juristas “expertos” especialmente radicales; divorciados de la siempre complaciente realidad o ajenos a la realidad captada en todos sus extremos por quienes se someten a la “erótica del poder”.

La doctrina clásica del poder constituyente, ligada al contractualismo, pensada y escrita al calor de las revoluciones políticas y burguesas de la modernidad, nos permite situar históricamente el problema constituyente en la base del Estado liberal-burgués primero y del Estado democrático después, como fuente y medida de legitimidad del poder, residenciado en la nación o pueblo.¹⁵ En este preciso contexto histórico la asamblea constituyente es un procedimiento propio de una revolución. Probablemente este es uno de los aportes más duraderos de la doctrina clásica del poder constituyente, a la hora de situar el principio democrático como fundamento de la edificación del orden estatal. Con todo, deslindada la asamblea constituyente de ese contexto histórico revolucionario o fundacional, emerge como un simple mecanismo o técnica del procedimiento a través del cual se ejerce el poder constituyente originario y/o derivado.

Así expuesta la cuestión (la asamblea constituyente como un mecanismo ligado al procedimiento en que se ejerce el poder constituyente), el contraste con nuestra realidad histórico-constitucional reciente es notoria, y resulta palmaria, y prácticamente no negada hoy, la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 o decreto ley-fundamental. Tal ilegitimidad de origen no es un bizantinismo o debate de pasado, sí importa para la legitimación actual del sistema institucional, como también es innegable la legitimidad de ejercicio parcial de la Constitución 1980/2005, merced el ciclo de reformas constitucionales de la transición. Esta legitimidad de ejercicio parcial, innegable después de una treintena de reformas a la Constitución desde 1989, es fruto de una realidad política y de un falso consenso constitucional, pues son las reformas en último término aceptadas por quienes tienen en el Congreso Nacional, con el parapeto de los quórumos reforzados y el seguro

¹⁵ Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1984; Siéyès, Emmanuel, *¿Qué es el Estado Llano?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, México, FCE-UNAM, 1995, pp. 239; Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*, trad. de C. Álvarez A. y M. Salvador M., Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 41-55.

de la fórmula electoral binominal, la llave de la reforma y el poder de bloqueo de ésta.

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

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

IV. PODER CONSTITUYENTE-NUEVA CONSTITUCIÓN

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

En la doctrina constitucional, herencia de la doctrina clásica, la potestad constituyente es entendida como una voluntad radical, extraordinaria, permanente, originaria y soberana de una comunidad política que se da una Constitución. En la raíz del concepto poder constituyente, nos recuerda el jurista español Torres del Moral, hay dos acepciones: una acepción amplia que lo define como el poder (función-potestad) de otorgar una Constitución; como lo entiende Schmitt: “La voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política”, y una acepción restringida que lo asocia al principio-dogma de la soberanía en sus versiones galas de soberanía nacional o popular, acepción que liga históricamente este poder a la legitimidad basal del Estado liberal o del Estado democrático. El jurista argentino Bidart Campos, partiendo de que, si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin”, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución a un Estado, concluye a partir de

estos extremos a trazar una definición, con bastante precisión, del concepto global: “poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo”.¹⁶

El poder constituyente —escribe Linares Quintana— “es la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución”, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario. Para el jurista germano Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad política con fuerza, o autoridad para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política. De las decisiones de esta voluntad deriva la validez de toda ulterior “regulación legal” constitucional, la cual será cualitativamente distinta de aquéllas.¹⁷ Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino en una decisión política surgida de un ser político acerca del modo y la forma del propio ser. La palabra voluntad enuncia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez, en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta.

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

¹⁶ Torres del Moral, Antonio, *Estado de derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991, pp. 181 y 182; Hinsley, F. H., *El concepto de soberanía*, trad. de F. Morera y A. Alandí, Barcelona, Labor, 1972, pp. 111-181; Bidart Campos, Germán, *Derecho político*, 3a. ed., Buenos Aires, Aguilar, 1969, en especial pp. 521-524, y *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, EJEA, 1961, pp. 114-121.

¹⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 93 y 94.

