

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Historia y Filosofía del Derecho



**¿RUPTURA O CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL?
EN BÚSQUEDA DE LA CONEXIÓN GENÉTICA ENTRE LOS TEXTOS
CONSTITUCIONALES CHILENOS
(1810-1833)**

por

Cristóbal Torres Esparza

Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor guía: Marcelo Troncoso Romero

Concepción, Chile.

2016

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I	7
Cuestión constituyente, ¿un proceso con solución de continuidad o sin solución de continuidad?	7
I.- Prolegómeno.	8
II.- De la paradoja de la genética constitucional.....	10
III.-. Hacia una definición del debate constitucional	20
IV.-. Aproximación al lenguaje del debate constitucional.....	34
a) Conceptualización de las variables del binomio constitucional a la luz de sus actores.	34
b) Aproximación al discurso argumentativo del debate constitucional.....	38
Capítulo II.....	50
Hacia una conciliación entre constituyentes originarios y constituyentes reformadores	50
I.- Recuento.	51
II.- Vía extra-institucional como poder constituyente originario a la luz del pensamiento constitucional de Carl Schmitt.....	53
a) Normativismo Liberal v/s Decisionismo Schmittiano.	54
b) Constitución positiva: entre una consideración absoluta y relativa de la constitución.	55
c) En búsqueda del sentido absoluto y relativo del ordenamiento constitucional de 1980.....	56
d) Sobre la estrategia de amarre constitucional de Ulises	59
e) Aproximación al poder constituyente originario desde la metafísica constitucional schmittiana	61
III.-. De los límites de la facultad de reformar.	71
IV.-. Vía intra-institucional como mecanismo de continuidad constitucional destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución.	73
V.-. Vía extra-institucional como mecanismo de continuidad constituyente destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución.	76
Capítulo III.....	83
El proceso constituyente ante el Congreso Nacional	83
I.-. Generalidades de las iniciativas parlamentarias por una nueva constitución.....	84
II.-. Primer ciclo de tentativas constituyentes del Congreso Nacional 2011-2012.....	87

a) Proyecto de ley sobre reforma constitucional para establecer una Asamblea Constituyente.....	87
b) Proyecto de acuerdo del Senado sobre la creación de Comisión Bicameral para estudio de anteproyecto de nueva Constitución Política.....	89
c) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, para crear una Comisión Bicameral encargada del estudio de un anteproyecto de nueva Constitución Política de la República.....	92
d) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 15 de la Constitución Política de la República, estableciendo el plebiscito como medio de decisión ciudadana.....	94
e) Proyecto de ley de reforma constitucional que establece un procedimiento plebiscitario para el cambio de la Constitución Política de la República mediante una asamblea constituyente.....	96
III- Segundo ciclo de tentativas constituyentes del Congreso Nacional durante el 2015.	98
a) Proyecto de ley de reforma constitucional en materia de plebiscitos.....	98
b) Proyecto de ley de reforma constitucional que faculta a S. E. la Presidenta de la República para convocar a un plebiscito durante el año 2016 en las materias que concuerde con el Congreso Nacional.....	99
c) Proyecto de ley de reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental.....	100
d) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 66 de la Carta Fundamental, para rebajar el quórum de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales.....	101
IV-. Colofón.....	102
V- Mociones parlamentarias sobre el proceso constituyente.....	105
A.- Proyectos de ley de reforma constitucional de la Cámara de Diputados.....	105
B.- Proyectos de ley de reforma constitucional del Senado.....	106
VI- Mociones parlamentarias en materia de plebiscitos.....	106
A.- Proyectos de ley de reforma constitucional de la Cámara de Diputados.....	106
B.- Proyectos de ley de reforma constitucional del Senado.....	107
Capítulo IV.....	108
De la conexión genética constitucional en perspectiva de la última gran reforma del 2005.....	108
I-. Sublimación de la reforma constitucional de 2005.....	109
II-. Herramientas para la búsqueda de la conexión genética de los textos constitucionales chilenos entre 1811 y 1833.....	125
1- Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, 14 de agosto de 1811.....	127

2- Reglamento Constitucional Provisorio, 26 de octubre de 1812.....	127
3- Reglamento para el Gobierno Provisorio, 17 de marzo de 1814.	127
4- Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile, 23 de octubre de 1818.	127
5- Constitución Política para el Estado de Chile, 30 de octubre de 1822.	127
6- Reglamento Orgánico Provisional, 29 de enero de 1823.....	127
7- Reglamento Orgánico y Acta de unión del pueblo de Chile, 30 de marzo de 1823.	127
8- Constitución Política del Estado de Chile, 29 de octubre de 1823.	127
9- Constitución Política de la República de Chile, 8 de agosto de 1828.....	128
10- Constitución de la República Chilena, 25 de mayo de 1833.	128
Bibliografía	129
Libros.....	129
Capítulos de libros.....	132
Revistas.....	133
Otros	135

Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto contribuir desde un punto de vista histórico-jurídico al actual debate constituyente suscitado en Chile que tiene como principal divergencia el problema de determinar si se requiere o no estatuir un nuevo arreglo fundamental. Ello ha dado pábulo a un desdoblamiento del problema constitucional distinguiéndose tanto una dimensión substancial como otra procesal referidas, respectivamente, a la discusión sobre qué constitución se quiere estatuir y sobre cómo arribar a ella. Sin embargo, dado el carácter como ha venido desarrollándose este debate, más que reflexionar acerca del eventual contenido normativo que ha de proyectarse al interior del cuerpo constitucional – ya sea que se defienda el actualmente imperante, ya sea que se trate del nuevo ordenamiento que se pretende acordar por parte de la ciudadanía–, la polémica se ha empantanado en un asunto de carácter procesal como es la búsqueda de una serie de mecanismos de producción constitucional tal como se ha ventilado en sede Legislativa. Las coordenadas que dirigen esta discusión están dadas por la misma dinámica constitucional relacionadas con dos fases de la vigencia de un determinado ordenamiento jurídico positivo fundamental: una fase de primigeneidad correspondiente a la actividad del poder constituyente originario y una fase de continuidad propia de la actividad reformadora constitucional. Es a partir de la interrelación de ambos momentos que desarrollaremos nuestro análisis sobre las distintas consecuencias que lleva aparejada la dimensión procesal del debate constituyente.

En el primer Capítulo titulado “Cuestión constituyente, ¿un proceso con solución de continuidad o sin solución de continuidad?, partiremos planteando si un proceso constituyente, es decir, la secuencia temporal por la que se suceden entre sí diversas constituciones, implica una ruptura o una continuidad constitucional entre las mismas. Ello plantea la paradoja del ejercicio del poder constituyente originario cuando se la enfrenta al ideal normativo que procura extender lazos de juricidad entre la generación de cada uno de los ordenamientos constitucionales. En particular se expone que el nacimiento de una nueva constitución implica un doble proceso de discontinuidad-continuidad que no se conecta con el ordenamiento constitucional que lo sucede. También tendremos que referirnos a los

límites del poder constituyente derivativo a fin de determinar si conforme a una reforma constitucional es posible o no generar una nueva constitución.

Terminada esa primera y segunda sección, pasaremos a efectuar una definición del debate constitucional identificando a sus intervinientes, los tópicos que se discuten, los argumentos esgrimidos y las consecuencias prácticas que se derivan respecto a la defensa de una determina posición. Expondremos que la dimensión procesal del debate constitucional se ha planteado dilemáticamente instando a tomar partido por algunas de las alternativas antagónicas orientadoras de este proceso que arrancan de la creación un binomio que puede resumirse bajo la siguiente fórmula: “*vía institucional = continuidad constitucional*”, “*vía extra-institucional = ruptura constitucional*”. La consecuencia práctica de esta dicotomía radica en determinar qué debe entenderse por una nueva constitución, pues si como recomiendan los defensores del régimen vigente, dicho objetivo puede alcanzarse a través de una reforma constitucional, tal como habría acontecido con la reforma del 2005, con ello se estaría preservando la *continuidad constitucional*; no obstante, si como creen varios de los partidarios de estatuir una nueva constitución, ésta sólo puede alcanzarse apelando al poder constituyente originario, que por naturaleza es *extra-institucional*, entonces con ello debe resignarse a la idea de una inevitable *ruptura constitucional*. Por nuestra parte plantearemos que la disyunción que arranca de esta dicotomía en realidad impone un falso dilema, ya que es perfectamente posible, al menos teóricamente, resolver el problema constituyente de acuerdo a parámetros *institucionales* mediante el ejercicio del poder constituyente derivativo, no obstante que desde un punto de vista práctico está condenado al fracaso. La opción que nos queda es la *vía extra-institucional* sin que necesariamente sea *rupturista*, al menos no como ha sido entendida en este debate. En la cuarta sección de este mismo capítulo nos aproximaremos al discurso argumentativo de quienes han intervenido en el debate constituyente a fin de entender los efectos atribuidos a cada variable del binomio constitucional. De este modo, primero pasaremos a efectuar una conceptualización de las variables del binomio constitucional conforme a seis clasificaciones; y, posteriormente analizaremos el discurso argumentativo desplegado por los defensores del ordenamiento constitucional vigente. Concluiremos este primer Capítulo afirmando que el debate constituyente habría sido mucho más lúcido si en vez de la palabra *institucional* se hubiera empleado una que la designara de mejor manera

como *intra-institucional* por oposición al ya empleado concepto *extra-institucional*, pues así entenderíamos que la disyuntiva del debate constitucional en realidad nos imponía a decidir por un procedimiento que se encuentra reconocido al interior del cuerpo constitucional vigente como el mecanismo de reforma, o a decidir por un procedimiento igualmente *institucional* pero que se ubica fuera del texto constitucional en vigor –y por lo mismo *extra-institucional*– como puede ser una asamblea constituyente que apela a la legitimidad del poder constituyente democrático. Hubiera sido mucho más lúcido el debate si por lo que se entendía por *extra-institucional* se hubiera empleado la expresión más ilustrativa de *anti-institucional*.

En el segundo capítulo titulado “Hacia una conciliación entre constituyentes originarios y constituyentes reformadores” tiene por objeto replantear el dilema que arranca de la dimensión procesal del debate constituyente de acuerdo con la nueva nomenclatura que hemos adoptado. La doble alternativa que se nos presenta en ese caso es que ambas son de carácter institucional: una que puede obtenerse internamente a partir del procedimiento de revisión acogido por el texto constitucional de 1980, y por lo tanto, configurándose como una *vía intra-institucional* que garantiza su *continuidad* en relación a la constitución que inmediatamente la suceda en el tiempo; y otra, por el contrario, recurriendo a un mecanismo externo a este texto como una asamblea constituyente, y por consiguiente erigiéndose como una *vía extra-institucional* que, sin ser *anti-institucional*, *rompe* con el ordenamiento preexistente mediante la puesta en vigor de la nueva constitución. El nuevo binomio que se formula puede resumirse de la siguiente forma: *Vía intra-institucional* = *Continuidad constitucional* / *Vía extra-institucional* = *Continuidad Constituyente, Ruptura Constituyente, Ruptura constitucional*. Lo que se sugiere en este caso es que si hablamos de una posible conciliación entre constituyentes originarios y reformadores, es porque creemos que el problema constitucional chileno anclado al nuevo binomio que hemos planteado es susceptible resolverse mediante la armonización de ambas variables, aunque sólo se trate de una solución subsidiaria: es teóricamente posible que la demanda por una nueva constitución se conduzca por *vías intra-institucionales* que procuren una *continuidad constitucional*, no obstante que sólo a través de una *vía extra-institucional* es efectivamente posible satisfacer dicha demanda mediante una doble *ruptura* del ordenamiento constitucional imperante sin necesidad de acudir a perturbaciones violentas,

puesto que esta segunda opción, que se plantea en defecto de la primera, puede ser igualmente *institucional*. El triple efecto atribuido a la segunda variable de este nuevo binomio requiere manejar un concepto que pueda englobar la dinámica que lleva consigo la *vía extra-institucional*, concepto que concuerda con la noción de *poder constituyente originario*. Una vez comprendidas las consecuencias inherentes a dicho poder, estaremos en condiciones de contrastarlo con los efectos contenidos en la primera variable del binomio que dicen relación con la *vía intra-institucional* y que se ajusta al concepto de *poder constituyente derivativo*. En ambos casos analizaremos estos conceptos de acuerdo con la teoría constitucional de Carl Schmitt. Por ello, en la segunda sección de este capítulo haremos alusión a la *vía extra-institucional* como poder constituyente originario atendiendo a una serie de subdistinciones que se refieren al decisionismo schmittiano por oposición al normativismo liberal, a la dilucidación del concepto de constitución positiva que en la nomenclatura de este jurista germano se comprende tanto un concepto absoluto como relativo de constitución, la aplicación práctica de estas nociones al texto constitucional vigente, la identificación de los enclaves autoritarios de éste de acuerdo con una metáfora de la Odisea y la exposición de cuatro elementos esenciales a la concepción metafísica del poder constituyente originario: su titularidad, su actividad, su legitimidad y permanencia. Posteriormente nos referiremos de forma específica a las limitaciones de la actividad reformadora de la constitución evidenciando en la cuarta sección que la *vía intra-institucional* puede servir como un mecanismo de *continuidad constitucional* destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución. Por último, en la quinta sección, sostendremos algo similar con respecto a la *vía extra-institucional* como un mecanismo de *continuidad constituyente* destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución.

El tercer capítulo de este trabajo titulado “El proceso constituyente ante el Congreso Nacional” tiene por objeto efectuar una exposición de las diversas estrategias adoptadas en el Congreso Nacional inmersas fundamentalmente en la dimensión substancial del debate constituyente. A excepción de una sola iniciativa legislativa que detalla sistemáticamente el contenido que ha de proyectarse al interior del nuevo cuerpo normativo, el resto de los ocho proyectos de ley se limitan a explorar un determinado método de producción constitucional. El denominador común de cada una de estas iniciativas es que éstas arrancan de la misma premisa básica, esto es, proponiendo un cambio de nivel

constitucional desde el mismo dispositivo interno de reforma contemplado en el Capítulo XV del texto constitucional vigente. De ahí entonces que se haya producido una desigual relación entre la valoración positiva de una vía *intra-institucional* que procura una *continuidad constitucional* en comparación a la valoración negativa de cualquier vía *extra-institucional* que lleve envuelta un eventual resultado *rupturista* vinculada a un proceso *anti-institucional*. Al respecto distinguiremos un primer ciclo de mociones parlamentarias correspondientes al bienio 2011-2012 que comprende como propuestas constituyentes la creación de una asamblea constituyente, la realización de un plebiscito para determinar la magnitud política sobre la necesidad de este mismo órgano y la instalación de una Comisión Bicameral. Con posterioridad al primer ciclo constituyente, evidentemente marcado por las movilizaciones sociales y por el contexto de elecciones políticas, transcurrirá un período de más de dos años de silencio en los pasillos del Parlamento sin que se avanzara en la tramitación de estas iniciativas legislativas, período marcado además por la ausencia de nuevas mociones destinadas a conducir dicho proceso. A partir del año 2015 se irá configurando un segundo ciclo de propuestas parlamentarias destinadas a retomar el proceso constituyente. Sin embargo, las mociones presentadas durante ese año se desviaron mayormente del camino trazado durante el primer ciclo constituyente. En efecto, durante dicha legislatura los autores de los proyectos de ley, procurando mayores acuerdos políticos para la tramitación de sus mociones, sacrificaron la intensidad de los mecanismos exigidos por los movimientos sociales para implementar una nueva constitución. En vez de hacer un reconocimiento expreso del poder constituyente originario o de una asamblea constituyente, prefirieron conseguir un ámbito más extenso para la aplicación del plebiscito previsto en la regulación constitucional vigente, retrocediendo de este modo con algunas propuestas programáticas del primer ciclo de iniciativas legislativas que recogían de modo más directo las demandas sociales por una nueva constitución. En este nuevo ciclo las mociones legislativas se caracterizan por su mayor grado de pragmatismo a fin de adelantar el camino para el proceso constituyente que ha comenzado a conducir actualmente el Gobierno, de modo que veremos propuestas que incluso tratan de habilitar al Ejecutivo para que actúe durante este año en el contexto de las próximas elecciones municipales, así como también eliminar un cerrojo autoritario del texto constitucional relacionado con el quórum de las leyes orgánicas constitucionales. Por lo

demás corresponde a este último ciclo la propuesta parlamentaria que detalla meticulosamente un nuevo proyecto de constitución que tiene por objeto activar la discusión sobre la dimensión substancial del debate constituyente.

En el cuarto capítulo, titulado “De la conexión genética constitucional en perspectiva de la última gran reforma del 2005” efectuaremos un análisis interpretativo de las actuaciones políticas ejecutadas por el Gobierno de aquel entonces a fin de fomentar la creencia de que se estaba frente a una nueva constitución. Se constata una evidente manipulación de la historia constitucional con fines de legitimación respecto al ordenamiento constitucional vigente a través de una serie de actos protocolares simbólicos que no son muy distintos a los que se han utilizado con respecto a otras promulgaciones constitucionales de nuestro pasado. En la segunda sección se ofrecen brevemente las herramientas para poder efectuar una exploración a fin de encontrar la supuesta conexión genética entre los textos constitucionales chilenos del primer tercio del siglo XIX. Por último, se agregan los procedimientos de reforma constitucional.

Capítulo I

Cuestión constituyente, ¿un proceso con solución de continuidad o sin solución de continuidad?

“[N]ecesariamente ha de llegar una época en que la Constitución que convenía a su antiguo estado, deje de hallarse en relación con las costumbres nuevas que ha tomado; i entónces son indispensables las modificaciones i alteraciones, hechas con tiento i siguiendo las formas convenidas, para evitar los movimientos convulsivos que perjudicarían hondamente al Estado”.

Ramón Briseño Calderón, 1849 (Memoria Histórico-Crítica del Derecho Público Chileno, desde 1810 hasta nuestros días).

“Es hecho histórico digno de recordación, saber que precisamente las constituciones más famosas del mundo, las que aparecen como las tablas de la ley en el Sinaí de la historia, han sido dadas durante grandes convulsiones políticas, en medio del fuego de agitadas luchas sociales o de guerra civil”.

Julio Bañados Espinosa, 1891 (La reforma constitucional i la administracion Balmaceda).

[S]erá esencialmente mala una Constitución: 1.º cuando no lleve en sí propia un medio legal y pacífico de modificarla o mudarla: 2.º cuando no se preste a los progresos del tiempo, sino que aspire a tener un carácter de perpetuidad y estabilidad que a ninguna institución humana conviene. Semejante Constitución espone á la nación y a sus gefes a revoluciones cuyas consecuencias son incalculables”.

M. L. A. Macarel, 1843 (Elementos de Derecho Público y Político).

I.- Prolegómeno.

En este Capítulo nos referiremos a las distintas discusiones que surgen a raíz de la problemática constitucional que ronda en el discurso público en orden a decidir si es necesario o no estatuir un nuevo ordenamiento constitucional. Se trata de un debate que se ha bifurcado tanto en una dimensión substancial y otra procesal que buscan respectivamente determinar el contenido normativo que ha de proyectarse a dicho ordenamiento y determinar los eventuales mecanismos procedimentales conforme a los cuales se arribará a ese resultado. Sin embargo, dentro de cada uno de estos ámbitos también se discute respectivamente sobre los aspectos críticos del texto constitucional vigente referidos a dilucidar tanto sus ventajas como desventajas y, por otra parte, a dilucidar si procesalmente el mecanismo de revisión previsto en el texto constitucional de 1980, particularmente en su Capítulo XV, artículos 127 a 129, se constituye como un dispositivo en cuya virtud pueda resolverse el conflicto constitucional. Veremos que la discusión constitucional se ha concentrado particularmente en su faz procesal en detrimento de su aspecto substancialista a causa de la creencia respecto a un dilema que se construye binariamente en torno a ciertas alternativas que instan a tomar partido excluyentemente, variables dadas por una *vía institucional* asociada a la *continuidad constitucional* y otra variable referida a la *vía extra-institucional* que se le imputa como efecto directo la *ruptura constitucional*. Por nuestra parte plantearemos que el proceso constituyente efectivamente, aunque de forma más teórica que real, puede resolverse de acuerdo al procedimiento de reforma constitucional previsto actualmente en nuestro ordenamiento, de modo que es cierto que esta problemática puede conducirse *institucionalmente*. Ello plantea el problema de los límites a que está sujeta la actividad reformadora en cuanto a magnitud no sólo cuantitativa sino también cualitativa, puesto que existen dos interpretaciones ofrecidas respecto a este poder de revisión: una que lo entiende como un mecanismo que procura la adaptación paulatina del texto constitucional a las diversas vicisitudes históricas a las que se ve expuesto, incorporando modificaciones parciales al interior del cuerpo normativo, perfeccionándolo pero sin alterar medularmente su núcleo esencial; y una segunda hipótesis de interpretación extensiva que entiende que el mecanismo de reforma no sólo se configura

como un dispositivo dispuesto para modificar, sino también para crear modificando, ya sea que se lo perciba genéricamente como un método de reforma total (cuantitativo) o bien un método de reforma sustancial (cualitativo). En caso de no aceptarse esta *vía institucional* para asegurar el cambio dentro de la permanencia, quedaría entonces la otra posibilidad que se ha identificado con la *vía extra-institucional* como puede ser una asamblea constituyente pero respecto a la cual, como parámetro ubicado fuera de las previsiones constitucionales, se lo asocia con *la ruptura constitucional*. Nuestro planteamiento, que tendrá que ser desarrollado luego de toda la exposición del debate constitucional, es que efectivamente también es posible conducir la demanda por una nueva constitución a través de estos parámetros *extra-institucionales* sin que necesariamente impliquen una agresiva *ruptura*. Sin embargo, para poder entender esta propuesta consideramos que igualmente debe modificarse la nomenclatura discursiva que se utiliza en el presente debate, por lo cual analizaremos precisamente cómo se han utilizado los referidos conceptos. Concluiremos que esta discusión hubiera sido mucho más lúcida si en vez de emplear el concepto de *vía institucional* se hubiera utilizado un concepto más ilustrativo como *intra-institucional* para designar que su ubicación se encuentra al interior del texto constitucional vigente, particularmente en su dispositivo de reforma; y también que el debate hubiera sido mucho más esclarecedor si en vez del dualismo *vía extra-institucional–ruptura constitucional* se hubiera empleado la noción de *anti-institucionalidad* como una forma de interpretar positivamente aquellos métodos constituyentes que se ubican al margen de la esfera constitucional, pero que igualmente pueden calificarse como *institucionales*. Pero antes de partir con la exposición de este debate constitucional chileno, es necesario que averiguemos las razones de por qué impera esta necesidad absoluta de procurar cierto continuismo constitucional que obedece precisamente al temor a la ruptura. En efecto, el pretendido deseo de hilar normativamente la sucesión de una serie de constituciones a fin de hablar de un proceso de *continuidad constitucional* en la generación de cada una de ellas a través de *vías intra-institucionales* es propia del formalismo jurídico que al decir de Vanossi son “aquellas pautas lógicas de una creación regular del derecho constitucional”¹. Por lo demás

¹ VANOSSE, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 254.

esta era la concepción original del racionalismo iluminista del constitucionalismo clásico que no es más que una “ilusión de continuidad infinita” entre las distintas constituciones²

II.- De la paradoja de la genética constitucional.

Tal vez pudiéramos partir explicando por qué razón empleamos en el título de este primer Capítulo dos conceptos dinámicos de la vida constitucional que en principio parecen equívocos, pues al revés de lo que podría pensarse, un proceso constituyente, es decir, la secuencia temporal por la que se suceden entre sí diversas constituciones en virtud de una solución de continuidad, no significa que entre ellas exista una cadena normativa que las ligue jurídicamente, sino que al contrario significa que entre ellas existe un paréntesis, un interregno fáctico que niega todo nexo de derecho entre cada uno de los pretendidos eslabones. Por el contrario, cuando hablamos de que la secuencia constitucional entre distintos ordenamientos que se suceden temporalmente entre sí sin solución de continuidad, tampoco significa, como en principio podría creerse, que entre ellos no hay más constante que la facticidad, sino que efectivamente la constitución preexistente actúa como partera de la que inmediatamente la sucede y así al infinito. ¿Dónde reside la paradoja?

Sabido es que la génesis de una constitución se debe al *poder constituyente originario* que podemos definirlo de acuerdo con Sánchez Viamonte como “la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez”³. Por ahora, sólo es necesario destacar que en cuanto potestad originaria ésta se encuentra exenta de límites normativos al tratarse efectivamente de una entidad metajurídica que actúa en una fase de “primigeneidad”⁴, es decir, que su actuación es de hecho, no de derecho, es una actividad preponderantemente fáctica.

² VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 266.

³ SÁNCHEZ, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957. p. 564.

⁴ VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 241.

Paralelamente a este poder constituyente originante, aunque subsumido a éste, se encuentran aquellas instancias instituidas por su propia actuación y que se encuentran reguladas en la constitución creadas por él como es el *poder constituyente derivativo* asociado a una determinada actividad reformadora del mismo ordenamiento constitucional. A diferencia del poder constituyente originario, este poder reformador es de naturaleza esencialmente jurídica no obstante gozar de un carácter extraordinario en razón de su competencia al tener la capacidad de modificar las demás competencias ordinarias del resto de las potestades estatales⁵, o como dice Zagrebelsky se trata “del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual”⁶. Esta potestad revisora actúa durante toda la vigencia de la constitución en una fase de “continuidad” por temor a una “ruptura fuera de control”⁷, razón por la cual lo que se pretende con su actividad es asegurar la adaptación de la constitución frente a las distintas vicisitudes históricas a las que se pueda ver expuesta de acuerdo a las limitaciones tanto formales como sustanciales establecidas por el propio ordenamiento constitucional. La razón de ser de la reforma se debe a que con su operatividad se procura la estabilidad de la propia constitución que goza de un carácter rígido por oposición al carácter flexible⁸. Sin embargo, la rigidez no significa que la constitución sea inmutable como si se enervara completamente la actividad reformadora, sino que implica que dicho poder de revisión se encuentra sujeto a distintas trabas procesales que dificultan la incorporación de modificaciones al ordenamiento constitucional. Pues bien, lo que se pretende con estos mecanismos de perfeccionamiento es asegurar la estabilidad de la constitución, admitiendo

⁵ VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 242.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. La Constitución y sus normas. En: *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos. México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. p. 73.

⁷ VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 248.

⁸ Una constitución será rígida si supone un procedimiento de reforma de mayor dificultad que el contemplado para la sanción legislativa ordinaria. De este modo, si hubiera identidad de reforma entre ambos, estaríamos frente a una constitución flexible; mientras que si no hay identidad, porque el mecanismo de revisión constitucional es más estricto, entonces se trata de una constitución rígida. Por lo tanto, bajo este último aspecto la reforma siempre se verá afectada a obstáculos procesales. VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 250.

cambios al interior de ella, aunque asegurando su propia *continuidad*, es decir, reconociendo que ella no puede mantenerse igual a sí misma. Al decir de Lozada:

“A la Constitución le va, pues, su propia posibilidad de permanencia en el permitir la posibilidad de transformación de sí misma. Para seguir siendo debe admitir el ir dejando de ser: he aquí el patético sino de las Constituciones”⁹.

El problema surge en cuanto a determinar si la reforma es sólo un mecanismo para asegurar la identidad sustancial del ordenamiento constitucional, incorporando modificaciones de carácter parcial que no afecten su esencia; o si también es un mecanismo que abarca una hipótesis más amplia como reemplazar al propio ordenamiento a través de reformas integrales cuantitativamente e incluso sustanciales, es decir, modificando sólo algunas materias de la constitución pero que son consideradas parte de su núcleo esencial. Algunos autores como Zagrebelsky se pronuncian por el rechazo de esta última hipótesis al sostener que la reforma se trata de un mecanismo que debe garantizar siempre la identidad del ordenamiento constitucional:

“[E]l poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: ‘los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos’”¹⁰.

De acuerdo a esta lógica, la *continuidad constitucional* sólo tendría lugar respecto de aquellas modificaciones parciales, tanto cuantitativa como cualitativamente, respecto a las externalidades que hacen necesaria su adaptación. Mientras respete los límites formales y sustanciales es posible hablar de la misma constitución, siempre perfectible. Pero en el evento de modificar su esencia, de reformar sustancialmente aspectos cruciales de la constitución, entonces en este caso ya no puede calificarse como un mecanismo que garantice la *continuidad* sino que provocaría una *ruptura* con respecto al ordenamiento que se encontraba vigente.

⁹ LOZADA, Salvador. *Instituciones de derecho público*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires, El Coloquio, 1973. p. 233.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. La Constitución y sus normas. En: *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos. México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. p. 73.

Otros autores, en cambio, creen que la reforma total de la constitución es inevitable, incluso cuando la propia constitución no ha contemplado dicho mecanismo. En este sentido Vanossi estima que si la constitución no contempla “cláusulas pétreas”, entonces es perfectamente posible reformar integralmente la constitución aun cuando ésta no contemple la posibilidad de hacer operativa una actividad revisora total, pues siempre queda la posibilidad de ir introduciendo sucesivamente una serie de reformas parciales hasta obtener un nuevo producto constitucional:

“[A]un en los casos de Constituciones que impiden su reforma total, los mecanismos de revisión ‘parcial’ de ellas podrían servir de curso para alcanzar el mismo resultado no admitido, desde el momento que la sucesión de enmiendas comprendiera el conjunto del sistema constitucional y cambiara –inclusive– las llamadas ‘decisiones políticas fundamentales’. En síntesis: no hay forma de impedir la reforma ‘total’”¹¹.

De este modo, si por una parte tenemos un poder constituyente originario que precisamente genera un nuevo ordenamiento constitucional por vías metajurídicas en períodos en que impera la facticidad o primigeneidad; por la otra, tenemos un poder constituido por el primero que lleva envuelta una actividad eminentemente normativa como es reformar a la propia constitución, aunque queda en la discusión determinar si a través de esta misma instancia es posible que se constituya otra vez un nuevo ordenamiento constitucional. Y es en este último caso en donde se revela la paradoja de la *facticidad-juricidad* en la génesis constitucional, pues como afirma Zúñiga recurrir al poder constituyente originario “es pura facticidad o es ‘juricidad’, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal”¹². Lo anterior implica determinar si el nacimiento de una constitución obedece a un procedimiento que de por sí no se encuentra jurídicamente prefigurado, lo que implica una discontinuidad en la secuencia temporal de los distintos ordenamientos constitucionales que se suceden entre sí, pues en la genética de cada uno de éstos nos topáramos con una mera primigeneidad; o por el contrario, en la progresión de cada una

¹¹ VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. pp. 264-265.

