

## NUEVA CONSTITUCIÓN. PODERES, CONTROLES Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE\*

Francisco ZÚÑIGA URBINA\*\*

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *Transitar al poder constituyente originario*. III. *Controles del poder constituyente*. IV. *Derecho constitucional transitorio*. El “missing link” entre normatividad y facticidad. V. *Control de juridicidad posible*. VI. *Algunas conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

### I. PROEMIO

En esta ocasión el tema que nos convoca es establecer una relación entre el poder constituyente originario y derivado, con el derecho constitucional de transición, y los eventuales controles sociales, políticos y jurídicos imperantes; enfrentados a la hipótesis de asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente. El tema surge con motivo de la afirmación o lugar común en boca de los críticos a una nueva Constitución (críticos que pertenecen al estamento letrado: jueces, juristas expertos y abogados, y a las elites), repetido hasta la saciedad por éstos y la prensa escrita (como si de repetir se tratara para que algo quede, o si fuere posible fundir la opinión pública con la opinión publicada), acerca de la “inconstitucionalidad” de la asamblea constituyente, del congreso constituyente y del referéndum constituyente, o de ser estos mecanismos un “serio quebranto institucional”. La demonización del procedimiento democrático de alumbramiento de una

\* Ponencia presentada al seminario internacional “Procesos Constituyentes y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, panel “Procesos constituyentes y modificaciones constitucionales”, tema: “Asamblea Constituyente, una alternativa a la crisis del sistema político neoliberal para Chile”, organizado por la Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, del 6 al 8 de noviembre de 2013, que se publica en el libro homenaje al doctor Jorge Witker, distinguido jurista, compatriota y amigo, con una destacada trayectoria en el derecho y la economía.

\*\* Profesor titular de la cátedra de derecho constitucional en la Universidad de Chile.

nueva Constitución esconde el rechazo a la sola idea de una nueva Constitución que sustituya a la vieja Constitución, y de paso el horror vacui de las élites y en último término la repulsa casi “natural” al demos; subyaciendo a ello o la defensa del orden constitucional heredado del régimen autoritario o bien cierta complacencia con una vieja Constitución reformada que sentaría las bases de la “paz”, “estabilidad” y “prosperidad” de la transición. La defensa de la vieja Constitución o el conformismo frente a la vieja Constitución reformada, tan propio del estamento letrado y de las élites, contrasta con una realidad de crisis de legitimidad y eficiencia del régimen político que permite visualizar un escenario de proceso constituyente o momento constitucional, que nuestro país comienza a experimentar en el tiempo presente.

Tal mentada “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” está centrada en el “decreto” o en otras fórmulas propuestas para gatillar la convocatoria y/o decisión acerca de la asamblea constituyente o del referéndum constituyente, y que reconduce a una supuesta ineluctable decisión de inconstitucionalidad de los órganos de control de constitucionalidad y de jurisdicción, como el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República. Tal supuesta decisión de inconstitucionalidad parece más una predicción o “profecía autocumplida”. Con cierto frenesí defensivo del viejo orden, la “inconstitucionalidad” se pretendió extender a iniciativas de movimientos sociales acerca de la marcación del voto en elecciones políticas con la inclusión del “AC” (asamblea constituyente).

La “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” como conceptos que carecen de fundamento teórico-práctico en los sistemas jurídicos de derecho interno que se suceden temporalmente, sucesión temporal que importa modificaciones de base o fundamento en la producción de normas, y que por ende poseen un encadenamiento de validez diverso. La imposibilidad teórico-práctica de la “inconstitucionalidad” es el tema que motiva este breve trabajo. Luego, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” no son sino recursos retóricos que esconden la defensa de la vieja Constitución o la conformidad con ella, y sus amarres o camisas de fuerza institucionales o simplemente la política constitucional del bloqueo y del falso consenso constitucional; amarres que engloban antiguos enclaves autoritarios supervivientes y fuertes dispositivos contramayoritarios, alojados en nuestro orden constitucional.

Con todo, en las democracias pluralistas de tipo occidental se produce de época en época una tensión entre la “soberanía de la Constitución” y la soberanía del pueblo; una de esas épocas corresponde a los momentos constitucionales. Tal tensión dialéctica se produce hoy en otros regímenes políticos en el mundo global. La “primavera árabe” o norafricana que da luz

a efímeras o inestables “democracias” son un buen ejemplo de tal tensión, también la más añeja república turca fundada por Atatürk que se revoluciona en sus bases fundacionales, o la reacción constitucional que se produce en el contexto europeo con la poscomunista Hungría.

## II. TRANSITAR AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El emprendimiento de alumbrar una nueva Constitución para Chile en el actual “momento constitucional” se puede plantear como una operación constituyente, abierta a dos técnicas posibles: la del poder constituyente derivado, a través de la reforma total de la vieja Constitución en virtud del procedimiento del capítulo XV, o bien la del poder constituyente originario, a través de las técnicas o mecanismos de asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente.

La reforma total tropieza con un meta-cerrojo o bloqueo dispuesto por quórum reforzados ordinario y extraordinario que permite a la minoría abrir o bloquear la puerta de la reforma y definir sus contenidos (vetos). El sistema electoral “binominal” ideado por el régimen autoritario para las elecciones políticas parlamentarias tiende a generar empate y sobrerrepresentar a las minorías. El dilema es que la minoría bloquee-vete una reforma constitucional total o, si ello no ocurre, que tal minoría imponga un falso consenso, es decir, permita reformar de la Constitución lo que ella determine como “reformable”; falso consenso que precedió y marco a fuego todo el ciclo reformista iniciado en 1989, y que suma más de treinta reformas constitucionales. Es de esperar que este dilema no sea, o bien opere, como una “profecía auto-cumplida”. Por de pronto esta “profecía auto-cumplida” contribuye en un sector de las elites y en algunos movimientos sociales al discurso y acción en relación con la asamblea y referéndum constituyentes como único camino de tránsito a una nueva Constitución, al hacer poco creíbles la reforma total, o al negarle legitimidad democrática al Congreso Nacional, como un Parlamento espurio, acomodaticio y “binominal”.

En nuestro medio, Atria habla acertadamente de una “Constitución tramposa”; conformada por cerrojos o “trampas” que son parte de un entramado de enclaves autoritarios o contramayoritarios heredados de la dictadura, a saber: leyes de súper-mayorías, sistema “binominal” para elecciones políticas parlamentarias y competencia preventiva de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, que hace de éste una “tercera cámara” política, resolviendo conflictos que son más políticos que constitucionales. Tal metacerrojo y cerrojos son la clave de un orden constitucio-

nal diseñado por el jurista oficial del régimen autoritario, el extinto Jaime Guzmán E., enderezado a sustraer al pueblo (sea directa o indirectamente, según el tipo de instituciones democráticas de participación o representación) de las decisiones políticas; al mismo tiempo que privatizar lo público, subordinar la política a la economía y al Estado al mercado.

Sin embargo, nos interesa en este apartado el recurso al poder constituyente originario, y en particular un breve análisis de discurso político constitucional acerca de la asamblea constituyente y del referéndum constituyente.

Un discurso político-ideológico proviene del historiador Gabriel Salazar, que hace de la asamblea un espacio amorfo depositario de una capacidad regenerativa y reestructuradora del orden político, generada funcionalmente y en la que tengan cabida los nuevos movimientos sociales y los excluidos de la modernización capitalista, única clase o segmento de la sociedad con voluntad y conciencia revolucionaria. Es un discurso que rechaza a las elites y al estamento letrado. En este discurso, la asamblea constituyente tiene el carácter mitológico y mágico; no es una asamblea política del pueblo puesta ante la tarea de deliberar, consensuar y decidir acerca de una Constitución, es decir, un arreglo institucional fruto del autogobierno del cuerpo electoral. Luego, para nuestro análisis este discurso no tiene mayor relevancia.<sup>1</sup>

Sí tiene interés para nuestro análisis el discurso sobre la asamblea constituyente y referéndum constituyente planteado recientemente por el iusfilósofo Fernando Atria en nuestro medio; interés a pesar de sus presupuestos decisionistas y teológicos, y que pone de relieve, como otros autores, el dualismo elitista-popular presente en procesos constituyentes.<sup>2</sup>

Atria plantea en *La Constitución tramposa* que el lenguaje constitucional tiene dos derivaciones: el lenguaje de la ciudadanía y el lenguaje técnico o de los juristas (o del “abogado”, como prefiere designar al estamento letrado), que deriva del análisis de conceptos determinados bajo una óptica específicamente jurídica. Dentro del debate público, la utilización del lenguaje de los juristas resulta ser “funesto”, ya que el lenguaje técnico traiciona la idea que se quiere expresar en el debate político, dada la discrepancia que existe entre los significados que son utilizados comúnmente por la ciudada-

<sup>1</sup> Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente*, Chile, LOM, 2011.

<sup>2</sup> Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, Chile, LOM, 2013, capítulo 4, pp. 106-132, y anexo “Sobre el plebiscito constitucional”, pp. 132-209. También de Atria, Fernando *et al.*, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, 2a. ed., Santiago, Debate, 2013, pp. 109-121. Es ejemplar el análisis de Roberto Gargarella del proceso norteamericano y sus límites, en el libro *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, 2002, en especial pp. 77-92.

nía, y el significado que adquieren los conceptos cuando son usados en un contexto de lenguaje académico.