Parece mentira que: este asunto doctrinario presente dificultades después de haberlo resuelto con tanta sencillez y claridad el sistema constitucional americano creado por los Estados Unidos, Nada más fácil que comprender lo que en él se consagra. Todo lo que contiene la Constitución tiene jerarquía constituyente; todo lo que se suprima, o enmiende corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra.¹⁸

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

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

¹⁸ Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, y *El Constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957

del edificio político, y eso es la expresión más alta de la soberanía política de una comunidad.

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

Ese poder constituyente, dicta la doctrina clásica, es permanente de toda comunidad, imprescriptible, inalienable, no se enajena nunca; siempre el pueblo, la comunidad, reserva la potestad constituyente. No hay aquí diríamos, transferencia; por eso es que el representante de una instancia constituyente, va a cumplir una misión expresa y transitoria, la que una vez cumplida da término a la representación política para la constituyente. De ello se deduce la distinción formulada por Siéyés, que llega hasta nuestros días, que afirma la supremacía de la Constitución, porque como ley, como norma jurídica, tiene una prioridad que le es característica, prioridad que proviene de una instancia política superior singular a la de los poderes constituidos (la voluntad nacional es el origen de toda legalidad). Por eso cuando se hace el control de constitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno o de una sentencia judicial, y éstos ceden frente a la aplicación constitucional, es porque desde el origen los mismos tienen inferior jerarquía que la de la Constitución.¹⁹

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

¹⁹ Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. y estudio de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 386.

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

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

Sin embargo, es en la Revolución americana y en la constituyente de 1787, donde se planteará una suerte de domesticación del principio democrático, para poner a resguardo la democracia constitucional de la “tiranía de las mayorías”, instaurando un régimen de equilibrio de poder; de lo cual es un elocuente ejemplo *El Federalista*. Se abre así en tradición americana una concepción de la democracia política limitada y un muy relevante “gobierno de los jueces”.

Es en las coordenadas de la doctrina europea de albores del siglo XX, en que surge la determinación de los límites al ejercicio de la soberanía. Así tempranamente W. Jellinek²¹ planteó en la dogmática constitucional germana una doctrina acerca de los límites del poder constituyente, doctrina que obliga a realizar un conjunto de matizaciones, a saber: acoplamiento de tales límites en la doctrina clásica que se asienta en la distinción del poder constituyente originario y poder constituyente derivado, engarzamiento de la doctrina con el derecho constitucional positivo, y relación de este poder constituyente en las coordenadas del Estado nacional con el derecho inter-

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 327-329.

²¹ Jellinek, Walter, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931.

nacional, replanteando de algún modo el viejo concepto de soberanía. Luego, a pesar de las contribuciones a la dogmática constitucional contemporánea, la doctrina acerca de los límites del poder constituyente es una cuestión problemática o debatida, y la dogmática no aporta mayor claridad a pesar de haberse decantado una verdadera tipología de límites: heterónomos (de derecho positivo y externos en un plano federal o internacional), autónomos (de derecho positivo e internos) y absolutos (que rebasan el derecho positivo); límites que se desglosan en: materiales internos e internacionales, explícitos o implícitos, todos límites muy discutidos en su positividad-efectividad.

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

En la actualidad la dogmática constitucional todavía es tributaria o lastra con la doctrina clásica del poder constituyente, y por cierto con la doctrina acerca de los límites al poder constituyente e incluso debate en torno a su justiciabilidad de lo cual la autorizada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal germano da muestras sobradas en su apelación naturalística a “principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito” (BverfGE I, 14, (61); BverfGE 3, 225 (232)) según nos recuerda Böckenförde.

Probablemente, Böckenförde a pesar de sus propias contradicciones, lleva razón cuando nos recuerda que el poder constituyente es un “concepto límite del derecho constitucional”, y en una consecuente teoría democrática de una Constitución democrática, debe reconocer la “primigeneidad”, la ausencia de límites efectivos, y la compleja búsqueda del *missing link* en ese tránsito normatividad-facticidad.

²² Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 129-149; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, prólogo, notas y trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 271-286.

V. CONCLUSIONES. DE VUELTAS A LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE

El debate de hoy, a nuestro juicio, no debe girar ni principal ni menos exclusivamente, en torno a la asamblea constituyente, que es uno de los medios incrustados en un procedimiento para el ejercicio del poder constituyente democrático, sino que el debate hoy debe estar centrado en el fin perseguido a propósito del problema y debate constituyentes: una nueva Constitución, fruto del poder constituyente democrático y sus contenidos normativos iusfundamentales abiertos a las vertientes ideológico-culturales del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social).