¹² ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente. *Estudios Constitucionales*, (1): 511-540, 2013. p. 519.

de estas constituciones podemos apreciar que se encuentran entrelazadas a causa de un nexo normativo derivado del ordenamiento preexistente en relación al que lo sucede, es decir, originadas a causa del poder constituyente derivativo.

La revisión del proceso constituyente originario nos indica que las primeras fases destinadas a la generación constitucional¹³ se conducen por vías meramente fácticas que desplazan un eventual procedimiento normativo para la implementación de una nueva constitución, no obstante que su posterior intervención es indispensable para la legitimación de dicho ordenamiento constitucional. Esto es lo que precisamente nos dice Biscaretti cuando estudia el proceso de formación constitucional en relación a los órganos o a los sujetos que intervinieron en su generación, afirmando que “generalmente la primera formulación de un texto constitucional se efectúa a través de procedimientos diversos de los acogidos para su reforma posterior y eventual”¹⁴, dando a entender, de este modo, que la puesta en vigor de un orden constitucional se verifica por instancias que no han sido reguladas jurídicamente, sino que al contrario, se ha instaurado en virtud de la facticidad originaria del proceso constituyente.

Pese a lo anterior, debe tenerse especial cuidado de la conclusión implícita que lleva consigo este razonamiento como si se quisiera dar a entender que sin importar la facticidad de la constitución primigenia, los demás ordenamientos constitucionales que eventualmente se dicten se verificarán conforme a los procedimientos “acogidos para su posterior reforma”, como si el proceso constituyente originario fuera susceptible de despojarse de su facticidad inicial transitando hacia un proceso normativo que sirva para la posterior instauración de otros órdenes constitucionales. Se trata, por tanto, de no asumir como cierto el ideal jurídico en cuanto a que la activación del proceso constituyente originario emane de fuentes normativas, de manera que la sucesión entre los distintos ordenamientos jurídicos

¹³ En efecto pueden distinguirse al menos tres fases en el procedimiento constituyente: una primera etapa de iniciativa; una segunda etapa preparatoria, y una tercera etapa deliberatoria del texto constitucional. Al menos en las dos primeras etapas es posible que el proceso de formación constitucional se verifique por vías de hecho. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. p. 138.

¹⁴ BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 310.

positivos fundamentales puedan considerarse que se han verificado “sin fracturas jurídicas”¹⁵, ya que de otro modo no podría apreciarse el carácter político del proceso constituyente, al mismo tiempo que tampoco podría comprenderse la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. A lo más, este ideal jurídico podemos tomarlo como tal, es decir, como un ideal o parámetro de aproximación por el que ha orientarse la praxis constituyente que transita por vías “de hecho” en relación con este “deber ser” propio del derecho entendido como un estándar exigible para la generación constitucional.

En lo que respecta a este ideal jurídico, vemos que no obstante reconocer la facticidad de la primera constitución emanada de un procedimiento desprovisto de previsiones normativas, el tránsito de la primigenia situación fáctica del proceso constituyente a una fase más estable regulada jurídicamente, estaría condicionado a que los posteriores textos constitucionales que se sucedan entre sí guarden una determinada conexión normativa derivada del procedimiento de reforma regulado en el ordenamiento constitucional preexistente. Sería indispensable, en consecuencia, que exista un determinado enlace normativo entre la nueva formulación constitucional en relación con el poder constituyente derivado que se encuentre vigente. Sólo así surgiría un especial modo de conexión entre la génesis de un nuevo orden constitucional vinculado con el mecanismo de reforma previsto en la constitución que hasta ese momento se encontraba en vigor.

Como puede apreciarse, este ideal normativo intenta sustituir la fase inaugural puramente fáctica de todo proceso constituyente originario por una fase jurídica que la práctica constituye sólo llega a utilizar una vez elaborado el ordenamiento constitucional procurando su legitimación ante su evidente facticidad. El proceso constituyente “ideal” nos dice que todos sus eslabones constitucionales se engarzan entre sí mediante el nexo normativo que comparten, a excepción del primer extremo de la cadena constitucional que se sitúa al margen de dicha normatividad; el proceso constituyente “real” afirma, por el contrario, que todos los eslabones de la cadena constitucional se engarzan de extremo a

¹⁵ BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 315.

extremo por la facticidad del nexo que precisamente forja su secuencia, pues como sostiene Böckenforde:

“Ningún ordenamiento jurídico vigente se sustrae a la necesidad de fundamentarse y legitimarse a partir de datos prejurídicos; de otra forma perdería su fuerza y su pretensión de vigencia. La remisión del derecho al derecho puede hacerse, sin duda, dentro del ordenamiento jurídico, por ejemplo entre reglamento y ley, o entre ley y Constitución; pero esta remisión no cabe ya para el escalón superior del ordenamiento jurídico. La vinculación del derecho a datos prejurídicos, el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible”¹⁶.

Por consiguiente, este ideal jurídico no está interesado tanto en los enlaces entre el primer anillo de la cadena con los demás eslabones constituyentes, sino sólo en el enlace de estos últimos. Querer mantener una continuidad constitucional o un conexión genética entre los distintos textos fundamentales que se suceden entre sí con el propósito de defender la legitimidad de una determinada constitución de la secuencia constitucional configura una situación, que a juicio de Zúñiga, no sería más que un “sofisma” destinado a ocultar que cualquier ordenamiento constitucional siempre presenta un “basamento de validez hipotética que arranca de la ‘primigeneidad’ o facticidad”¹⁷; por tanto, la pretensión de proyectar conexiones jurídicas entre distintos órdenes constitucionales “es simplemente un recurso a las ficciones o el tributo que se rinde desde el ‘cielo de los conceptos jurídicos’ [Ihering]”¹⁸.

Ahora bien, aunque hay sentido de realismo en que una constitución establezca un determinado procedimiento de reforma para su eventual adaptación a las circunstancias del tiempo, esto no significa que dicho mecanismo de revisión constitucional sea la instancia para el establecimiento de una nueva constitución; creer que ello es posible es confundir

¹⁶ BÖCKENFORDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000. pp.160-161.

¹⁷ ZÚÑIGA Urbina, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente. *Estudios constitucionales*. (1): 511-540, 2013. p. 521.

¹⁸ ZÚÑIGA Urbina, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente. *Estudios constitucionales*. (1): 511-540, 2013. p. 521.

precisamente las atribuciones del poder constituyente derivado con las funciones propias del poder constituyente originario. A este respecto, como sostiene Giuseppe de Vergottini:

“queda el hecho, extremadamente importante, que todas las veces que se adopta una Constitución el órgano que decide no está vinculado jurídicamente por reglas jurídicas precedentes. Por el contrario, no se excluye el hecho que existan vínculos de naturaleza política [...] La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y en particular entre poder constituyente y poder de revisión constitucional, conserva gran importancia con el fin de individuar la continuidad de una Constitución, que se tiene cuando se ejerce el poder de revisión”¹⁹.

Con estas prevenciones, estimamos que podemos valernos en parte de este ideal jurídico como un método para conocer los enlaces que existen entre la instauración de un nuevo texto constitucional en relación con el ordenamiento constitucional precedente, determinando de este modo si se ha producido o no una recepción de la legalidad formal vigente por parte de la nueva constitución. Si bien la doctrina constitucional ha introducido a este respecto la distinción entre un procedimiento jurídico y un procedimiento de hecho destinado a la formación constitucional, creemos, sin embargo, que esta separación se ha visto superada por el ámbito propio del poder constituyente originario perteneciente al campo de lo fáctico. Pese a ello, es necesario tener en cuenta dicha distinción para comprender a qué se refiere este ideal jurídico cuando califica un determinado proceso constituyente originario como un procedimiento de hecho, pues comparte en este punto, las mismas características que la doctrina del poder constituyente le atribuye al procedimiento de generación constitucional. Si seguimos a Biscaretti, veremos que este procedimiento es el que se encuentra en la generación del primer ordenamiento constitucional, pero también puede presentarse en la sucesión de los posteriores textos constitucionales cuando la nueva constitución no recepciona el procedimiento previsto en el ordenamiento constitucional que lo antecedía, en cuyo caso estaremos frente a un proceso constituyente de carácter “antijurídico” o al menos “ajurídico”, no obstante que el nuevo texto constitucional así generado pueda legitimar dicho procedimiento²⁰. Si bien ambas concepciones sobre el

¹⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. pp. 127-128.

²⁰ BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 315.

proceso constituyente comparten su facticidad, existe una sutil diferencia entre ellas, pues para el ideal normativo dicha facticidad sólo puede encontrarse en la primera constitución de un Estado, o bien cuando los restantes órdenes constitucionales se desvían de una supuesta juricidad; situación que no acontece con la doctrina del poder constituyente que postula la facticidad a todo evento de dicho procedimiento de instauración constitucional.

La confrontación de esta sutil diferencia nos devela la candidez de este especial modo de conexión normativo entre una determinada secuencia de constituciones. En efecto, se trata de un ideal que escapa de la experiencia constituyente de la mayoría de los regímenes constitucionales tal como acontece en Chile donde la génesis de un nuevo texto constitucional emana de la facticidad de sus coyunturas constituyentes, circunstancia que se explica históricamente, siguiendo a Biscaretti, porque “la expedición de una nueva Constitución aparece siempre ligada a acontecimientos de excepcional importancia política tales como un cambio radical en la ‘forma de gobierno’, o inclusive a la ‘forma de Estado’, una grave derrota militar, al alcanzar un país su plena independencia, etc.”²¹.

En este sentido, si atendemos a lo que nos revela la historia constitucional de Chile – como veremos más adelante–, constataremos que en la mayoría de las experiencias constituyentes se han verificado “antijurídicamente” o “ajurídicamente”, pues “idealmente” no se ha producido esta especial conexión entre la génesis de un nuevo texto constitucional en relación con el procedimiento de reforma contenido en la constitución preexistente. Veremos así que la genética de los textos constitucionales chilenos revelan que el proceso constituyente ha sido incapaz de verificarse sin *rupturas* dando paso a una historia discontinua o inconexa de nuestras coyunturas constituyentes. De esta manera, veremos que se han intentado establecer determinados mecanismos formales para la conducción del proceso constituyente, pero dicho proceso no se ha perfilado por aquellas previsiones, dado que su conducción ha dependido más de las prácticas constituyentes verificadas al margen de la legalidad valiéndose del poder constituyente originario. Por ello, tenemos presente la sugerencia de Biscaretti cuando advertía que “si se quiere realmente conocer el desarrollo de la vida constitucional de un Estado, es necesario también tener presentes las múltiples

²¹ BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 310.

modificaciones no formales de las normas constitucionales que siempre suelen tener lugar en medida más o menos acentuada, según los diversos ordenamientos”²². Sugerencia que por lo demás nos ayuda a no caer en las conclusiones implícitas que se desprendían de las afirmaciones del mismo constitucionalista cuando nos referimos al comienzo en cuanto a la falta de identidad entre el procedimiento utilizado para la primera formulación constitucional respecto del procedimiento acogido por la constitución así instaurada para su eventual reforma posterior.

Es preciso que tengamos presente estas consideraciones en el actual debate sobre la cuestión constituyente en Chile en lo que se refiere a la determinación sobre si el nuevo arreglo constitucional debe verificarse o no por *vías intra-institucionales*, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por el Capítulo XV del texto constitucional vigente para la creación de un nuevo ordenamiento constitucional. Sin embargo, ello no implica necesariamente que la elaboración de una nueva constitución verificada al margen de las previsiones constitucionales vigentes signifique que deba recurrirse a *vías extra-institucionales* –bajo el entendimiento que se pretende decir en realidad *anti-institucionales*–, pues como recién sostuvimos, estamos frente a una situación ideal respecto de la cual es posible alcanzar en la práctica cierto estándar que no se aleje remotamente de estos parámetros normativos.

Frente a lo dicho es importante que se considere como uno de los principales desafíos en el debate ciudadano sobre la cuestión constituyente que el nuevo arreglo constitucional surja sin las “fracturas jurídicas” de las experiencias constituyentes pasadas caracterizadas por el uso constante de la violencia, el desafío pasa por aproximarnos lo más cerca posible a este ideal normativo que se presenta como una situación deseable, pues como sostiene Biscaretti, “el respeto a las formas prescritas por el derecho, aun en eventualidades

²² BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 347. Énfasis del original.

particularmente delicadas para la vida constitucional de los Estados, constituye una prueba segura de la obtención de un nivel más elevado de evolución social”²³.

III.- Hacia una definición del debate constitucional.

El actual debate constitucional instalado en Chile, impulsado a través de las diversas movilizaciones sociales del último tiempo, tiene como principal divergencia el problema de determinar si se requiere o no estatuir un nuevo arreglo fundamental. Como veremos, esta discusión ha arrancado a partir de un largo período de crítica reflexiva en torno al texto constitucional que hoy nos rige, cuestión que se remonta incluso con anterioridad a que dicho cuerpo normativo entrara en vigor hace más de treinta años, o si se prefiere, para ser más exactos, desde que entrara en vigencia mínimamente durante sus primeros seis meses de existencia desde que fuera aprobado en un cuestionado plebiscito del 11 de septiembre de 1980²⁴, pasando a imperar parcialmente durante los nueve años siguientes al 11 de marzo de 1981²⁵ y alcanzado regir casi íntegramente desde el 11 de marzo de 1990 hasta la actualidad, es decir, hace un poco más de un cuarto de siglo²⁶. Sea cual fuere su

²³ BISCARETTI, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 315.

²⁴ Véase el primitivo artículo final del texto constitucional que disponía que éste entraría en vigor seis meses después a su aprobación, sin perjuicio de las disposiciones transitorias 9ª y 23ª que comenzarían a regir desde la misma fecha de su aprobación en plebiscito. CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002. p. 269.

²⁵ Durante este lapso intermedio mayor parte de las disposiciones transitorias fueron aplicadas en detrimento del articulado permanente que se mantuvo nominalmente vigente al contemplar un estatuto destinado a regular la transición hacia el gobierno civil. BARROS, Robert. *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*. Santiago, Sudamericana, 2005. p. 309. Véanse las disposiciones transitorias 13ª y 21ª originales. CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002. p. 270. Así, la reforma constitucional de 1989 no se efectuó de acuerdo con el primitivo Capítulo XIV que regulaba esta materia, sino de acuerdo con las disposiciones transitorias 28ª, letra a) y 21ª, letra d) en cuya virtud a la Junta de Gobierno le correspondía ejercer el poder constituyente sujeto siempre a aprobación plebiscitaria. CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. Revista de Derecho Público, (Nº especial): 57-81, 2013. p.62 y p. 64.

²⁶ A partir de ese momento comenzó a regir con las modificaciones introducidas por la Ley Nº18.825 que incorporó 54 enmiendas. Sin embargo, aún no es posible hablar de una aplicación íntegra del texto constitucional en razón de existir ciertas disposiciones programáticas incumplidas que vuelven inoperativas ciertas normas constitucionales como acontece con la Ley Nº 19.526 que deja inactivo el art. 121 al no haberse dictado la ley correspondiente. Véase la 10ª disposición transitoria. CARMONA, Carlos. Las

vigencia, sin embargo, aún no se ha logrado obtener mayores consensos en cuanto a determinar cuáles son sus ventajas y desventajas²⁷, pues en efecto, no sólo se discrepa acerca del déficit de legitimidad originaria de que adolece este ordenamiento constitucional, el llamado “pecado de origen” a que se refiere la discusión pública al denunciar su espuria génesis autocrática, sino que además existe un escaso grado de conformidad en cuanto a si dicho texto ha logrado justificarse apelando a la aplicación de su propio contenido normativo, es decir, remitiéndose a su legitimidad de ejercicio. Y ello porque se ha constatado la persistencia de ciertos “enclaves autoritarios”²⁸, “cerrojos”²⁹ o de ciertas “trampas”³⁰ incrustadas en las entrañas de este cuerpo constitucional, tanto en su

reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. *Revista de Derecho Público* (Nº especial): 57-81, 2013. pp. 64-65. También CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002. pp. 270-271.

²⁷ Un compendio valorativo de estos rasgos en NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Librotecnia, 2005. 668 pp.; ZÚÑIGA, Francisco., comp. *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Santiago, Legal Publishing, 2014. 329 pp.; y, un trabajo de conjunto inspirado en la labor del “grupo de los 24” de la década de 1980, aunque desde una perspectiva defensora del régimen constitucional imperante GARCÍA, José., coord. *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*. Santiago, Legal Publishing & Thompson Reuters, 2014. 541 pp.

²⁸ El término “enclave autoritario” o “antidemocrático” se atribuye a Manuel Antonio Garretón en su obra *Hacia una Nueva Era Política sobre las democratizaciones*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Sobre esta referencia véase CAZOR, Kamel. Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental? *En*: NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Librotecnia, 2005. p. 528, Nota 3. Cabe destacar que Garretón, como una forma de preservar en la memoria la ilegitimidad de origen del plebiscito de 1980, decidió negarse a hablar de “Constitución” de aquel año nombrándola como “Constitución de 1981” enviando sus obras bajo tal denominación, aunque sus editores devolvían sus manuscritos corregidos con el año de 1980. Véase FUENTES, Claudio. *El Fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago, Huerders, 2013. p. 15.

²⁹ Bajo la idea de uno o más candados se ha dicho que este cuerpo normativo incrustó un “cerrojo de castidad liberal, que no sea posible abrir ni desde dentro (por los desvaríos parlamentarios) ni desde afuera (por explosivos de civilidad)”, asunto que sugiere la existencia de un “dispositivo mecánico para formar y gobernar ciudadanos mecánicos [...] para asegurar el orden interior (o sea, la gobernabilidad de la sociedad) y la reproductibilidad formal del sistema institucional”. SALAZAR, G.; MANCILLA, A., y DURÁN, C. *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía*. Tomo I. Santiago, LOM, 1999. p. 104.

³⁰ Este mismo concepto ha sido renovado por Atria cuando se refiere a ciertos cerrojos que han permanecido intactos en el texto constitucional, entendidos éstos como aquellos “dispositivos que permiten, con independencia de las manifestaciones políticas del pueblo [que] el proyecto político de la dictadura siga en pie”. Entre ellos se encuentran las leyes orgánicas constitucionales con sus quórum de aprobación y el control preventivo del Tribunal Constitucional, además de un “metacerrojo” encardado de protegerlos,

parte orgánica como dogmática, al resguardar el “modelo”³¹ legado por la dictadura y al excluir de esta manera cualquier posibilidad de que su mandato fundamental pueda asimilarse democráticamente por parte de la ciudadanía, pese a las sucesivas reformas constitucionales que ha experimentado desde 1989 hasta la actualidad. No se entendería de otra forma, por tanto, que esta última circunstancia haya dado pábulo a que hoy se hable de una verdadera “Constitución gatopardo”, pues “ha persistido inalterada en lo substancial en la misma medida en que ha sido reformada”³².

Como puede apreciarse, las consideraciones reseñadas anteriormente han dado lugar a un desdoblamiento del problema constitucional distinguiéndose tanto una dimensión substancial como otra procesal referidas, respectivamente, a la discusión sobre qué constitución se quiere estatuir y sobre cómo arribar a ella. Esta bifurcación obedece a los principales aspectos críticos del texto constitucional vigente relacionados con el tema de la legitimidad en su doble variante, pues como bien observan los integrantes del “movimiento marca AC”, la problemática del debate constitucional chileno se estructura, desde una parte, en un primer eje que mira hacia el origen del texto constitucional vigente consistente en su “generación antidemocrática”; y, por otra, en un segundo eje que mira tanto a su estructura como contenido “que desconfían del pueblo como titular de la soberanía”, lo que

consistente en los quórums de reforma constitucional. Debe dejarse de lado el sistema binominal incluido por el autor al sustituirse durante el 2015 por uno de carácter proporcional inclusivo según las modificaciones hechas a la Ley Orgánica Constitucional N° 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinio. Véase Boletín N° 9326-07. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 46.

³¹ Con ello se alude al modelo económico proyectado políticamente por la Junta Militar encabezada por Pinochet, siendo definido como aquellos “principios que rigen la relación entre la dimensión económica de una sociedad y el resto de las dimensiones (política, normativa, cultural y estructura social) [...] El modelo estructura las relaciones y define sus rasgos, es el ADN que explica la configuración que adquieren las relaciones económicas”. MAYOL, Alberto. *El derrumbe del modelo. La crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago, LOM, 2012. p. 30.

³² Como veremos más adelante, nos encontramos frente al cuerpo constitucional más reformado de toda nuestra historia, sin que se haya conseguido alterar medularmente su identidad autoritaria original, aspecto que la torna “gatopardeana” RUIZ-TAGLE, Pablo. La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: CRISTI, Renato. y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 198.

en la literatura constitucional se conoce como “democracia protegida”³³. De ello se colige que en la actualidad se discutan dos grandes tópicos del debate constitucional, pues si por una parte tenemos que su dimensión material o substancial se encuentra vinculada más directamente con la legitimidad de ejercicio al centrarse en el producto constitucional; por el contrario, su dimensión formal aparece más emparentada con la legitimidad de origen que se preocupa por el modo de elaboración de una constitución. Esto fue, precisamente, lo que quisieron decir las voces de un amplio espectro de organizaciones sociales en un manifiesto político difundido a mediados del 2013 en virtud del cual, efectuando una evaluación crítica de la crisis de representatividad y de credibilidad de las instituciones políticas, y constatando el malestar social que se ha manifestado en las calles a través de sus innumerables protestas y movilizaciones, sentenciaron:

“Chile enfrenta una encrucijada cuya solución definirá su destino como país. El debate sobre reforma constitucional, nueva Constitución, y fórmulas como plebiscito y Asamblea Constituyente, así lo demuestra [...] En la base de todos los problemas planteados está el orden constitucional que nos rige. Este fue implantado a través de un plebiscito fraudulento en 1980 y consagra la existencia de un Estado neoliberal, herencia de la dictadura y, en lo sustancial, se ha mantenido incólume hasta nuestros días, perpetuando su crisis de legitimidad”³⁴.

Por esta razón, la discusión ciudadana sobre la “cuestión constitucional”³⁵ no ha permanecido estática frente a estos reparos, pues al haber tomado consciencia de estos asuntos a través de largos años de reflexión, su postura inicialmente deliberativa ha cedido paso a una postura de carácter más propositiva por parte de los diversos actores que han intervenido en la discusión constitucional, resultando importante destacar que

³³ CODDOU, Alberto y CONTRERAS, Pablo. Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: La experiencia de “Marca tu Voto”. En: Anuario de Derecho público Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones UDP., 2014. p. 130.

³⁴ Manifiesto Plebiscito para una nueva Constitución. En: *Plebiscito para una nueva Constitución. Una nueva causa histórica para Chile*. Santiago, Ediciones el Buen Aire, 2013. pp. 7-8.

³⁵ Así se ha denominado el problema referido a los déficits de que adolece el texto constitucional vigente y su eventual reemplazo por una nueva constitución. Tal concepto ha sido empleado “en el mismo sentido argumentativo en el que se hablaba antes de la *cuestión social*, no en el sentido técnico jurídico en que se habla de una *cuestión de constitucionalidad*”. MUÑOZ, Fernando. “Chile es un República democrática”: La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En: Anuario de Derecho público Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones UDP., 2014. p. 64. Cursivas del original.

no sólo han participado los grupos políticos con representación parlamentaria a través de sus mociones legislativas, o mediante las promesas de campañas políticas de las últimas dos elecciones presidenciales³⁶, sino también por medio de un conjunto de proyectos impulsados por diversas organizaciones de la sociedad civil que son las que efectivamente han iniciado este debate. En este sentido, recuérdese que las primeras prevenciones se efectuaron incluso con anterioridad a la aprobación del texto constitucional de 1980, particularmente cuando en 1979 el Grupo de Estudios Constitucionales o “grupo de los 24” –como se denominaba por el número de sus miembros fundadores, entre los que se encontraban algunos profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción como Raúl Rettig y Manuel Sanhueza–, plantearon un pensamiento constitucional alternativo al oficial apoyado por el régimen militar en virtud del documento denominado “Bases Fundamentales de la Reforma Constitucional”, obra que tenía por objeto servir como esquema válido frente al anteproyecto constitucional que en ese entonces se estaba fraguando en la denominada “Comisión Ortúzar”³⁷. Pero también, en una historia más reciente podemos recordar, por vía de ejemplo, lo acontecido fundamentalmente durante el período de fines del 2012 y durante todo el año siguiente con el movimiento “Marca tu Voto” que, inspirado en el proceso constituyente colombiano de 1991 surgido a instancias del movimiento “de la séptima papeleta”, y valiéndose de las posibilidades ofrecidas por el marco *institucional* establecido por la Ley N° 18.700 sobre Votaciones Populares y

³⁶ Las propuestas emanadas del espectro político que va desde el centro hasta la izquierda comprendían un conjunto de procedimientos constitucionales disímiles entre ellos. Para las elecciones del 2009 véase FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En: EL MISMO., ed. *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 66-73. Para las elecciones del último ciclo véase SEGURA, Patricio. La situación actual de la discusión constitucional en Chile. En: *Plebiscito para una nueva Constitución. Una nueva causa histórica para Chile*. Santiago, Ediciones el Buen Aire, 2013. pp. 79-92.

³⁷ Sobre la historia de este grupo, su posición crítica frente al anteproyecto de constitución elaborado por la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política del Estado instalada por la Junta militar y sobre las apreciaciones que le mereció el texto constitucional finalmente aprobado por ésta, véase ORREGO, Eugenio. El grupo de estudios constitucionales y el plebiscito de 1980. En: *Historia de una alianza política*. Santiago, CED. y CESOC., 1992. pp. 151-191. También QUINZIO, Jorge. El grupo de los 24 y su crítica a la Constitución Política de 1980. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (23): 15-37, 2002. Una opinión particular en SANHUEZA, Manuel. Críticas por autocrática, militarista y plutocrática de la Constitución otorgada de 1980. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (202): 65-77, 1997.

Escrutinios, llamó a que en las votaciones presidenciales y parlamentarias del 2013 se marcara “AC” (en señal de asamblea constituyente) como una forma de medir la magnitud política sobre la necesidad de una nueva constitución y el mecanismo que debía emplearse al efecto³⁸. Piénsese igualmente en aquel encuentro celebrado en julio de 2013 en la sede del antiguo Congreso Nacional de Santiago donde se reunió un amplio espectro de organizaciones sociales a fin de deliberar acerca de la necesidad de estatuir un nuevo arreglo fundamental en torno a la iniciativa denominada “Plebiscito para una nueva Constitución”³⁹. En fin, téngase en cuenta una de las últimas iniciativas surgidas en esta materia con ocasión del proyecto de ley de reforma constitucional del año pasado elaborado por un grupo de constitucionalistas en conjunto con el movimiento “Marca AC” y que terminaría siendo suscrito también por la “bancada transversal por una asamblea constituyente”. Con esta moción se perseguía ampliar las facultades del Ejecutivo en materia de plebiscito en vistas de un posible acuerdo con el Congreso Nacional a fin de consultar a la ciudadanía sobre el mecanismo que ha de emplearse para elaborar una nueva constitución⁴⁰.

Así pues, lo que subyace al debate de por qué ha de mantenerse la vigencia del texto constitucional de 1980, o bien de por qué ha de procederse a su reemplazo por una nueva – aspectos propios de la dimensión substancial–, son las razones de cómo resolver una y otra alternativa –consideraciones propias de la dimensión procesal. De ahí que estemos frente a

³⁸ CODDOU, Alberto. y CONTRERAS, Pablo. Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: La experiencia de “Marca tu Voto”. En: Anuario de Derecho público Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones UDP., 2014. p. 130.

³⁹ En dicho encuentro se recogieron opiniones de académicos como Fernando Atria, Manuel Garretón, Elisa Loncón y Lautaro Loncón; también las voces de los movimientos sociales como la Coordinadora Nacional de Estudiantes Secundarios, Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile, Movimiento Ciudadanos por una Asamblea Constituyente, Movimiento Ciudadano “Marca tu voto”, Movimiento por la Consulta y los Derechos Ciudadanos, Agrupación Nacional de Empleados Fiscales, Movimiento de Liberación Homosexual, Movimiento pro Emancipación de la Mujer Chilena, Movimiento Mujeres por la Asamblea Konstituyente, Coordinadora de la Mesa Social para un Nuevo Chile y organizaciones ambientales como Ecosistemas. Incluso hasta el obispo de Aysén estuvo presente. Todos sus discursos dieron nacimiento a un libro que discute y plantea la necesidad de una nueva constitución. Véase *Plebiscito para una nueva Constitución. Una nueva causa histórica para Chile*. Santiago, Ediciones el Buen Aire, 2013. 92 pp.

⁴⁰ Véase Boletín N° 10014-07 del 19 de abril de 2015. Cariola, Karol; Fernández, Maya; Fuentes, Iván; Girardi, Cristina; Hernando, Marcela; Jackson, Giorgio; Provoste, Yasna; Rivas, Gaspar; Soto, Leonardo; y, Vallejo, Camila.

un debate que no sólo ha situado en extremos antagónicos a defensores y detractores del ordenamiento constitucional en vigor –o en sentido inverso, a detractores y defensores de una nueva constitución respectivamente–, sino que además ha polemizado las diversas posturas que pueden suscitarse entre los mismos actores que participan al interior de cada extremo de esta discusión, especialmente cuando deben pronunciarse acerca de si sus propuestas programáticas han de atenerse a *vías institucionales* o *extra-institucionales*. Y es que dado el carácter como ha venido desarrollándose esta discusión, en donde más que reflexionar acerca del eventual contenido normativo que ha de proyectarse al interior del cuerpo constitucional –ya sea que se defienda el actualmente imperante, ya sea que se trate del nuevo ordenamiento que se pretende acordar por parte de la ciudadanía que demanda esta otra idea–, el debate se ha empantanado en un asunto de carácter procesal como es la búsqueda de una serie de mecanismos de producción constitucional tal como se ha ventilado en sede Legislativa que, según tendremos oportunidad de analizar, se ha apresurado a tomar el liderazgo del proceso constituyente bajo la premisa de que éste debe canalizarse a través de instancias *institucionales* mediante la presentación de una serie de mociones parlamentarias a fin de obtener las reformas constitucionales pertinentes⁴¹. Y es aquí donde debe advertirse que ha sido a partir de la intervención del Parlamento que el debate impulsado por la ciudadanía haya terminado por verse neutralizado, pues la influencia legislativa ha condicionado la discusión constitucional hacia una determinada predisposición a concebir como única válvula de escape posible frente a este problema aquellas vías que puedan calificarse como *institucionales*. Sólo a través de la conducción del Congreso sería posible avanzar hacia un eventual cambio constitucional sin *romper* con los márgenes del ordenamiento vigente. Con ello la ciudadanía ha ido perdiendo terreno en el debate constitucional calificándose negativamente sus propuestas que apelan a una asamblea constituyente como *extra-institucionales* y *rupturistas*.