Ahora bien, la Constitución es una norma especialmente difícil de reformar, dados los altos quórum que ella misma exige, en comparación con los quórum de reforma constitucional de textos anteriores. La dificultad de su modificación, desde la óptica del lenguaje jurídico, es que la Constitución contiene las normas más importantes del sistema jurídico; esta importancia puede ser enfocada desde dos ángulos: uno formal y uno sustantivo. El sentido común indicaría que el contenido explica la forma, por lo que debe primar el criterio sustantivo, es decir, que las normas constitucionales son difíciles de modificar dada su importancia; sin embargo, se llama la atención en normas que no resultan fundamentales, pero que son constitucionales, poniendo como ejemplo normas acerca de los requisitos para funcionarios “medios”, tales como fiscales regionales. De esta manera, desde una perspectiva jurídica, la forma se impone a la sustancia, puesto que una norma constitucional no es difícil de modificar porque sea muy importante, sino que una norma constitucional se constituye como tal, precisamente, por ser difícil de modificar. En palabras del autor:

Desde el punto de vista del derecho, es indudable que ambas normas son normas constitucionales. Por consiguiente, para el derecho “Constitución” es el nombre que recibe un texto legal cuando es difícil de modificar. Y esto hace que nuestra observación anterior, de que esto parece un modo invertido de ver las cosas, recobre su fuerza. Recuérdese: es claro que lo correcto es decir que son difíciles de modificar porque son normas constitucionales, no que son normas constitucionales porque son difíciles de modificar.<sup>3</sup>

Como vemos, desde una perspectiva sustancial, la Constitución es una norma que establece bases fundamentales tanto en lo referido a derechos de los ciudadanos (parte dogmática), como un cuanto a la organización de los órganos del Estado (parte orgánica). Por su parte, puede predicarse que, formalmente, una norma puede ser considerada constitucional por el mero hecho de ser dificultosa su modificación.

De acuerdo con la exposición anterior, Atria hace una diferenciación desde las coordenadas decisionistas que le caracterizan, entre las normas constitucionales, que son sustancialmente fundamentales, y las “leyes constitucionales”, que son formalmente constitucionales pero que, de acuerdo con su relevancia sustancial, no resultan ser normas fundamentales que justifiquen la dificultad de modificación de la que son objeto.

<sup>3</sup> Atria, Fernando, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

La diferenciación anterior puede resultar relevante en un sentido político para diferenciar normas fundamentales, como el que Chile sea una República democrática, de las normas que regulan templos o a los fiscales regionales; sin embargo, resulta impertinente desde una óptica jurídica estricta, puesto que ambas son normas con una misma jerarquía normativa, ambas son normas constitucionales ya que ambas están en un texto especialmente difícil de modificar, por lo tanto, el derecho termina “trivializando” las cuestiones políticas.

Esta trivialización no es un efecto negativo del derecho, sino que un componente esencial para entender su función, que es la de “despolemizar” el conflicto político (un conflicto es “polémico” cuanto no puede ser resuelto sin tomar partido por una posición), de forma tal de hacerlo medible y predecible. Ahora bien, el punto es que una cuestión política no puede ser abordada desde un lenguaje “despolemizado”, siendo necesario recuperar ese sentido de la discusión política al tratar temas como la asamblea constituyente. En este sentido se afirma: “Y cuando se trata de lo político necesitamos recuperar ese lenguaje polémico. Ese es el caso tratándose del asunto de la asamblea constituyente/nueva Constitución: ella no puede ser entendida a menos que recuperemos ese lenguaje, que le restituyamos al lenguaje la polemicidad que el derecho le extrajo”.<sup>4</sup>

En este contexto, la discusión sobre una nueva Constitución y asamblea constituyente corresponde a una discusión que debe darse en el lenguaje de los ciudadanos, no en el de los juristas, puesto que cuando se pide una nueva Constitución no se hace referencia a una nueva “norma difícil de modificar”, sino que a un nuevo fundamento, que no tiene fundamento en una potestad normativa anterior, lo que no se refiere a una situación de mera fuerza, sino que es una referencia al lenguaje constituyente. Señala en este sentido el texto:

Quienes pretenden una nueva Constitución no pretenden una nueva norma difícil de modificar. Pretenden un nuevo fundamento. Y este nuevo fundamento es un auténtico nuevo fundamento, por lo que el poder para darlo no puede ser conferido por norma alguna (que sea fundamental quiere decir que toda otra norma se funda en él, por lo que no puede haber una norma anterior). En este sentido no es una potestad normativa. Esto lleva a la tentación de decir, entonces, que el lenguaje que estamos discutiendo es radicalmente inaplicable al momento del origen. Que una Constitución es sólo la imposición del más fuerte y que el poder constituyente es reducible al poder de los tanques. Esta tentación debe ser resistida. No es que el lenguaje constitucional sea aplicable

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 15.

sólo a situaciones ya constituidas e inaplicables al momento constituyente. Es precisamente al revés: el uso primario de ese lenguaje es el constituyente.<sup>5</sup>

El poder constituyente, en el texto, se expresa en términos políticos y no jurídicos, referidos a la capacidad de tomar una decisión acerca de la forma del Estado y las normas que lo rigen, orientada a reconocer validez sólo a normas que emanen, directa o indirectamente, de la voluntad del pueblo, todo lo anterior en términos políticos, como hemos dicho, de acuerdo con un razonamiento lógico que va más allá de la objeción empírica en torno a que el poder constituyente pertenezca esencialmente al pueblo:

Por consiguiente, (1) que se refiere a todas las normas, puede expresarse por referencia a sólo una norma:

(2) La Constitución sólo vale (=es una norma, tiene normatividad) porque es querida por el pueblo.

Y la manera de expresar esta idea es decir que

(3) El pueblo es el único titular posible del poder constituyente (=el poder constituyente es inalienable, imprescriptible, etcétera).

O, para decirlo en el lenguaje del texto constitucional vigente,

(4) La soberanía reside esencialmente en la nación, y se ejerce por el pueblo.

Esta reconstrucción del significado al revés de la proposición contenida en (4) hace que su sentido sea considerablemente distinto al que le atribuimos cuando la leemos al derecho. Leída al derecho, es una afirmación sobre la soberanía (reside en la nación y se ejerce por el pueblo), y parece susceptible de ser refutada mirando a la “evidencia empírica”: en 1973 (o en 1980) la soberanía fue ejercida por la junta de gobierno, que la usurpó. El hecho de que pueda ser usurpada muestra que la soberanía no reside “inherente” o “esencialmente” en el pueblo, por lo que (4) es falsa. Pero leída al revés es una afirmación sobre el pueblo (quien ejerza el poder constituyente reclama siempre actuar a nombre del pueblo, y reconocer lo que ha hecho como una Constitución es reconocer que actuaba a nombre del pueblo).<sup>6</sup>

Un ejercicio similar se realiza posteriormente con el concepto de Constitución y específicamente con el de una “nueva Constitución”, preguntándose el texto cuándo estamos en presencia de una Constitución que es diferente a la anterior. Se descartan dos opciones: que para que una Constitución sea nueva es necesario que cambien todas y cada una de sus normas, o que se considera nueva cuando existe una alteración a cualquiera de ellas.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 22.

La Constitución será nueva, respecto de la anterior, cuando haya una modificación lo suficientemente importante para considerarla diferente, descartándose asumir como criterio evaluador de los cambios el número de modificaciones, sino que tomando la importancia de dichas modificaciones como parámetro para evaluar la existencia de una norma diferente a la anterior. Pero esto obliga a definir qué es importante dentro de una Constitución de aquello que no lo es, para lo cual es necesario establecer el significado mismo de “Constitución”, ya que de acuerdo con el sentido que se fije a ese significado será posible distinguir lo que es importante de lo que no lo es dentro de la misma. El texto propone una definición de Constitución como un acto de afirmación política, que define el sentido de comunidad:

Una Constitución es, así, un acto de afirmación política que define un “nosotros” y da a ese nosotros una determinada forma política, es decir un modo de acción (una manera de determinar qué es lo que esa unidad política quiere o hace). Algunas disposiciones de las que aparecen en el texto constitucional, entonces, son la constitución porque definen una determinada identidad y forma política; otras son disposiciones regulatorias que asumen nuestra identidad y forma política, por lo que pueden ser cambiadas sin destruir ni una ni la otra.<sup>7</sup>

Ahora bien, considerando el tipo de normas que definen a la unidad política, como el artículo 4o. de la Constitución, que establece a Chile como una República democrática, no son las que generan discrepancias en la comunidad política, siendo simplemente la explicitación de principios presentes antes en la tradición constitucional chilena; puede afirmarse que la controversia está en la forma en cómo esas normas se expresan en la comunidad política actual.

Del análisis realizado, Atria arriba a una definición de filiación schmittiana acerca de lo que podemos entender por Constitución: “...una Constitución es una decisión fundamental sobre la identidad y forma de existencia de una unidad política. Es decir, es la decisión fundamental, la que hace posible que una comunidad política sea un agente político”.<sup>8</sup>

Las otras normas, que no se refieren a estos aspectos, no son Constitución, sino que leyes constitucionales. Cuando se utiliza como estrategia incorporar al texto constitucional normas que no son fundamentales, sino que sólo son relevantes para quien en un momento determinado ostenta el poder, estamos en presencia de un abuso de la forma constitucional. En este

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 30.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 35.

sentido, existe un claro abuso de la forma constitucional en la Constitución chilena, que fue utilizada no sólo para establecer los fundamentos de la comunidad política, sino que para beneficiar posiciones de poder propias y particulares:

Que en este sentido la llamada “Constitución de 1980” debe ser entendida como un caso de abuso de la forma constitucional es innegable, y de hecho fue explícitamente afirmado como una meta por su propio redactor, Jaime Guzmán. Se trataba, en sus palabras, de que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, 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.<sup>9</sup>

Este tipo de posición, de acuerdo con Atria, se naturaliza a partir de la óptica del derecho, que entiende a la Constitución como una norma que ha sido pactada entre los diversos actores de poder que existen en la sociedad, es decir, como un contrato en el que se busca obtener la mejor posición a los propios intereses. Por otro lado, estimar que la Constitución es un contrato implica la necesidad de que para su modificación concurren las voluntades de quienes originariamente concurren al acuerdo.

Entender a la Constitución en estos términos resultaría incorrecto, por dos razones: por un lado, es desentenderse de la tradición democrática que funda el principio de autoridad en la voluntad del pueblo; por otro lado, bajo este concepto la política no resulta posible, puesto que dicha actividad se basa en el debate sobre el interés general y no en la interacción de intereses particulares, como ocurre en la celebración de un contrato.