Ese constitucionalismo pluralista subyacente en la nueva Constitución es perfectamente compatible con un constitucionalismo mínimo, republicano-democrático o popular, y con la idea de “patriotismo constitucional” o mínimo común ideológico y cultural presente en la Constitución y que sirve de paraguas de legitimidad de ésta en la comunidad política.²³ La operación constituyente en este sentido está abierta a desatar el nudo gordiano a través de la reforma total (poder constituyente derivado o constituido) o bien a cortar dicho nudo a través de una asamblea-referéndum constituyente (poder constituyente originario).

La operación constituyente propuesta hace más de un lustro en otros trabajos de nuestra autoría está abierta a dos caminos: al poder constituyente derivado o poder de reforma total permitida por el capítulo XV y en las coordenadas de la Constitución vigente, saltando por los aires el problema de la autorreferencia (Ross), o al poder constituyente originario, como único recurso para salvar el bloqueo constitucional impuesto en la Constitución desde una lógica autoritaria-contramayoritaria. La operación constituyente, a partir de la configuración dualista del sistema democrático que diferencia periodos de desmovilización y de movilización cívica, está abierta al “momento constitucional” débil en el marco de un poder constituido de reforma o a un “momento constitucional” fuerte en el recurso a un poder constituyente originario a través de técnicas tales como asambleas, congreso y/o referéndum constituyentes (Ackerman) en que las decisiones fundamentales son adoptadas por el pueblo. La operación constituyente afincada en un

²³ Negri, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias-Prodhuvi, 1994; Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989; Sternberger, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

principio democrático, admite que la Constitución democrática lo es si sus procedimientos genéticos lo son y si es pluralista (Fioravanti), es decir, si la decisión del pueblo es fruto de la regla de mayoría con respeto a las minorías y sus derechos (Kelsen).²⁴ La operación constituyente es un concepto que engloba tanto desatar el nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución de 1980/2005, como cortar tal nudo gordiano.

En este contexto, para el fin perseguido (nueva Constitución), tanto el poder constituyente derivado, como el poder constituyente originario, permiten conducir a un nuevo orden constitucional.

El poder constituyente derivado tiene reglas establecidas en el capítulo XV (artículos 127-129) de la Constitución vigente y admite la reforma total, y con ello una nueva Constitución. Pero, la hiper rigidez de la Constitución heredada del régimen autoritario y de la reforma de 1989, permite el bloqueo en la reforma constitucional de minorías cualificadas en función del quórum ordinario (3/5) y extraordinario (2/3) de reforma; minorías que utilizan la defensa de la Constitución para encubrir la defensa de un orden jurídico fundamental, político, social y económico heredado del autoritarismo. Una reforma total de la vieja Constitución por obra del poder constituyente derivado, tropieza con la dificultad práctica, de pura política, relativa a los motivos o incentivos que tendrían en orden a levantar el bloqueo de los quóruns reforzados del capítulo XV, quienes están en disposición de ejercer tal bloqueo, y lo propio ocurre con la supresión de las leyes de supermayorías; pues todo ello equivaldría en términos simples a abrir y emparejar la cancha y las opciones en competencia, transformando el sistema político en una democracia pluralista.

Con todo, debemos estar conscientes de las limitaciones de sistema que arroja el capítulo XV al ser parte de un conjunto de enclaves o cerrojos de la Constitución. La “reversibilidad esencial” de la Constitución por medio de la reforma, deviene en la práctica en una no “reversibilidad esencial”, idea que descansa en un conocido planteamiento del extinto Jaime Guzmán E., corifeo, jurista oficial e ideólogo civil del régimen autoritario, que en 1979 postulaba:

²⁴ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a. ed., México, Fontamara, 2001, pp. 43-71; Ackerman, Bruce, *La política en el diálogo liberal*, trad. e introducción de Gabriela L. Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 94-99, 158-159, 168-175, y Ackerman, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, trad. de J. Malem, Argentina, Espasa-Ariel, 1996, pp. 55-61; Fioravanti, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez N., Madrid, Trotta, 2001, pp. 154-157; Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Barcelona-Madrid, Labor Guadarrama, 1977, pp. 81-98.