En este sentido, bajo el influjo del Congreso Nacional, los proyectos formales para conducir el proceso constituyente no sólo han predominado por sobre aquellas otras

⁴¹ Entre los nueve proyectos de ley de reforma constitucional presentados hasta la fecha solo uno de ellos se refiere expresamente a la dimensión substancial de este debate. En particular consúltese la moción proveniente de la Cámara de Diputados contenido en el Boletín N° 10193-07 con fecha 11 de junio de 2015, que dispone una reforma constitucional para sustituir cada uno de los capítulos del texto constitucional de 1980. Andrade, Osvaldo; Ceroni, Guillermo; y, Schilling, Marcelo.

propuestas de carácter material destinadas a definir qué constitución quiere la ciudadanía, sino que además, debido a esta misma circunstancia, es posible que hoy hablemos de una relativa “experiencia” procedimental de la “cuestión constituyente” que paulatinamente se ha promovido a instancia de cada uno de los actores a quienes se les ha permitido intervenir en este debate, diferenciándose, con ello, de este segundo ámbito substancialista que aún se encuentra en un estado embrionario⁴². Lo anterior cobra vital importancia pues aunque aún no se tenga claridad respecto al ordenamiento constitucional que se pretende erigir, se sabe por lo menos que el orden actualmente vigente no puede permanecer estático; pero también, y quizás lo más importante, el hecho de contar ya con “cierta” experiencia procedimental que va tanteándose paulatinamente –primero en la ciudadanía, luego residenciado en el Parlamento– como un verdadero desafío a que el mecanismo que finalmente se haya definido se aleje del pasado constituyente chileno caracterizado por el uso constante de la violencia como ulterior recurso decisorio⁴³. Y agreguemos, también, que se trata de un desafío respecto a la clase política en cuanto a no distorsionar la voluntad constituyente de la ciudadanía, apoderándose exclusivamente de este proceso a fin de dictar unilateralmente un texto constitucional que no recoja los cambios exigidos por los movimientos sociales, tal como ha venido aconteciendo en cierta medida con el Congreso Nacional, aunque sin mayor éxito. Lo mismo puede decirse del proceso constituyente que hoy en día conduce el Gobierno de turno de Bachelet desde que se anunció oficialmente su programa el 13 de octubre del 2015 y que aún permanece en ciernes determinar si en el futuro hemos de hablar de una nueva constitución que goce de legitimidad democrática⁴⁴.

⁴² Una de los pocos planteamientos detallados sobre el contenido de una nueva constitución puede encontrarse en QUINTANA, Augusto. Una Constitución para el siglo XXI. *Revista Mensaje*, (614): 552-555, 2012.

⁴³ SALAZAR, G.; MANCILLA, A., y DURÁN, C. *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía*. Tomo I. Santiago, LOM, 1999. pp. 20-21. También EL MISMO, *La violencia política popular en las “Grandes Alamedas”. La violencia en Chile 1947-1987 (Una perspectiva histórico popular)*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2006. pp. 81-82. EL MISMO, *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales. Chile, siglos XX y XXI*. Santiago, LOM, 2009. pp. 5-23. VALDIVIA, Verónica. Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena. *En*: FUENTES, Claudio., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 131-154.

⁴⁴ El proceso constituyente se ha plantado programáticamente en el siguiente itinerario: primero, abrir instancias para la educación cívica por un semestre; segundo, iniciar un proceso de diálogo ciudadano a nivel comunal, provincial y regional entre marzo y octubre del presente año; tercero, la formalización de un consejo ciudadano de observadores que garantice el proceso participativo; cuarto, del resultado de estos diálogos se

Si pudiéramos esquematizar entonces este debate constitucional tendríamos que distinguir entre dos grandes tópicos comprendidos tanto desde su dimensión substancial como desde aquella perteneciente a la procesal. Enseguida, debemos agregar que en el primer ámbito se discute tanto la identidad de una nueva constitución, pero también se pondera la conveniencia de preservar el contenido del ordenamiento vigente. Y del mismo modo anterior, respecto al segundo ámbito formal se discuten diversos métodos destinados a generar una nueva constitución, aunque también se tienen en cuenta los dispositivos internos reconocidos por el ordenamiento constitucional vigente que pueden utilizarse para prolongar su existencia, o bien, desde una interpretación extensiva de la actividad reformadora, para elaborar una nueva constitución. Y, por último, mientras la dimensión substancial mira a la legitimidad de ejercicio; por el contrario, la dimensión procesal mira a la legitimidad originaria. Es bajo estas coordenadas que se conduce la “cuestión constituyente” y de acuerdo con ellas el discurso argumentativo será diferente según cada eje en particular. Llama la atención, por tanto, que la demanda social por un determinado producto constitucional, pese a que se ha concebido como la parte explícita de esta polémica, termine siendo desplazada por una cuestión propositiva que se ha intentado plantear accesoriamente como es la demanda de un determinado procedimiento constitucional. ¿Cómo explicar esta inversión de los términos del debate constitucional? ¿Si la demanda ciudadana tiene por objeto alcanzar una constitución dotada de plena legitimidad democrática, por qué esta exigencia ha sido relegada a una cuestión de segundo plano? ¿No parece más lógico que la discusión ulterior de este debate se detenga con mayor atención en su dimensión substancial?

estatuirán las bases para el proyecto de nueva constitución a cargo del Ejecutivo para que sea enviado durante el segundo semestre del 2017 al Congreso Nacional; quinto, proceder a reformar el texto constitucional vigente a fin de determinar el órgano encargado de discutir la nueva constitución; sexto, el mecanismo constituyente por el que se aprobará o no la nueva constitución será definido por el Congreso al mismo tiempo que discute sobre su contenido normativo, las alternativas están dadas por: *a)* el mismo Parlamento en una comisión bicameral; *b)* una convención constituyente mixta compuesta por senadores, diputados y ciudadanos; *c)* una asamblea constituyente; *d)* un plebiscito ciudadano para elegir entre las tres alternativas anteriores; y, *e)* la convocatoria a un nuevo plebiscito ratificadorio de la nueva constitución. Una crítica de este proceso efectuada por Carlos Peña en Cuadrar el círculo. El Mercurio, Santiago, Chile, 14 de Octubre de 2015. p. A2. De su misma autoría Alegría constitucional. El Mercurio, Santiago, Chile, 18 de Octubre de 2015. p. D13. Consúltese igualmente la columna de Enrique Navarro: Proceso constituyente. El Mercurio, Santiago, Chile, 18 de Octubre de 2015. p. A2.

Como podremos advertir enseguida, el hecho que la demanda por un determinado producto se plantee en términos de procedimiento obedece a las distintas conexiones que existen entre proceso y producto dilucidadas por Atria. Bajo la idea de que el proceso se encuentra unido a la legitimidad de origen y el producto asociado a la legitimidad de ejercicio, pueden distinguirse dos tipos de conexiones entre ambos términos. Quien atónito se hacía las preguntas recién enunciadas en orden a por qué la discusión del debate constitucional no prestaba mayor atención al contenido del ordenamiento fundamental que se pretende elaborar, debe decirse que en realidad dichos cuestionamientos se hacen en el supuesto de que el producto es esencialmente escindible del proceso. En este caso estamos frente a una “conexión externa”⁴⁵ entre ambos factores que nosotros preferimos conceptualizar bajo la denominación de “dimensión substancial del debate constituyente” por estimar que aun cuando la desvinculación entre el producto con el proceso resulta riesgosa, desde el plano dialógico puede resultar beneficioso detenerse a reflexionar sobre el contenido de una nueva constitución paralelamente a la discusión sobre cómo arriba a ella⁴⁶. Pero también estamos conscientes de que entraña un peligro, pues como en este caso el producto es independiente del procedimiento, ello puede inducir a creer que entonces es absolutamente irrelevante el modo como pueda originarse una constitución cuando en realidad lo importante es su aplicación práctica que siempre será susceptible de legitimarse apelando a su propio contenido normativo⁴⁷. Ha sido por este mismo motivo que la demanda por un determinado producto se ha planteado en términos de procedimiento, puesto que es necesario tomar las precauciones para evitar incurrir en nuevas

⁴⁵ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 59.

⁴⁶ En el cumplimiento de un deber de historiador y de académico comprometido con la ciudadanía, Salazar ha efectuado una lista de las grandes “deudas históricas constitucionales” hacia la sociedad respecto a la falta de solución de sus problemas en cada una de las coyunturas constituyentes del pasado nacional. De acuerdo a este “programa constituyente alternativo” se han recogido “un conjunto de premisas históricas para construir, en base a ellas, la Constitución política que, en justicia ciudadana, le correspondería a Chile”. SALAZAR, Gabriel. Premisas históricas para una eventual y nueva Constitución política para Chile. En: EL MISMO, *Movimientos sociales en Chile. trayectoria histórica y proyección política*. Santiago, Uqbar, 2012. pp. 445-450.

⁴⁷ Bajo esta lógica cualquier procedimiento sería válido a la hora de estatuir un nuevo arreglo fundamental, “[e]ntonces empezaremos a hacer listas de pros y contras, comparando asambleas constituyentes, reformas parciales, comisiones de expertos, golpes de Estado, etc.”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 59.

perturbaciones destinadas a imponer por la fuerza un determinado texto constitucional tal como ocurrió en 1980. Pero también la forma de haber planteado esta demanda cobra sentido si se tiene en cuenta que existe una segunda especie de conexión entre proceso y producto en que ambos términos son inescindibles, dependiendo este último siempre del primero, es decir, el producto anticipándose en el proceso⁴⁸. De acuerdo a esta “conexión interna”⁴⁹ el término preponderante siempre será la legitimidad de origen o la forma de elaboración constitucional frente al contenido o legitimidad de ejercicio. Conforme a esta relación de dependencia parece lógico que antes que hablar del producto, debemos detenernos en el proceso puesto que conforme a este último factor es que formalizaremos un determinado resultado. Y lo que sea ese resultado dependerá de cómo se haya resuelto el proceso. De este modo, sólo desde un acto de afirmación política y desde una concepción democrática del poder constituyente en que la participación del pueblo en el proceso genético constitucional es un requisito indispensable, sólo bajo esta perspectiva es posible sostener que será posible obtener verdaderamente una nueva constitución, ya que de lo contrario estaremos frente al mismo texto constitucional de 1980⁵⁰. Eso es lo que concluye Atria cuando sostiene que “la dictación de un texto constitucional no necesariamente es la dictación de una constitución”⁵¹. Por nuestra parte agreguemos que estando de acuerdo con este acto de afirmación política –por ello hemos tenido cuidado de hablar siempre de texto constitucional y no de Constitución de 1980–, no obstante creemos que esto no significa un llamado a la inactividad como si tuviéramos que detenernos a

⁴⁸ Conforme a dicha conexión la conclusión de Atria es que como el texto constitucional de 1980 en realidad no es una constitución por el modo evidentemente antidemocrático en que fue impuesto. Esta misma circunstancia justificaría la idea de establecer una asamblea constituyente: “no porque se trata de una constitución ilegítima, sino porque no es una constitución en el sentido al revés de que no constituye al pueblo sino lo niega, al hacerlo incapaz de actuar”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 64.

⁴⁹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 63.

⁵⁰ “[L]a llamada Constitución de 1980 no es una constitución, es una camisa de fuerza [...] No es una decisión que pueda ser entendida por el pueblo como propia, en lo que respecta a su forma y modo de existencia, sino que es una maraña de dispositivos cuya finalidad más precisa es negar el poder constituyente del pueblo”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. pp. 63-64.

⁵¹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 63.

reflexionar sólo respecto a la dimensión procesal del debate constitucional sin tomar en consideración la dimensión substancial.

Por otra parte, creemos que la necesidad planteada por el mismo autor en cuanto a no distinguir entre proceso y producto, entre legitimidad de origen y de ejercicio, como si se trataran de un todo en sí mismo, sólo es explicable bajo el acto de afirmación política recién referido, pero no desde un punto de vista histórico-jurídico que es el que precisamente descarta Atria al afirmar que la ilegitimidad del texto constitucional de 1980 no depende ya de que su proceso de elaboración, incluido el plebiscito fraudulento que la ratificó hayan sido irregulares, si por irregular se entiende desde una concepción normativista del poder constituyente originario para formular estos reproches⁵². Dicho esto, pensamos que ambas conexiones o ambas dimensiones del debate constitucional deben tenerse en consideración separadamente no sólo para seguir avanzando en la deliberación ciudadana, sino también porque estos dos elementos resultan útiles a la hora de efectuar una descripción histórica de los procesos constituyentes que son esencialmente dinámicos, pues es perfectamente posible concebirse que una constitución haya nacido legítimamente pero que durante su vigencia haya incurrido en ilegitimidad de ejercicio, así como también es perfectamente posible concebir que un texto constitucional se haya generado ilegítimamente, pero que durante su vigencia práctica haya alcanzado legitimarse mediante su ejercicio⁵³.

Por lo tanto, es respecto a esta última “conexión interna”, que nosotros preferimos denominar “dimensión procesal del debate constitucional”, la que nos interesa a fin de comprender cómo es que se ha planteado esta variante formalista de la discusión constituyente. Y lo primero que tenemos que decir al respecto es que dicho debate se ha

⁵² “Es verdad que, como dicen sus defensores, el pecado de origen de la Constitución de 1980 es algo común en muchas constituciones que nos parecen hoy dignas, de modo que el solo hecho de haber sido aprobada en un plebiscito fraudulento, hace más de treinta años, no puede ser una objeción decisiva en contra de ella. Pero es incorrecto decir que el modo de origen de la constitución es irrelevante”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 58.

⁵³ Y este dinamismo proviene de aquel clásico problema, según nos instruye Bobbio, de la relación entre poder y derecho, rica en sus consecuencias según cómo se entiendan las diferentes relaciones entre legitimidad y legalidad. Véase BOBBIO, Norberto. *El poder y el derecho*. En: BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*. México, Grijalbo, 1998. p. 30.

planteado dilemáticamente instando a tomar partido por algunas de las alternativas antagónicas orientadoras de este proceso constitucional que arrancan de la creación un binomio que atribuye a cada variable una determinada consecuencia positiva y negativa respectivamente; binomio que puede resumirse bajo la siguiente fórmula: “*vía institucional = continuidad constitucional*”, “*vía extra-institucional = ruptura constitucional*”. Si pudiéramos deducir dicha fórmula veríamos lo siguiente: a un determinado proceso se le ha querido imputar un efecto específico en virtud del cual se obtendrá un categórico producto. Luego, bajo este entendimiento, tratándose de la primera variable del binomio, mientras al proceso se lo ha hecho consistir en una *vía institucional* identificada con la reforma constitucional, el efecto atribuido a ella ha sido entenderla como una *continuidad constitucional* a fin de alcanzar un determinado producto, aunque respecto a éste hay mayor certeza como género que como cuerpo cierto desde que se discrepa si se obtiene el mismo texto constitucional vigente sujeto a reforma, o si se obtiene una nueva constitución. Por la otra parte, en cambio, mientras el proceso ha sido radicado en una *vía extra-institucional* asociada a una asamblea constituyente, el efecto atribuido a ésta ha sido interpretarla como una *ruptura constitucional* a fin de conseguir un determinado producto dado por una nueva constitución. Conforme a esta lógica se desprende que mientras la primera variable afirma el cambio dentro de la permanencia; el segundo vector, por el contrario, adhiere a la discontinuidad como factor de cambio. En otras palabras, el dilema que permanece implícito en el debate constitucional consiste en determinar qué debe entenderse por una nueva constitución, pues si como recomiendan los defensores del régimen vigente, dicho objetivo puede alcanzarse a través de una reforma constitucional, tal como habría acontecido con la reforma del 2005, con ello se estaría preservando además la *continuidad constitucional*; no obstante, si como creen varios de los partidarios de estatuir una nueva constitución, ésta sólo puede alcanzarse apelando al poder constituyente originario, que por naturaleza es *extra-institucional*, entonces con ello debe resignarse a la idea de una inevitable *ruptura constitucional*. Dicho esto, podemos afirmar que ha sido esta dicotomía la que no sólo ha condicionado el tópico del debate constitucional inclinándola hacia su variante formalista, sino que también ha influido en el discurso argumentativo emanado desde ambos extremos de esta polémica. Hasta aquí, por lo tanto, la “cuestión constitucional” se encuentra delimitada en extremos antagónicos

(defensores/detractores y *viceversa*) en base a idénticos parámetros (substancial/procesal). Esto permite, en consecuencia, a que ambas vías, *institucionales* y *extra-institucionales*, se cuestionen recíprocamente exigiendo una determinada respuesta, pues mientras la primera vía apela a la *extra-institucional* bajo la pregunta: “¿una nueva constitución necesariamente ha de emanar de una *ruptura* derivada del ordenamiento constitucional existente?”; por el contrario, la segunda vía increpa a la *institucional* enunciando otra interrogante: “¿una nueva constitución puede derivar de una *continuidad* vinculada al ordenamiento constitucional vigente?”. Son estas disyuntivas las que han sido supuestas en el debate constituyente y que por el momento no han sido objeto de mayores preguntas ni menos de esclarecimiento dentro de este contexto. Por nuestra parte plantearemos que la disyunción que arranca del binomio constitucional que acabamos de exponer en realidad impone un falso dilema, ya que es perfectamente posible, al menos teóricamente, resolver el problema constituyente de acuerdo a parámetros *institucionales*, no obstante que desde un punto de vista práctico está condenado al fracaso. Sin embargo, esta alternativa no es aquella que generalmente podría pensarse como lo es la senda reformista adoptada desde 1989 según veremos más adelante. Si el dilema existe, es porque se cree que éste es en realidad el único método adecuado para resolver el problema constitucional por medios regulares y pacíficos, ya que de lo contrario sería forzoso inclinarnos por la *ruptura constitucional*⁵⁴. Pese al fracaso tanto de esta trayectoria reformista como de aquella otra que teóricamente también puede obtenerse desde la *vía institucional*, no por ello el abanico de posibilidades de soluciones pacíficas se cierra como pretende esta falsa disyuntiva. La opción que nos queda es precisamente la *vía extra-institucional* sin que necesariamente sea *rupturista*, al menos no como ha sido entendida en este debate. Sin embargo antes de avanzar en el desciframiento de este razonamiento es preciso analizar qué se entiende por *institucional* y *extra-institucional*, así como determinar cómo se ha interpretado la *continuidad constitucional* y la *ruptura constitucional*.

⁵⁴ En concepto de Atria ninguna de las dos estrategias es factible por lo que él postula soluciones intermedias. “La solución del problema constitucional debe estar entre estos dos puntos: se debe tratar de una forma institucionalmente reconocida que, sin embargo, permita una manifestación del pueblo no afectada por la trampa. A mi juicio el plebiscito constitucional satisface esas dos condiciones”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 101.

IV-. Aproximación al lenguaje del debate constitucional.

Como sostuvimos anteriormente, la formulación binaria del dilema constitucional anclada a la dimensión formalista del debate constituyente implica distinguir entre una variable *institucional* y otra *extra-institucional* como eventuales mecanismos procedimentales conforme a los cuales es posible provocar un determinado cambio constitucional en relación al ordenamiento vigente. Es necesario entonces hacer una breve clasificación sin ánimos de ser exhaustivos, pues como toda esquematización, esta vale lo que vale para aclarar un poco las ideas. Y luego, en segundo lugar, pasaremos a revisar el discurso que oscila entre defensores y detractores.

a) Conceptualización de las variables del binomio constitucional a la luz de sus actores.

1) Atendiendo al grado de coherencia con el texto constitucional de 1980.

Mientras la primera variable guarda mayor coherencia con el sistema constitucional considerado en su conjunto desde el momento en que este instrumento técnico-jurídico ha sido vinculado directamente con el dispositivo interno de revisión previsto en el Capítulo XV del texto constitucional de 1980, particularmente sus artículos 127 a 129⁵⁵; el segundo vector, en cambio, no guardaría ninguna correspondencia con este sistema al relacionarlo con un elemento externo –y por lo mismo *extra-institucional*– a su regulación jurídica como es una asamblea constituyente.

2) Atendiendo a los efectos que acarrea en relación al texto constitucional de 1980.

Mientras la primera variable se la interpreta como un mecanismo que confiere mayor estabilidad al ordenamiento constitucional al promover la *continuidad* dentro del cambio; el segundo vector no sólo se configura como un elemento desestabilizador, sino que

⁵⁵ Un estudio sistemático del procedimiento de revisión constitucional contemplado en el actual ordenamiento puede consultarse en SILVA, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional. Tomo X. Estado de excepción constitucional. Gobierno y administración interior del Estado. Reforma constiucional*. Santiago, Jurídica de Chile, 1997.

además se trataría de una instancia que adhiere a la discontinuidad como factor de cambio. Como veremos más tarde, de esta clasificación se pueden desprender innumerables consecuencias desde que la primera variable se encuentra ligada a la actividad del “poder constituyente derivativo” al mismo tiempo que el segundo vector se encuentra relacionado con el “poder constituyente originario”⁵⁶.

3) Atendiendo al producto obtenido con el uso de cada parámetro en relación al texto constitucional de 1980.

La variable *institucional* entraña cierta ambigüedad en su eventual resultado a causa de exponer constantemente al cuerpo constitucional a sucesivas reformas que pueden interpretarse de muy distinto modo, ambigüedad que proviene del concepto de “poder constituyente derivativo” que analizaremos más adelante⁵⁷. Si este mecanismo de revisión se interpreta restrictivamente, entonces estaremos frente al mismo texto constitucional vigente, aunque perfeccionado a causa de la purga de sus resabios autocráticos; en cambio si se lo concibe extensivamente, entonces estaremos ante a una nueva constitución inspirada en el régimen que la antecedía, es decir, el que actualmente nos rige. En uno y otro caso, sin embargo, es posible hablar de *continuidad*.

Por el contrario, respecto a la *vía extra-institucional* los actores que intervienen en este debate no han percibido ambigüedad alguna en su producto, pues se ha entendido que apelar al “poder constituyente originario” equivale a hacer *tabula rasa* en relación al ordenamiento preexistente, asunto que ha conducido a hablar de una efectiva *ruptura constitucional*, sin embargo ¿realmente será así?

⁵⁶ Una aproximación a ellos en relación al texto constitucional de 1980 puede consultarse en NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre el poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius Et Praxis*, (1): 229-262, 2009. También EL MISMO. La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (129):1261-1321, 2010.

⁵⁷ Este tema ha llegado a ser estudiado dentro del contexto actual del debate constitucional por ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013.164 pp. También por ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente. *Estudios Constitucionales*, (1): 511-540, 2013.

4) Atendiendo al grado de adherencia con respecto al texto constitucional de 1980.

Por lo dicho, se colige que quienes adhieren a la posición *institucional* son precisamente aquellos que se manifiestan en mayor o menor medida conformes con el régimen imperante, pues aunque reconocen que éste no puede permanecer estático, creen que se trata de un texto perfectible, pero ¿también reemplazable?

A la postura *extra-institucional* adhieren quienes ven insalvable la superación de la “cuestión constitucional” mediante el propio régimen que se pretende abolir, declarando agotadas las posibilidades de su largo camino reformista que ha terminado frustrado. Sería este aspecto el que induce en mayor medida a relacionarlo con una *ruptura constitucional*⁵⁸.

5) Atendiendo a los antecedentes históricos en los que se basan.

Quienes adhieren a la *vía institucional* lo hacen en base a un antecedente histórico relativamente reciente como es el proceso reformista adoptado desde 1989 hasta la actualidad, asunto que ha permitido afirmar contundentemente que “[l]a Constitución más difícil de reformar, ha terminado siendo la más reformada [...] Prácticamente todos los gobiernos han dictado reformas constitucionales en su período”⁵⁹. En este caso cobra

⁵⁸ Al respecto puede resultar esclarecedor el concepto de *institucional* que usa Atria en oposición al de estrategia *rupturista*: “Si por ‘institucional’ se entiende la manera en que se dio la reforma constitucional de 2005, es decir, sometida a las condiciones que exige el artículo 127 de la Constitución, la respuesta debe ser a estar [sic] alturas clara: la nueva constitución no puede darse mediante el envío de un proyecto de reforma constitucional al Congreso que busque los 2/3 de los votos, porque los beneficiarios de las trampas constitucionales simplemente los negarán”. En una forma más breve se refiere a esta *vía institucional* cuando afirma: “Lo que quiero decir es que el problema constitucional no puede ser solucionado por el ejercicio normal de las potestades constituidas (porque en ellas está contenida la trampa), no que el problema deba solucionarse por medios extrainstitucionales”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 101 y p. 91.

⁵⁹ Entre 1980 y 1989 el texto constitucional fue modificado una sola vez de conformidad a su articulado transitorio en virtud de la Ley N° 18.825 que introdujo un paquete de 54 reformas incluido un nuevo procedimiento de revisión, de modo que nunca tuvo aplicación el mecanismo de reforma contemplado en su articulado permanente contenido en el primitivo Capítulo XIV. De conformidad a este nuevo dispositivo reformador, entre 1989 y el año 2000, se incorporaron trece leyes de reforma (Leyes N° 19.055, 19.097, 19.174, 19.295, 19.448, 19.519, 19.526, 19.541, 19.597, 19.611, 19.634, 19.643 y 19.671) hasta que en este último año se modificó nuevamente el mecanismo revisor conforme la Ley N° 19.671. Entre el año 2000 y

particularmente importancia la reforma constitucional del 2005 por las consecuencias que ha tenido en este debate, asunto que analizaremos más tarde. Cabe agregar asimismo que un antecedente más remoto que les sirve de refuerzo al primero es la propia historia constitucional de Chile a fin de tender un lazo de *continuidad* entre ciertas constituciones, así como también para demostrar que el proceso reformista ha sido exitoso respecto de otros ordenamientos que en su origen fueron ilegítimos⁶⁰.

Quienes adhieren a la *vía extra-institucional*, sin embargo, no resulta del todo claro el antecedente bajo el cual se amparan, pues unas veces rememoran el propio pasado constituyente chileno para recordar que nunca se ha apelado al poder constituyente democrático para la generación de las constituciones⁶¹, así como también para manifestar que éstas han sido producto del uso constante de la violencia⁶². Pero también apelan a ciertos antecedentes más contemporáneos como la experiencia constitucional latinoamericana de los últimos años que ha elaborado sus constituciones mediante asamblea constituyente⁶³.

2005 se dictaron cuatro leyes de reforma (Leyes 19.672, 19.742, 19.876 y 20.050) de acuerdo con el procedimiento recién aludido. Desde la dictación de esta última Ley (que incorporó un paquete de 61 modificaciones incluido el propio mecanismo de revisión) hasta la actualidad estamos en presencia del último período de procedimiento de reforma en cuya virtud se han dictado hasta el 2013 catorce leyes modificatorias del texto constitucional (Leyes 20.162, 20.193, 20.245, 20.337, 20. 346, 20.352, 20. 354, 20.390, 20.414, 20.503, 20.515, 20.573, 20.644 y 20.710). CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. Revista de Derecho Público, (Nº especial): 57-81, 2013. p. 57; p. 63 y pp. 67-69. [Agreguemos por nuestra parte que entre el 2014 hasta hoy se han dictado cinco leyes de reforma (Leyes 20.725, 20.748, 20.854, 20.860 y 20.870. Es decir en total se han incorporado 37 leyes de reforma constitucional].

⁶⁰ CORREA, Sofía. Los procesos constituyentes en la historia de Chile: Lecciones para el presente. Estudios Públicos, (137): 43-85, 2015; ELLA MISMA. ¿Congreso Constituyente o Asamblea Constituyente? Revista de Derecho Público, (82): 41-52, 2015.

⁶¹ GREZ, Sergio. La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile. Tiempo Histórico, (1): 15-32, 2010.

⁶² VALDIVIA, Verónica. Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena. En: FUENTES, Claudio., ed. *En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 131-154.

⁶³ De los 18 países que conforman la región Latinoamericana sólo once países han experimentado un proceso constituyente mediante la figura de la asamblea constituyente, pero si se excluye el caso excepcional de Perú, tan solo 10 de estos países han implementado en sus respectivos textos constitucionales la asamblea constituyente destinada a servir de instancia para provocar un cambio constitucional como acontece con las

6) Atendiendo a la legitimidad en que se apoya cada variable en relación al texto constitucional de 1980.

La *vía institucional*, al identificarse con el procedimiento de revisión contemplado al interior del ordenamiento constitucional, considera absolutamente relevante justificarse apelando a la aplicación de la legalidad formal de su propio contenido normativo, reduciendo entonces la legitimidad de ejercicio a pura juricidad sin importar el modo en que el orden constitucional haya sido generado. Para esta concepción no importa que un texto constitucional adolezca de un “pecado de origen” mientras éste pueda subsanarse a lo largo del tiempo recurriendo a los distintos mecanismos legitimantes que provea el propio ordenamiento constitucional como puede ser el procedimiento de reforma.

La *vía extra-institucional*, en cambio, considerada absolutamente superflua la legitimidad de ejercicio en vistas de una legitimidad ulterior como es la originaria. Desde una concepción democrática deben respetarse sus principios en la elaboración del ordenamiento constitucional, de lo contrario como sostiene Atria, “la dictación de un texto constitucional no necesariamente es la dictación de una constitución”⁶⁴. Por este motivo de acuerdo a esta vía es fundamentalmente relevante detenerse en la dimensión procesal del debate puesto que de ello dependerá no sólo si se obtendrá un cambio constitucional, sino también una nueva constitución.

b) Aproximación al discurso argumentativo del debate constitucional.

Hemos afirmado anteriormente que la discusión constitucional, originada a instancias de la propia ciudadanía, se ha visto condicionada hacia una determinada predisposición a concebir como única válvula de escape posible frente a la “cuestión constitucional” aquellos mecanismos procesales respetuosos de la órbita del régimen imperante a fin de que éstos puedan calificarse como *institucionales* y para que el proceso por el cual se

experiencias constituyentes de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. SOTO, Francisco. Asamblea constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, (1): 397-428, 2014.