El razonamiento anterior nos permite identificar los abusos cometidos en la Constitución y, consecuencialmente, el problema constitucional al que nos enfrentamos:

Si, hablando al revés, rechazamos por antidemocrática la idea de que la Constitución es un contrato, podemos identificar claramente los abusos de la forma constitucional a través de los cuales Jaime Guzmán logró “atenuar considerablemente” la importancia de las elecciones, en la medida en que logró diseñar una cancha en la que la derecha gana aunque pierda. Al identificar estos abusos, habremos identificado el problema constitucional: una Constitución tramposa, diseñada para neutralizar la agencia política del pueblo.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 44.

Los intereses particulares establecidos en la Constitución se resguardan por medio de lo que el texto denomina tres cerrojos y un metacerrojo que aún subsisten en el actual texto constitucional, ellos son: *a)* la existencia de leyes orgánicas constitucionales y sus altos quórum de aprobación; *b)* el sistema binominal; *c)* el control preventivo de constitucionalidad, y *d)* los quórum de reforma constitucional.

A juicio de Atria, la subsistencia de estos cerrojos es lo que determina que la Constitución de 1980 subsista como tal y no pueda hablarse de una nueva Constitución. Mientras no sean alterados estos tres puntos esenciales no podemos hablar de un cambio lo suficientemente sustantivo como para que exista una Constitución diferente a la actual:

La subsistencia de estos cerrojos es la marca de la continuidad de la Constitución actual con la de Pinochet. Ellos definen la trampa de Guzmán, la forma tramposa que la Constitución de 1980 da a la unidad política chilena: una forma esencialmente antidemocrática, una forma en la que el pueblo no es entendido como la fuente última de validez, sino como el peligro del cual hay que protegerse (recuérdese: se trataba de “mitigar los defectos y los males del sufragio universal”, de una constitución “protegida” del pueblo). La eliminación de todo cerrojo, por tanto, y su reemplazo por reglas que busquen habilitar al pueblo para actuar y no neutralizarlo, sería la destrucción de la Constitución de Pinochet y su reemplazo por otra, democrática. Eso sería una nueva Constitución, incluso si el resto del texto no fuera modificado.<sup>11</sup>

Los otros puntos en la Constitución que usualmente son criticados, tales como la preeminencia de cierto tipo de derechos, el presidencialismo, la regionalización, no son menos importantes, pero el punto de Atria es que una vez eliminados los cerrojos a los que hace alusión, se permitirá una discusión abierta y democrática de todos estos puntos, cuestión que no resulta posible con la institucionalidad actual:

¿Y todo lo demás? ¿Es que las otras cosas de las que se suele acusar a la Constitución de 1980 son irrelevantes? Recordemos algunas (sin ninguna pretensión de exhaustividad): un presidencialismo exagerado, un centralismo que asfixia a la vida regional, un capítulo de derechos en el que los derechos de libertad negativa son más importantes que los derechos sociales, una notoria indiferencia a la composición pluri-nacional o al menos multi-étnica del pueblo chileno, etcétera. Al decir que la eliminación de los tres cerrojos y el meta cerrojo, es decir de las trampas constitucionales, implicaría la dictación de una nueva Constitución, ¿no estamos diciendo que todo esto es de segundo

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 61.

orden? Quizás podríamos responder: estamos diciendo que es de segundo orden pero no en sentido político, sino en sentido puramente institucional. Es de segundo orden frente a las trampas constitucionales porque estas trampas impiden que discutamos y decidamos sobre éstas y otras cuestiones políticamente fundamentales, al neutralizar los procedimientos de decisión política. Si las trampas fueran removidas, la estructura institucional permitiría que fuera a través de la discusión política que pudiéramos pronunciarnos sobre estas cuestiones. De modo que no, estas cuestiones no son de segundo orden frente a los cerrojos, son las cuestiones fundamentales de la discusión política; pero sí, son de segundo orden en el sentido de que la urgencia es eliminar los cerrojos para que podamos discutir sin trampas esas cuestiones de primera importancia y otras.<sup>12</sup>

A continuación, el texto se refiere a la relación que existe entre el proceso de cambio y el producto, entre la forma y la sustancia, cuestión de particular importancia cuando se analiza la posibilidad de una asamblea constituyente, además de la objeción acerca del origen ilegítimo de la Constitución.

Analizando la objeción de ilegitimidad de origen, Atria descarta objetar a la Constitución vicios de procedimiento, tales como haber sido aprobada en un plebiscito que no se ajusta a determinados parámetros, basado en la idea de que el ejercicio del poder constituyente no tiene un parámetro normativo anterior, es decir, es un poder que se ejerce sin estar condicionado por normas preestablecidas.

El vicio es ubicado por Atria en el abuso de la forma constitucional al que se hizo referencia antes, se sostiene que un grupo determinado da forma constitucional a la defensa de sus intereses particulares, esta cuestión en circunstancias de normalidad institucional sería rechazada por otros grupos que actúan frente a quien pretende “constitucionalizar” sus intereses, pero ello no opera en tiempo anormales, cuando los grupos que podrían oponerse no están en posición de hacerlo:

Lo que se dice para circunstancias normales no vale en circunstancias anormales. Cuando el texto constitucional es escrito por juristas convocados especialmente al efecto por un dictador apoyado en cuatro generales, que entonces pueden decidir unilateralmente qué normas tendrán forma constitucional, y cuyo borrador es luego revisado por otros funcionarios de la dictadura y en definitiva a puertas cerradas por esos mismos cuatro generales, es poco probable que haya una correlación entre Constitución y forma

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 62.

constitucional. Lo probable es que el texto constitucional no sea en rigor una Constitución, sino un conjunto de leyes a las que se les ha dado abusivamente forma constitucional.

En el caso que nos interesa, este abuso fue tan transparente y cándido, que dar forma constitucional a sus leyes importantes y protegerla con los cerrojos que ya hemos identificado no resultó suficiente para los redactores de la Constitución de 1980. Ellos crearon, en adición a la Constitución, una categoría completa de leyes difíciles de modificar. Se trata de leyes llamadas “orgánicas constitucionales”, y su modificación, aprobación o derogación requería, conforme al texto original de 1980, del voto de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio (artículo 63 original), el mismo quórum que las reformas constitucionales (artículo 116, inciso 2º original). Es decir, el plan original era que la “Constitución” chilena (el conjunto de normas difíciles de modificar) sería no sólo el texto del Decreto Ley 3464, sino también la suma de todas las leyes orgánicas constitucionales. Para lograr este propósito, desde luego, las leyes orgánicas tenían que dictarse mientras ellos tenían el poder que después perderían, es decir, durante la dictadura. Y vaya si lo hicieron, con desfachatez.<sup>13</sup>

Así, la Constitución en Chile no puede ser entendida por el pueblo como una decisión propia, sino que es un sistema de disposiciones pensadas para evitar el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo.

Por tanto, cuando se habla de la Constitución, la forma y la sustancia son equivalentes, por lo que la primera condiciona necesariamente a la segunda, es decir, que el contenido de la Constitución no puede sino verse afectado por la forma en como se genera, o a lo menos existe un alto grado de interferencia de una sobre la otra:

Esto muestra que cuando se trata de darse una Constitución la forma es la sustancia: una Constitución no puede ser dada por un dictador que convoca a sus juristas afines y les encarga la redacción de un texto que después será aprobado por un plebiscito fraudulento. Pero este “no puede” no ha de ser entendido normativamente (como [si] estuviéramos diciendo: “un dictador incumple su deber o infringe las condiciones de ejercicio de sus potestades normativas” si hace eso, o que si hace eso lo que resulta es “nulo”), sino, por así decirlo, en sentido descriptivo: no se puede redactar de ese modo un texto constitucional ni aprobar una Constitución porque si se intenta hacer de ese modo, lo que se aprobará no será (=es altamente improbable que sea) un texto constitucional ni una Constitución, sino un conjunto de leyes constitucionales. Como en 1980.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 71.

Ahora podemos decir, entonces, que el origen es irrelevante pero al mismo tiempo que el problema constitucional está efectivamente en el origen. Es, por un lado, irrelevante si lo entendemos normativamente: aunque se trató de un acto de imposición por quienes no tenían a su favor más que el poder de las armas, y aunque se aprobó mediante un plebiscito fraudulento, eso no implica que la “Constitución” así dictada deba ser cambiada por ser “ilegítima” en el sentido de “insanablemente nula”. Pero el origen ilegítimo de la “Constitución” de 1980 sí explica el problema, porque explica que la decisión de 1980 no es una decisión que pueda ser apropiada por el pueblo, por la sencilla razón de que su contenido es precisamente negar la agencia política del pueblo, lo que por supuesto se explica por el origen que tuvo.<sup>14</sup>

La inspiración de la Constitución, diseñada para evitar la expresión de la voluntad popular, impide que la norma sea apropiada por el pueblo al que está dirigida, como ha ocurrido anteriormente en Chile, con lo cual la trampa vicia completamente el resultado; siendo eso así, en el país, lejos de tener lugar una práctica que se apropie de la Constitución, sucede un desprestigio de la misma para solucionar esta situación, la solución de una asamblea constituyente se hace necesaria:

El resultado, veinte años después, es que en vez de una práctica política que se apropia progresivamente de una Constitución originalmente impuesta, lo que observamos en Chile es una práctica política cada vez más evidentemente heterónoma y por eso cada vez más desprestigiada, cada vez más identificada con intereses particulares y alejada de la voluntad del pueblo. Estamos caminando precisamente en la dirección equivocada. Es para solucionar este problema que una asamblea constituyente es necesaria. Esta última afirmación es más clara si es leída al revés: “asamblea constituyente” es el nombre que le damos a lo que puede solucionar este problema. Ya es hora, entonces, de hablar de ella.<sup>15</sup>

La pregunta acerca de la asamblea constituyente es respondida en el texto, teniendo en cuenta que en cuanto al tema constitucional la forma es la sustancia, por tanto, para definir la forma en como ha de hacerse una nueva Constitución, que es definida como una decisión que no se somete a ninguna clase de parámetro anterior (incluyendo las coordenadas de licitud e ilicitud), debemos preguntarnos acerca de la mejor forma de tomar una decisión de esa naturaleza, y la forma más adecuada de tomar ese tipo de decisiones es una asamblea:

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75.

<sup>15</sup> *Idem*.