... en vez de gobernar para hacer, en mayor o menor medida, lo que los adversarios quieren, resulta preferible contribuir a crear una realidad que reclame de todo quien gobierne una sujeción a las exigencias propias de ésta. Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.²⁵

En este esquema los cerrojos o bloqueos del capítulo XV, profundizados por la reforma constitucional de 1989, responden a un esquema simple del régimen ideado en 1980, a saber en palabras del mismo Guzmán : “... lo esencial no reside en quién gobierne, sino más bien en cuánto poder tenga el que acceda a la conducción del Estado”; con lo cual la importancia de “... quién gobierne en el futuro no desaparece, pero se atenúa considerablemente, porque las posibilidades de triunfo se circunscribirían a tendencias moderadas y relativamente similares entre sí” (pp. 18 y 19). De esta manera, en efecto no es muy relevante quién gobierne o si obtiene resultados electorales mayoritarios, porque los cerrojos, bloqueos, y leyes de supermayorías, más sus guardianes, impedirán que detente poder político estatal efectivo, a tal grado de hacer difícil incluso realizar programas gubernamentales.

En cambio, el poder constituyente originario no tiene reglas preexistentes, es radical, permanente, extraordinario y soberano, su aparición en escena es fruto de un “paralelogramo de fuerzas”, de una específica dialéctica: estática-dinámica constitucionales, consecuencia de una “revolución” o de un cambio político institucional en que la Constitución vigente agota sus posibilidades. Como bien observa García Pelayo:

Toda Constitución, rígida o flexible, supone un intento de solución al aspecto jurídico-político de la existencia estatal, solución que se toma de acuerdo a unos datos del problema (situación de poderes sociales, estructura económica, estado cultural, etc.); más cuando estos datos cambian, es claro que si la Constitución quiere seguir resolviendo el problema de la convivencia ha de cambiar, con reforma o sin reforma formal, en el sentido de sus preceptos; pero, justamente, la esencia de una Constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuido a las palabras del texto con relación a las situaciones concretas. Por eso, una Constitución escrita o no escrita, no es nunca una obra acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia.

²⁵ “El camino político”, *Revista Realidad*, año 1, núm. 7, pp. 13-23.

Luego, en todo proceso constituyente están en juego las posibilidades de una reforma constitucional o de una nueva Constitución.²⁶

Frente al poder constituyente (función-potestad basal a la organización estatal) el Estado va a requerir siempre contar con una Constitución formal o material, una Constitución jurídico positiva y otra lógico positiva en que descansa el encadenamiento de validez del orden jurídico estatal, y en dicho encadenamiento ascendente siempre estará la facticidad inmediata y remota temporalmente hablando, sobre la que se superpone una hipótesis lógica necesaria para pensar el sistema y sus reglas con fundamento de validez en una *Grundnorm* o norma fundante básica (Kelsen). Unida a esa facticidad, el poder constituyente originario, usando un concepto ampliado y aceptado por la doctrina constitucional, es un poder que lo ejerce quien puede históricamente hacerlo, de suerte que solo en su concepto restringido y en las coordenadas del principio democrático es el pueblo el depositario final del poder y la medida de su legitimidad.²⁷

En las coordenadas del poder constituyente originario democrático, la asamblea constituyente, congreso constituyente junto al referéndum constituyente, tienen un lugar principal como técnicas o mecanismos de procedimientos democráticos a través de los cuales encausar la potestad constituyente y traducir éste en decisiones e instrumento de gobierno. Tales procedimientos y el sistema de normas electorales y de competencia (convocatoria a elecciones, sistema electoral para elección de asambleístas o congresistas constituyentes, organización y funcionamiento de la asamblea constituyente, ulterior ratificación vía referéndum, entre otras materias) que permitan el ejercicio de la potestad constituyente naturalmente no se somete al reparto de potestades normativas que hace la Constitución de 1980/2005.

En consecuencia, las potestades legislativa y reglamentaria imbricadas en la materialización de los procedimientos conducentes al ejercicio del poder constituyente originario no se someten a la Constitución, lo que resulta una obviedad, puesto que ésta no prevé el recurso al poder constituyente originario. Luego el esfuerzo argumental de buscar en la Constitución vigente piezas o fragmentos normativos iusfundamentales de un procedimiento que permita el ejercicio del poder constituyente originario, como un referéndum asilado en el artículo 5o. de la Carta, es una ilusión de los juristas, el espe-

²⁶ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 132.