⁶⁴ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 63.

arribó a éste pueda reconocerse como una *continuidad* en relación al mismo ordenamiento. Y sostuvimos también que este condicionamiento se debe a la influencia que ha tenido el propio sistema constitucional a través de sus operadores intra-sistémicos como acontece con el Legislativo que, al decidir cooptar las propuestas ciudadanas, tiene por objeto asumir por su cuenta el liderazgo de la problemática constitucional. Pues bien, esto significa que el lenguaje inicialmente utilizado por la ciudadanía ha pasado a una reinterpretación desde y dentro del propio ordenamiento constitucional vigente, de modo que es necesario encontrar algún discurso argumentativo que se incline más al lado de los defensores de dicho texto que de sus detractores para poder entender qué nos dicen estos conceptos cuando se utilizan en el debate constitucional. Ello porque con la entrada del Parlamento a la discusión se produjo una desigual relación entre la valoración positiva del primer vector del binomio *institucional-continuidad constitucional* por contraste a la valoración negativa de la segunda variable *extra-institucional-ruptura constitucional*.

Desde este punto de vista, por tanto, nos valdremos de la opinión de dos académicos del derecho como Jaraquemada y Mery al considerar, a nuestro juicio, que sus planteamientos son representativos de esta tendencia defensora del ordenamiento vigente, citándolos de acuerdo con el orden lógico de sus ideas más que linealmente y comparándolas con las de otro jurista como Jorge Correa que sin ser un adicto al régimen constitucional, aun así se manifiesta partidario de mantener la vigencia de éste mientras no haya madurado suficientemente el debate constitucional, proponiendo “entrarle a la Constitución con una goma más que con un lápiz”⁶⁵.

En consecuencia, para poder analizar el discurso argumental de los defensores o de quienes se manifiestan más o menos conforme con el régimen constitucional imperante, puede resultar auspicioso si nos enfocamos desde el punto de vista de la dimensión procesal del debate constituyente, pues a partir de éste ámbito podremos observar qué es lo que defienden los partidarios del texto constitucional de 1980 y qué es precisamente lo que atacan sus detractores. Recuérdese que mientras estos últimos consideran la legitimidad originaria una cuestión absolutamente relevante, para los primeros la forma de elaboración

⁶⁵ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 2, pp. 26-27 y p. 34.

de una constitución es relegada a una cuestión de segundo plano en favor de la legitimidad de ejercicio. En este sentido, cuando Jaraquemada y Mery se enfrentan a este tópico, especialmente al contexto político por el cual se generó el texto constitucional de 1980 que hoy nos rige, interpretan correctamente el argumento de los detractores de éste al hablar en boca de ellos. En efecto, citan como ejemplo de una *vía extra-institucional* la elaboración de dicha organización constitucional que fue “concebida y aprobada por un gobierno militar, de espaldas a la población, que, sin ningún título y por la fuerza, se atribuyó a sí mismo el poder constituyente”⁶⁶. Conforme a tal descripción del “pecado de origen” de dicho texto se deducen ciertas características atribuidas a un procedimiento *extra-institucional* que terminan por asociarlo al uso de la violencia, pero también al efecto inmediatamente posterior consistente en su evidente *ruptura constitucional*⁶⁷. Pese a este reconocimiento del argumento esgrimido por los detractores del régimen constitucional que ataca su génesis, los defensores responden tajantemente que “[a]sí piensan algunos. Nosotros no, desde luego”⁶⁸, queriendo decir con estas palabras que el momento correspondiente a la elaboración constitucional es una fase esencialmente prescindible en comparación a ese otro segundo momento correspondiente a la legitimidad de ejercicio que forma parte de la dimensión substancial del debate. Por esta razón, si bien aceptan que el texto constitucional de 1980 se encuentra “bajo permanente sospecha”⁶⁹, son partidarios de olvidar este pasado indeleble en razón de su vigencia práctica a través de *vías*

⁶⁶ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 37.

⁶⁷ En un sentido similar Atria opone el concepto de *rupturista* al de *institucional*, entendiendo por el primero como aquella táctica que debe “conceder que no acata la ley o la Constitución vigente, Es una estrategia que declara superada (por tramposa) la legalidad y debe entonces apelar directa y solamente a la legitimidad”. Pero luego se entiende que asocia la *vía extra-institucional* con la *ruptura* cuando expone su propuesta para solucionar el problema constituyente de acuerdo con un plebiscito y se pregunta: “¿Es este plebiscito una ruptura de la institucionalidad, un acto de extrainstitucionalidad?”. También asocia la violencia a la *ruptura* ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 10, p. 98 y p. 83.

⁶⁸ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 38.

⁶⁹ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 43.

institucionales. Conforme a esa línea argumentativa y en una breve síntesis sobre ciertos antecedentes históricos que demostrarían lo fútil de quedarse inmersos en la genética constitucional postulan abiertamente no atender al principal motivo por el que se ha iniciado el debate constitucional:

“[I]a discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 parece, a estas alturas, un ejercicio de cierta fruslería: es bien sabido que la mayoría de las constituciones chilenas, particularmente la de 1833 y 1925, tuvieron partos complejos, atendidas sus circunstancias históricas y sus procedimientos de generación”⁷⁰.

De hecho, según ambos autores, los detractores del régimen imperante si bien “están más pendientes del origen de la Constitución que del inicio de su vigencia práctica”⁷¹, sería por esta misma razón que no logran valorar el paulatino perfeccionamiento del texto constitucional a través de las sucesivas reformas que se le han introducido para legitimarse frente a sus destinatarios. En su concepto, el grado en que el ordenamiento constitucional se ha legitimado así mismo es tan alto que éste supuestamente ha sido reconocido “invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida”⁷² al extremo de ni siquiera llegar a cuestionar sus “valores constitucionales”⁷³. Ello demostraría que seguir una *vía institucional* significa mantener una relación de máxima coherencia con el sistema constitucional considerado en su conjunto, especialmente cuando dicha vía es identificada con un mecanismo regulado al interior del propio cuerpo normativo como lo es el procedimiento de revisión constitucional. Sería a través de este dispositivo que se ha

⁷⁰ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 44.

⁷¹ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 43.

⁷² JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 45.

⁷³ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 45.

logrado el cambio dentro de la permanencia y por consiguiente la *continuidad constitucional*. Apoyándose en un antecedente relativamente reciente acerca del proceso reformista adoptado desde 1989, estiman que el texto constitucional se ha purgado de sus resabios autoritarios acusados por los detractores al punto de que éste se ha independizado de toda voluntad al reducir la legitimidad a pura legalidad⁷⁴. En consecuencia, ambos académicos piensan que sus detractores al estar inmersos en la dimensión substancial del debate olvidan que:

“gracias a los que la aplican e invocan a diario –más los acuerdos soberanos que la han modificado–, se mantiene viva, con total independencia de la voluntad de quienes la gestaron, sea que la paternidad del texto se la quieran a tribuir a Augusto Pinochet en 1980 o a Ricardo Lagos en 2005”⁷⁵.

Conforme a tales consideraciones los defensores no entienden por qué los movimientos sociales del último tiempo plantean la necesidad de acudir a otros procedimientos ubicados al margen del texto constitucional. En efecto se preguntan “¿[c]uál es entonces el objetivo tras el planteamiento de abandonar la vía de las *reformas graduales* –camino exitoso recorrido en los últimos treinta años– para optar por la convocatoria a una asamblea constituyente e ir a fojas cero?”⁷⁶. Reprobando todo procedimiento que se aleje de la reforma constitucional a fin de asegurar su perdurabilidad estiman que “[n]o hay razones para abandonar el camino institucional”⁷⁷, diferenciando en consecuencia esta última vía

⁷⁴ De acuerdo a sus cálculos hechos hasta el 2012, el texto constitucional ha sido objeto de 24 reformas que en su conjunto han modificado 79 materias relativas a su contenido normativo, asunto que demuestra, según ellos, la falsa acusación del hermetismo que tanto se le imputa. Dichas reformas corresponden a los años de 1989, 1991, 1992, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2010, 2011 y 2012. JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. pp. 45-46.

⁷⁵ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 43.

⁷⁶ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 55. Las cursivas son nuestras.

⁷⁷ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 41.

con aquella *extra-institucional* que se aparta del recorrido histórico del supuestamente exitoso proceso reformista para ir a “fojas cero” y generar una nueva constitución sin guardar ningún vínculo con el ordenamiento constitucional que actualmente se encuentra en vigor, es decir, *rupturistamente*. A la luz de tales conceptos terminan por advertir que “[u]n reemplazo constitucional sin rumbos predefinidos es una aventura temeraria no recomendable”⁷⁸, de modo que si no se sigue el camino *institucional* predefinido por la constitución para conseguir un cambio constitucional tal como lo ha planteado la ciudadanía que exige una asamblea constituyente, ello equivaldría a solucionar el problema constitucional *extra-institucionalmente*, sería “pretender que las instituciones cambien en respuesta a los que gritan en las calles y renunciar, de paso, a siglos de desarrollo institucional”⁷⁹. Por ello concluyen que “[a]ceptar una asamblea constituyente es apartarse de los cauces previstos para modificar la Constitución y las leyes”⁸⁰.

En un sentido similar se pronuncia Correa Sutil, aunque con las prevenciones que hemos anotado más arriba, respecto a la prescindencia de la dimensión procesal del debate constituyente, particularmente en lo que atañe a la ilegitimidad de origen, por estimar que el problema no radica tanto en ese ámbito como sí acontece con la dimensión substancial. Discutir sobre el origen de las constituciones no sería un argumento determinante a la hora de exigir cambios en esta materia porque la mayoría de los ordenamientos de este carácter han nacido con algún “pecado de origen”, que fueron producto de una imposición violenta del proyecto político de los vencedores en contra del de los vencidos, constante que puede apreciarse revisando la historia constitucional de cualquier país como la estadounidense,

⁷⁸ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 41.

⁷⁹ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 41.

⁸⁰ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 41.

francesa e incluso chilena⁸¹. Ante esta fragilidad histórica, en su concepto, deberíamos resignarnos⁸²:

“No se trata únicamente de que la Constitución del 80 fuera, en su origen, el fruto de la imposición de unos sobre otros: mal que mal, todas las Constituciones exitosas lo son o lo han sido en grado importante. Lo que la hace cojear es que nunca terminó de reflejar y acoger ideas popularmente triunfantes”⁸³.

A diferencia de los dos académicos anteriormente comentados, tenemos que el autor de marras estima que efectivamente existe un problema de la “cuestión constitucional”, pero que éste se encuentra radicado en su dimensión substancial relativa a falta de aceptación por parte de la ciudadanía respecto a su contenido normativo fundamental, es decir, el problema consiste en que no se ha legitimado plenamente a través de su propio ejercicio. Y este reparo es esencial en la medida que denuncia que la *vía institucional* consistente en el proceso reformista al cual se ha visto expuesto el texto constitucional de 1980 no ha logrado adaptarse a las necesidades de la ciudadanía, de modo que sería este propio mecanismo el que la hace “cojear”. Sin embargo, aun así piensa que ha sido gracias a este mismo intento de legitimación que las diferencias entre los distintos proyectos políticos de la sociedad no se resuelvan por métodos violentos, es decir, evitando que se resuelvan *extra-institucionalmente*⁸⁴. Si para los coautores citados más arriba el mecanismo de revisión se estimaba exitoso al procurar el cambio desde la continuidad en el sentido de que a través de la reforma constitucional no se obtendría una nueva constitución, sino un cambio constitucional perfeccionado; por el contrario, Correa Sutil considera que a través de la actividad reformadora no sólo pueden incorporarse reformas parciales al cuerpo

⁸¹ Algo similar nos dice Atria al afirmar que “quien defiende de este modo la Constitución de 1980 tiene razón cuando sostiene que el pecado de origen de esta no puede ser la cuestión de la que dependa hoy la respuesta a la pregunta por su legitimidad o ilegitimidad”. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 59.

⁸² CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. pp. 28-29.

⁸³ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 28.

⁸⁴ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. pp. 22-24.

constitucional, sino que además el proceso de revisión puede extenderse a aquella otra hipótesis –más teórica que real, según nos dice– contemplada para generar una nueva constitución, pues:

“Salvo que haya un quiebre constitucional, el surgimiento de una nueva Constitución exige una modificación de la actual. Quien deja sin efecto, deroga y reemplaza una constitución por otra, reforma o cambia la que está vigente, por lo que esos altos quórums [3/5 o 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio según Capítulo XV del texto constitucional de 1980] son plenamente aplicables a cualquier intento de crear una nueva Constitución”⁸⁵.

Esta es una de las principales divergencias que existe al interior de quienes se manifiestan partidarios del régimen constitucional vigente: determinar si el mecanismo de reforma contemplado en el Capítulo XV, artículos 127 a 129 del texto constitucional de 1980 no sólo se trata de un dispositivo dispuesto para modificar, sino para para crear un ordenamiento del mismo rango jerárquico. Ello cobra especial importancia al momento de determinar si la reforma del 2005 dio origen a una nueva constitución, o bien sigue tratándose del texto constitucional de 1980. Recuérdese que para los más adictos al régimen constitucional el proceso de reforma se configura como un vital mecanismo de sobrevivencia dispuesto para que el ordenamiento constitucional pueda incorporar todas aquellas modificaciones que se estimen pertinentes, pero sin alterar sustancialmente su identidad. Por ello lo defienden como un mecanismo efectivo de legitimación. Pero si se interpreta extensivamente, ¿cómo entender la reforma de 1989 o la de 2005?

Pero además esta última interpretación tiene relevancia para otro aspecto relacionado con el segundo vector del binomio constitucional, porque si se amplía el radio de acción de la reforma constitucional considerándola como un método de elaboración constitucional, con ello se estaría reduciendo las valoraciones negativas de lo que puede entenderse por *extra-institucional*, ya que con ello se demostraría que no es requisito indispensable el provocar una *ruptura constitucional* violenta para crear una nueva constitución desde que se constata que también puede obtenerse *institucionalmente* manteniendo una relación de *continuidad* con el ordenamiento preexistente, aunque cualitativamente se trate de dos

⁸⁵ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 23.

ordenamientos completamente diferentes. Sin embargo, como reconoce que se trata de una posibilidad lejana a causa de la rigidez o híper-rigidez del texto constitucional, pues es poco factible que los diputados y senadores de derecha renuncien a sus derechos y acepten el establecimiento de una asamblea constituyente que los reemplace en sus funciones, cree entonces que instituir a ésta conforme a derecho “no solo implica ensoñación sino que también conduce a la frustración”⁸⁶ y en consecuencia a retomar nuevamente una *vía extra-institucional*, pues entonces la nueva constitución “no derivaría su fuerza de haberse aprobado por los métodos contemplados en la vigente sino de la legitimidad del quiebre”⁸⁷, pero en esta hipótesis cualquiera en los hechos podría generar un nuevo texto constitucional⁸⁸, no sólo el pueblo apelando a la legitimidad democrática, sino también el poder militar apelando a una justificación de otro signo, tornándose esta vía, en consecuencia, en un severo problema que implica enfrentar el riesgo de “invocar la legitimidad de una ruptura y el ejercicio del poder constituyente originario”⁸⁹. De este modo, el hecho de preferirse el camino establecido por la primera variable del binomio, esto es, optando por una *vía institucional* haciendo operativo el procedimiento de reforma, con ello se está aludiendo a que deben respetarse las “reglas del juego” preceptuadas por el propio ordenamiento constitucional como un método de supervivencia ante cada una de las vicisitudes históricas a que se vea enfrentado, asegurando su *continuidad constitucional*. Pero este último concepto anotado, si bien implica cambio dentro de la permanencia, todo dependerá de cómo sea entendida la magnitud del cambio: si este es parcial, entonces se conserva la identidad del texto constitucional; por el contrario, si es considerablemente sustancial (no necesariamente cuantitativo), entonces estaremos frente a un nuevo

⁸⁶ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 23.

⁸⁷ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 24.

⁸⁸ Como bien señala Zúñiga, “el poder constituyente lo ejerce no necesariamente o en propiedad un sujeto predeterminado (pueblo, nación, junta, caudillo, partido, movimiento, clase, casta o élite), sino el sujeto que histórica y efectivamente puede ejercerlo”. ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente. Estudios Constitucionales, (1): 511-540, 2013. p. 521.

⁸⁹ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 24.

ordenamiento constitucional. Resolver esta problemática implica introducirse en unos de las discusiones doctrinales que la literatura constiucional denomina “límites a la actividad del poder constituyente derivado”⁹⁰.

En definitiva, es a la luz de esta última idea que el dilema constituyente puede manifestar sus primeros síntomas de falsedad desde que desaparece aquella excluyente división entre dos alternativas antagónicas orientadoras de este proceso al instar a que optáramos forzosamente por alguna de las dos variables del binomio constitucional a fin de obtener un nuevo orden fundamental. En principio, el primer vector de este binomio dado por la combinación entre *vía institucional – continuidad constitucional*, se lo ha entendido como un mecanismo de reforma que guarda una relación de máxima coherencia con el sistema constitucional considerado en su conjunto al procurar asegurar el cambio desde la *continuidad* y al ser reconocido internamente por éste. Enseguida es necesario preguntarse qué significa este cambio dentro de la permanencia puesto que se ha advertido que esta primera variable entraña cierta ambigüedad en el eventual resultado que se obtiene con el ejercicio de su actividad reformadora. Por ello sostuvimos que respecto a esta vía hay mayor certeza del producto en cuanto a género que como cuerpo cierto desde que la incorporación de modificaciones al texto constitucional vigente puede interpretarse de muy distinto modo. Ante ello recomendábamos que para poder descifrar esta ambigüedad inicial era necesario atender a la magnitud del cambio introducido por este mecanismo de revisión, pues si era de baja intensidad, es decir, entendiendo que se trata de una reforma sucesiva, aunque parcial tanto cuantitativa como cualitativamente, entonces en realidad este no era un método idóneo para idear una nueva constitución, sino para obtener un ordenamiento constitucional perfeccionado y que así es concebido por los defensores de éste. Pero también prevenimos acerca de que la intensidad de este cambio puede ser tan alta que ya no nos permita hablar, en una interpretación extensiva, de un mecanismo dispuesto únicamente para reformar, sino también para generar un nuevo ordenamiento constitucional y que esta opción ha sido considerada tanto por defensores como por detractores del texto constitucional vigente, aunque todos estiman que se trata de una

⁹⁰ OYARTE, Rafael. Límite y limitaciones al poder constituyente. Revista Chilena de derecho, (Nº especial): 65-84, 1998.

posibilidad más teórica que real⁹¹. Y que una vez descubierta esta nueva modalidad de la vía institucional quedaba de manifiesto que la anterior senda reformista no puede considerarse como una alternativa destinada a generar una nueva constitución en comparación a la alternativa *extra-institucional*, lo que se configura como un problema a la hora de ubicar a la reforma constitucional del 2005 en alguna de las dos modalidades de la *vía institucional*. Por lo tanto, o tenemos que en realidad existe una única salida posible al problema constitucional dada por algún procedimiento *extra-institucional* (así piensan los defensores de una nueva constitución) y en consecuencia el dilema constituyente no es tal; o bien tenemos asimismo aquella otra alternativa que arranca de la *vía institucional* relacionada con el dispositivo de revisión previsto por el ordenamiento vigente pero dispuesto para *modificar creando* y en consecuencia el dilema constituyente sí existe en realidad (también lo creen así defensores y detractores). Sin embargo, no debemos olvidar los efectos atribuidos a estas dos alternativas, puesto que, como dijimos, la primera implica una *continuidad constitucional* y la segunda una *ruptura constitucional*. Y es este último efecto el que aún no lo hemos descifrado del todo al atenernos a la interpretación que fluye del debate constitucional. Por esta razón, tendremos que pasar a ocuparnos de estas dos consecuencias que en la literatura constitucional se los asimila respectivamente con el concepto de *poder constituyente derivado* y *poder constituyente originario*. Podemos adelantar mientras tanto este problema dejando abiertas las dos preguntas que hacíamos mención cuando tanto la *vía institucional* como la *extra-institucional* se interpelaban recíprocamente: “¿una nueva constitución necesariamente ha de emanar de una *ruptura* derivada del ordenamiento constitucional existente?” y “¿una nueva constitución puede derivar de una *continuidad* vinculada al ordenamiento constitucional vigente?”.

Basta decir por ahora a modo de conclusión de este Capítulo que el uso conceptual del debate habría sido mucho más lúcido si en vez de la palabra *institucional* se hubiera

⁹¹ Así por ejemplo Atria estima teóricamente posible una solución “antigatopardista” (poco tiene que cambiar para que sea todo distinto) frente a la “Constitución gatopardo” (todo tiene que cambiar para que sea todo igual). Dicha solución consistiría en una reforma constitucional que eliminara los principales cerrojos que persisten en el texto constitucional de 1980, esto es, 1) las leyes orgánicas constitucionales y sus quórum de aprobación; 2) el sistema binominal (cerrojo ya quemado durante el 2015); 3) el control preventivo del Tribunal Constitucional; y, 4) un metacerrojo dado por los quórum de reforma constitucional. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. pp. 46-54.

empleado una que la designara de mejor manera como *intra-institucional* por oposición al ya empleado concepto *extra-institucional*, pues así entenderíamos que la disyuntiva del debate constitucional en realidad nos imponía a decidir por un procedimiento que se encuentra reconocido al interior del cuerpo constitucional vigente como el mecanismo de reforma, o a decidir por un procedimiento igualmente *institucional* pero que se ubica fuera del texto constitucional en vigor –y por lo mismo *extra-institucional*– como puede ser una asamblea constituyente que apela a la legitimidad del poder constituyente democrático. Hubiera sido mucho más lúcido el debate si por lo que se entendía por *extra-institucional* se hubiera empleado la expresión más ilustrativa de *anti-institucional*. Si se hubieran empleado estas otras palabras seguramente habría desaparecido la desigual relación entre la valoración positiva de la primera variable del binomio constitucional en contraste con la valoración negativa de su segunda variable.

Capítulo II

Hacia una conciliación entre constituyentes originarios y constituyentes reformadores

“[L]as Constituciones se dan o se reforman de un modo estenso, precisamente cuando el país es teatro de grandes revoluciones, de trastornos radicales o de cambios que hacen lógico alterar las reglas que dirigen el Gobierno de un Estado”.

Julio Bañados Espinosa, 1891 (La reforma constitucional i la administracion Balmaceda).

“Las constituciones escritas tienen su causa, como todos los hechos. Esta causa puede estar en el espíritu mismo de la sociedad; i la constitucion será entonces la expresion, la encarnacion de ese espíritu; i puede estar en las ideas, en las pasiones, en los intereses de un partido, de una fraccion social; i entonces la constitucion escrita no representará otra cosa que las ideas, las pasiones, los intereses de un cierto número de hombres que han emprendido organizar el poder público segun sus propias inspiraciones”.

Andrés Bello, 1848 (El Araucano).

“Lo primero que encuentres en ruta será a las Sirenas, que a los hombres hechizan venidos allá [...] Con su aguda canción las Sirenas los atraen y le dejan para siempre en sus prados [...] Tú cruza sin pararte y obtura con masa de cera melosa el oído a los tuyos: no escuche ninguno aquel canto; sólo tú lo podrás escuchar si así quieres, mas antes han de atarte de manos y pies en la nave ligera. Que te fijen erguido con cuerdas al palo: en tal guisa gozarás cuando dejen oír su canción las sirenas. Y si imploras por caso a los tuyos o mandas te suelten, te atarán cada vez con más lazos”.

La Odisea (Circe a Ulises, Canto XII).

I.- Recuento.

La conclusión del Capítulo anterior fue que dentro del debate constituyente chileno existía una falsa disyuntiva dada por un determinado binomio de variables que nos forzaban a decidirnos exclusivamente por algunas de ellas a fin de provocar un cambio de índole constitucional. Como pudimos comprobar que en realidad el dilema existía pero que se había planteado incorrectamente, es hora de encargarnos entonces del verdadero binomio al que la discusión pública se ve expuesta. Por ello estimamos que debe abandonarse la terminología empleada hasta ahora, a pesar de que ya se ha generalizado tanto en el discurso argumentativo de los defensores y detractores del ordenamiento constitucional vigente. De este modo, el dilema que tenemos que tratar también nos ofrece una doble alternativa, pero a diferencia de las anteriores, en este caso ambas son *institucionales*: una que puede obtenerse internamente a partir del procedimiento de revisión acogido por el texto constitucional de 1980, y por lo tanto, configurándose como una *vía intra-institucional* que garantiza su *continuidad* en relación a la constitución que inmediatamente la suceda en el tiempo; y otra, por el contrario, recurriendo a un mecanismo externo a este texto como una asamblea constituyente, y por consiguiente erigiéndose como una *vía extra-institucional* que, sin ser *anti-institucional*, *rompe* con el ordenamiento preexistente mediante la puesta en vigor de la nueva constitución. Considerando ambas situaciones surgen inmediatamente las preguntas que subyacían a la falsa disyunción comprendida anteriormente y que ahora pueden replantearse recíprocamente entre la *vía intra-institucional* y la *vía extra-institucional*: “¿una nueva constitución necesariamente ha de emanar de una *ruptura* derivada del ordenamiento constitucional existente?” y “¿una nueva constitución puede derivar de una *continuidad* vinculada al ordenamiento constitucional vigente?”. Para poder responder adecuadamente a estas cuestiones debemos adelantar un par de distinciones, pues mientras el concepto de *continuidad* lleva envuelto tanto la noción de *continuidad constitucional* así como también una *continuidad constituyente*; por el otro extremo, tenemos que el concepto de *ruptura igualmente* puede interpretarse como una *ruptura constituyente* o como una *ruptura constitucional*. En este sentido, de la conjugación de dichos términos tenemos que mientras la *vía intra-institucional* lleva consigo un nivel de *continuidad* de carácter específico; la

vía extra-institucional comprende un nivel de *continuidad* de carácter genérico, no obstante también implicar particular y extensamente dos niveles de *ruptura*. Pasemos, pues a sintetizar la nueva formulación binaria del dilema constitucional:

Vía intra-institucional = Continuidad constitucional

Continuidad constituyente

Vía extra-institucional = Ruptura constituyente

Ruptura constitucional

Creemos que una dilucidación del triple efecto atribuido a la segunda variable de este nuevo binomio requiere manejar un concepto que pueda englobar la dinámica que lleva consigo la *vía extra-institucional*, concepto que concuerda con la noción de *poder constituyente originario* que será necesario examinar. Una vez comprendidas las consecuencias inherentes a dicho poder, estaremos en condiciones de contrastarlo con los efectos contenidos en la primera variable del binomio que dicen relación con la *vía intra-institucional* y que se ajusta a un concepto que, denominado bajo diversas formas, alude a la actividad reformadora del ordenamiento constitucional frecuentemente conocido como *poder constituyente derivativo*, noción que por lo demás ya habíamos aludido en las primeras páginas de este trabajo. Por consiguiente, en primer lugar pasaremos a ocuparnos, en lo pertinente, respecto al primer concepto a la luz de la teoría constitucional del jurista germano Carl Schmitt que nos facilita la comprensión sobre cuatro puntos cruciales que implica el poder constituyente originario: su titularidad, su actividad, su legitimidad y su permanencia. Luego, en segundo término, bajo el mismo prisma pasaremos a ocuparnos de los límites de la actividad reformadora constitucional.

Cabe destacar que si en este segundo Capítulo hablamos de una posible conciliación entre constituyentes originarios y reformadores, es porque creemos que el problema constitucional chileno anclado al nuevo binomio que hemos planteado es susceptible resolverse mediante la armonización de ambas variables, aunque sólo se trate de una solución subsidiaria: es teóricamente posible que la demanda por una nueva constitución se conduzca por vías *intra-institucionales* que procuren una *continuidad constitucional*, no

obstante que sólo a través de una *vía extra-institucional* es efectivamente posible satisfacer dicha demanda mediante una doble *ruptura* del ordenamiento constitucional imperante sin necesidad de acudir a perturbaciones violentas, puesto que esta segunda opción, que se plantea en defecto de la primera, puede ser igualmente *institucional*.

II.- Vía extra-institucional como poder constituyente originario a la luz del pensamiento constitucional de Carl Schmitt.

Puede resultar llamativo que para poder dilucidar la segunda variable de un binomio constitucional insertado en un contexto democrático del debate chileno que discute aspectos de esta índole acudamos al pensamiento de un jurista que se le ha reconocido el título de *Kronjurist* de Hitler al tener un papel decisivo en la fundamentación de la destrucción de la Constitución de Weimar por parte de la dictadura soberana del régimen nazi que se legitimó en el *fuhrerprinzip*⁹². Sin embargo nos valemos de sus aportes doctrinarios, puesto que también en su teoría constitucional de 1928 (*Verfassungslehre*) tuvo que arreglárselas para explicar la sustitución de la Constitución imperial alemana de 1871 sustentada en el principio monárquico por otra Constitución como la weimariana de 1919 animada esta vez por el principio democrático, reconociendo expresamente al pueblo como una de las especies de sujeto del poder constituyente⁹³. Por lo demás, para poder emplear las categorías schmittianas nos valemos del consejo de Ruiz-Tagle en orden a no emplearlas acríticamente por el serio peligro que ellas entrañan al estar dotadas de un sentido anti-republicano, siendo necesario meditar respecto a su teoría constitucional para que, sin censurarla, se puedan expandir los límites su pensamiento jurídico y político como una forma de compatibilizarlos con la tradición constitucional republicana⁹⁴. Por último,

⁹² CRISTI, Renato. El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. p. 28.

⁹³ CRISTI, Renato. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 173. También EL MISMO, Apéndice Carl Schmitt y el poder constituyente. En su: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. pp. 123-130.

⁹⁴ RUIZ-TAGLE, Pablo. La influencia de Carl Schmitt en Chile. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 160.

porque aunque sea reconocido, al decir de Klein, como un “autor sulfuroso y maldito”, también es necesario reconocer que en cuanto teórico del poder constituyente asistimos a la presencia de las “instituciones de un genio”⁹⁵, asunto que explica igualmente la influencia que ha tenido no sólo en Guzmán al definir el esquema constitucional de 1980, sino también en el pensamiento de otros constitucionalistas chilenos⁹⁶.

a) Normativismo Liberal v/s Decisionismo Schmittiano.

Es necesario destacar que la teoría constitucional de Schmitt se aleja de la concepción puramente formalista de la constitución esgrimida por el liberalismo constitucional o normativista que, inspirado en la teoría política de Benjamin Constant junto a la influencia de los doctrinarios franceses y vigorizada por la influencia de corte neokantiana recepcionada por Kelsen, entiende a la constitución como un sistema clausurado de normas supremas⁹⁷. En efecto, a diferencia del decisionismo schmittiano, la noción de poder constituyente del liberalismo constitucional carece de una dimensión existencial o trascendente como se ha postulado ejemplarmente de acuerdo con el funcionalismo kelseniano que se remite a una *Grundnorm* suprema y no derivativa en el cual se justifica el sistema jurídico considerado en su conjunto, reduciendo entonces la legitimidad a pura legalidad⁹⁸. Contrario a esta concepción, el liberalismo autoritario de Schmitt interpreta a la constitución desde un punto de vista metafísico que en vez de declarar la existencia

⁹⁵ Citado en CRISTI, Renato. Lección de Carl Schmitt: poder constituyente, soberanía y principio monárquico. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo de miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago, LOM, 2014. pp. 136-137.