Entonces, ¿cómo se toma una decisión que no reconoce antecedente alguno, una decisión que reclama ser de nosotros, sin que haya formas institucionales previas para decidir por nosotros, y de modo de hacer suficientemente improbable que termine siendo un caso más de abuso de la forma constitucional? En otras palabras, ¿cómo podemos tomar una decisión todos nosotros cuando no hay un procedimiento que especifique cómo decidimos? Tiene que tratarse de un procedimiento tan participativo como sea posible, en el que los intereses de todos estén presentes, en el que cada uno tenga la misma posibilidad de participar, en el que no haya algunos más importantes que otros, etcétera. El paradigma de un procedimiento de este tipo es una decisión por asamblea.<sup>16</sup>

Una nueva Constitución implica, según lo explica el texto, partir desde cero o con una “hoja en blanco”, cuestión que evidentemente no implica negar y tomar la evolución histórica de las instituciones, sino que se refiere a que la decisión constituyente no se encuentra condicionada por decisiones o normas anteriores; en este sentido, una decisión constituyente no niega el pasado, pero no se encuentra atada a él:

Una nueva Constitución no es partir de cero en el sentido de negar la historia. Es partir de cero en el sentido de que es una decisión que no está atada a decisiones anteriores, que no está limitada en cuanto a lo que ha de decidir por reglas que le son anteriores. Nada de esto quiere decir, por supuesto, que una nueva Constitución no puede hacer propias reglas o instituciones o prácticas antiguas. Si lo hace, sin embargo, no es porque esté obligada por ellas, sino porque considera que son suficientemente adecuadas, que es precisamente la manera de afirmar nuestra continuidad con nuestra historia. Si una decisión en realidad sólo decide lo que las reglas anteriores le permiten decidir (como la de 2005), entonces no es una nueva Constitución, es una reforma constitucional.<sup>17</sup>

En este nuevo proceso de toma de decisiones, que no se encuentra atado a una decisión normativa anterior, debe tenerse en cuenta que la forma determina la sustancia, por lo que no es inocuo el modo en como ha de tomarse la decisión constitucional:

El argumento anterior pretendía mostrar por qué, cuando la pregunta es por la asamblea constituyente, no es posible responder que la asamblea es sólo un proceso, y lo que en realidad importa es el producto. El tipo de producto que

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Idem.*

buscamos se anticipa en el proceso, porque el producto es lo único que puede dar luces en cuanto al proceso adecuado, de modo que hablar acerca del proceso es una manera de hablar acerca del producto.<sup>18</sup>

De este modo, el argumento de Atria a favor de una asamblea constituyente no tiene un fundamento de pura moralidad en la forma de tomar la decisión; no se trata de argumentar en torno a una única forma legítima o lícita de tomar una decisión constituyente, sino que argumentar en pro de la mejor forma de tomar una decisión de ese tipo, considerando que la forma determina finalmente el contenido:

Es decir, el argumento por una asamblea constituyente no debe ser entendido como un argumento que podríamos denominar “moral(ista)”. No se trata de que la única manera legítima de darse una Constitución sea la asamblea constituyente, de modo que cualquier otro modo será necesariamente “ilegítimo” y dará lugar a una Constitución viciada en su origen. Esto es precisamente entender la idea de Constitución o poder constituyente al derecho, como un poder normativo que, como todo poder normativo, tiene condiciones normativas de validez.<sup>19</sup>

La necesidad de realizar esta reforma constitucional tiene que ver con la presión en contra de una institucionalidad que no es apropiada por la ciudadanía, precisamente porque las trampas de la Constitución funcionan en ese sentido, es decir, la situación de descrédito institucional no ocurre a pesar de la Constitución, sino que por las disposiciones constitucionales. En este sentido, la solución a este conflicto es inevitable la pregunta relevante tiene que ver con la forma y resultado de esa solución:

La pregunta, entonces, no es si el sistema de leyes constitucionales de Pinochet y los suyos en algún momento va a ceder. La pregunta es cuándo, y en qué condiciones. Y qué es lo que se va a llevar por delante.

Porque no cabe duda de que las instituciones pueden neutralizar la agencia política del pueblo... por algunas décadas, hasta que el pueblo haya alcanzado un grado de desarrollo político suficiente. Entonces pasará... lo que tenga que pasar para que esa correlación sea restablecida. “El problema constitucional tendrá que solucionarse por las buenas o por las malas”. Esto no debe ser interpretado como una amenaza, sino como un diagnóstico sombrío.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Idem.*

Ahora, de modo general, para tener una solución del problema constitucional que impida replicar trampas dentro de la Constitución, Atria propone buscar formas de acumulación de poder que escapen a la órbita jurídica, que no puedan ser percibidas desde una óptica puramente jurídica, escapando de las lógicas normativas que no pueden predicarse de una decisión constitucional, lo que denomina “volar bajo el radar del derecho”. Explicando su punto, señala:

Esto muestra el camino: se trata de crear un movimiento político suficientemente fuerte para solucionar el problema constitucional, entendido como una magnitud política real. La manera en que ese movimiento puede surgir y crecer no necesita ser ilegal, porque el derecho atiende a la forma y estamos hablando de algo que puede asumir cualquier forma, porque es pura sustancia. Se trata, en otras palabras, de usar contra las instituciones diseñadas para neutralizar al pueblo la dimensión trivializadora del derecho. En virtud de esta dimensión trivializadora es posible que un movimiento político surja y adquiera cualquier magnitud, manteniendo, dado su carácter in-forme, su invisibilidad jurídica. Para eso basta que adopte formas jurídicamente irrelevantes. Un proceso de creación de una magnitud política real puede, por así decirlo, volar bajo el radar del derecho hasta que la haya adquirido.<sup>21</sup>

Dentro de estas alternativas se analizan las diferentes opciones que se han planteado, tales como la “cuarta urna”, en la que se vote a favor o en contra de una nueva Constitución, siendo el problema de esta alternativa que requiere de una reforma constitucional, cuestión que se mueve en las coordenadas de las “trampas” de la Constitución.

En segundo término, la idea de marcar el voto a favor de una asamblea constituyente con las letras “AC”, iniciativa que a juicio de Atria va en la dirección correcta, aunque su éxito depende de la masividad que se alcance.

Luego, también se menciona la posibilidad del llamado a un plebiscito constitucional, convocado por el presidente de la República, con las complejidades institucionales que ello implica, incluyendo la licitud de la decisión del presidente y las atribuciones que tiene para convocar a un acto de estas características.

La pregunta que sigue a este análisis es: ¿qué hacer una vez que se haya cumplido con la creación de una magnitud política real y suficiente? Ante esto se señala que la asamblea constituyente igualmente puede volar bajo el radar del derecho hasta el final, ejemplificando lo anterior con la estrate-

<sup>21</sup> *Idem.*

gia de transformar a la elección de concejales en una elección de asamblea constituyente:

Esta es una falsa disyuntiva, y mostrarlo nos permite continuar ilustrando la idea de buscar creativamente formas de manifestación del pueblo en el contexto de una institucionalidad diseñada para neutralizarlo. Una asamblea constituyente también puede volar bajo el radar del derecho. Basta pensar, por ejemplo, un anuncio hecho por el presidente de la República de que después de la siguiente elección municipal convocará a los concejales que resulten electos a discutir sobre una nueva Constitución. Ese anuncio implicaría que la elección de concejales se transformaría en la elección de una asamblea constituyente de más de 3000 miembros, elegidos por sufragio universal y con sistema proporcional.

No hay, desde luego, nada ilícito en que el presidente convoque a todos los concejales a discutir cuestiones sobre las cuales el presidente quiera recabar su opinión. Si el anuncio presidencial fuera realizado con suficiente antelación, eso implicaría transformar la elección municipal en una elección constitucional. Quienes deseen formar parte de la asamblea constituyente podrán postularse sabiéndolo, y la campaña adoptaría de hecho un contenido constitucional. Todo esto ocurriría sin necesidad de modificar norma alguna, sin necesidad de crear un mecanismo especial para la formación de una asamblea constituyente, lo que quiere decir: es una forma “institucional” de convocar a una asamblea constituyente que a pesar de eso está a salvo de las trampas del capítulo XV. Las reglas vigentes incluso especifican el modo en que todo esto puede ser regularmente financiado: bastaría que el presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declare que el hecho de que el pueblo se haya manifestado consistentemente rechazando las leyes constitucionales de Pinochet y demandando una nueva decisión constitucional, pero que de hecho siga viviendo bajo esas leyes constitucionales, constituye un estado de “calamidad pública” (calamidad=“estado de desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas”, según la RAE) o de “conmoción interna” que justifica disponer, para atender a la “necesidad impostergable” de enfrentarlo y solucionarlo, de hasta el 2% del presupuesto nacional (artículo 32, No. 20, del texto constitucional hoy vigente).

Es importante destacar que transformar de este modo una elección municipal en una elección constituyente no es necesariamente la mejor opción desde el punto de vista de una asamblea constituyente; tiene, sin embargo, la ventaja de que está a salvo de la acción obstruccionista de la derecha.

La “asamblea” convocada por el presidente de la República deberá entonces deliberar hasta llegar a una nueva decisión constitucional, la que usualmente se reducirá a un texto. Del modo explicado más arriba, ese texto puede ser sometido a plebiscito. Sólo entonces, una vez que una asamblea plenamente representativa de todos los chilenos ya ha tomado una decisión

constitucional que no debe nada a las leyes constitucionales de Pinochet, que esa decisión se ha escriturado, y que el pueblo especialmente convocado a ese efecto ha aprobado ese texto, será hora de declarar la institucionalidad de Pinochet superada por el pueblo mismo.<sup>22</sup>

El planteamiento de Atria presenta algunos problemas que lastran sus presupuestos teóricos y metateóricos, todo bajo la evidente seducción causada por Schmitt,<sup>23</sup> a saber:

- 1) La dicotomía forma-sustancia.
- 2) La diferenciación entre Constitución y leyes constitucionales.
- 3) La ligazón entre Constitución y poder constituyente del pueblo.
- 4) El abuso de la forma constitucional en la Constitución vigente.
- 5) La demonización del pacto subyacente a la Constitución.
- 6) Una suerte de “ADN” de la Constitución, consistente en la forma-sustancia de adopción de decisiones por el entramado institucional, consistente en tres cerrojos y un metacerrojo, con la consabida desconfianza de este autor en los derechos fundamentales, en especial en los derechos sociales.
- 7) Una trivialización evidente de la ilegitimidad de origen de la Constitución vigente.