²⁷ También Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, en especial pp. 201-232.

jismo de haber descubierto un eslabón entre el viejo orden constitucional que fenece y el nuevo orden constitucional que alumbraba en el ordenamiento jurídico. Tal ilusión de los juristas se asemeja a “resquicios constitucionales”, resquicios de compleja memoria en nuestro país, y que son del todo innecesarios; pues el poder constituyente originario no se somete a las reglas de competencia (órganos, competencias, procedimientos) de la Constitución vigente. El poder constituyente originario democrático se dará sus reglas, no para imponer una “dictadura de las mayorías” sino para lograr los consensos necesarios de un pacto político necesario para alumbrar una nueva Constitución.

En este mismo orden de ideas, todo el debate suscitado y animado por la prensa escrita, a propósito de la hipotética inconstitucionalidad de un decreto (lo propio para la ley) de convocatoria a referéndum o asamblea constituyente, y de los ineludibles controles de juridicidad de Contraloría General de la República y de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, que harían imposible la materialización del recurso al poder constituyente originario, es un debate carente de fundamento o mejor dicho construido sobre la base de un sofisma, y este es que la Constitución vigente fija el marco del ejercicio del poder constituyente originario. Consecuencialmente mal podrían activarse con éxito controles de constitucionalidad, que se fundan en un derecho material específico (la Constitución vigente); derecho material que no vincula ni prevé al poder constituyente originario democrático.

De algún modo, la ilusión de los juristas en orden a buscar un fundamento en la Constitución vigente para materializar un referéndum o asamblea constituyente, que se asemeja a un verdadero “resquicio constitucional”, alimenta o lleva agua al molino de los juristas conservadores del orden constitucional, que con análogos argumentos pretenden que la Constitución someta al poder constituyente originario o a los procedimientos conducentes a su ejercicio.

En suma, la nueva Constitución puede ser fruto del poder constituyente derivado y quedar sometido a la Constitución vigente, específicamente al capítulo XV y a las reglas de *iter legis* que le sean aplicables, y en este caso puede operar un control de constitucionalidad preventivo y facultativo de alcance formal por el Tribunal Constitucional; sin perjuicio de la toma de razón del decreto promulgatorio o del decreto de refundición de textos, más su anotación por el organismo contralor, según corresponda. La nueva Constitución puede también ser fruto del poder constituyente originario y tal caso no está sometida a la Constitución vigente, ni a sus controles de integridad, regularidad y supremacía (validez) del ordenamiento jurídico por ella establecidos, su juridicidad es *in fieri* y se hace en el camino de su ejercicio. Por ello, sos-

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

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

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

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

A estas paradojas la dogmática constitucional contemporánea se enfrenta con un arsenal conceptual y taxonómico fuertemente enclavado en la doctrina clásica del poder constituyente, y en tal enfrentamiento destinado a encuadrar comprensiva y descriptivamente el proceso constituyente y el cambio constitucional, usualmente la dogmática y la doctrina contiene un arsenal impotente frente a la realidad del proceso político o facticidad. Un signo visible y repetido de esas paradojas e impotencia teórico-práctica son el recurso de los juristas “expertos” y del derecho constitucional mismo a las ficciones constitucionales.

El contemporáneo estudio de las transiciones y cambios constitucionales en la doctrina constitucional,²⁸ nos invita a realizar un ejercicio teórico-práctico descriptivo, crítico y también prospectivo, deferente con las demás ciencias sociales, que nos obliga a dar respuesta a los cometidos de desatar o cortar el nudo gordiano que bloquea la implantación de una nueva Constitución que recepcione un estatuto del poder y una tabla de derechos, deberes y garantías reflejo de las culturas constitucionales de la modernidad (constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social).

Es en congruencia con esta precisión metódica centrada en la necesidad de adoptar una nueva Constitución y definir sus contenidos normativos iusfundamentales orgánicos y dogmáticos, que proponemos una operación constituyente abierta a la reforma total (poder constituyente derivado) o a la asamblea constituyente (poder constituyente originario), con eventual referéndum constituyente.

²⁸ Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, trad. de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.