⁹⁶ RUIZ-TAGLE, Pablo. La influencia de Carl Schmitt en Chile. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. pp. 145-160.

⁹⁷ CRISTI, Renato. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. pp. 163-164,

⁹⁸ CRISTI, Renato. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 166. También EL MISMO, Poder constituyente y génesis de la Constitución de 1980. En su: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. p. 120 y p. 125.

normativa de ella, “afirma decisivamente su existencia fáctica”⁹⁹. Para ello Schmitt utiliza a lo largo de toda su obra un concepto positivo de constitución que implica hacer de él tanto una consideración absoluta como relativa como un modo de distinguir en qué consiste realmente la constitución y qué es lo que la diferencia de las demás leyes constitucionales¹⁰⁰.

b) Constitución positiva: entre una consideración absoluta y relativa de la constitución.

De acuerdo con Schmitt, desde el punto de vista de un concepto absoluto de constitución, ésta designa a un ser existencial que se identifica con el propio Estado entendido como la “unidad política de un pueblo”¹⁰¹ que, entre sus diversas acepciones, es considerada como la especial manera de ser específica del Estado no configurado por la misma constitución, sino que su existencia, anterior a ella, expresada materialmente en la misma, es decir, como “una forma especial y concreta de la existencia estatal”¹⁰². Sin embargo, esta interpretación absoluta y objetiva de la constitución se relativiza cuando se desliga a ésta de la unidad política de un pueblo por el cual se expresaba a través de su propio contenido, razón por la cual se descontextualiza al texto de la situación política y social existente al momento de su elaboración¹⁰³. En efecto, esta concepción relativista disuelve la identidad unitaria de la constitución en una pluralidad de leyes constitucionales que, a diferencia de aquella interpretación objetiva o substancial de su propio contenido, se conforma con aspectos externos al mismo que obedecen a consideraciones formalistas o procesales, abriéndose entonces la posibilidad de insertar simples preceptos legales en un

⁹⁹ CRISTI, Renato. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 166.

¹⁰⁰ Al estudiar el nacimiento de la constitución, el poder constituyente, su legitimidad y las consecuencias de la doctrina del poder constituyente, Schmitt utiliza el concepto de constitución en su sentido positivo, guardando siempre las diferencias con las implicancias que envuelve el empleo del concepto ley constitucional. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 86.

¹⁰¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 35.

¹⁰² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 35.

¹⁰³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 44.

espacio en el que originalmente sólo se acomodaban aquellas normas fundamentales que una constitución debía recoger, mimetizándose entonces estos simples preceptos en una “constitución” del mismo grado jerárquico en razón de estar sujetos a idénticas dificultades de reforma que el previsto para el núcleo esencial de la propia constitución. En este caso el contenido fundamental de la constitución –que desde el punto de vista absoluto se refería exclusivamente a aquellas normas que regulan la unidad política del pueblo– es indiferente a las diversas materias que pueda normativizar, puesto que todo lo que está dentro de la supuesta “constitución” tiene la misma importancia desde el momento en que lo esencial no radica en su substancia, sino en la dificultad de reformar cada uno de sus preceptos en comparación al procedimiento ordinario de sanción legislativa. De este modo, Schmitt, parafraseando a George Jellinek, nos dice que la nota formal de la “constitución”, concebida como una pluralidad de leyes constitucionales, es que a través de un procedimiento de reforma dificultado no sólo se protege su duración y estabilidad, sino que además se “aumenta la fuerza legal”¹⁰⁴ de las mismas. En síntesis, puede decirse que desde la consideración absoluta de la constitución ésta “no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental”¹⁰⁵. En cambio, desde la consideración relativa de la constitución, ésta es fundamental exclusivamente porque es difícil de modificar.

c) En búsqueda del sentido absoluto y relativo del ordenamiento constitucional de 1980.

Aunque suene un malabar de palabras, es necesario radicar estas distinciones para el caso chileno a fin de apreciar cuáles son las normas del texto constitucional de 1980 que dicen relación con la interpretación absoluta y relativa de constitución.

En este sentido, Atria, quien sigue muy de cerca a Schmitt, aunque sin ninguna referencia expresa al mismo, se pregunta por qué una constitución es una norma difícil de reformar, porque después de todo, “no parece tener sentido decir que una norma es ‘constitucional’ porque es difícil de modificar, sino al contrario: uno esperaría que fuera

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p.50.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 53.

difícil de modificar porque es constitucional”¹⁰⁶. Conforme a este razonamiento, reconoce que el texto constitucional de 1980 se configura formalmente como un conjunto de normas difíciles de modificar, de modo que debe existir otro criterio que permita distinguir de este conjunto aquellas normas que verdaderamente forman parte de dicho texto respecto de aquellas que no lo son, criterio eminentemente substancialista¹⁰⁷. Así, desde el punto de vista del concepto absoluto de constitución, normas que verdaderamente emanan de ella serían, por ejemplo, el art. 1º, 4º, 5º, 7º del ordenamiento constitucional vigente, pues son fundamentales si se interpretan en el sentido como cuando se dice que es “‘lo que sirve de fundamento’ o ‘lo que es importante’”¹⁰⁸, es decir, “normas que nos constituyen como unidad política”¹⁰⁹; por el contrario, desde el punto de vista relativo de constitución, disposiciones legales constitucionales como el art. 19 N° 6 o el art. 86 inc. 3º no son más que simples preceptos legales, normas que “suponen la existencia previa de un fundamento”¹¹⁰ y que por razón de su inserción en el propio texto adquieren formalmente el mismo grado jerárquico de la constitución¹¹¹.

Entonces, ¿qué explica la circunstancia por la que se introducen simples disposiciones regulatorias en el cuerpo constitucional? De acuerdo con Schmitt, ello se explica por una razón muy sencilla consistente en una “táctica partidista”¹¹² en virtud de la cual “la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental, etc.) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias”¹¹³. Schmitt, en efecto, cita varios

¹⁰⁶ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. pp. 18-19.

¹⁰⁷ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 34.

¹⁰⁸ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 19.

¹⁰⁹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 35.

¹¹⁰ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 19.

¹¹¹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 34.

¹¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 53.

¹¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 53.

ejemplos de esta relativización en la Constitución de Weimar en donde las regulaciones legales terminan por convertirse en leyes de carácter constitucional a través de su inserción en ella, asunto que se explica por el contexto revolucionario experimentado en Alemania desde 1918¹¹⁴.

Por la misma sencilla razón anterior es que se explica igualmente que el texto constitucional de 1980 se configure como una pluralidad diversa de leyes constitucionales, porque a través del “abuso de la forma constitucional”¹¹⁵ alguien que tiene poder en un determinado momento sortea las dificultades que implica “cómo evitar que, cuando ese poder desaparezca, todo lo hecho sea deshecho, que lo atado (y bien atado) sea desatado”¹¹⁶. Para poder entender el sentido del “abuso de la forma constitucional” a que se refiere Atria, es preciso tener en cuenta lo que él mismo nos dice respecto a que el plan original de la dictadura militar de 1973 era que su texto constitucional, es decir, “el conjunto de normas difíciles de modificar”¹¹⁷ no sólo fuera el Decreto Ley N° 3.464, “sino también la suma de todas las leyes orgánicas constitucionales”¹¹⁸. Para que la junta militar asegurara su poder atando la futura transición a un gobierno civil, el quórum inicial de las leyes orgánicas constitucionales era de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, no obstante que el Congreso Nacional se encontraba disuelto, es decir, el grado de dificultad de reforma de estas leyes era el mismo al que estaba sujeto primitivamente el propio texto constitucional. Así, desde la entrada en vigor de éste en 1981 hasta antes del plebiscito de 1989 –por el cual se introdujeron 54 enmiendas incluyendo el procedimiento de reforma

¹¹⁴ “Los partidos en cuya cooperación descansaba la mayoría de la Asamblea nacional de Weimar quisieron con ahínco dar a estas prescripciones el carácter de normas constitucionales. No puede hallarse una razón objetiva para distinguir con forzosidad lógico-jurídica estas prescripciones particulares de otras también muy importantes. Se hubiera podido inscribir de igual manera en la Constitución que se garantizan el matrimonio civil y la disolución del matrimonio, que subsiste la libertad de testar, que el autorizado para cazar ha de reparar los daños en toda su magnitud, o que no pueden ser subidos los alquileres en los diez años inmediatos”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 46.

¹¹⁵ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 41.

¹¹⁶ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 60.

¹¹⁷ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 61.

¹¹⁸ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 61.

constitucional y la rebaja del quórum de las leyes orgánicas constitucionales a 4/7¹¹⁹–, la dictadura se empeñó en dictar 12 leyes orgánicas constitucionales¹²⁰. Si tenemos en cuenta entonces el hecho de haberse equiparado originalmente el nivel de dificultad para modificar estas leyes orgánicas con las del primitivo texto constitucional, y el hecho de haber injertado simples leyes al cuerpo constitucional para que participaran del mismo rango jerárquico, estas dos circunstancias terminaron por relativizar al texto constitucional de 1980 disolviéndolo en una pluralidad de leyes constitucionales.

d) Sobre la estrategia de amarre constitucional de Ulises.

La eventual metáfora de esta “táctica partidista” a que se refiere Schmitt se encuentra en un pasaje de la Odisea respecto al cual Elster ya ha llamado la atención al analizar, en un amplio espectro la teoría de la racionalidad imperfecta bajo la premisa de que “atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos”¹²¹. En efecto, Ulises, previniendo el fascinante canto de las sirenas que los llevaría a naufragar a él y a sus tripulantes, pide a sus marineros que lo aten al mástil de la nave, y que en caso de rogar o mandar que lo suelten, lo aten con más lazos todavía.

Interpretando este pasaje y extendiendo los aspectos por los cuales se recurre a las ataduras, Elster agrega el caso de la nación que se ata a sí misma, por ejemplo, estipulando

¹¹⁹ CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. *Revista de Derecho Público*, (N° especial): 57-81, 2013. p.62. También FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. *En: EL MISMO., ed. En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. p. 53.

¹²⁰ FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. *En: EL MISMO., ed. En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. p. 54.

¹²¹ ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 67.

de cualquier forma “que las reglas básicas sólo pueden ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos”¹²².

Precisamente esto mismo ha acontecido con el ordenamiento constitucional chileno de 1980, pues el régimen militar, como Ulises, previniendo una futura transición a un gobierno civil, ata al pueblo a un texto constitucional a fin de prevenir el naufragio que ocurriría si la ciudadanía pudiera verse en condiciones de modificar el sistema político-institucional legado por la dictadura. En virtud de esta estrategia constitucional de amarre, el régimen militar, arrogándose la titularidad del poder constituyente, quiso ser libre de atar a las generaciones sucesoras, sin estar atada por las generaciones predecesoras¹²³. En definitiva, aprovechar el tiempo por el cual se detenta el poder, que es siempre un “factor crítico para la construcción de sistemas complejos”¹²⁴, era algo similar a la consciencia que tenía Jaime Guzmán en cuanto a la inviabilidad de un régimen autocrático a largo plazo¹²⁵. De esta manera, para proteger el proyecto político de la dictadura frente al gobierno civil de la transición, se forjaron distintos cerrojos que todavía obstaculizan a la ciudadanía para adoptar decisiones distintas a las enmarcadas por el legado autoritario constitucional. De hecho, el propio Guzmán, bajo la premisa de que “lo esencial no reside en quién gobierne, sino más bien en cuánto poder tenga el que accede a la conducción del Estado”¹²⁶, revela en qué consistía la estrategia de amarre constitucional:

“[S]i 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,

¹²² ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 159.

¹²³ Esta circunstancia explica el hecho de que la Junta Militar se haya constituido como una dictadura soberana y no como una meramente comisaria, según tendremos oportunidad de comentar más adelante.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *Poder*. México, Anthropos, 1995. p. 18.

¹²⁵ “La participación militar permanente en los asuntos políticos contingentes llevaría invariablemente a la deliberación política al interior de las Fuerzas Armadas, la formación de facciones y la erosión de la disciplina jerárquica – factores que a la larga obligarían a tomar la decisión de abandonar el gobierno para preservar los servicios como instituciones de defensa”. BARROS, Robert. *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*. Santiago, Sudamericana, 2005. p. 244.

¹²⁶ GUZMÁN, Jaime. El camino político. *Revista Realidad*, (7): 13-23, 1979. p. 18.

sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”¹²⁷.

Por estas razones, Atria estima, por una parte, que desde el punto de vista de una concepción absoluta de constitución, “las reglas que conforman nuestra unidad política son normas que pretenden no habilitar al pueblo para actuar, sino para neutralizar su agencia política”¹²⁸; y, de la otra, desde una consideración relativa, “que la mayor parte de las normas que aparecen en ese texto no son parte de la constitución, sino leyes [...] que comparten la dificultad de modificación de las normas auténticamente constitucionales”¹²⁹. Considerando ambas características concluye entonces que las normas del texto constitucional de 1980 no pueden entenderse como una decisión que haya adoptado el pueblo por sí mismo, como una decisión propia en cuanto a su identidad y modo especial de existencia política, sino que deben entenderse como “una maraña de dispositivos cuya finalidad más precisa es negar el poder constituyente del pueblo”¹³⁰. Sus tres cerrojos y meta cerrojo son lo que precisamente impiden una reforma constitucional que habilite al pueblo a actuar como agente político en virtud de su poder constituyente. Y es precisamente este último concepto el que debemos pasar a aclarar siguiendo el pensamiento constitucional de Schmitt.

e) Aproximación al poder constituyente originario desde la metafísica constitucional schmittiana.

Como dijéramos anteriormente, Schmitt distingue entre una consideración absoluta y relativa de constitución que pueden integrarse en otro concepto como lo es el de una constitución positiva, ya que es en esta última en donde se aprecia la diferencia entre una verdadera constitución y las restantes leyes constitucionales. Esta constitución positiva no es una norma que pueda considerarse autosuficiente o autogenerada, sino al contrario se

¹²⁷ GUZMÁN, Jaime. El camino político. *Revista Realidad*, (7): 13-23, 1979. p. 19.

¹²⁸ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 49.

¹²⁹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 49.

¹³⁰ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. pp. 63-64.

percibe como una “decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política”¹³¹ que deriva de un “*acto del poder constituyente*”¹³². Es este modo y esta forma de la unidad política del pueblo los que preceden a la constitución; la constitución sólo llega a existir posteriormente cuando el acto constituyente ya ha expresado esta unidad política a través de un ordenamiento constitucional:

“La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política [...] Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí mismo y se da a sí misma*”¹³³.

En definitiva, el sentido positivo del concepto de constitución se interpreta como “una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma de ser”¹³⁴. Por el contrario, tratándose de las leyes constitucionales, éstas dependen inmediatamente de la propia constitución, pero trascendentemente se remiten a la voluntad del mismo ente existencial por el cual se funda el ordenamiento constitucional¹³⁵. Es conforme a este concepto que adquiere pleno sentido la interpretación metafísica schmittiana del poder constituyente en contra de la concepción normativista del liberalismo constitucional, por ello Cristi sostiene que “tras cada jurista que disecta una constitución positiva encontramos a un metafísico que afirma la existencia y define la esencia de una constitución absoluta”¹³⁶. El decisionismo de Schmitt puede apreciarse, por ejemplo, cuando refiriéndose al concepto positivo de constitución afirma que ésta “vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de formación jurídica, y también la formación constitucional, presupone una tal voluntad como existente”¹³⁷. En

¹³¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 57.

¹³² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 58. Cursivas del original.

¹³³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 58. Cursivas del original.

¹³⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 58.

¹³⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 59.

¹³⁶ CRISTI, Renato. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. p. 167.

¹³⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 59.

consecuencia, la decisión política fundamentadora tomada por el poder constituyente en virtud de la cual se da una determinada constitución no es más que un reflejo del modo y forma de la unidad política; son estas decisiones las que “forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales”¹³⁸. Y es así como Schmitt, luego de una serie de aclaraciones que hemos repasado sucintamente, arriba al concepto de poder constituyente:

*“[E]s la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”*¹³⁹.

De acuerdo a esta definición de corte decisionista, vemos que el poder constituyente originario es esencialmente metajurídico, por lo que su potestad originaria no se encuentra limitada por normatividades anteriores al depender de un ente más trascendente como lo es la propia voluntad política de un ser existencial y concreto que detenta su titularidad como sujeto del poder constituyente. Se trata de un poder que es superior y anterior a toda ordenación constitucional, de modo que una vez que actúa creando una determinada constitución, no por ello este poder se agota, sino que permanece en estado de latencia para intervenir en todas aquellas circunstancias extraordinarias en que exista un “auténtico conflicto constitucional que afecte las bases mismas de la decisión política de conjunto”¹⁴⁰. Por último, se trata de un poder unitario e indivisible que fundamenta al resto de los poderes estatales sin coordinarse con los mismos¹⁴¹.

¿En quién reside esta titularidad?

Desde un punto de vista histórico Schmitt distingue entre tres especies de sujetos de poder constituyente, porque además de la figura del rey, reconoce expresamente al pueblo

¹³⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 61.

¹³⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. pp. 123-124. Cursivas del original.

¹⁴⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 125.

¹⁴¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 125.

y también una minoría caracterizada por configurarse como “una organización firme”¹⁴² distinta de aquellas que tienen derecho a voto y diferente a la de un partido político determinado. Será esta tercera especie de sujeto de poder constituyente el que actuó en Chile desde 1973 al irrumpir militarmente a fin de establecer un nuevo ordenamiento constitucional¹⁴³.

En lo que respecta al pueblo como sujeto del poder constituyente es importante destacar algunas consideraciones adicionales que agrega Schmitt respecto al concepto positivo de constitución, pues cuando afirmaba que la constitución surge mediante un acto del poder constituyente originario, con ello estaba diciendo que dicho acto se manifiesta “por un único momento de decisión”¹⁴⁴ sin estar sujeto a normatividades anteriores y llevando por contenido esta decisión “la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”¹⁴⁵. Pues bien, tratándose del acto constituyente del pueblo, la manifestación de su voluntad se caracteriza por su inmediatez, es decir, se manifiesta instantáneamente en momentos decisivos sin estar afectada a regulación procedimental alguna, verificándose en los hechos y no siendo susceptible de encuadrarse en el derecho¹⁴⁶. Y esta instantaneidad de su voluntad se debe a una específica causa que es tanto el punto fuerte como débil del pueblo como sujeto del poder constituyente, pues si por una parte, éste no es una “instancia firme, organizada”, que es lo que precisamente explica la inmediatez de sus decisiones; por la otra parte, en cambio, por el mismo hecho de no estar dotado de “competencias circunscritas” en cuya virtud pueda “despachar

¹⁴² Si bien Schmitt aún no podía definirla empíricamente, puesto que contaba con pocos ejemplos como el consejo de los soviets y el Fascio de Italia, dicha organización no abandona del todo invocar la voluntad de la mayoría como una forma de legitimarse para “para cuya verdadera y no falseada expresión hay que crear primero los supuestos”, no obstante que podía prescindir de dicha voluntad en cuanto a la decisión política fundamental sobre modo y forma existencia política que definiría en la constitución que impusiera. P.130

¹⁴³ CRISTI, Renato. Poder constituyente y génesis de la Constitución de 1980. *En su: El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. pp. 99-135 passim.

¹⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 58.

¹⁴⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 58.

¹⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 130.

asuntos dentro de un procedimiento”¹⁴⁷, el pueblo, por esta razón, tampoco puede ser disuelto. Sin embargo, a pesar de que la decisión instantánea del pueblo contenga la totalidad de las decisiones políticas fundamentales, es necesario que posteriormente a dicha decisión se instituya una organización que sea capaz de la “ulterior ejecución y formulación”¹⁴⁸ de la misma. Y a este respecto, Schmitt, reconoce diversos órganos y procedimientos democráticos por los cuales se conduce esta decisión política fundadora entre los cuales se encuentra una Asamblea Nacional Constituyente, una Convención que somete su proyecto a posterior referéndum y un Plebiscito “general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera”¹⁴⁹.

¿Cómo se manifiesta la actividad del poder constituyente originario?

Como se trata de un poder de carácter extranormativo éste se encuentra exento de toda regulación jurídica, es superior y anterior a cualquier legalidad, pues de él depende establecer las limitaciones a las demás instancias que él mismo constituye, pero sin limitarse a sí mismo. Sea cual fuere el sujeto del poder constituyente originario, de las decisiones adoptadas por su voluntad se deriva la validez del resto del ordenamiento jurídico. Por lo demás se trata de un poder que si bien se materializa en una constitución, no por ello se agota su actividad creadora que siempre permanece en estado de latencia para intervenir en cualquier coyuntura extraordinaria en la que sea necesario adoptar una decisión política fundamental sobre el modo y forma de la existencia política:

“En el poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la nación, sigue siendo el basamento de todo acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y

¹⁴⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 131.

¹⁴⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 133.

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 135.

organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva”¹⁵⁰.

¿Cómo se legitima la constitución?

Es preciso recordar que en las primeras páginas de este trabajo nos referimos a cierta ilusión del racionalismo iluminista que pretendía una suerte de permanencia y continuidad entre las distintas constituciones que pudieran sucederse en el tiempo siendo cada una de ellas partera de la que inmediatamente la reemplazaba. Se trataba de un ideal normativo conforme al cual se extendían lazos de juricidad entre el ordenamiento constitucional que fenecía y el inmediatamente siguiente que nacía, vinculándose así a través de nexos de derecho exentos de toda facticidad. Entre una y otra constitución siempre se suponía una relación de *continuidad-continuidad*, es decir verificándose sin solución de continuidad entre ellas. Pero frente a dicho ideal sostuvimos que con ello se estaba alejando la paradoja de la genética constitucional sobre la facticidad-juricidad o sobre la continuidad-discontinuidad entre la secuencia de los diversos órdenes constitucionales, pero que no se estaba resolviendo en realidad dicha paradoja. Pues bien, respecto a esta problemática, de acuerdo al decisionismo schmittiano que concibe al poder constituyente como una entidad metajurídica, se despoja con ello toda posibilidad de que la constitución pueda remitirse a juricidades anteriores como una forma de fundamentar su propia génesis. Según Schmitt, la legitimidad de una constitución significa que ella, a pesar de haber sido originada en una situación de hecho, una vez ejercido el poder constituyente, dicha constitución pasará a ser concebida como una situación de derecho. Por consiguiente, la constitución será legítima “cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”¹⁵¹. Es más, aunque puedan sucederse en el tiempo diversos ordenamientos constitucionales establecidos por un mismo sujeto del poder constituyente, la legitimidad de una determinada constitución de esta secuencia no dependerá de que ella se haya generado de acuerdo al procedimiento formal establecido en la que la antecedió, sino que siempre se fundamentará en la existencia del ser político superior a ella, porque una nueva constitución es siempre una nueva decisión política fundamental: “[e]s enteramente

¹⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 128.

¹⁵¹SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 137.

imposible aplicar a una nueva Constitución la medida de si ha sido aprobada bajo el patrón de las anteriores reglas y formalidades legal-constitucionales”¹⁵². Por lo tanto, la legitimidad de una constitución es siempre extranormativa, se apoya en circunstancias históricas manifestadas en ciertos principios políticos que la sustentan como puede ser el principio dinástico, pero también el democrático¹⁵³. De esta manera, Schmitt niega el ideal del racionalismo iluminista de fines del siglo XVIII en cuanto a extender un lazo jurídico entre los distintos ordenamientos constitucionales:

“Una Constitución nueva no puede someterse en tal modo a anteriores formaciones que ya no están en vigor, y es un juego de conceptos desprovisto de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad el plantear la cuestión de si han seguido o no –para una nueva Constitución, que se encuentra en vigor sin duda– los preceptos adoptados para su propia revisión por una Constitución anterior que ya no rige”¹⁵⁴.

¿Qué puede decirse en cuanto a la permanencia del poder constituyente?

Esta pregunta dice relación con las consecuencias derivadas de la doctrina del poder constituyente interesada en determinar si una vez ejercido éste, una vez instituida una constitución, dicho poder se extingue o sigue subsistiendo. Por tratarse de una entidad metajurídica, es decir, exento de limitaciones jurídicas, por ser superior y anterior a toda normación constitucional, el poder constituyente originario, mientras se mantenga idéntico a sí mismo, siempre permanecerá en estado de latencia sin agotarse sus posibilidades creadoras, “siempre le queda la posibilidad de seguir existiendo”¹⁵⁵ aun cuando las diversas constituciones que emanen de él y que se sucedan entre sí a lo largo del tiempo sean abolidas, quebrantadas o suspendidas.

El resultado de la persistencia del poder constituyente originario mientras éste se mantenga idéntico a sí mismo es que con ello se garantiza la *continuidad constituyente* entre los distintos ordenamientos constitucionales que *extra-institucionalmente* se suceden

¹⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 138.

¹⁵³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 138.

¹⁵⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 138.

¹⁵⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 143.

durante cierto lapso de tiempo, puesto que si bien se reconoce que entre dos o más constituciones no existe vínculo normativo alguno, es decir, existiendo una *ruptura constitucional* entre cada una de ellas, aun así es posible hablar de una determinada *continuidad*. Y al respecto, en este caso, un comentario de Schmitt resulta revelador:

“Donde subsiste un poder constituyente hay siempre por eso también un *mínimum de Constitución* que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento de la Constitución, el poder constituyente...”¹⁵⁶

Es bajo esta premisa que Schmitt plantea el problema de la permanencia del poder constituyente frente a ciertos factores que pueden amenazar su existencia. En este sentido, el elemento preponderante por el cual se preservará la *continuidad constituyente* dependerá, precisamente, de la conservación de la identidad del sujeto de poder constituyente. Durante su permanencia es perfectamente posible que se dicten una serie de constituciones sin que por ello se produzca una *ruptura constituyente*, pues dicha interrupción sólo se limita a una *ruptura constitucional* desde que la génesis de cada constitución no emerge de ciertas normatividades anteriores, sino de la propia voluntad del poder constituyente. Sin embargo, si este sujeto político existencial no es capaz de mantenerse idéntico a sí mismo, en este caso no sólo habrá *ruptura constitucional*, sino también *ruptura constituyente*, es decir, una “ruptura consciente con el pasado”¹⁵⁷. De este modo, Schmitt se pregunta hipotéticamente diversas circunstancias a las que se ve expuesto dicho poder.

Así, en primer término, se formula la hipótesis acerca de qué ocurriría en caso de una abolición y quebrantamiento de la constitución mientras subsista idéntico el poder constituyente¹⁵⁸. Para poder resolver esta problemática Schmitt parte desde su argumento inicial en cuanto a la interpretación metafísica del poder constituyente, puesto que como una constitución es establecida por un ser político existencial y concreto mediante la adopción consciente de determinadas decisiones políticas fundamentales acerca del modo y

¹⁵⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 144.

¹⁵⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 149.

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 145.

forma especial de la existencia política de un pueblo, la validez de dicha constitución depende y emana directamente de esa fuente inspiradora trascendente. Por consiguiente, la constitución “no puede portar en sí misma la continuidad de la unidad política”¹⁵⁹, pues el portador de dicha continuidad no es otro que el propio ser político existencial sujeto del poder constituyente y, mientras se mantenga idéntico a sí mismo, entonces siempre habrá un *mínimum* de constitución.

En segundo término, Schmitt plantea otra hipótesis referida al problema de la *continuidad* en caso de una sustitución del sujeto del poder constituyente¹⁶⁰. En este evento no solo se dicta una constitución en reemplazo de la anteriormente abolida, sino que además se aniquila a la especie de sujeto de poder constituyente que animaba dicha constitución. Es decir, en este caso estamos frente a una circunstancia mucho más grave que aquella en que mientras el sujeto del poder constituyente se mantenía idéntico a sí mismo pero dictando sucesivas constituciones. Por el contrario, en este caso sólo cabe hablar de una destrucción de la constitución, proceso *anti-institucional* que provoca una *ruptura constituyente* a causa de la supresión del sujeto del poder constituyente, y por consiguiente también provoca una *ruptura constitucional* que obedece a la supresión del ordenamiento constitucional que se apoyaba en el sujeto extinto.

A este respecto resulta conveniente relacionar este proceso de destrucción con otros dos conceptos que arrancan de la nomenclatura schmittiana y que se encuentran contenidos en su obra sobre la dictadura que data de 1921 (*Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*).

En la obra recién aludida Schmitt distingue entre *dictadura comisaria* y *dictadura soberana*, conceptos que en síntesis pueden resumirse según la relación de respeto que guarden frente al ordenamiento constitucional vigente, según su temporalidad y su previsión en el mismo ordenamiento constitucional. Mientras el primer término se trata de una institución que concentra la totalidad del poder de forma excepcional, aunque prevista constitucionalmente para un cierto lapso de tiempo determinado; el segundo término en

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 145.

¹⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 146.

cambio, si bien igualmente se trata de una medida excepcional que concentra la totalidad del poder, no se encuentra prevista constitucionalmente y carece de una limitación temporal. Mientras la dictadura comisaria tiene por objeto “proteger a la Constitución en su existencia concreta”¹⁶¹ mediante su suspensión temporal “*in concreto*”¹⁶²; la dictadura soberana, en cambio, “ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera”¹⁶³. Mientras la dictadura comisaria se relaciona con la noción de poder constituido que tiene por objeto lograr el restablecimiento de la constitución; la dictadura soberana se vincula con la noción de poder constituyente originario que tiene por objeto establecer una nueva constitución. En síntesis, como lo esquematiza claramente Bobbio, la diferencia entre la dictadura comisaria y la dictadura soberana puede entenderse como la distinción que existe “entre la dictadura clásica y la moderna, entre una dictadura constitucional y constituida, y una extraconstitucional y constituyente”¹⁶⁴.

Como puede apreciarse, el hecho de que el sujeto del poder constituyente sea capaz de mantener su propia identidad, significa que frente a cualquier perturbación o trastorno constitucional que amenace su existencia, éste puede erigirse, en primer término, como una dictadura comisaria, preservado así la *continuidad constitucional* del orden dictado por él mismo, asegurando de este modo también su *continuidad constituyente*. Sin embargo, es posible que dicho sujeto titular del poder constituyente originario perciba que la amenaza a que se ve enfrentado es de tal magnitud que decida generar una nueva constitución, en cuyo caso se erige como una dictadura soberana, provocando una *ruptura constitucional*,

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid, Alianza, 2009. p. 181.