El conjunto de problemas que nos limitamos a enunciar da cuenta de las limitaciones teórico-metodológicas e ideológicas del autor. Teórico-metodológicas en razón de su deuda con el decisionismo de Schmitt, que lo lleva a negar que el derecho en general y el derecho constitucional es forma, y que la legalidad descansa en las formas, derivando de ella una legitimidad específica como observó Weber a propósito del Estado burgués de derecho; y la sustancia corresponde al proceso político real a la facticidad. Asimismo, hace tabula rasa de la distinción entre Constitución formal y Constitución material, y de la Constitución como un subsistema normativo.

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982. Por la vía puramente ejemplar, la queja de Schmitt acerca de la relativización del concepto de Constitución en cuanto forma y no en concepto unitario (pp. 37-44); la distinción entre Constitución y ley constitucional (pp. 45-57); la crítica a la idea de pacto (pp. 80-92), y la definición misma de Constitución y poder constituyente como “voluntad política” capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el “modo y forma de la propia existencia política” (pp. 93 y 94). Corona el influjo schmittiano la relativización del concepto legitimidad (pp. 104-107). Con todo, Atria se aparta del “realismo decisionista” de Schmitt al sólo admitir el poder constituyente popular.

A estos problemas se suman los aciertos de Atria al abordar la Constitución vigente como una “Constitución tramposa”, a saber:

- 1) Se emprende un intento muy solvente de definir lo importante o fundamental para hablar de nueva Constitución.
- 2) El desarrollo de una crítica muy coherente, aunque no novedosa, de los tres cerrojos (binominal, leyes de súper-mayorías y Tribunal Constitucional) y un metacerrojo (quórum reforzados ordinarios y extraordinarios que permiten bloquear la reforma sustantiva de la Constitución), componentes institucionales albergados en la Constitución.
- 3) Concebir una nueva Constitución a partir de una “hoja en blanco”, recogiendo la expresión usada por el ex presidente de la República Ricardo Lagos Escobar al reevaluar el alcance “histórico-político” de la reforma constitucional de 2005, superando el argumento cuantitativo que majaderamente nos recuerda que la Constitución vigente ha sido archi-reformada.

Finalmente, la carta de navegación de Atria, sometida a la lógica de la “profecía auto-cumplida” que descarta radicalmente las posibilidades de la reforma total de la vieja Constitución, propone una asamblea constituyente desatada o unida a un “plebiscito constitucional” a través de un camino: “volar bajo el radar del derecho”. La profecía se resume en palabras de Atria: “Si la cancha es tramposa, el problema no se puede solucionar jugando en esa cancha” (diario electrónico *El Mostrador*, 8 de octubre de 2013). Esta carta de navegación (dado que no sólo es una descripción de las trampas de la Constitución sino una guía para la acción) se niega a observar el dominio de la facticidad en la construcción de legalidad constitucional en procesos transicionales o revolucionarios; se expone al juicio crítico de vulgarizada expresión de los “resquicios constitucionales”, en especial en el Anexo de libro cuando aborda la hipótesis de convocatoria a plebiscito constitucional por decreto.

Podríamos agregar, haciendo tabula rasa acerca de la archisabida profesión ideológica de Schmitt, brillante jurista germano muy dado a las trampas, que el uso por Atria de una mala teoría da como resultado una mala práctica; aunque en su descripción de la “Constitución tramposa” resulta muy acertado.

En sentido similar a lo resumidamente expuesto a propósito del libro *La Constitución tramposa*, Atria, Larraín, Benavente, Couso y Joignant, en el libro *El otro modelo*, sostienen:

La manera en que entendemos los llamados a una asamblea constituyente es que el país necesita contar con un nuevo “momento constitucional”... es decir, un hito en la historia nacional en que se reconoce que es necesario revisar profundamente las instituciones que regulan la forma en que se desarrolla la política “normal”.

Agregan:

...es necesaria una Constitución que permita que la voluntad popular pueda manifestarse institucionalmente en función de la dinámica y requerimientos propios de una sociedad que cambia y progresa. Es decir, una nueva Constitución no puede imponer a los adversarios de Pinochet un terreno de juego tan desequilibrado que finalmente lo único que puedan hacer sea lo mismo que sus adversarios harían si ellos hubieran ganado (pp. 113 y 114).

Estos autores, después de descartar que una asamblea constituyente en Chile se asemeje a la Venezuela o países “bolivarianos”, asemejándola más bien, conjeturalmente, como es obvio, a los casos de España, Colombia e Islandia, destacan una idea valiosa: una nueva Constitución no lo es por su texto solamente, sino por cómo “estructura el proceso político”; lo que permitiría calificar la carta como nuestra y acreedora de “patriotismo constitucional”. Tal cambio en el proceso político y real legitimidad constitucional hacen prever, para estos autores, muy difícil que la derecha abandone las trampas de la vieja Constitución, y agregan: “...esperar de la derecha los votos para aprobar una nueva Constitución supone un grado de responsabilidad cívica por parte de ella, difícil —aunque no imposible— de imaginar” (p. 117).

La permanencia de la vieja Constitución para estos autores terminará dañando la legitimidad y estabilidad de todas las instituciones del sistema político; profetizando que la democracia termina mal y surgiendo líderes carismáticos que no son institucionales, produciéndose “convulsiones políticas que cada cuarenta o cincuenta años han ocurrido en nuestro país desde la Independencia” (p. 120).

Finalmente, estos autores hacen una conexión entre la vieja Constitución y el modelo económico neoliberal implantado por la dictadura, y que se refleja no sólo en el reparto de lo público/privado vía subsidiariedad estatal, sino a través de sólidos y garantizados derechos civiles de contenido patrimonial, y la instalación de “autonomías constitucionales” dedicadas a salvaguardar el orden económico/orden constitucional, a saber: el Banco Central y el Tribunal Constitucional. Las trampas de la vieja Constitución

coadyuvan a este orden: sistema electoral “binominal”, el predominio de las leyes de súper-mayorías y la competencia preventiva del Tribunal Constitucional; de suerte que: “...cada una de ellas, pero sobre todo las tres juntas, cumplen un papel de resguardo del modelo, garantizando su permanencia independientemente de quién gane las elecciones” (p. 352).

### III. CONTROLES DEL PODER CONSTITUYENTE

La reforma constitucional, parcial o total, y otras figuras relacionadas como la mutación constitucional ponen a salvo la soberanía de la Constitución, aun cuando prevean mecanismos de participación popular como el referéndum, o inclusive la asamblea constituyente. Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus “guardianes togados” o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad); y en tal caso, es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático, o es la hora de las autocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes: desde los autoritarios hasta los totalitarios, pasando por todo tipo de cesarismos y populismos. En este orden de ideas, Pedro de Vega nos dice: “El conflicto, sin embargo, entre soberanía popular y la soberanía de la Constitución estallará inevitablemente desde el momento en que respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental”.<sup>24</sup>

Como hemos sostenido en otro lugar, el proceso constituyente en nuestro país está ligado a una operación constituyente abierta a dos caminos de cambio constitucional genético de una nueva Constitución: la reforma total de la vieja Constitución o poder constituyente derivado en el marco del capítulo XV de la Constitución, o bien el poder constituyente originario, ejercido a través de la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o el referéndum constituyente, y vehiculizado por los poderes instituidos a través de actos estatales. O lo que es lo mismo, frente al nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución y la política constitucional del bloqueo de poder; lo que queda es desatar o cortar el nudo. De lo contrario estamos expuestos a un ejercicio inútil de reformar una Constitución sometida a bloqueo, en

<sup>24</sup> De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 20. También un abordaje sistemático en nuestra lengua y clásico de Posada, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Editorial Victoriano Suárez, 1931, p. 254.

que lo enmendable lo define quien tiene en sus manos el dispositivo de bloqueo. Tal diseño asimétrico de poder no permite construir una política de democrática y una política constitucional basada en auténticos consensos y disensos, sólo permite un falso consenso y reformas a cuentagotas, que en nuestro país superan las 30 leyes promulgatorias desde 1989.<sup>25</sup>

En cuanto al poder constituyente derivado la vieja Constitución de 1980/2005, fija las reglas de competencia a que debe someterse; descansarían esta potestad en el dogma de la soberanía de la Constitución. Y en cuanto a los controles imperantes, se impone toda la panoplia de controles del Estado de derecho: controles sociales, controles políticos y naturalmente los controles de juridicidad. Nos interesa un tipo de control: el control jurídico en sentido lato, en especial el control de constitucionalidad y el control de legalidad.

El control de constitucionalidad de actos estatales descansa en una taxonomía de infracciones posibles a las normas iusfundamentales, que en términos simples puede ser enunciada como una triada de vicios o infracciones de reglas: vicios de inconstitucionalidad material o de fondo; vicios de inconstitucionalidad formal, y vicios de inconstitucionalidad competencial; taxonomía que descansa en el contenido de las normas iusfundamentales con un lejano eco en la clásica distinción entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución, de Giner y Calderón, y que Posada universalizó en nuestra lengua. En cambio, el control de legalidad es eminentemente *ratione materiae* y formal, y descansa en los elementos basales siguientes: órganos e investidura, competencia, procedimiento y acto estatal, que se proyectan en planos materiales o funcionales, territoriales, personales y temporales.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, de naturaleza o tipo abstracto, de oportunidad preventivo y de activación facultativo, en los términos del núm. 3 del artículo 93 de la Constitución, se limita en el control de legitimidad constitucional del proyecto de reforma a la inconstitucionalidad fundada en vicios de forma; es decir, concierne a infracciones de las reglas iusfundamentales de competencia procedimental (iter procedimental; quórum reforzados, ordinario o extraordinario) para el ejercicio de la potestad constituyente derivada. Este control de constitucionalidad formal recae en proyectos de reforma constitucional y no en la ley promulgatoria de la reforma, la cual no es objeto de control de constitucionalidad represivo vía acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad. En

<sup>25</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 511-540.

este sentido, no cabe confusión entre la posición jerárquica suprema de la reforma constitucional y la posición jerárquica de su instrumento promulgatorio: la ley. Tal confusión sería equivalente a la que se produciría de no distinguir entre la ley y el decreto promulgatorio de la misma.

Circunscribir el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional abstracto, preventivo y facultativo de la reforma constitucional a los vicios de forma, se ajusta a su conformación iusfundamental, ya que la potestad de reforma constitucional del capítulo XV de la Constitución carece de límites, a saber: límites temporales, límites materiales efectivos y la competencia normativa de la potestad constituyente no posee un dominio normativo iusfundamental predeterminado. No nos haremos cargo de la argumentación clásica acerca de la autorreferencia de Merkl y Ross (posibilidad de reformar las normas de reforma), una exquisitez dogmática que no viene a cuento, y que en manos de un jurista “experto” puede servir para hacer logomaquia jurídica.<sup>26</sup> Por otra parte, no tiene cabida en nuestro ordenamiento postular “normas constitucionales inconstitucionales”, como si hubiere un derecho supraconstitucional limitativo de la reforma constitucional, más allá del lastre neoiusnaturalista de la doctrina clásica de Bachoff, que al término de la Segunda Guerra Mundial tanto predicamento adquiere en la República Federal de Alemania y en Europa, y que contemporáneamente en las últimas dos décadas en nuestra América adquiere redoblado vigor en manos del neoconstitucionalismo.<sup>27</sup>

Análoga caracterización merece el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de tipo o naturaleza abstracto, de oportunidad represivo y de activación facultativo, de un decreto con fuerza de ley o decreto que fije texto refundido, coordinado y sistematizado de la carta según lo dispone el núm. 4 del artículo 93 de la Constitución; en la medida en que la jurisprudencia administrativa entiende que se trata en esos casos no de de-

<sup>26</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 415-434. En contra, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 435-455. También en nuestro medio una síntesis del debate en Henríquez Viñas, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, *Anuario de Derecho Público*, 2011, pp. 461-477. Un tratamiento contemporáneo, comparatista y sólido en el libro de Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, Argentina, Ediar, 2007, pp. 486-493 y 552-560. Sobre el problema de la autorreferencia es obligado citar a Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.

<sup>27</sup> Bachoff, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Perú, Pa-lestra, 2008.

cretales sino de decretos con fuerza de ley (dictámenes CGR 25967/1987, 15308/1990 y 6396/1993).

Se sitúa así el control de constitucionalidad de la reforma constitucional (resultado del ejercicio del poder constituyente derivado) en línea con los controles concernientes a las fuentes formales del derecho pertenecientes a un sistema.<sup>28</sup> Esto significa que el control de constitucionalidad es un dispositivo de garantía del derecho de la Constitución y de los principios de constitucionalidad de supremacía, valor normativo y eficacia normativa de éste, con referencia a un sistema normativo; y en tal medida, al asegurar su integridad está asegurando un encadenamiento de validez de la producción de normas. En ese circuito en Chile, la reforma constitucional sólo tiene resguardos de forma en su producción (límites formales).

Por otra parte, el control de legalidad de la Contraloría General de la República está circunscrito al eventual decreto que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, y en relación con la reforma constitucional misma contenida en una ley promulgatoria, corresponde la anotación de la ley, que en rigor no es un control jurídico.<sup>29</sup> El control de juridicidad vía toma de razón del decreto que fije el texto refundido, coordinado y sistematizado (DFL) se verifica en el marco de la habilitación constitucional dada al presidente de la República para su dictación, lo mismo que el alcance que posea una eventual representación por inconstitucional del decreto por el contralor general de la República (incisos 2 y 3 del artículo 98 de la Constitución).

A título ejemplar, este control se produjo en un tiempo de profunda crisis político-institucional, con texto y contexto diverso al actual, en relación con el decreto promulgatorio parcial de la reforma constitucional del 15 de mayo de 1973 en materia de “áreas de la economía”. La Contraloría General de la República, mediante oficio del 2 de julio de 1973, representó

<sup>28</sup> Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Chile, Legal Publishing, 2009, pp. 35-37; Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 35-57.

<sup>29</sup> La “Constitución” de 1980 es aprobada por la Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente a través del Decreto Ley núm. 3.464, de 1980, sometida a ratificación pseudo plebiscitaria y promulgada por Decreto núm. 1.150, del 21 de octubre de 1980, de Interior; y la Constitución de 1980/2005 tiene su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto núm. 100, del 17 de septiembre de 2005, de Segpres, que el organismo contralor calificó de DFL en la toma de razón de la decretal dictada en habilitación del artículo 2o. de la Ley núm. 20.050 promulgatoria de la reforma constitucional. Sobre este punto es ilustrativo el trabajo de Carmona, Carlos, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 771-810.

y devolvió al presidente de la República tal decretal, haciendo presente su “ilegitimidad”; a lo que se agrega la sentencia que declara la incompetencia en relación con el conflicto constitucional, decidida en voto dividido por el Tribunal Constitucional de la época frente al requerimiento del jefe de Estado (STC, rol núm. 15, del 30 de mayo de 1973).

Sin embargo, el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos, tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio sólo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento, Nogueira Alcalá señala: “La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...”. El poder constituyente es un “poder político extralegal”, actúa antes de la legalidad que pretende fundar y es el origen de la “Constitución normativa”.<sup>30</sup> Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa o de recepción normativa del derecho anterior, la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles.

Lo anterior hace muy difícil abordar desde la teoría de la Constitución y su arsenal de conceptos, taxonomías y esquemas (e ideologías subyacentes) periodos transicionales, revolucionarios o simplemente de cambio; ámbitos que usualmente son abordados por la ciencia política. La contraposición facticidad-normatividad nos recuerda las miserias del método jurídico-formal. Tales miserias son o pueden ser para los juristas una fuente de permanentes insatisfacciones; pero es un cable a tierra que nos pone a salvo del sincretismo metodológico, del sociologismo y del enciclopedismo, y nos sitúa en la realidad (positividad). El conocimiento científico normal de la ciencia del derecho posee una perspectiva modesta acerca del tipo de conocimiento producido, el que permite comprender, acumular, ordenar y someter a crítica el objeto disciplinario: el derecho positivo. En la política y los procesos políticos, la ciencia política y la sociología tienen la palabra, e invitan a la colaboración disciplinaria.

<sup>30</sup> Nogueira A., Humberto, *op. cit.*, p. 547. En el mismo sentido Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 95 y 96.

Esta última conclusión acerca de la relación facticidad-normatividad centrará nuestra reflexión a continuación de este trabajo. No abordaremos el proceloso tema de una teoría jurídica de las revoluciones, el repetido debate acerca de si es hecho o fenómeno jurídico, el de un supuesto “derecho a la revolución” o el archirrepetido tema de los gobiernos de facto relevantes para la continuidad del Estado, reconocimiento y responsabilidad estatal.<sup>31</sup>

#### IV. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO.

##### EL “MISSING LINK” ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

A riesgo de repetir, con afanes simplemente sistémico-descriptivos, la operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución; está abierta, agotada o fracasada que fuere la fórmula de reforma constitucional, a recurrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio o mecanismo democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios; el fin es 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 híper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente, tal bloqueo, efectivizado a través de quórum reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo es la suerte

<sup>31</sup> André-Vincent, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974. Una obra clásica de Georges Burdeau: “Traité de Science Politique”, t. III: *Le Statut du Pouvoir dans l'Etat*, 6 vols., París, LGDJ, 1950, pp. 522-595. También Herrfahrdt, Heinrich, *Revolución y ciencia del derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría del derecho*, trad. de A. Polo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

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), iniciativa ideada 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 “súper-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado) que, fundadas en un principio de competencia o distribución de materias de dominio legal, introducen una anómala súper-legalidad de espuria naturaleza y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías en razón de una herencia autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico. Huelga agregar que buena parte de esa legislación de “súper-mayorías” fue dictada bajo el régimen autoritario, es decir, decretos leyes que adoptan el *nomen iuris* de leyes. Otro elocuente ejemplo del precio a pagar en esta lógica del bloqueo, por reformas a la Constitución como la de 2005 promulgada por la Ley núm. 20.050, es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral, soportante de la fórmula “binominal” empírica imperante para elecciones políticas parlamentarias (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 (o dos quintas más uno, según el caso, en razón de los capítulos de la carta) 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 en lo político y neoliberales en lo económico.<sup>32</sup>

Este bloqueo no nace de una Constitución hiper-rígida surgida del pacto o de un procedimiento democrático para ser una garantía cautelar de la estabilidad normativa iusfundamental, sino que es herencia de la Constitución de 1980, autoritaria en lo político, neoliberal en lo económico y otorgada; en suma, un decreto ley iusfundamental (DL núm. 3464, de 1980) que

<sup>32</sup> Bryce, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradición de Bryce en 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, Fondo de Cultura Económica, 1986.

sólo posee de Constitución el *nomen iuris*, para así prolongar en el tiempo la decisión constituyente de un régimen que refundó el capitalismo sobre nuevas bases. En esta perspectiva, ya la primera reforma constitucional de 1989, promulgada mediante la Ley núm. 18.825, necesaria para abrir la transición, tuvo un altísimo “precio”: vino a consolidar los cerrojos al hacer más extendido y exigente el quórum extraordinario de reforma, aunque simplificando el iter al eliminar el doble Congreso, y vino a perfecciona los quórums de leyes de súper-mayorías.

Lo anteriormente expuesto obliga a abrirse a un proceso constituyente que, hemos dicho en otro lugar, se desencadena 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”.<sup>33</sup>

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehiculiza en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que se 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 combinadamente.