¹⁶² SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid, Alianza, 2009. p. 181.

¹⁶³ SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid, Alianza, 2009. pp. 182-183.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 188.

pero asegurando igualmente la *continuidad constituyente*. Por último, puede ocurrir que dicho sujeto no sea capaz de mantenerse a sí mismo en su propia identidad, siendo suprimida no sólo su constitución, sino también él mismo frente a otra especie de sujeto de poder constituyente originario que se erigió como dictadura soberana destruyendo ambos elementos y acarreando entonces una *ruptura constituyente y constitucional*.

III-. De los límites de la facultad de reformar.

Si escudriñamos en la nomenclatura schmittiana sobre el poder constituyente, no encontraremos un término particularmente específico para designar la actividad reformadora constitucional conceptualizada generalmente por el resto de la doctrina constitucional como poder constituyente derivativo o constituido¹⁶⁵. ¿A qué se debe esta falta claridad conceptual? Es preciso volver a la distinción entre una consideración absoluta y relativa de constitución para poder apreciar las consecuencias que se derivan respecto a ambos términos en relación con la actividad reformadora del ordenamiento constitucional. Recordemos que conforme a dicha diferenciación encontraremos en una constitución en sentido positivo tanto a la verdadera constitución como también una pluralidad de leyes constitucionales. Pese a que ambas comparten la característica de ser normas difíciles de modificar en razón de su mayor exigencia en comparación al procedimiento ordinario de sanción legislativa, debe tenerse en cuenta que la constitución absoluta contiene las decisiones políticas fundamentales por las cuales se expresa la forma y modo de ser de la unidad política del pueblo, es decir, contiene las normas fundamentales. Por el contrario, las leyes constitucionales no son más que simples preceptos legales introducidos en el cuerpo constitucional y que por este mismo hecho se elevan al mismo rango jerárquico que la constitución, pese a no contener en sí mismas ninguna decisión política fundamental. De lo anterior se colige, por tanto, que la constitución no es susceptible de reforma a diferencia del resto de las leyes constitucionales. Por ello Schmitt señala que la reforma constitucional “hecha constitucionalmente depende, desde los puntos de vista lógico y cronológico de la

¹⁶⁵ Sobre una referencia a los primeros autores en utilizar este conceptos Véase CRISTI, Renato. Poder constituyente y génesis de la Constitución de 1980. En su: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. p. 131.

Constitución”¹⁶⁶. Esto significa que el sujeto del poder constituyente originario, una vez estatuida la constitución, se encarga de limitar la actividad reformadora de los poderes constituidos por él mismo a través de las propias reglas previstas en la constitución. Por lo tanto, como la competencia para reformar a la constitución se funda en ella misma, dicha actividad reformadora no puede sobrepasar a la propia constitución y en consecuencia tampoco puede entenderse que “envuelve la facultad de dar una nueva Constitución”¹⁶⁷. Por lo demás, Schmitt estima que la actividad reformadora de las leyes constitucionales “no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado”¹⁶⁸, no es una “función normal del Estado”¹⁶⁹, sino que se trata de una “facultad extraordinaria”¹⁷⁰, aunque no ilimitada a causa de tratarse, como toda regulación legal-constitucional, de una facultad limitada por la propia constitución:

“Una facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuida por una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo”¹⁷¹.

Bajo esta lógica, Schmitt concluye que la reforma de las leyes constitucionales tampoco puede equipararse a una supresión de la constitución, pues este último proceso implica la modificación sustancial de cualquiera de las decisiones políticas fundamentales contenidas por la propia constitución, tornando el sentido de una determinada norma fundamental en una decisión política cualitativamente contraria a la que originalmente se había estatuido. Así, por ejemplo, Schmitt señala que “[u]na reforma de la Constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el poder constituyente del pueblo no es en ningún caso constitucional [...] Y lo mismo a la inversa: una Constitución

¹⁶⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 54.

¹⁶⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 55.

¹⁶⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 157.

¹⁶⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 157.

¹⁷⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 157.

¹⁷¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 158.

basada en el poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico”¹⁷². De ocurrir esta supresión de los principios constitucionales fundamentales, no estaremos ya ante una mera reforma constitucional sino ante un cambio de la constitución¹⁷³.

IV-. Vía intra-institucional como mecanismo de continuidad constitucional destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución.

Luego de este repaso por los aspectos más relevantes del pensamiento constitucional de Schmitt, estamos en condiciones de pasar a plantear de qué modo el procedimiento de reforma constitucional contemplado en el Capítulo XV del texto constitucional vigente puede servir, teóricamente, como un método en cuya virtud se pueda obtener una nueva constitución. En este sentido, habíamos ejemplificado de acuerdo con Atria aquellas normas que verdaderamente forman parte del texto constitucional de 1980 entendidas desde una consideración absoluta de constitución, así como también identificamos ciertos preceptos legales contenidos igualmente en dicho texto, pero que en realidad no son más que una pluralidad de leyes constitucionales. Respecto a las primeras normas, entiéndase a vía de referencia, los artículos 1º, 4º, 5º o 7º no son susceptibles de una reforma constitucional, pues “su reemplazo por otras de sentido distinto (“Chile es una monarquía” [art. 4º] o el respeto a los derechos esenciales del ser humano no limita el ejercicio de la soberanía [art. 5º]) implicaría transformar la identidad o la forma de la unidad política que conformamos”¹⁷⁴. Al igual que Schmitt, Atria concluye que de proceder de tal manera lo que se estaría haciendo es suprimir el texto constitucional de 1980 por otra constitución, facultad a la que sólo está autorizado el sujeto del poder constituyente pero un poder constituido dotado con poder para reformas las leyes constitucionales. Para ello es necesario que sea el propio pueblo, reivindicando su calidad como titular del poder constituyente originario, que tome las decisiones políticas fundamentales por las cuales modificaría tales artículos del texto constitucional. Sin embargo, esta última posibilidad se

¹⁷² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. pp. 158-159.

¹⁷³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 160.

¹⁷⁴ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 34.

encuentra deliberadamente prohibida en razón de los cerrojos incrustados al interior del cuerpo constitucional que precisamente pretenden negar la agencia política del pueblo con el objeto de impedir que modifiquen el legado autoritario de la dictadura militar. Por esta razón Atria concluye que no basta una mera reforma de las leyes constitucionales, sino que es preciso proceder a su destrucción¹⁷⁵:

“En este sentido, la constitución es inmodificable, no así las leyes constitucionales. Esto no quiere decir que la constitución no pueda cambiar. Quiere decir que la constitución no puede ser reformada porque los ‘cambios’ constitucionales o son modificaciones del texto [...] que en rigor solo hacen explícito lo que antes estaba implícito, o no son reformas, sino destrucción de la constitución y reemplazo por otra”¹⁷⁶.

Prosiguiendo con este razonamiento, debe reconocerse que gran parte de las normas que forman parte del texto constitucional en sentido absoluto (arts. 1º, 4º, 5º o 7º) no acarrear grandes problemas respecto a la demanda por una nueva constitución. El problema radica respecto a la parte relativa de dicho texto, es decir, en las diversas leyes constitucionales que adquirieron este carácter en razón del “abuso de la forma constitucional” en la que incurrió la Junta Militar de 1973. Sin embargo, es preciso aclarar que respecto a las primeras normas, a las que verdaderamente forman parte del texto constitucional de 1980 si bien definen una determinada unidad política del pueblo, no lo hacen en el sentido de habilitarlo para actuar políticamente, sino más bien para neutralizar su intervención. Y las normas que específicamente cumplen esta tarea son aquellas leyes constitucionales que precisamente tienen por objeto ejecutar los mandatos de las decisiones políticas fundamentales, es en estas últimas donde se encuentran los dos cerrojos y el metacerrojo identificados por Atria: son las leyes orgánicas constitucionales y sus quórum de aprobación, el control preventivo del Tribunal Constitucional y los quórum de reforma constitucional los que en conjunto neutralizan la actuación política del pueblo que obstaculizan sus propósitos en orden a provocar cambios constitucionales substanciales¹⁷⁷.

¹⁷⁵ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 35.

¹⁷⁶ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 36,

¹⁷⁷ Debe dejarse de lado el sistema binominal incluido por el autor al sustituirse durante el 2015 por uno de carácter proporcional inclusivo según las modificaciones hechas a la Ley Orgánica Constitucional N° 18.700

Pues bien, ante la pregunta de si es posible obtener una nueva constitución por *vías intra-institucionales* procurando una *continuidad constitucional*, es posible responder afirmativamente si se tiene en cuenta la posibilidad hipotética de eliminar estos distintos resabios autoritarios tal como plantea Atria al sostener que frente al problema del “gatopardismo” del texto constitucional de 1980, entendido como “todo tiene que cambiar para que todo siga igual”¹⁷⁸, la solución entonces radicaría en un estrategia “antigatopardista”, es decir, “poco tiene que cambiar para que todo sea distinto”¹⁷⁹. En definitiva, a juicio de dicho autor, el primer paso para obtener una nueva constitución por *vías intra-institucionales* radica en eliminar dichos cerrojos y reemplazarlos por reglas que procuren habilitar políticamente al pueblo para que sea libre de actuar, es decir, desatando a Ulises del mástil: ello sería entonces “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”¹⁸⁰.

Ahora bien, decimos que se trata de una solución teórica o hipotética, porque para poder proceder a la reforma de estos cerrojos es preciso contar con los votos de los diputados y senadores de derecha quienes en la práctica tienen la facultad de vetar cualquier proyecto de reforma constitucional en este sentido, particularmente cuando es necesario obtener un quórum de 2/3. De hecho, Jorge Correa, quien doctrinariamente cree posible una reforma total del texto constitucional de 1980, cree que la opción por una asamblea constituyente sólo es viable –cuando escribe esto lo hace durante el 2013 antes de las elecciones de diputados– “si la actual oposición (suponiendo que toda ella estuviera a favor de la iniciativa) doblara en dos tercios más uno de los distritos electorales de la próxima elección [...] y que doblara también en todas las elecciones de senadores próximas”¹⁸¹. Y, ¿qué fue

sobre Votaciones Populares y Escrutinio. Véase Boletín N° 9326-07. ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 46.

¹⁷⁸ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 46.

¹⁷⁹ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 46.

¹⁸⁰ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 55.

¹⁸¹ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 23.

lo que ocurrió finalmente? Que la denominada “Nueva Mayoría” obtuvo 67 diputados y 21 senadores a su favor (o 22 si cuenta con el apoyo de un senador independiente), es decir, que con sus votos podría modificar las leyes orgánicas constitucionales, proceder a la creación de una AFP estatal y modificar la Ley de Isapres. No obstante ello, no se obtuvieron los resultados esperados para proceder a iniciar un proceso para estatuir un nuevo arreglo fundamental, pues requiriéndose un quórum de 2/3, los votos se hacen escasos: se requiere el pronunciamiento favorable de 80 disputados y 25 senadores, es decir, esta posibilidad está condicionada por el requerimiento de los votos de la UDI y de RN¹⁸².

V-. Vía extra-institucional como mecanismo de continuidad constituyente destinado a solucionar la demanda por una nueva constitución.

¿Qué opción queda entonces? Queda, pues, la alternativa ofrecida por la segunda variable del binomio constitucional que hemos planteado en las primeras líneas de este Capítulo. Esto significa recurrir a una asamblea constituyente como *vía extra-institucional* provocando una doble *ruptura*. Ello, porque en primer lugar, creemos que el texto constitucional de 1980 aún se encuentra animado por la voluntad política del sujeto de poder constituyente de la dictadura militar en cuanto “organización firme”; y segundo, porque como la alternativa ofrecida por la primera variable del binomio constitucional es más teórica que real, entonces es preciso no sólo suprimir el texto constitucional de 1980, sino también suprimir al sujeto del poder constituyente que la anima, es decir, es necesario proceder a la destrucción de dicho texto. Sin embargo, creemos que esta opción no necesariamente implica concebirla como un llamado *anti-institucional*, pues la *vía extra-institucional* a la cual adherimos es aquella que si bien se sitúa al margen del ordenamiento constitucional, igualmente puede conducirse *institucionalmente*. ¿Qué significa esto?

Es preciso aclarar que la demanda por una nueva constitución no implica necesariamente negar las continuidades históricas que puedan proyectarse entre las distintas coyunturas constituyentes por las que hemos atravesado, pero tampoco supone que deban aceptarse los

¹⁸² Véase la columna de H. Córdova y E. González en Elecciones 2013. La Tercera, Santiago, Chile, Lunes 18 de Noviembre de 2013. pp. 6-7.

lazos históricos que se extiendan entre cada una de ellas. Aun más, el que nuestra historia constituyente sea más bien un relato interrumpido sobre la génesis de sus constituciones no impide que surja eventualmente un nuevo arreglo constitucional, entendido éste como una “hoja en blanco” o un “partir de cero” como lo sostuvo el ex Presidente Lagos¹⁸³, pues la activación de este proceso puede o no conciliarse con la historia, puede o no apropiarse de prácticas constituyentes pasadas, de las reglas o decisiones adoptadas en su momento por nuestros constituyentes, pero lo que no puede hacer es arrancar de normatividades anteriores¹⁸⁴. En este sentido, lo que plantea Atria defendiéndose de quienes critican la idea de “partir de cero”, es que perfectamente pueden existir algunas reglas adoptadas por nuestros constituyentes de las que podamos obtener un aprendizaje institucional, aunque, eso sí, con la debida cautela de que existen otras decisiones que no nos educan, sino que nos neutralizan políticamente. Establecer una suerte de filtro o de ejercicio de “discernimiento histórico-político”¹⁸⁵ respecto de este conjunto de decisiones o reglas representa el llamado ético al que nos invita Atria para el caso de elaborar una nueva constitución, para lo cual cree que sólo una decisión “desde cero” nos permite distinguir entre estas dos especies de reglas en donde únicamente las primeras, las que representan aprendizaje institucional, deben ser conservadas para las generaciones venideras, mientras que las otras, las que nos neutralizan, deben ser desechadas de plano. Por consiguiente, si nos atenemos a este criterio diferenciador, podremos “decidir qué parte de nuestra historia refleja la historia que nosotros hicimos, apropiarnos de ella, continuarla y profundizarla, distinguiéndola de esa otra parte de nuestra historia que nos recuerda que fuimos sometidos, forzados o privados de libertad por poderes fácticos suficientemente poderosos”¹⁸⁶. Por lo tanto, compartimos esta idea de apropiarse de ciertas prácticas *institucionales* de nuestros

¹⁸³ “Digamos que usted y yo representamos mundos distintos. Entonces, el Parlamento de Chile acuerda que es necesario tener una nueva Constitución [...] ¿Qué quiere decir hacer una nueva Constitución? Que usted parte de cero. Una hoja en blanco. Entonces usted sabe que tiene que llegar a acuerdo conmigo. En cambio, cuando usted dice ‘reformemos’, usted sabe que si fracasamos, se queda con lo que hay”. Entrevista a Ricardo Lagos por Guillermo Muñoz y Eduardo Sepúlveda. *El Mercurio*, Santiago, Chile, Domingo 14 de Julio de 2013. pp. D6-7.

¹⁸⁴ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 72.

¹⁸⁵ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 75.

¹⁸⁶ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. p. 75.

constituyentes antepasados que se alejen del uso de la violencia como el método más efectivo y resolutorio a fin de establecer un nuevo ordenamiento constitucional. Atria, por ejemplo, plantea, aunque no como propuesta concreta, sino como una modo de explicar esquemáticamente esta idea de apropiarse del aprendizaje institucional pretérito a fin de elaborar una nueva constitución “en el que decidamos por referencia a la última decisión constitucional que fue aceptada en su momento por todos y que no contenía trampas, es decir, la Constitución de 1925 en su estado posterior a la última reforma en democracia, en 1971. Imaginemos que esa Constitución es la que cuenta como nuestra ‘hoja en blanco’”¹⁸⁷. En este mismo sentido, aunque no lo compartimos, Cristi cree que el texto constitucional de 1980, inicialmente animado por el poder constituyente originario de la Junta Militar, se trata en realidad de la “Constitución de 1989”¹⁸⁸ en razón de los plebiscitos de 1988 y del año siguiente en virtud del cual la ciudadanía cuestionó la legitimidad de esta “organización firme” como sujeto del poder constituyente, basándose ahora dicho ordenamiento constitucional en la voluntad política del nuevo sujeto de este poder que es el pueblo. De acuerdo a esta lógica, la destrucción del poder constituyente del régimen militar en manos de la ciudadanía deja sin efecto la destrucción previa de la constitución de 1925 ejecutada por el golpe militar cuando se constituyó como dictadura soberana en relación al ordenamiento constitucional anterior a su irrupción, al mismo tiempo que se constituyó como dictadura comisaria con respecto la “Constitución de 1973”¹⁸⁹ conforme a la cual nuevamente se erigiría como dictadura soberana respecto al texto constitucional de 1980¹⁹⁰. Y esto significaría, siguiendo a Cristi, que se:

“abre la posibilidad de retomar la continuidad constitucional en Chile, que se extiende al menos hasta 1828. ¿Cómo olvidar que la Constitución de 1833 se

¹⁸⁷ ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013. pp. 76-77.

¹⁸⁸ CRISTI, Renato. Precisiones en torno a la noción de poder constituyente. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo de miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago, LOM, 2014. p. 171.

¹⁸⁹ CRISTI, Renato. Poder constituyente y génesis de la Constitución de 1980. En su: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. p. 104 y p. 106.

¹⁹⁰ CRISTI, Renato. El constitucionalismo autoritario de Jaime Guzmán. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006. pp. 191-192.

promulgó como una reforma de la del 28? ¿Y que la Constitución del 25 se promulgó como una reforma de la del 33? [...] ¿Qué obstáculos encontraría el legítimo constituyente actual para restaurar la Constitución del 25 y proceder, en seguida, a su completa y exhaustiva reforma?”¹⁹¹

Resulta llamativo que Cristi, en una pretensión por extender más de cien años de lazos de continuidad normativa entre los ordenamientos constitucionales de 1828, 1833 y 1925 estime que cada una de dichas constituciones actúa como la partera de la que inmediatamente la sucede en el tiempo. Parece olvidar Cristi que su interpretación sobre las distintas constituciones que tuvo Chile durante la década de los ochenta (entiéndase “Constitución de 1973”, “Constitución de 1980” y “Constitución de 1989”) se basaba en una interpretación metafísica del poder constituyente inspirada en el pensamiento constitucional decisionista de Schmitt, para quien, desde luego, querer establecer determinados enlaces jurídicos, entre la constitución que fenece y la que inmediatamente nace, es “un juego de conceptos desprovisto de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad”¹⁹². Y resulta aun más llamativo que un autor, que valiéndose de las categorías schmittianas, plantea la necesidad de abandonar el uso conceptual del “poder constituyente derivativo o constituido”, que designa una mera actividad reformadora de las leyes constitucionales, por la mejor expresión de “poder legislativo extraordinario”¹⁹³ a causa de los graves riesgos que entraña el uso del primer término, como demostró al comentar las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, particularmente con aquellas referidas a las deliberaciones que darían por resultado la dictación del Decreto Ley N° 128 de 1973 en cuya virtud se transfirió el poder constituyente originario del pueblo a la Junta Militar. En lo que sí podemos estar de acuerdo con él, es que efectivamente la dictadura militar, desde el mismo momento en que irrumpe el 11 de septiembre de 1973, se constituye como una dictadura soberana que

¹⁹¹ CRISTI, Renato. Precisiones en torno a la noción de poder constituyente. *En*: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo de miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago, LOM, 2014. pp. 173-174.

¹⁹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 138.

¹⁹³ CRISTI, Renato. Precisiones en torno a la noción de poder constituyente. *En*: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo de miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago, LOM, 2014. p. 130.

destruye no sólo el ordenamiento constitucional de 1925, sino también al pueblo como sujeto del poder constituyente que animaba a dicho ordenamiento. Sin embargo, como la situación no era del todo clara, al justificarse la dictadura como un restablecimiento del orden constitucional quebrantado por Allende, para poder guardar coherencia con dicha defensa y para proteger la imagen internacional de Chile es que la Junta Militar se vio en la obligación de manifestar que sólo había pasado adquirir la titularidad del poder constituyente derivado, mientras que el originario supuestamente seguía siendo de titularidad del pueblo. Bajo este entendimiento, Cristi afirma que “los defensores de la Constitución no podían aparecer ahora como sus destructores. Por la ficción de que la junta militar había asumido el Poder Constituyente derivativo la destrucción de la Constitución del 25 pudo permanecer por un tiempo en la penumbra”¹⁹⁴. Agreguemos, por último, que dicha maniobra política no es otra cosa que unas de las fórmulas explotadas frecuentemente por los regímenes autocráticos consistente en la técnica del ocultamiento a través de la pareja simular-disimular respecto a la restauración de un quiebre constitucional y el establecimiento de un nuevo ordenamiento fundamental respectivamente, dualidad que por lo demás puede ser extraído perfectamente de la teoría del negocio jurídico como un vicio de la voluntad¹⁹⁵. En efecto, se simula irrumpir como dictadura comisaria respecto al ordenamiento constitucional de 1925 quebrantado por el gobierno de Allende haciendo aparecer lo que no es: que en realidad se constituyó como dictadura soberana destruyendo tanto dicho ordenamiento, como al pueblo en calidad de sujeto del poder constituyente que lo animaba, estableciendo un nuevo régimen constitucional; mientras que por otra parte se disimula la verdadera pretensión de los detentadores del poder militar procurando no hacer aparecer lo que es: que la Junta Militar se arrogó a sí misma la titularidad del poder constituyente. Por esta razón, nos dice Bobbio, que el “poder autocrático no sólo se

¹⁹⁴ CRISTI, Renato. Poder constituyente y génesis de la Constitución de 1980. En su: *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011. p. 130.

¹⁹⁵ Según Ferrara el común denominador de este binomio es el engaño, pues “en la simulación se quiere engañar sobre el ser de una situación no verdadera [mientras que] en el disimulo sobre el no ser de una situación real. La simulación puede compararse a un fantasma; el disimulo, a una máscara”. De este modo el negocio estaría dirigido a “provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato”. FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. 14ª ed. Madrid. Editorial Aguilar, 1956. pp. 42-43.

esconde para no hacer saber quién es y dónde está, sino que también tiende a esconder sus reales intenciones en el momento en el que sus decisiones deben volverse públicas¹⁹⁶”.

Sin embargo, ni el texto constitucional de 1833 fue una reforma de la Constitución de 1828, así como tampoco el texto constitucional de 1925 fue una reforma de la del 33. A este respecto podemos citar la solución constitucional recomendada por Muñoz al tener en cuenta estas dos últimas experiencias constituyentes que, en su concepto, serían la muestra de la existencia de una tradición constitucional o de una praxis constituyente configurada por “dos importantes precedentes para la activación del poder constituyente originario a través de leyes simples y decreto”, que servirían de estrategia para implementar en la actualidad de modo legítimo, aunque no legal, una nueva Constitución mediante una serie de etapas que propone para la consecución de dicho fin¹⁹⁷. En este sentido, recordado la génesis del texto constitucional de 1833, nos dice que a iniciativa del Senador Manuel José Gandarillas, quien saltándose el procedimiento de reforma constitucional vigente en la Constitución de 1828, presentó una moción en la Cámara Alta proponiendo la necesidad de convocar a una Convención que se encargara de modificar el texto constitucional imperante, circunstancia que a juicio de Muñoz, habría activado el ejercicio del poder constituyente originario que desembocaría en el nuevo texto constitucional de 1833, elaborándose entonces en contravención al texto expreso de la Constitución de 1828 que impedía su reforma hasta el año 1836¹⁹⁸. Algo similar acontece tratándose del texto constitucional de 1925 cuando Arturo Alessandri, saltándose el procedimiento de reforma constitucional vigente, activó el poder constituyente originario mediante la dictación del Decreto Supremo N° 1.422 de 7 de abril de 1925 en cuya virtud

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. 3ª ed. México. Fondo de Cultura Económica, 2012. pp. 107-108.

¹⁹⁷ MUÑOZ, Fernando. “Chile es una república democrática”: La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 83.

¹⁹⁸ MUÑOZ, Fernando. “Chile es una república democrática”: La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p.81.

designó a los miembros que integrarían una comisión consultiva a la que se le encomendó la tarea de informar al gobierno de turno sobre una Asamblea Nacional Constituyente¹⁹⁹.

Tenemos, pues, distintas propuestas *extra-institucionales* que *rompen* con el ordenamiento constitucional vigente, pero que tratan de ajustarse a parámetros que se enmarquen dentro de la *institucionalidad* inspirado en ciertos métodos constituyentes del pasado para alejarse de la violencia revolucionaria que terminó marcando a cada una de las coyunturas genéticas de los textos constitucionales chilenos. En consecuencia, ante la pregunta de si es necesario *romper* con el ordenamiento constitucional vigente a fin de obtener una nueva constitución por *vías extra-institucionales*, nos inclinamos a responder positivamente, pero sin que sea interpretada como una solución *anti-institucional*. Lo importante es habilitar al pueblo para que reivindique su titularidad como sujeto del poder constituyente. Es por ello que deben eliminarse los cerrojos que neutralizan su agencia política, pero en su defecto es igualmente importante proceder al establecimiento de una asamblea constituyente, debemos, pues, desatar a Ulises pero sin *romper* el mástil.

¹⁹⁹ MUÑOZ, Fernando. “Chile es una república democrática”: La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 81.

Capítulo III

El proceso constituyente ante el Congreso Nacional

“”[D]ebe considerarse que no hay nada más difícil de emprender, ni nada más dudoso de hacer triunfar, ni más peligroso de manejar, que el introducir nuevas leyes. Se explica: el innovador se transforma en enemigo de todos los que se benefician con las leyes antiguas, y no se granjea sino la amistad tibia de los que se beneficiarán con las nuevas”.

Maquiavelo, 1513 (El Príncipe, Cap. VI).

“Así es como sentiría yo, si fuese chileno, la desventura que en estos días renueva trágicamente una de las facciones más dolorosas de vuestro destino. Porque tiene este Chile florido algo de Sísifo, ya que, como él, vive junto a una alta serranía, y como él, parece condenado a que se le venga abajo cien veces lo que con su esfuerzo cien veces elevó”.

José Ortega y Gasset, 1928 (Discurso ante la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Chile).

“Los dioses habían condenado a Sísifo a hacer rodar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña, donde la piedra volvía a caer por su propio peso. Habían pensado con alguna razón que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza”.

Albert Camus, 1942 (El mito de Sísifo).

I.- Generalidades de las iniciativas parlamentarias por una nueva constitución.

Como dijéramos anteriormente, el proceso constituyente chileno nacido mediante la presión ciudadana que exige una nueva constitución terminó por ser conducido por parte del Congreso Nacional al apresurarse a tomar su liderazgo cooptando las diversas propuestas sociales a través de la presentación de una serie de mociones parlamentarias. La demanda por un determinado producto constitucional pasó a plantearse en términos de procedimiento según las diversas propuestas programáticas de diputados y senadores, condicionando de esta manera que el debate constitucional se concentrara fundamentalmente en su dimensión procesal en detrimento de su otra dimensión substancial. A excepción de una sola iniciativa legislativa que detalla sistemáticamente el contenido que ha de proyectarse al interior del nuevo cuerpo normativo, el resto de los ocho proyectos de ley se limitan a explorar un determinado método de producción constitucional. Como podrá apreciarse de la exposición de estas mociones, se desprende cierto resquemor respecto a las protestas sociales al considerarse que marchan por *vías extra-institucionales* que es necesario encuadrarlas dentro de los márgenes de la *institucionalidad* vigente para garantizar la *continuidad constitucional*. Por esta razón, debe tenerse en cuenta que el denominador común de cada una de estas iniciativas es que éstas arrancan de la misma premisa básica, esto es, proponiendo un cambio de nivel constitucional desde el mismo dispositivo interno de reforma contemplado en el Capítulo XV del texto constitucional vigente. De ahí entonces que se haya producido una desigual relación entre la valoración positiva de una vía *intra-institucional* que procura una *continuidad constitucional* en comparación a la valoración negativa de cualquier vía *extra-institucional* que lleve envuelta un eventual resultado *rupturista* vinculada a un proceso *anti-institucional*. Desde el mismo momento en que se propusieron estos nueve proyectos de ley de reforma constitucional el debate constituyente chileno se ha visto inclinado a una determinada predisposición a favor del Parlamento conforme al mecanismo de revisión del ordenamiento jurídico positivo fundamental. De cualquier modo, debe aclararse que la vía *intra-institucional* está dado por el mecanismo de reforma y no por el contenido que pueda ofrecer el proyecto de ley en sí mismo, pues como veremos enseguida dichas mociones han recorrido distintas estrategias constitucionales que comprenden desde un reconocimiento

expreso del ejercicio del poder constituyente originario como la única vía legítima para implementar una nueva constitución, pasando por otros proyectos de ley que atemperan la propuesta anterior ofreciendo, en cambio, extender el ámbito de aplicación del plebiscito regulado en el actual texto constitucional, llegando a extremos más cautos de acuerdo con aquellas mociones que negando la instalación de una asamblea constituyente, restringen el cambio constitucional a la competencias de los poderes constituidos como sería el propio Congreso Nacional. Esto significa que los distintos parlamentarios han intentado introducir elementos externos del actual régimen constitucional imperante mediante la activación de mecanismos internos del mismo. Ahora bien, pese a que la mayoría de estas iniciativas se limitan a una determinada solución procedimental, todas ellas tratan de compensar este desequilibrio a favor de la dimensión procesal del debate constitucional a través de una serie de denuncias efectuadas en contra del texto constitucional vigente que sirven de fundamento a las medidas propuestas. Es un rasgo común de ellas el referirse al descontento social respecto al sistema político institucional, a sus diversas exigencias, a la ilegitimidad tanto de origen como de ejercicio del texto constitucional, a la carencia de instancias de participación ciudadanas que permitan revertir del desencanto electoral e incluso en la crítica del propio procedimiento de reforma constitucional que, en concepto de los autores de estas iniciativas, se limita únicamente a la hipótesis de reforma parcial.