La superioridad de la Constitución formal no sólo 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 fuer-

<sup>33</sup> 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, p. 402; Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 1175.

za y la legitimación (Böckenförde).<sup>34</sup> Las técnicas o mecanismos reseñados están insertos 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 “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/o prepositivos al poder constituyente, obra no sólo de delirantes partidarios de las doctrinas tradicionales del derecho natural, sino también de los contemporáneos neoconstitucionalistas.

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”.

La distinción antes anotada entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho” 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 fenecer y el que nace. Así, por ejemplo, en Italia de la posguerra se sostiene en tono burlón que 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 la que abre paso a la IV República; en España, la última Ley Fun-

<sup>34</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1979, pp. 232-235; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, 15a. ed., trad. de L. Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, pp. 325-332; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.

damental (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 se 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).<sup>35</sup>

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

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

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

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia de “realidad” o “seguridad jurídica” 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), a las elites y a los “políticos”.

<sup>35</sup> Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 9 vols., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, t. 3. También, Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160 y 161. Del jurista italiano Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, en especial pp. 310-318. También Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, pp. 144-157; Lucas Verdú, Pablo, *La octava ley fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Satrústegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, documento núm. 5, Flacso, septiembre de 1984, p. 33.

El “derecho constitucional transitorio” mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia”, y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de OEA, que ponen en el centro de la democracia y el Estado de derecho la participación del pueblo soberano. Por ello sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución sólo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca, para así no subvertir el “orden institucional”.<sup>36</sup>

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, [que] 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, concepto amplio e incoloro, 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, montada sobre una *Grundnorm*. Pero si, en cambio, se fracasa en la imposición de una nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición u otro delito concerniente a la defensa penal del Estado y de su Constitución. Así, *verbigratia*, el mal denominado golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 (revolución en los términos amplios e incoloros de Kelsen), 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 convierte en autoproclamados “salvadores de la patria”, y a la “sedición” en una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”, cuando no aderezada de “nueva cruzada por los valores del Occidente cristiano”.

Lo que ocurre es simple, en un plano de legalidad, la diferenciación entre gobernantes y una banda criminal en un Estado va a depender de una revolución, de la sustitución de órdenes y su norma hipotética fundamental, de un “cambio de juicio de validez”; el principio de validez y de legitimidad de un sistema jurídico depende del principio de eficacia, puesto que el cum-

<sup>36</sup> Véase el breve trabajo de Quintana, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

plimiento u obligatoriedad de las normas de un sistema se da en un proceso de reconocimiento de su normatividad, y no necesaria o directamente de la pura fuerza.

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

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que se suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad es un verdadero sofisma en la medida en que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una *Grundnorm* o basamento de validez hipotética que arranca de la “primigeneidad” o facticidad. La *Grundnorm* confiere fundamento y soporte epistemológico al encadenamiento de validez del ordenamiento jurídico que tiene su base en la Constitución jurídico-positiva, sea formal o material. La norma hipotética fundamental, en la medida en que es una “norma” presupuesta (lógico trascendental), estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales.

Por ello, sostenemos que la conexión entre órdenes constitucionales para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones “para hacer creer” (Ross), “como si” (Pérez Serrano) o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos” (Ihering);<sup>37</sup> recurso utilísimo a las ficciones en la ciencia jurídica, que no alcanza a ocultar la desvinculación con la realidad o simplemente con la historia. Sobre 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 en su expresión formal con el principio democrático es el desafío del Estado de-

<sup>37</sup> Ihering, Rodolfo, “Jurisprudencia en broma y en serio”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 168. También de Kelsen, Hans *et al.*, *Ficciones jurídicas*, Estudio de D. Mendonca, México, Fontamara, 2006. Finalmente, véase Pérez Serrano, Nicolás, “Las ficciones en el derecho constitucional”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 2 vols., 1984, t. I, pp. 317-372.

mocrático y su régimen político; y por cierto es el camino de una operación constituyente abierta al poder constituyente derivado o al poder constituyente originario democrático. Éste es también el desafío de una teoría de la Constitución asentada en las coordenadas de un normativismo crítico.

Una cuestión implicada en la sucesión temporal de ordenamientos jurídicos es la de la continuidad de parte del viejo ordenamiento cuando se produce interrupción en la continuidad, como la “revolución”, en la que no se da una completa solución de continuidad. Bobbio señala en este punto:

Es un hecho que, generalmente, parte del viejo ordenamiento traspasa al nuevo, y a veces no se modifican sino principios fundamentales referentes a la Constitución del Estado. ¿Cómo explicar este traspaso? La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura, ya bastante explicada, de la recepción. En el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas. El nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo materialmente al primero, pues formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma.<sup>38</sup>

## V. CONTROL DE JURIDICIDAD POSIBLE

Lo anteriormente expuesto viene a significar en términos simples y muy sumariamente que el poder constituyente originario carece de controles de juridicidad propios de poderes constituidos del Estado sometidos a un sistema jurídico. Esta afirmación puede resultar una obviedad a la luz de la doctrina de la soberanía y del principio democrático, así por lo demás lo entiende la doctrina clásica de Siéyès en su exposición ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional del 20 de julio de 1789: “El poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a

<sup>38</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo A., Madrid, Debate, 1991, 1992, pp. 264 y 265.

ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que él mismo le pudiera adoptar”.

El poder constituyente es soberano, prejurídico, es ejercido sobre tabula rasa. Nos recuerda Linares Quintana, argumentando, pero sin ser coherente, y en línea con Schmitt y Recaséns Siches: “El poder constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes”. Observa Schmitt que el poder constituyente no es constituido en una Constitución, tiene con la Constitución vigente un nexo de poder fundador, es un poder “unitario e indivisible”, es la base de todos los poderes.<sup>39</sup> En cuanto a su ejercicio, se orienta en una tradición puritana de participación de la comunidad (pacto de gracia que deviene en pacto político o *covenants*) en que la soberanía no puede ser objeto de representación o delegación; o en una tradición democrático representativa, y allí emergen los institutos o mecanismos del referéndum constituyente y de la asamblea constituyente o congreso constituyente. El fruto del ejercicio del poder constituyente es la Constitución, que invisibiliza a la soberanía popular, instaurando una regla básica de competencia de clausura al permitir la reforma constitucional.

En cambio, el poder constituyente derivado es constituido (órganos, competencia, procedimiento y actos o decisiones estatales) por la Constitución; los límites y controles (sociales, políticos y, en especial, jurídicos) están fijados en el ordenamiento jurídico y operan como dispositivos de defensa de éste. La Constitución como subsistema normativo tiende a la estabilidad normativa y permanencia temporal, para lo cual los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa) afirman su propia sustantividad y supraordenación en los sistemas normativos, y la rigidez constitucional le confiere protección y posibilidad de adaptación a la cambiante realidad; al igual que un sistema de garantías procesales (la jurisdicción constitucional), le aseguran su imperio. La técnica de la reforma total emerge junto a la reforma parcial, como una necesaria válvula de escape frente al agotamiento de un orden constitucional, y por ende no merece

<sup>39</sup> Linares Quintana, S., *op. cit.*, t. III, p. 215; Schmitt, Carl, *La dictadura*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 182-189. Del mismo Schmitt, *Teoría de la Constitución*, presentación y trad. de F. Ayala, epílogo de M. García Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 94 y 95.

crítica teórica, pero “su valor práctico puede ser pequeño” (Loewenstein); advirtiéndose que en situaciones críticas o rupturistas puede producirse una “transformación radical”.<sup>40</sup>

La observación crítica que es menester hacer a la técnica de la reforma constitucional, total y parcial, prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente, es su déficit democrático, ya que la hipótesis de plebiscito o referéndum del inciso cuarto del artículo 128, en la que el pueblo se pronuncia acerca del desacuerdo de los órganos del constituyente derivado (veto total o parcial del presidente de la República rechazado por la cámaras y con insistencia de dos tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por éstas), es una hipótesis de laboratorio. Así, este déficit democrático no guarda relación con el Congreso Nacional como estructura orgánica democrático-representativa, sino con la prácticamente nula participación popular. La exclusión del sujeto de la soberanía popular del poder constituyente derivado impide que la técnica de la reforma constitucional contribuya a la educación política y a la integración política (Loewenstein); alejando así la formación de un “sentimiento constitucional” (Loewenstein) o de un “patriotismo constitucional” (Habermas).

Luego, el déficit democrático popular de la técnica o procedimiento de reforma constitucional sí es proyección del régimen autoritario como un amarre o camisa de fuerza impeditiva del sujeto pueblo como árbitro efectivo de las diferencias de los poderes constituidos de la reforma, y que la primera enmienda de 1989, promulgada mediante Ley núm. 18.825, no vino sino a consolidar, en la medida en que paradójicamente la potestad “constituyente” residenciada en la Junta de Gobierno de la época sí requería aprobación plebiscitaria (disposición transitoria decimoctava, letra A, de la Constitución de 1980, o DL núm. 3.464). Sólo resta en este punto afirmar con Loewenstein: “Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.

Sin embargo, la nueva Constitución fruto de un poder constituyente originario fija las bases de su propia “legalidad” o “constitucionalidad”, con o sin derecho constitucional transitorio, o lo que es lo mismo, con o sin contentar a los juristas situados en el cielo de los conceptos, sea el cielo de las puras formas o el cielo de la sustantividad naturalista. En el orden interno, el poder constituyente es soberano, no pesa sobre él obligación alguna, puede fundar un orden radicalmente nuevo (Eisenmann). Incluso más límites impuestos por un poder constituyente al ejercicio futuro de poderes constituyentes, en rigor no limitan ni pueden limitar de manera definitiva

<sup>40</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 185.

e intangible el mismo poder, ya que no puede existir una regla de derecho jurídicamente inmutable o irrevocable; sí puede existir el aseguramiento de su estabilidad, y las limitaciones de naturaleza axiológica son metajurídicas y su suerte final dependerá de la realidad (Eisenmann).<sup>41</sup>

Por otra parte, los controles sociales y políticos del poder constituyente originario tendrán la extensión e inserción temporal que el proceso constituyente permita, y se adecuarán a la realidad del proceso político o de las transiciones.<sup>42</sup> La crisis de legitimidad de los poderes constituidos le confiere a la opinión pública, a los medios de comunicación social, a las nuevas redes de la carretera de la información y a los movimientos sociales, una episódica relevancia como dispositivos de control social del poder.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para concluir, sólo resta volver a los temas abordados sumariamente en este trabajo para diferenciar el alcance de los controles en el ejercicio de la potestad constituyente, y lo que es más complejo aún, establecer si el derecho constitucional de transición puede efectivamente, uniendo pasado y futuro, arbitrar mecanismos de control.