Atendidas estas circunstancias, desplegaremos un repaso del proceso constituyente ante el Congreso Nacional distinguiendo un primer ciclo de mociones parlamentarias correspondientes al bienio 2011-2012 que comprende como propuestas constituyentes la creación de una asamblea constituyente, la realización de un plebiscito para determinar la magnitud política sobre la necesidad de este mismo órgano y la instalación de una Comisión Bicameral. Con posterioridad al primer ciclo constituyente, evidentemente marcado por las movilizaciones sociales y por el contexto de elecciones políticas, transcurrirá un período de más de dos años de silencio en los pasillos del Parlamento sin que se avanzara en la tramitación de estas iniciativas legislativas, período marcado además por la ausencia de nuevas mociones destinadas a conducir dicho proceso. A partir del año 2015 se activará nuevamente la cuestión sobre un nuevo arreglo constitucional después que en la segunda cuenta pública rendida el 21 de mayo el Ejecutivo disipara algunos misterios del proceso constituyente al adelantar los rasgos que éste debía adoptar a contar de

septiembre del mismo año en concordancia con el programa del Gobierno de turno de Bachelet²⁰⁰. En este contexto se irá configurando un segundo ciclo de propuestas parlamentarias destinadas a retomar el proceso constituyente. Sin embargo, las mociones presentadas durante ese año se desviaron mayormente del camino trazado durante el primer ciclo constituyente. En efecto, durante dicha legislatura los autores de los proyectos de ley, entre los cuales se encuentran algunos diputados que fueron dirigentes del movimiento estudiantil, procurando mayores acuerdos políticos para la tramitación de sus mociones, sacrificaron la intensidad de los mecanismos exigidos por los movimientos sociales para implementar una nueva constitución. En vez de hacer un reconocimiento expreso del poder constituyente originario o de una asamblea constituyente, prefirieron conseguir un ámbito más extenso para la aplicación del plebiscito previsto en la regulación constitucional vigente, retrocediendo de este modo con algunas propuestas programáticas del primer ciclo de iniciativas legislativas que recogían de modo más directo las demandas sociales por una nueva constitución. En este nuevo ciclo las mociones legislativas se caracterizan por su mayor grado de pragmatismo a fin de adelantar el camino para el proceso constituyente que ha comenzado a conducir actualmente el Gobierno, de modo que veremos propuestas que incluso tratan de habilitar al Ejecutivo para que actúe durante este año en el contexto de las próximas elecciones municipales, así como también eliminar un cerrojo autoritario del texto constitucional relacionado con el quórum de las leyes orgánicas constitucionales. Por lo demás corresponde a este último ciclo la propuesta parlamentaria que detalla meticulosamente un nuevo proyecto de constitución que tiene por objeto activar la discusión sobre la dimensión substancial del debate constituyente.

Pese a todas las medidas legislativas anteriores, es preciso considerar que éstas se han visto entrampadas en sus trámites parlamentarios sin que ninguna de ellas pueda avanzar

²⁰⁰ El proyecto político de Bachelet se inclina por un proceso constituyente de carácter “democrático, institucional y participativo” para la implementación de un nuevo texto constitucional, anticipando que en este proceso predominará el ejercicio de las potestades constituidas mediante acuerdos entre el Ejecutivo y el Legislativo “que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio”, teniendo en cuenta la participación ciudadana para lo cual será necesario considerar que “el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”. *Chile de todos, Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, p. 35.

más allá del primer trámite constitucional, viéndose algunas de ellas refundidas con otros proyectos e incluso archivadas. En efecto, todas las mociones parlamentarias se vieron frustradas aun antes de que el Ejecutivo tomara posesión de este asunto a partir del 13 de octubre de 2015 al anunciar oficialmente el itinerario por el que transitaría el proceso constituyente, no obstante que igualmente se incluyó al Congreso en algunas de sus etapas. En realidad los dos ciclos de propuestas legislativas procedimentales y substanciales demuestran que se configuraron como una reconducción de la presión social a través de parámetros *institucionales* sin dar efectiva solución a las exigencias de la ciudadanía. Lo único cierto es que con la presentación de estos proyectos de ley de reforma se demuestra que el ordenamiento constitucional imperante no puede permanecer estático.

II-. Primer ciclo de tentativas constituyentes del Congreso Nacional 2011-2012

a) Proyecto de ley sobre reforma constitucional para establecer una Asamblea Constituyente²⁰¹.

La primera estrategia parlamentaria como *vía intra-institucional* destinada a implementar un nuevo orden fundamental procurando salvar la *continuidad constitucional* tuvo ocasión con el proyecto de ley de reforma constitucional presentado el 18 de julio de 2011 en la Cámara de Diputados al plantear como objetivo programático alcanzar la superación del proyecto político de la dictadura militar resguardado por el texto constitucional de 1980. Reconociendo el nivel de explosión de las movilizaciones sociales –levantadas entre otras causas por una educación pública, matriz energética, medio ambiente, reivindicaciones de minorías sexuales y reclamos de consumidores–, expresadas “por vías no institucionales”, los autores de esta moción estimaron procedente reconducir el descontento ciudadano a través del propio marco regulatorio establecido en el ordenamiento constitucional que se pretende reemplazar. De este modo, diagnosticando cierto “síntoma de un déficit de canales de participación ciudadana” del sistema político imperante, creyeron necesario incorporar algunas instituciones de participación propias de una democracia semidirecta. Una vez que se evaluó brevemente la historia por la que atravesó el poder constituyente democrático,

²⁰¹ Boletín N° 7792-07. Cámara de Diputados, 18 de julio de 2011. Sergio Aguiló, Osvaldo Andrade, Pepe Auth, Aldo Cornejo, Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Marcos Espinosa, Marcelo Schilling, Alejandra Sepúlveda y Guillermo Teillier.

pasando también revista a la historia constitucional chilena y una vez reconocido que en ninguna de las génesis de nuestros ordenamientos constitucionales ha participado el pueblo mediante el ejercicio de su poder constituyente originario, se propuso extender la magnitud de la actividad reformadora consagrada en el Capítulo XV del texto constitucional vigente. Partiendo de la premisa que este mecanismo revisor comprende únicamente la hipótesis de reforma parcial, propusieron incorporar una segunda hipótesis consistente en posibilitar la reforma total de dicho texto a través de un reconocimiento del poder constituyente originario. Apoyándose en antecedentes de las últimas experiencias constituyentes tales como la de Islandia que por ese momento atravesaba por un proceso de esta índole conforme a la creación de una asamblea constituyente, no dejó de lado otras experiencias más lejanas como aconteció con la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución de Brasil de 1988. Sin embargo, los diputados que suscribieron este proyecto de ley más que inspirarse en esos antecedentes, se apoyaron en realidad en el contexto de las últimas experiencias constituyentes latinoamericanas que recurrieron a la asamblea constituyente y la reconocieron posteriormente en sus propias Constituciones como en el caso de Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009, todas experiencias que reflejan como paradigma la refundación del sistema político a fin de subsanar su crisis de legitimidad²⁰².

Ahora bien, en cuanto a las ideas matrices de esta iniciativa parlamentaria es preciso destacar que mantuvo cierta sintonía con las demandas de las movilizaciones sociales al apelar directamente, como única vía legítima para solucionar el problema constitucional, a

²⁰² A este respecto, en una contextualización sumaria de las experiencias constituyentes de América Latina, podemos apreciar que de los 18 países que conforman la región Latinoamericana sólo once países han generado una nueva constitución mediante la figura de la asamblea constituyente pero si se excluye el caso excepcional de Perú, tan solo 10 de estos países han implementado en sus respectivos textos constitucionales la asamblea constituyente destinada a servir de instancia de cambio constitucional como acontece con las experiencias de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. En la mayoría de estos casos la asamblea constituyente ha surgido como una fórmula no prevista en la regulación constitucional vigente, salvándose el caso excepcional de Bolivia que anticipó el proceso reformatorio de su texto constitucional de 1967 mediante la figura del referéndum reconocido en su artículo 4°. Incluso todas las constituciones de Perú, salvo la de 1826, han surgido mediante asambleas constituyentes como una solución a las crisis institucionales por las que ha tenido que atravesar, pero ninguno de sus textos constitucionales ha logrado incorporarla como mecanismo constituyente SOTO Barrientos, Francisco. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. Estudios Constitucionales. (1): 397-428, 2014. p. 398, p. 403, p. 411 y p. 415.

la creación de una asamblea constituyente que permitiera el ejercicio del poder constituyente originario del pueblo. Incorporando la nueva hipótesis de revisión total del texto constitucional, el siguiente paso era la organización de esta asamblea cuya convocatoria debía aprobarse por una ley de quórum calificado, ya sea que su activación se haya impulsado por moción parlamentaria o por la iniciativa de quinientos mil ciudadanos, asamblea que además estaría sujeta a ratificación plebiscitaria. Finalmente, la nueva constitución así elaborada sería objeto de una última ratificación ciudadana mediante otro plebiscito popular:

“Art. Único.- Para agregar el siguiente artículo 129 bis nuevo en el Capítulo XV de la Constitución Política de la República.

Art. 129 bis.- El ejercicio de la soberanía reside en la Nación y lo realiza el pueblo a través de los mecanismos que señala esta Constitución. En ejercicio del poder constituyente originario, puede convocar a una Asamblea Constituyente, la que en forma autónoma, tendrá el mandato para la discusión y elaboración del nuevo orden constitucional.

La referida Asamblea podrá ser convocada mediante una ley aprobada por la mayoría de los Diputados y Senadores en ejercicio, la que determinará la forma de elección de los representantes. Esta ley podrá iniciarse por moción parlamentaria o por la iniciativa de al menos quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos.

La nueva Constitución para su vigencia, deberá ser aprobada mediante plebiscito, por la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos”.

b) Proyecto de acuerdo del Senado sobre la creación de Comisión Bicameral para estudio de anteproyecto de nueva Constitución Política²⁰³.

Posteriormente a la primera moción parlamentaria ingresada a la Cámara de Diputados, el Senado trataría de revertir la magnitud programática implicada en dicha iniciativa en virtud de un proyecto de acuerdo adoptado el 27 de septiembre de 2011 conforme al cual, desechando de plano la posibilidad de una asamblea constituyente impulsada por las

²⁰³ Boletín N° 1411-12. Senado, 27 de septiembre de 2011. Allende, Isabel; Alvear, Soledad; Bianchi, Carlos; Cantero, Carlos; Escalona, Camilo; Frei, Eduardo; Girardi, Guido; Gómez, José; Lagos, Ricardo; Letelier, Juan; Muñoz, Pedro; Navarro, Alejandro; Pizarro, Jorge; Quintana, Jaime; Rincón, Ximena; Rossi, Fulvio; Ruiz-Esquide, Mariano; Sabag, Hosaín; Tuma, Eugenio; Walker, Ignacio; Walker, Patricio; y, Zaldívar, Andrés.

movilizaciones ciudadanas, formuló la creación de una Comisión Bicameral encargada de redactar un anteproyecto de constitución teniendo en cuenta la opinión de los distintos actores sociales y contando también con la “asesoría de especialistas expertos en las materias”. El nuevo texto constitucional así otorgado sería objeto de una posterior ratificación mediante un plebiscito ciudadano.

Si bien este proyecto de ley retrocede en cuanto a la canalización de las demandas sociales por una nueva constitución, trata de compensar no obstante esta falta de correlación a través de una serie de denuncias que sirven de fundamento a su propuesta y que se dirigen en contra del ordenamiento constitucional vigente. De esta manera, reconociendo que las movilizaciones sociales surgidas desde el 2011 constituyen un reflejo de un descontento ciudadano de gran magnitud que se vincula particularmente con la estructura de la institucionalidad imperante, estima que sus exigencias por una mayor participación popular ya sea a través de plebiscitos de nivel nacional o comunal, ya sea reformando el sistema electoral, descentralizando las elecciones de los representantes regionales, autonomizando las instancias políticas comunales y corrigiendo el actual régimen político por una de carácter semipresidencial o parlamentario, todas estas demandas pueden satisfacerse a través de un nuevo arreglo fundamental. Para recuperar la adhesión ciudadana reproduce algunos argumentos del debate constitucional que oscilan entre los partidarios de una nueva constitución, haciendo referencia, por consiguiente, a la ilegitimidad de origen del texto constitucional de 1980 como consecuencia de su elaboración “en el marco de un gobierno de facto y luego ratificada en un procedimiento que no ofreció garantías democráticas”. Asimismo, acusa la incapacidad a que se ve expuesto dicho texto en cuanto a legitimarse a sí mismo mediante las sucesivas reformas que se han introducido en este cuerpo constitucional en un ciclo que se extiende desde al menos 1989 hasta el 2005²⁰⁴. En este sentido, al constatar el agotamiento de este proceso

²⁰⁴ En este sentido, Francisco Zúñiga, quien ha tenido a su cargo la dirección del equipo constitucional de la Presidenta de la República, constata que este ciclo reformista consistente en la modificación, adición, sustitución o derogación de algunos preceptos constitucionales, puede entenderse como un proceso depurador de los enclaves autoritarios del texto constitucional que, en cierto modo, ha permitido un ejercicio sostenido del poder constituyente derivado, repercutiendo a su vez, en un alejamiento del origen espurio de la Constitución vigente. Sin embargo, este ciclo reformista no se ha completado y se ha visto superado en la tarea de convertir este “decreto ley-fundamental” en una verdadera constitución de carácter democrática, lo que a juicio de este constitucionalista “es demostración de una legitimidad democrática de ejercicio muy

reformista, se enfatiza el hecho de que el largo proceso de ir modificando el texto constitucional ha sido nulo en lo que se refiere a “dar cuenta de la transformación que ha experimentado Chile en los últimos 30 años”. En la misma línea recuerda la circunstancia de haberse presentado, desde la entrada en vigencia de este ordenamiento, 579 proyectos de ley, entre mensajes y mociones, que han pretendido alterar diversas partes del cuerpo normativo constitucional de 1980²⁰⁵. Teniendo presente estas consideraciones, este proyecto de acuerdo del Senado concluye que “una nueva Constitución ganaría en legitimidad y adhesión social, ambas cuestiones deseables en todo sistema político.”

“Proyecto de acuerdo: Se propone la creación de una comisión bicameral cuya tarea será estudiar y proponer un nuevo texto de Carta Fundamental, escuchando la opinión de los diversos actores sociales en los temas que sean de su interés,

parcial forzada por la política real y la realidad de una transición pactada; pero es también demostración palmaria que el ciclo reformista agotó sus posibilidades y el arreglo institucional requiere de una nueva Constitución”. ZÚÑIGA Urbina, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente. Estudios constitucionales. (1): 511-540, 2013. p. 515.

²⁰⁵ Resulta útil tener en cuenta un estudio elaborado por Saldaña a partir de los Datos obtenidos en el Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional que contiene un registro de los proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional desde el 11 de marzo de 1990. En lo relativo al cambio constitucional en el período comprendido entre los años 1992 a 2008 se identificaron 320 proyectos de reforma constitucional entrampados en su tramitación legislativa. De esta propuestas de reforma a la Constitución, 29 de ellas provienen de mensajes del Ejecutivo, mientras que las 291 restantes están representadas por mociones parlamentarias, específicamente 94 originadas en el Senado y 226 mociones que tienen su origen en la Cámara de Diputados. En dicho estudio se pueden consultar, entre otros asuntos, los tipos de proyectos de reforma constitucional del período recién indicado que se encuentran en tramitación según año de ingreso, según la materia que pretenden abordar, según los temas que el Ejecutivo y el Legislativo prefieren a la hora de reformar la Constitución, según la tendencia política o de partidos y los asuntos específicos que defienden en los proyectos, y su clasificación según el estado de tramitación en que se encuentran como también según cada tendencia política en particular. Una de las principales constataciones a que arriba este estudio es la detonación acelerada de iniciativas parlamentarias destinadas a reformar la Constitución a partir del año 2006 cuando se presentaron 74 mociones parlamentarias y 3 mensajes del Ejecutivo, seguidas en el 2007 de 83 iniciativas del Congreso y 7 del Presidente de la República y en el año 2008 se llegó a 70 proyectos de reforma constitucional en el parlamento y 8 propuestas de reforma emanadas del mandatario máximo de la nación (Figura N° 2, p.90). Según el autor de este estudio –valiéndose de Ackermann–, lo anterior puede explicarse por la existencia de “un ambiente de *momento constitucional* luego de la remoción de varios de los enclaves autoritarios que se mantuvieron por largo tiempo [en la Constitución de 1980]”. SALDAÑA, José. Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008. En: FUENTES, Claudio., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 85-114. Cursivas del original.

contando además con la asesoría de especialistas expertos en las materias. El texto final deberá ser ratificado posteriormente mediante un plebiscito ciudadano”.

c) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, para crear una Comisión Bicameral encargada del estudio de un anteproyecto de nueva Constitución Política de la República²⁰⁶.

Finalmente el proyecto de acuerdo a que recién hicimos referencia terminaría siendo aprobado en sesión ordinaria del Senado correspondiente al 4 de enero de 2012²⁰⁷ entre diversas exclamaciones en su contra como vociferó el Senador Coloma: “¡a la venezolana...!” o el Senador Larraín cuando prorrumpió: “¡a lo bien Chávez...!”²⁰⁸. De esta manera, ya el 18 de enero de 2012 se ofició a la Cámara de Diputados el proyecto de ley propuesto por la Cámara Alta formulando la necesidad de una reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional agregándose un artículo transitorio que regule la integración y funcionamiento de la Comisión Bicameral.

Si bien esta iniciativa parlamentaria profundiza las críticas sobre el tratamiento que ha recibido el cuerpo constitucional vigente mediante la introducción de una serie de reformas que se han visto superadas y agotadas, no puede esperarse lo mismo en lo que dice relación con el proceso constituyente que pretende activar. Como manifiestan algunos integrantes del movimiento ciudadano que surgió el año 2012 para marcar asamblea constituyente en las elecciones presidenciales y parlamentarias que se iniciarían al año siguiente, “ante el desafío de una nueva constitución se debe reconocer que su procedimiento de generación o creación importa no solo consideraciones prácticas, propias de cualquier decisión política, sino también un hecho de definición y autodeterminación

²⁰⁶ Boletín N° 8152-07. Senado, 18 de enero de 2012.

²⁰⁷ El Boletín en comentario equivocadamente establece que dicha aprobación se verificó el día martes 3 de enero de 2012.

²⁰⁸ Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 359ª, Sesión ordinaria N° 86ª, miércoles 4 de enero de 2012. p. 19.

política del pueblo. Mientras más nos alejamos del ideal regulativo de la AC, más difícil será concretar este hecho político de constitución de la comunidad política”²⁰⁹.

“Artículo Único.- Agréguese el siguiente artículo 4º transitorio a la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional:

Artículo 4º.- Créase una comisión bicameral cuyo único objeto será estudiar y proponer el texto de una nueva Constitución Política de la República. Dicha comisión estará compuesta por 10 Diputados y 10 Senadores que serán designados de la siguiente manera: cada comité parlamentario, tanto de la Cámara de Diputados como del Senado elegirá a un representante, los restantes se elegirán proporcionalmente de acuerdo a su representación tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado. La presidencia de la comisión será elegida por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión que se cite para tal efecto.

Para efectos de la integración de la comisión, los comités parlamentarios deberán informar a la mesa respectiva, dentro de los diez días siguientes a la publicación de la presente ley, el nombre del Diputado o Senador, según corresponda, que los representará.

Para el cumplimiento de su cometido, la comisión mixta podrá dividir su trabajo en subcomisiones, integradas por cinco miembros, encargada cada una de ellas del estudio de una o más materias en particular. Asimismo, la comisión en general y en particular podrá solicitar asesorías especializadas respecto de cada tema. Será obligación en todo caso convocar y oír, a los representantes de la o las instituciones públicas o privadas y organizaciones sociales que manifiesten su interés en dar a conocer su opinión a la comisión o subcomisión respectiva.

Para sesionar válidamente la comisión requerirá la presencia de al menos diez de sus miembros; en el caso de las subcomisiones, se requerirá la presencia de al menos tres de ellos. Los acuerdos de la comisión y de la subcomisión se adoptarán por la mayoría de los miembros presentes en la votación respectiva. Las demás normas de funcionamiento serán determinadas por la propia comisión bicameral. Las funciones de secretaría de la Comisión serán ejercidas por el Secretario de la Cámara de Diputados y por el Secretario del Senado o quienes estos designen.

²⁰⁹ CODDOU, Alberto y CONTRERAS, Pablo. Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: La experiencia de “Marca tu Voto”. En: Anuario de Derecho público Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones UDP., 2014. pp. 121-139.

La comisión bicameral deberá iniciar sus funciones dentro de los 30 días siguientes a la publicación de la presente ley en el Diario Oficial”.

d) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 15 de la Constitución Política de la República, estableciendo el plebiscito como medio de decisión ciudadana²¹⁰.

En un intento por recuperar la senda iniciada con el primer proyecto de ley de reforma constitucional presentado en la Cámara Baja respecto al debate constitucional, se presentó el 12 de junio de 2012 una propuesta destinada a la activación del proceso constituyente mediante la modificación de la institución del plebiscito previsto en el ordenamiento constitucional vigente. Como veremos más adelante, partiendo del mismo reconocimiento que hacen otras mociones presentadas en materia de plebiscitos en cuanto al déficit de representatividad que impera en el sistema político, este proyecto puede caracterizarse por imputar el debilitamiento democrático al propio diseño constitucional. En efecto, aduciendo como consideraciones previas la “profunda crisis de representatividad, generada por un sistema electoral y cerrojos constitucionales” diseñados con el preciso objeto de “deformar la voluntad ciudadana” e impedir que la “mayoría decida”, y teniendo en cuenta la baja participación electoral de la ciudadanía así como la falta de satisfacción de “mayoritarias demandas sociales”, los autores que suscribieron este proyecto propusieron, como una forma de “dirimir con plena legitimidad los grandes conflictos sociales que atraviesan al país”, que se ampliaran las hipótesis del plebiscito incluyendo la convocatoria a una asamblea constituyente. Con ello, estiman los diputados suscriptores, se podrían resolver las exigencias sociales que dicen relación con la preservación del medio ambiente, la inversión extranjera en la gran minería del cobre, la equidad y calidad de la educación, las AFP, los derechos de los pueblos originarios, la plena igualdad de derecho para la diversidad sexual, la descentralización del Estado, el uso de los territorios a nivel regional o comunal y todo lo concerniente al ejercicio efectivo de la soberanía popular. Será este proyecto de ley el antecedente más cercano del segundo ciclo de tentativas constituyentes parlamentarias del 2015 según veremos más abajo.

²¹⁰ Boletín 8352-07. Cámara de Diputados, 12 de junio de 2012. Aguiló, Sergio; Ascencio, Gabriel; Carmona, Lautaro; Ceroni, Guillermo; Espinosa, Marcos; González, Rodrigo; Jarpa, Carlos; Lemus, Luis; Rincón, Ricardo; y, Silber, Gabriel.

“Artículo Único.- Modifíquese el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Chile en los siguientes términos:

a) Reemplácese el inciso segundo por: "Podrá convocarse a votación popular para las elecciones previstas por la Constitución y para plebiscitos vinculantes sobre asuntos de interés nacional, regional o comunal"

b) Agréguese los siguientes incisos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°

Podrán plebiscitarse todo tipo de asuntos de interés público, ya sean de rango administrativo o legal, incluida la convocatoria a Asamblea Constituyente. Las consultas sobre las cuales deba pronunciarse la ciudadanía serán formuladas en términos claros y precisos. Cuando correspondan a la implementación de una política pública determinada, deberá indicarse en ella los medios jurídicos económicos de su implementación como asimismo los plazos que tendrá la autoridad para ponerlas en ejecución

Los plebiscitos nacionales serán convocados por el Presidente de la República a requerimiento de un número de ciudadanos equivalente al cinco por ciento de los que hubieren sufragado en la última elección general de diputados.

Los plebiscitos regionales serán convocados por el Intendente Regional, sobre materias de la competencia de los Gobiernos Regionales, a requerimiento de un número de ciudadanos equivalente al cinco por ciento de los ciudadanos que hubieren sufragado en la última elección general de diputados en la Región.

Los plebiscitos comunales serán convocados por el Alcalde respectivo, sobre materias propias del Gobierno Comunal, a requerimiento de un número de ciudadanos equivalente al cinco por ciento de los ciudadanos que hubieren sufragado en la última elección general de diputados en la comuna.

El resultado del plebiscito será vinculante para todos los órganos del Estado, si sufragan al menos el cincuenta por ciento más uno del total de ciudadanos en condiciones de hacerlo. La infracción de lo resuelto plebiscitariamente será causal de cesación en el cargo de la o las autoridades que incurran en tal desacato, lo que deberá ser declarado por el Tribunal Constitucional, a requerimiento de cualquier ciudadano.

La ley regulará los requisitos para los requerimientos ciudadanos de convocatoria a plebiscito, debiendo otorgar las mayores facilidades al efecto y no pudiendo imponer costo económico alguno para los requirentes. El requerimiento ciudadano de convocatoria deberá ser reducido a escritura pública firmada por diez ciudadanos y deberá contener el texto preciso de la pregunta a plebiscitar. Dicho requerimiento deberá ser registrado en el Servicio Electoral. A contar de la

fecha de dicho registro correrá un plazo de 120 días hábiles para reunir la cantidad de firmas necesarias_ Durante ese plazo y hasta fa fecha del plebiscito en su caso, todo órgano del Estado quedará impedido de tomar decisión alguna sobre el asunto a plebiscitar y no podrá con convocarse a plebiscito sobre la misma materia”.

***e) Proyecto de ley de reforma constitucional que establece un procedimiento plebiscitario para el cambio de la Constitución Política de la República mediante una asamblea constituyente*²¹¹.**

Conscientes algunos senadores del retroceso que manifestaba el proyecto de ley anterior a éste que presentaron ellos mismos junto a otros miembros de la misma Cámara y en un intento por superar la “falta de representatividad y adhesión de que adolecen los poderes instituidos”, se presentó una nueva moción el 4 de septiembre de 2012. Corrigiendo la falta de sintonía con el movimiento ciudadano, esta vez se recogieron las estrategias del Movimiento marca tu voto” inspirado en la experiencia constituyente de Colombia de 1991 con el “movimiento de la séptima papeleta”²¹². Retomando la convicción acerca del poder constituyente originario como la única vía legítima para superar la cuestión constituyente y reconociendo su carácter eminentemente extranormativo, los autores de esta nueva iniciativa manifestaron que el procedimiento de reforma constitucional, que en su concepto sólo incluye la hipótesis de revisión parcial, estimaron que los preceptos que lo regulan son “ajenos a cualquier ordenamiento constitucional democrático, toda vez que producen el efecto de petrificar las normas, permitiendo que una minoría exigua, ejerza un veto ilegítimo sobre la voluntad de la mayoría ciudadana”. Para sortear esta falta de previsión de una reforma total, se barajó la posibilidad –finalmente frustrada– de instalar una cuarta urna (tercera en los distritos que no elijan senadores) en las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2013 con el preciso objeto que la ciudadanía pronunciara su aceptación o rechazo a la convocatoria a una asamblea constituyente encargada de elaborar

²¹¹ Boletín N° 8562-07. Senado, 4 de septiembre de 2012. Girardi; Guido; Gómez; José; Navarro; Alejandro; Quintana, Jaime; y, Rossi, Fulvio.

²¹² SOTO, Francisco. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. Estudios Constitucionales. (1): 397-428, 2014. p. 409.

una nueva constitución dotada de una “clara e indiscutible legitimidad de origen, así como de contenidos democráticos en todos los ámbitos de su regulación”.

Entre los antecedentes históricos que toma en consideración para fundamentar su propuesta legislativa, compara la situación vivida por Chile en la dictadura militar en relación al resto de los países latinoamericanos que sufrieron perturbaciones similares a ésta. La diferencia radica en que pese a haberse interrumpido la historia constitucional de cada uno de los países afectados, Chile “continúa rigiendo su organización como Estado, por normas constitucionales nacidas de ese régimen, y por tanto ilegítimas en su origen. Esta ilegitimidad, así como la de sus contenidos básicos, no ha sido superada, no obstante las reformas efectuadas, pues ellas no han sido suficientes para cambiar el carácter particular del Estado que la actual Constitución establece, manteniendo lo sustantivo del sistema político y del orden económico-social asociado a él”.

“Artículo único: Agrégase como disposición vigésima segunda transitoria, a la Constitución Política de la República de Chile, la siguiente:

Vigésima Segunda. El tercer domingo del mes de noviembre del año 2013, junto con las elecciones presidenciales y parlamentarias, se efectuará un plebiscito a fin de que los electores manifiesten su aprobación o rechazo de la convocatoria a una asamblea constituyente que redacte una nueva Constitución Política. Para tal objeto, en todas las mesas receptoras de sufragios existirá una urna al efecto, en la cual los electores depositarán la cédula del plebiscito señalado. La cédula tendrá al centro, la siguiente oración: "Plebiscito Asamblea Constituyente para Nueva Constitución"; debajo de ésta habrá dos líneas horizontales, una al lado de otra. En la parte inferior de la primera línea, se imprimirá la palabra "apruebo", y en la parte inferior de la segunda línea, se imprimirá la palabra "rechazo", a objeto que cada ciudadano manifieste su preferencia.

El Tribunal Calificador de Elecciones proclamará aprobada la proposición de convocar a una Asamblea Constituyente siempre que la opción "apruebo" haya obtenido el mayor número de votos. Para estos efectos, los votos en blanco y nulos se considerarán como no emitidos.

Aprobada así la proposición de una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución Política, el Presidente de la República convocará a la elección de la misma dentro de un plazo de doscientos cuarenta días, debiendo realizarse ésta dentro del plazo de noventa días desde la convocatoria.

A los 150 días de efectuada la Proclamación de aprobación del Tribunal Calificador de Elecciones el Presidente de la República, enviará al Congreso un Proyecto de Ley que establezca el mecanismo por el cual se elegirán los delegados a la Asamblea Constituyente, el que deberá asegurar la debida representación de la diversidad del país.

La Asamblea Constituyente será independiente en sus deliberaciones de todo otro órgano legal o constitucional de la República, y definirá sus procedimientos de deliberación en forma autónoma de toda otra autoridad. No podrá dictar leyes, remover autoridades ni abocarse en forma alguna a otro tema que la elaboración de un Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, para lo que tendrá un plazo de 180 días desde su instalación, el que podrá ser prorrogado por decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros. El texto constitucional emanado de sus debates será sometido a Plebiscito para su aprobación o rechazo.

En el caso que la ciudadanía apruebe la proposición que presente la Asamblea Constituyente, el Tribunal Calificador de Elecciones comunicará al Presidente de la República dicha aprobación, el cual deberá promulgarla dentro del plazo de diez días contados desde dicha comunicación. Su publicación se hará en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio".