En busca de lo obvio, la afirmación acerca de la “inconstitucionalidad” de un proceso constituyente enderezado a una nueva Constitución, por la vía de procedimientos ajenos a la reforma constitucional (como la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente), es una afirmación que no se sostiene desde el análisis de derecho positivo de los sistemas jurídicos; pues las bases de tal proceso están en la facticidad, en la política. La Constitución es sólo la forma del poder, ordena el proceso político en sus bases, no lo establece.

Asimismo, sostener que tal proceso constituyente y tales procedimientos situados en el poder constituyente configurarían un “fraude constitucional” es un error conceptual garrafal, al menos empleando el término en su acepción teórico-metodológica disciplinaria consolidada hace más de medio siglo (Burdeau). El “fraude a la Constitución” es toda manipulación de normas constitucionales para producir su reforma o modificación

<sup>41</sup> Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898, pp. 9-11.

<sup>42</sup> La clasificación de controles del poder político estatal: sociales, políticos y jurídicos, entendidos como garantías de positividad y validez del derecho, se extraen de Jelinek, Jorge, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 591-596.

sin sujeción de verdad a los procedimientos establecidos. El concepto fue empleado por G. Liet-Veaux al estudiar la transición o “revoluciones” de Alemania (República de Weimar y su Constitución de 1919), Italia (monarquía del Estatuto Albertino de 1848) y Francia (III República y sus leyes constitucionales), de repúblicas o monarquías parlamentarias a regímenes totalitarios, en que utilizándose la legalidad y la Constitución se instauran nuevos regímenes políticos; mediante el mecanismo de leyes o decisiones de excepción, como el archiconocido artículo 48 de la Constitución de Weimar. El elemento común del “fraude a la Constitución” es la destrucción de la democracia, utilizando su legalidad constitucional con “...respeto a las formas para atacar el fondo...” (Liet-Veaux).<sup>43</sup>

En el campo de lo no tan obvio, del estamento letrado y de las elites en gran medida se escribe o escucha, a veces *sotto voce*, que el recurso al poder constituyente originario importaría un “quiebre institucional”, haciendo tabula rasa de la relación compleja y dialéctica entre normatividad y facticidad. A quienes preocupa o temen un “quiebre institucional”, les puede cautivar el recurso a las ficciones tan propio del estamento letrado. Ubicuo a las ficciones es la presencia de un derecho constitucional transitorio, la búsqueda de un eslabón entre el orden constitucional que fenece con el orden constitucional que alumbraba. En dicha búsqueda se puede incurrir incluso en el peligro de construir figuras gaseosas que se asemejan a los “resquicios” constitucionales; que terminan llevando agua al molino de los “guardianes” togados o no togados de un orden constitucional condenado a fenecer.

Por ello sostenemos que sí, en cambio, vale la pena hacerse cargo de esta verdadera paradoja: los juristas expertos habitantes del cielo de los conceptos, como antes decíamos, buscarán una conexión o eslabón entre el orden constitucional que fenece y el orden constitucional que alumbraba; eslabón que le dé una apariencia de legitimidad-legalidad al cambio constitucional, como puede ocurrir con la apelación al artículo 5o. de la Constitución vigente o a la conversión de una elección administrativa de concejales en una asamblea del pueblo, para así fundar un referéndum constituyente o una asamblea constituyente.

<sup>43</sup> Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 82-87. Del mismo Burdeau, *Traité de Science Politique...*, cit., pp. 264-267. Véase Liet-Veaux, George, “La fraude á la Constitution”, *Revue de Droit Public et de Science politique en France et l’Etranger*, París, t. 58, año XLVIII, 1942, pp. 116-150, traducida al español por Sergio Díaz Ricci bajo el título “El ‘fraude a la Constitución’. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, Lima, enero-junio de 2005, pp. 11-43.

Tal búsqueda del eslabón o conexión tiene un tufillo a “resquicios constitucionales”, al devenir en incapaz de entender que subyace al poder constituyente originario una ruptura del fundamento de validez del sistema de normas, ruptura que podríamos denominar con Kelsen con un término amplio e incoloro de “revolución”, o con Sánchez Viamonte con un término sugerente: “primigenidad”, que no es más que facticidad, que en el proceso constituyente construye *in fieri* una legitimidad y una legalidad. Paradójicamente, la carta de navegación propuesta en nuestro medio por Atria en su magnífico libro *La Constitución tramposa* está en la senda de la búsqueda de ese eslabón perdido, que le da apariencia de constitucionalidad a la asamblea constituyente, a través de un “plebiscito constitucional”, aparentemente inexpugnable al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional; dejando así abierta la puerta para la acusación de tratarse de un “resquicio constitucional” e invitando a los guardianes togados a anticipar juicio pretoriano de acrecentamiento de su competencia dirigida a ejercer el control de constitucionalidad.

Para explicar los sistemas normativos, su fundamento de validez positiva, sus discontinuidades y sucesiones temporales, debemos recurrir a la teoría del derecho y de sus fuentes, situando en ese esquema el lugar del poder constituyente originario. De esta manera, para explicar la ruptura de fundamento de validez podemos recurrir a la norma fundamental, que establece la obligación de obedecer al poder originario, que es, en palabras de Bobbio, “...el conjunto de fuerzas políticas que en un determinado momento histórico toman ventaja e instauran un nuevo ordenamiento jurídico”.<sup>44</sup> Luego, el principio democrático hace la diferencia en esta debatida cuestión, al introducir en el soporte de la Constitución jurídico positiva la soberanía popular (poder constituyente originario democrático), y no ya la fuerza desnuda o violencia. En esta conexión radical adquiere pleno sentido el empleo de la distinción clásica entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio del poder político.

Una paradoja a título puramente episódica, pero ilustrativa por concierne a un régimen ampliamente denostado en nuestro medio por juristas “expertos”, elites y medios de comunicación social, se da en el establecimiento de la V República vía una Constituyente partera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; precedida de la investidura de 1998 del extinto presidente Hugo Chávez Frías, quien anunciando un

<sup>44</sup> Usamos un término amplio e inclusivo como el de Kelsen y no asociado a procesos histórico-políticos de cambio más o menos radical como el usado por Burdeau, que supone además un cambio en la “idea de derecho”, o el empleado en la historia por Crane Brinton. Véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 184.

nuevo orden constitucional, practica su juramento agregando en la fórmula sacramental: "...sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas..."; buscando así un eslabón de conexión entre órdenes constitucionales que se suceden, lo que no termina de ocultar la realidad "revolucionaria" del nuevo orden.

Puestos a comparar el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, Pedro de Vega resume:

El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como *res facti, non juris...* A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.<sup>45</sup>

En este punto es muy relevante destacar que el proceso constituyente no se desenvuelve en la nada, posee de suyo una conexión institucional. Así, a pesar de la facticidad o tosca materia de la política, el proceso constituyente es desenvuelto usualmente por poderes constituidos, los que utilizarán sus potestades y actos estatales (la ley y las decretales) para hacer posible el ejercicio de la potestad constituyente, y salvaguardar el carácter de procedimientos democráticos que poseen el referéndum constituyente, la asamblea constituyente y el congreso constituyente. Tal usual injerencia de poderes constituidos le confiere al proceso constituyente una componente de "institucionalidad"; lo que es mentís al vacío o la nada.

En este horizonte cercano emerge con fuerza la necesidad de identificar una operación constituyente, en medio del proceso constituyente, abierta a las opciones del poder constituyente derivado y del poder constituyente originario, es decir, institucional y claramente identificable con un procedimiento democrático genético de una nueva Constitución. En este cuadro, la reforma total de la vieja Constitución en cumplimiento de la forma prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente es el camino del poder constituyente derivado, o en su defecto, la convocatoria a referéndum acerca de la necesidad de una nueva Constitución y de la elección de una asamblea constituyente a tal efecto es el camino del poder constituyente originario democrático. Así, ambos caminos son democráticos, uno democrático re-

<sup>45</sup> De Vega, Pedro, *op. cit.*, p. 65.

presentativo y otro democrático participativo o mixto; y ambos caminos son institucionales, ya que responden a procesos políticos ejecutados por decisiones o actos estatales provenientes de poderes constituidos, uno con una legalidad o juridicidad preexistente y el otro con una legalidad o juridicidad *in fieri*.

Los controles jurídicos en el proceso constituyente estarán ligados entonces, en la medida que fueren de recibo, a la legalidad o juridicidad preestablecida para el poder constituyente originario, o la legalidad *in fieri* para el poder constituyente originario; y con su propia “institucionalidad” dichos controles recaerán en los actos estatales que correspondan, sea que asuman la forma de leyes promulgatorias de la reforma constitucional o de leyes ordinarias y decretos. Los controles jurídicos operan en sistemas normativos con base en una Constitución material-formal que fije las reglas de producción de normas en cada sistema. Por ello, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” del recurso al poder constituyente originario democrático y a los mecanismos de asamblea constituyente y/o referéndum constituyente es un mero recurso retórico, que a la luz de la teoría constitucional y de la teoría del derecho en general no es de recibo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉ-VINCENT, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974.
- ATRIA, Fernando, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Chile, Debate R.H.M., 2013.
- , *La Constitución tramposa*, Chile, Editorial LOM, 2013.
- BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Perú, Palestra, 2008.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, España, Trotta.
- BRYCE, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Argentina, Ediar, 2007.

- FRIEDRICH, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Chile, Legal Publishing, 2009.
- HERING, Rodolfo, “Jurisprudencia en broma y en serio”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1979.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1982.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- QUINTANA, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- SALAZAR, Gabriel, *En el nombre del Poder Popular Constituyente*, Chile, Editorial LOM, 2011.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- VARELA, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Constitución del bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, año 2000.
- , “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- , “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013.