III- Segundo ciclo de tentativas constituyentes del Congreso Nacional durante el 2015.

a) Proyecto de ley de reforma constitucional en materia de plebiscitos²¹³.

Entre los intentos más recientes destinados a provocar un cambio constitucional, se encuentra en tramitación el proyecto de ley ingresado a la Cámara de Diputados el 19 de abril de 2015. Se trata de una moción que recoge ciertas propuestas efectuadas por algunos movimientos sociales en razón de ser elaborado por un grupo de constitucionalistas en conjunto con el movimiento "Marca AC" y que finalmente sería suscrito por la "bancada transversal por una asamblea constituyente". Este proyecto de reforma constitucional propone ampliar las facultades que tiene el Presidente de la República en materia de plebiscito, para que en virtud de un acuerdo con el Congreso Nacional, consulten a la

²¹³ Boletín 10014-07. Cámara de Diputados, 19 abril 2015. Cariola, Karol; Fernández; Maya; Fuentes; Iván; Girardi, Cristina; Hernando, Marcela; Jackson, Giorgio; Provoste, Yasna; Rivas, Gaspar; Soto, Leonardo; y, Vallejo, Camila. Refundido con el Boletín N° 7769-07 que propone una reforma constitucional para establecer el plebiscito en temas de interés nacional.

ciudadanía sobre el mecanismo que debe emplearse en la elaboración de una nueva constitución. Pese al silencio que guarda este proyecto de ley en cuanto a los posibles mecanismos constituyentes, manifiesta su convicción en orden a que “una Constitución debe ser el reflejo de la diversidad constitutiva de una sociedad democrática, y no la manifestación de un proyecto político particular”. Por esta razón, se considera “adecuado exigir que la norma fundamental sea resultado de un proceso colectivo en el que, por diversas vías institucionales, participe toda la comunidad política”. En este sentido, manifestando una total preocupación por la dimensión procesal del debate constituyente, es decir, tomando especial precaución con respecto a la legitimidad de origen del nuevo ordenamiento constitucional, plantea como requisitos básicos en esta materia la participación del pueblo en la elección del mecanismo que considere más adecuado y su posterior validación institucional. Sea cual fuere la decisión adoptada por el pueblo, este proyecto establece expresamente que el proceso constituyente debe considerarse como una “decisión institucional”.

“Artículo único. Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1. Modifícase el inciso final del artículo 15, insertando la frase "y las leyes" antes de su punto final.
2. Reemplázase el artículo 32 N° 4 por el siguiente: "Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional".

b) Proyecto de ley de reforma constitucional que faculta a S. E. la Presidenta de la República para convocar a un plebiscito durante el año 2016 en las materias que concuerde con el Congreso Nacional²¹⁴.

Un rumbo similar sigue la moción parlamentaria presentada en el Senado el primero de junio de 2015 que, inspirado en el plebiscito de 1989, propone reformar el texto constitucional vigente con el objeto que la actual Presidenta de la República convoque

²¹⁴ Boletín N° 10072-07. Senado, 1 de junio 2015. Bianchi; Carlos.

durante el 2016, en paralelo a las elecciones municipales, a un plebiscito ciudadano sobre las materias que concuerde con el Congreso Nacional, entre las cuales puede entenderse que se incluiría algún mecanismo para la elaboración de una nueva constitución.

“Artículo Uno Incorpórese la siguiente disposición Vigésimo Sexta Transitoria en la Constitución Política de la República:

Vigésimo sexta: Facúltese a la Presidenta de la República para que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de esta Constitución, proceda a dictar los decretos y reglamentos que correspondan para una convocatoria a plebiscito ciudadano durante el año 2016, respecto a las materias que el Congreso Nacional y la Presidenta de la República acuerden someter a plebiscito”.

c) Proyecto de ley de reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental²¹⁵.

Se trata del único proyecto de ley del Congreso Nacional que se refiere sistemáticamente a la dimensión substancial del debate constituyente. En efecto, desde las primeras líneas de esta moción puede apreciarse que su propósito radica en activar aquella discusión que se refiere a la definición del contenido normativo fundamental que se proyectará al interior del nuevo cuerpo constitucional. Por esta razón, dirigiéndose en general a cualquier lector que tenga en frente dicho proyecto, sostiene que esta iniciativa constituye un “esfuerzo de diálogo político, y en consecuencia una invitación a toda la sociedad a reflexionar sobre las normas fundamentales en las cuales deberá construirse un nuevo pacto de convivencia democrática”. Sin soslayar en todo caso la dimensión procesal del debate, se limita a sostener que la generación de la nueva constitución debe conducirse a través de procedimientos de carácter democráticos, aunque “lo fundamental radica en los contenidos y el marco legítimo dentro del cual se puedan discutir” los distintos elementos que definirán la identidad del nuevo ordenamiento constitucional. Como ideas matrices de este proyecto, se establecen quince capítulos nuevos en reemplazo de los quince capítulos actualmente vigentes en el texto constitucional de 1980 que comprenden materias como derechos fundamentales y el ejercicio y distribución del poder en los distintos órganos que se

²¹⁵ Boletín N° 10193-07. Cámara de Diputados, 11 de junio de 2015. Andrade, Osvaldo; Ceroni, Guillermo; y, Schilling, Marcelo.

instituyan, coincidiendo en mayor o menor medida con otros modelos constitucionales desde una perspectiva comparada y haciendo referencia a la dogmática constitucional respecto de cada uno de los artículos que se proponen en este proyecto. Si pudiéramos comparar algunas ideas de esta moción con respecto a los principales cerrojos de que adolece el ordenamiento constitucional vigente, podemos apreciar que dicha iniciativa parlamentaria desata a Ulises por completo, pues se eliminan los quórum supramayoritarios de 4/7 respecto a las leyes orgánicas constitucionales, estableciéndose como quórum más alto exigible el de la mayoría de los miembros en ejercicio del Parlamento Unicameral que se plantea (Artículo 69 del proyecto); también se elimina el control preventivo del Tribunal Constitucional (Artículo 88 del proyecto); y, por último, en cuanto a la reforma constitucional contempla como regla general un quórum de 2/3 de los miembros en ejercicio, sin perjuicio de que si el proyecto pertinente no alcanza dicha exigencia, igualmente será procedente conforme a un referéndum siempre que cuente con el apoyo la mayoría de los miembros en ejercicio del Congreso. Dicho referéndum puede ser convocado por el Presidente de la República, por el Congreso conforme a sus 2/5 partes y también por solicitud realizada por el Servicio Electoral de acuerdo a un número no inferior al 3 por ciento de los ciudadanos inscritos. El quórum de aprobación de la reforma por referéndum será de la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos (Artículos 124 a 127).

d) Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 66 de la Carta Fundamental, para rebajar el quórum de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales²¹⁶.

Teniendo en cuenta el proceso constituyente que iba preparando el Ejecutivo durante el año pasado, los diputados que suscriben este proyecto estiman que paralelamente pueden adelantarse algunas materias a fin de despejar el camino para arribar a una nueva constitución, ya sea que efectivamente el Gobierno de turno logre conducirlo hasta sus últimas consecuencias, ya sea que dicho proceso corresponda verificarlo al próximo

²¹⁶ Boletín N° 10225-07. Cámara de Diputados, 5 de agosto de 2015. Andrade, Osvaldo; Auth, Pepe; Espinoza, Fidel; Gutiérrez, Hugo; Jackson, Giorgio; Rincón, Ricardo; Saffirio, René; Soto, Leonardo; Walker, Matías.

Gobierno a partir de las elecciones del 2017. Por esta razón proponen rebajar el quórum supramayoritario de las leyes orgánicas constitucionales de 4/7 a la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Justifican esta medida puesto que están conscientes de la estrategia de amarre constitucional ideada por la dictadura militar a fin de impedir la expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, añadiendo que todas las leyes de este carácter se dictaron precisamente hasta los últimos días del régimen militar a excepción de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Atendiendo a ese pasado, se afirma en el proyecto que “[a] última hora se legisló apresuradamente para imponer un cerrojo institucional que evite los cambios que la mayoría del país demandaba. Ni siquiera se intentó disimular que se trataba, por esta vía anómala, de perpetuar el programa político y económico de la Dictadura”. Pero también justifican esta propuesta desde el momento en que comprueban que dichas especie de leyes son totalmente desconocidas en la historia constitucional chilena, desde el Reglamento constitucional de 1812 hasta la actualidad.

“Artículo único: Sustitúyense los incisos segundo y tercero del artículo 66 de la Constitución Política de la República por el siguiente:

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional y las de quórum calificado requerirán, para su aprobación, modificación o derogación de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”.

IV-. Colofón.

Como puede constatarse, por tanto, las propuestas programáticas de este segundo ciclo legislativo de tácticas de producción constitucional participan de un carácter más pragmático en relación al primer ciclo del bienio 2011-2012. Y ello porque tratan de ampliar ciertos mecanismos que ya se encuentran regulados por el ordenamiento constitucional a diferencia de los elementos externos que el primer ciclo de reformas pretendían incorporar a este cuerpo constitucional. Fuera de la disminución del quórum de las leyes orgánicas constitucionales y de la propuesta substancialista de una nueva constitución –que puede entenderse como la única moción que de algún modo ha resultado ser la más efectiva incluso si su tramitación se ve frustrada como de hecho está–, el mecanismo plebiscitario que ha pretendido reformarse no se configura a sí mismo como

una medida que pueda calificarse de novedosa en el seno del Congreso Nacional. Si bien estimamos que el plebiscito puede disponerse como una instancia de ratificación ciudadana para la apertura y cierre del proceso constituyente, y que además aumenta el nivel de legitimidad que puede llegar a revestir un nuevo ordenamiento constitucional, se requiere la adición otros mecanismos de participación ciudadana que aseguren no distorsionar el rumbo del proceso constituyente en términos tales que sea concebido como una nueva gran reforma constitucional como aconteció en 1989 y en el año 2005. Por ello miramos con cautela la circunstancia que el proceso constituyente se limite únicamente a instancias plebiscitarias debido a su eventual entrapamiento en la tramitación legislativa.

Advertimos la circunstancia anterior pues existen ciertos antecedentes que nos indican que en la historia legislativa de los últimos años se han presentado una serie de mociones parlamentarias que tienen por objeto extender el campo de aplicación del plebiscito, coincidiendo todos estos proyectos en la misma conclusión, esto es, enfrentar la actual crisis de representatividad que impera en el sistema político chileno. Así ha acontecido con las mociones presentadas en la Cámara de Diputados que permanecen por largos años sin alcanzar su promulgación, iniciativas comprendidas en los proyectos de ley de 21 de junio de 2006²¹⁷, 20 de mayo de 2008²¹⁸, 29 de julio de 2008²¹⁹, 4 de diciembre de 2008²²⁰, 11 de enero de 2011²²¹, 7 de julio de 2011²²² que posteriormente sería refundido con la moción correspondiente al 20 de mayo de 2015 relativa al proceso constituyente²²³ y, por último, el

²¹⁷ Boletín N° 4252-07.

²¹⁸ Boletín N° 5879-07. Establece una reforma constitucional que amplía el ámbito de aplicación del plebiscito.

²¹⁹ Boletín N° 5982-07. Amplía el ámbito de plebiscito en materia de reforma constitucional y de incorporar al referéndum como forma de democracia directa en materia legislativa.

²²⁰ Boletín N° 6237-07. Reforma constitucional que amplía la oportunidad en que se convoca a plebiscito, con el objeto que se lleve a cabo en forma simultánea con las elecciones presidenciales y parlamentarias.

²²¹ Boletín N° 7423-07. Reforma constitucional que establece la posibilidad de llamar a plebiscito, cuando se trate de materias relevantes para el país.

²²² Boletín N° 7769-07. Reforma constitucional para establecer el plebiscito en temas de interés nacional..

²²³ Boletín N° 10014-07.

de 9 de agosto de 2011²²⁴. Asimismo, de las propuestas legislativas iniciadas en el Senado con objeto de ampliar el marco plebiscitario, se encuentran en tramitación la moción de 12 de julio de 2011²²⁵ y proyectos de ley de 10 de agosto de 2011²²⁶ desarchivado el 6 de enero de 2015, mientras que una sola iniciativa del Senado permanece actualmente archivada correspondiente a la moción de 6 de septiembre del mismo año²²⁷.

Por consiguiente, el procesamiento legislativo de la cuestión constituyente localizado en el Congreso Nacional requiere un acercamiento a los movimientos sociales que impulsaron la necesidad de un nuevo arreglo fundamental. Como dijimos, el actual debate en torno a la cuestión constituyente se erige en un verdadero desafío para un país cuya historia constitucional demuestra que sus principales coyunturas constituyentes (1833, 1925 y 1980) han sido resueltas violentamente. Asimismo, es un desafío para que el poder constituido no distorsione la voluntad constituyente de la ciudadanía, apoderándose de este proceso en orden a dictar un texto constitucional representativo de una determinada posición política excluyente. De esta manera, el reconocimiento oficial de los movimientos ciudadanos por una nueva constitución a partir del 2011 extendió lazos con las bases sociales cuando las propuestas legislativas se pronunciaron sobre la estrategia procedimental constituyente, configurándose como las más cercanas al movimiento social aquellas mociones que declararon que el ejercicio del poder constituyente originario a través de la asamblea constituyente es la única vía legítima para implementar una nueva constitución. Estas iniciativas han madurado paulatinamente en cuanto a la comprensión de la problemática de la cuestión constituyente, tal como puede apreciarse cuando se analizan los diagnósticos críticos que hacen sobre el texto constitucional en vigor, de modo que su resolución actual dependerá de la acogida política que reciba dicha cuestión para que un eventual arreglo constitucional esté dotado plenamente de legitimidad popular. En definitiva, es necesario que el rumbo por el que se conduce el proceso constituyente ante el

²²⁴ Boletín N° 7853-07. Modifica el artículo 15 de la Constitución Política de la República, estableciendo el plebiscito como medio de participación ciudadana.

²²⁵ Boletín N° 7785-06. Proyecto de reforma constitucional sobre plebiscito ciudadano el año 2012.

²²⁶ Boletín N° 7857-07. Proyecto de reforma constitucional sobre celebración de plebiscitos.

²²⁷ Boletín 7905-07. Relativo a convocatoria a plebiscitos.

Parlamento no se desvíe de la senda original impulsada por las movilizaciones sociales. Para superar los riesgos implícitos a la resolución institucional, es de esperarse que nuevos proyectos de ley que se presenten en el Parlamento profundicen sus propuestas programáticas en cuanto al procedimiento de elaboración constitucional como también en cuanto al contenido que debe adoptar una nueva constitución, teniendo siempre presente los principios instalados por la ciudadanía como es el reconocimiento del poder constituyente originario. Creemos que la actividad legislativa respecto al proceso constituyente no debe paralizarse frente a la nueva conducción del problema constitucional por parte del Ejecutivo, deben tratarse más bien de caminos paralelos.

V- Mociones parlamentarias sobre el proceso constituyente.

A.- Proyectos de ley de reforma constitucional de la Cámara de Diputados.

BOLETIN	FECHA	MATERIA	ESTADO
7792-07	18 julio 2011	Reforma constitucional para establecer una asamblea constituyente	Primer trámite constitucional
8352-07	12 junio 2012	Reforma el artículo 15 de la Constitución estableciendo el plebiscito como medio de decisión ciudadana	Primer trámite constitucional
10014-07	19 abril 2015	Reforma constitucional en materia de plebiscitos	Primer trámite constitucional, refundido con Boletín N° 7769-07 (20 mayo 2015)
10193-07	11 junio 2015	Reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental	Primer trámite constitucional
10225-07	5 agosto 2015	Modifica el artículo 66 de la Carta Fundamental para rebajar el quórum de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales	Primer trámite constitucional

B.- Proyectos de ley de reforma constitucional del Senado.

BOLETÍN	FECHA	MATERIA	ESTADO
1411-12	27 septiembre 2011	Proyecto de acuerdo sobre creación de Comisión Bicameral para estudio de anteproyecto de nueva Constitución Política	Aprobado en sesión ordinaria del Senado correspondiente al 4 de enero de 2012
8152-07	18 enero 2012	Modifica LOC Congreso Nacional para crear una Comisión Bicameral encargada del estudio de un anteproyecto de una nueva Constitución	Primer trámite constitucional
8562-07	4 septiembre 2012	Establece procedimiento plebiscitario para el cambio de la Constitución mediante asamblea constituyente	Archivado el 19 de marzo de 2015
10072-07	1 junio 2015	Faculta a S.E. la Presidenta de la República para convocar a un plebiscito durante el año 2016 en las materias que concuerde con el Congreso Nacional	Primer trámite constitucional.

VI- Mociones parlamentarias en materia de plebiscitos.

A.- Proyectos de ley de reforma constitucional de la Cámara de Diputados.

BOLETÍN	FECHA	MATERIA	ESTADO
4252-07	21 junio 2006	Regula los plebiscitos nacionales	Primer trámite constitucional
5879-07	20 mayo 2008	Establece una reforma constitucional que amplía el ámbito de aplicación del plebiscito	Primer trámite constitucional
5982-07	29 julio 2008	Amplía el ámbito de plebiscito en materia de reforma constitucional y de incorporar al referéndum como forma de democracia directa en materia legislativa	Primer trámite constitucional
6237-07	4 diciembre 2008	Reforma constitucional que amplía la oportunidad en que se convoca a plebiscito con el objeto que se lleve a cabo en forma simultánea con las elecciones parlamentarias	Primer trámite constitucional
7423-07	11 enero 2011	Reforma constitucional que establece la posibilidad de llamar a plebiscito cuando	Primer trámite constitucional

		se trate de materias relevantes para el país	
7769-07	7 julio 2011	Reforma constitucional para establecer el plebiscito en temas de interés nacional	Primer trámite constitucional. Refundido con Boletín N° 10014-07 (20 mayo 2015)
7853-07	9 agosto 2011	Modifica el artículo 15 de la Constitución estableciendo el plebiscito como medio de participación ciudadana	Primer trámite constitucional

B.- Proyectos de ley de reforma constitucional del Senado.

BOLETÍN	FECHA	MATERIA	ESTADO
7785-06	12 julio 2011	Proyecto de reforma constitucional sobre plebiscito ciudadano el año 2012	Primer trámite constitucional. Archivado el 29 de julio de 2014
7857-07	10 agosto 2011	Proyecto de reforma constitucional sobre celebración de plebiscitos	Primer trámite constitucional. Desarchivado el 6 de enero de 2015
7905-07	6 septiembre 2011	Relativo a convocatoria a plebiscitos	Primer trámite constitucional. Archivado el 14 de marzo de 2014.

Capítulo IV

De la conexión genética constitucional en perspectiva de la última gran reforma del 2005

[E]ntre la antigua Constitución, de la que se hizo tabla rasa, y la nueva Constitución que hay que hacer por entero, ya no existe lazo jurídico alguno; antes al contrario, existe entre ambas solución de continuidad, un interregno constitucional, un intervalo de crisis, durante el cual la potestad constituyente de la nación no tendrá más órganos que las personas o cuerpos que, a favor de las circunstancias, hayan conseguido apoderarse de ella. En suma, la cuestión del poder constituyente se presenta aquí en los mismos términos que en la época de la formación originaria del Estado: se reduce a una cuestión de hecho y deja de ser una cuestión de derecho”.

Raymond Carré de Malberg, 1922 (Teoría General del Estado).

“[T]odo Estado, tomado en un determinado momento de su historia y en la sucesión de estos momentos, tiene su Constitución, es decir, un ordenamiento hecho de leyes transmitidas o impuestas. Pero, quien quiera retrotraerse en el tiempo, de Constitución en Constitución, ¿acaso no llegará fatalmente al momento en el que el orden nazca del caos, el pueblo de la multitud, la ciudad de individuos aislados y en conflicto entre ellos? [...] Remontándonos a su orígenes nos daríamos cuenta que no se encuentran tales leyes, sino hombres, más aún, de acuerdo con las interpretaciones más acreditadas y aceptadas, el hombre, el héroe”.

Norberto Bobbio, 1984 (El futuro de la democracia).

“[L]a elaboración inicial de una constitución política es una cuestión muy misteriosa [...]”.

Ronald Dworkin, 1996 (Freedom’s Law: The moral reading og the American Constitution).

I-. Sublimación de la reforma constitucional de 2005.

Como bien aclara Zúñiga respecto a la futilidad y artificiosidad de discutir sobre si las reformas constitucionales del 2005 dieron origen o no a una nueva Constitución, él prefiere limitarse a llamarla “con alguna ironía poco original” como “Constitución de 1980-2005” tal como ocurrió en el caso comparado argentino cuando alguna vez se discutió si la Constitución de 1853 luego de una serie de reformas pasó o no a ser una nueva Constitución, denominándosela entonces como Constitución de 1853-1860²²⁸. Y ello porque, a su juicio, desde una distinción entre parte orgánica y parte dogmática de una constitución, pueden apreciarse los elementos correspondientes al plano político-institucional y los elementos económico-sociales de la misma, tal como acontece con las reformas del 2005 que dieron lugar a que desde el primer plano estemos frente a una “nueva” Constitución y desde el segundo plano ante la misma “vieja” Constitución de 1980: si en el primer caso se cerró la transición al purgar al ordenamiento constitucional de la mayoría de sus cerrojos autocráticos; en el segundo caso el régimen neoliberal implantado por la dictadura sigue en pie²²⁹. Por lo tanto, en los párrafos siguientes más que exponer las distintas ideas sobre este asunto, pasaremos a ocuparnos de las connotaciones políticas que el propio Gobierno de turno de ese entonces procuró implantar en las reformas constitucionales del 2005 para hacer creer que verdaderamente estábamos frente a un nuevo orden fundamental. Pasemos, pues, a revisar la culminación de la génesis de dichas reformas²³⁰.

Transcurridos más de treinta años desde la promulgación del Decreto Ley N° 3.464 del 8 de agosto de 1980 en virtud de la potestad constituyente que la Junta Militar se arrogó a sí

²²⁸ ZÚÑIGA, Francisco. Vieja-Nueva Constitución. Estudios Constitucionales, (1):349-370, 2007. p. 350.

²²⁹ ZÚÑIGA, Francisco. Vieja-Nueva Constitución. Estudios Constitucionales, (1):349-370, 2007. p. 351.

²³⁰ De acuerdo con Zúñiga, las reformas del 2005 llegaron quince años tarde si se toma en cuenta que parte importante de sus contenidos ya se encontraban recogidos en las Bases Fundamentales de la Reforma Constitucional elaborada por el Grupo de los 24 en 1979, así como también en el Acuerdo Nacional de 1984 e incluso en los debates e informes de la reforma de 1989. El origen específico de las reformas del 2005 se deben al trabajo del Senado surgidos a través del Boletín N° 2526-07 de la Alianza por Chile y del Boletín N° 2534-07 de la Concertación de Partidos por la Democracia, ambos del año 2001. ZÚÑIGA, Francisco. Vieja-Nueva Constitución. Estudios Constitucionales, (1):349-370, 2007. P. 353 y p. 358.

misma, el contenido normativo constitucional emanado de él aún se encuentra “bajo permanente sospecha”²³¹ como se expresa entre las frases más recientes sobre el actual debate constituyente que gira en torno a la necesidad de estatuir democráticamente un nuevo arreglo fundamental. Esta sospecha sobrepasó incluso el intento frustrado de refundación constitucional que tuvo ocasión con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.050 del 26 de agosto de 2005²³² de acuerdo con la cual no sólo se incorporaron 61 nuevas enmiendas²³³ a las ya otras 114 modificaciones comprendidas en las 17 leyes de reformas que hasta dicha fecha se habían incorporado al cuerpo constitucional vigente²³⁴, sino que además se autorizó, conforme a lo dispuesto en su Artículo 2°, a que el Presidente de la República de aquel entonces tuviera, si se nos perdona el lenguaje coloquial, “el gusto”²³⁵ de hacer de estas revisiones un nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado despojado de los principales ribetes autoritarios que arrastraba consigo el

²³¹ JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 43.

²³² Diario Oficial N° 38.246.

²³³ Piénsese en la supresión de los senadores vitalicios y designados, el cambio en las funciones y composición del Consejo de Seguridad Nacional que incorporó al Presidente de la Cámara de Diputados, la alteración de la integración del Tribunal Constitucional eliminando la posibilidad que tenía el Consejo de Seguridad Nacional en cuanto a intervenir en el nombramiento de algunos miembros de este tribunal la restitución al Presidente de la república de llamar a retiro a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, la supresión de las Fuerzas Armadas como únicos garantes de la institucionalidad, el término de la inamovilidad de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y la modificación del procedimiento de reforma constitucional. Véase FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En: EL MISMO., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 62-63. También CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. Revista de Derecho Público, (N° especial): 57-81, 2013. pp. 74-80.

²³⁴ CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. Revista de Derecho Público, (N° especial): 57-81, 2013. pp. 71-72.

²³⁵ De acuerdo con Aldunate la refundición del texto mediante la firma del Jefe del Ejecutivo de aquel entonces se configura como un aspecto anecdótico que sirvió como excusa para presentar el ordenamiento constitucional reformado como si se tratara de una nueva Constitución a causa de haberle dado “un gusto a aquel [pero] un disgusto mayúsculo a cuantos profesores y estudiantes de derecho que tuvieron que enfrentarse a una buena cantidad de doctrina, jurisprudencia, y de sus propias obras, en algunos casos, con un importante desfase en las referencias y concordancias articulares”. ALDUNATE, Eduardo. La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución. Revista de Derecho Público, (69): 35-44, 2007. p. 35.

actual ordenamiento constitucional²³⁶. Estando dentro del plazo de un año que prescribía dicha Ley, el Gobierno de turno se apresuró a ejecutar el mandato dispuesto por ella a través de la promulgación del Decreto Supremo N° 100 del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, del 17 de septiembre de 2005²³⁷ que dispone bajo una nueva estructuración el contenido revisado del D.L. N° 3.464 ya referido²³⁸.

La mayor parte de los actores políticos con representación parlamentaria de aquel entonces celebraron dicha promulgación, estimando que con ella se habría obtenido un triunfo pacífico frente al problema constituyente que venía arrastrándose desde el quiebre constitucional perpetrado por la dictadura militar de 1973²³⁹. Asimismo, desde el propio Gobierno de turno se estimó que estaban ante un momento refundacional del orden imperante enmarcado dentro de la propia institucionalidad, es decir, sin que haya sido necesaria la ocurrencia de una nueva *ruptura constitucional* como aconteció con la génesis

²³⁶ Llama la atención que dicho art. 2° de la Ley N° 20.050 utilice expresamente la voz “dictar” para hacer referencia a la refundición, coordinación y sistematización de un texto de carácter constitucional, especialmente porque tal como se efectuó en el D.S. N° 100 (Segpres, 2005) se invocó el primitivo art. 32 N°8 (actual art. 32 N° 6) en cuya virtud se establece como una atribución especial del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria respecto a todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de “dictar” otros reglamentos, decretos e instrucciones. No obstante, y por otra parte, el actual art. 64 del ordenamiento constitucional vigente se refiere a la autorización que tiene el Presidente de la República para “fijar” el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes. De lo anterior se colige, por tanto, que se difumina la distinción entre el grado jerárquico legal del grado jerárquico constitucional.

²³⁷ Es preciso llamar la atención respecto a la circunstancia que los fundamentos aducidos en su encabezado no sólo se remite al Artículo 2° de la Ley N° 20.050, sino que además hace referencia expresa a la “Constitución Política de 1980” cuando invoca su primitivo Art. 32 N°8. Véase D.S. N° 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, promulgado el 17 de septiembre y publicado el 22 del mismo mes del año 2005. Publicado en el Diario Oficial N°38.268.

²³⁸ Respecto al texto constitucional de 1980 se ha señalado que no es más que “un decreto ley-fundamental de un régimen autoritario sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980 [...] Es en el mejor de los casos una ‘Constitución’ otorgada, originaria y necesaria en cuanto sustituto documental de la Constitución material”. ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente. *Estudios Constitucionales*, (1): 511-540, 2013. p. 515.

²³⁹ FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En: EL MISMO., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 64-65.

del texto de 1980²⁴⁰. Entre los constitucionalistas, sin embargo, había más espacio para la discusión no existiendo mayor consenso en esta materia, siendo algunos de la idea de que realmente se trataba de una “nueva Constitución” y otros que estimaban que con esta reforma sólo se cerraba el camino de la transición²⁴¹

Rodeados de este fervor constituyente, la promulgación de la “nueva Constitución” – como se la quiso llamar– sería dotada de una gran solemnidad tal como había acontecido con otros textos constitucionales del pasado chileno conforme a los cuales se ha recurrido a un amplio repertorio protocolar para obtener la adhesión de sus destinatarios²⁴². Viendo en retrospectiva el asunto podemos hacer una reconstitución de este ritual constituyente a partir de un folleto publicado a pocos días de celebrada la promulgación del D.S. N° 100 ya referido que se intitulaba subliminalmente “Firma Constitución 2005”²⁴³. Se trata de un opúsculo de sospechosas intenciones panfletarias que se encargaría de conmemorar los pormenores de este acto de refundación constitucional en cuyo interior se recogían las

²⁴⁰ Así por ejemplo el Ministro Secretario General de la Presidencia, Eduardo Dockendorff, refiriéndose a los aportes de la clase político que intervino en el proceso de reforma constitucional del 2005, valoró los sacrificios que cada uno de sus actores hicieron en atención a obtener un amplio consenso para el perfeccionamiento del texto constitucional vigente. De acuerdo con sus palabras, dicha negociación fue posible dado que “[t]enemos mecanismos institucionales para resolver nuestras disputas”. Véase Discurso del Ministro Secretario General de la Presidencia en el Seminario Nacional Reformas Constitucionales 2005. En: NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, 2005. p. 16.

²⁴¹ FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En: EL MISMO., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010. pp. 64-65.

²⁴² Existen estudios historiográficos a nivel latinoamericano que revalorizan la dimensión ritual de la política como un elemento de legitimación del ejercicio del poder. En el caso chileno existe un estudio que analiza la carga simbólica de la puesta en vigencia de los textos constitucionales del primer tercio del siglo XIX. Analizando la apropiación de antiguas fórmulas rituales pertenecientes a la tradición colonial relativas a las juras reales, se plantea que a través de su readaptación se iría difundiendo simbólicamente el nuevo ideario republicano patrocinado por la elite dirigente durante la coyuntura de la independencia. Dichos ceremoniales no solo se emplearían como un mecanismo de legitimación del nuevo orden político que iría construyéndose en lo sucesivo, sino también como un medio de socialización de las obras constitucionales procurando que su contenido fuera inteligible frente al resto de la población en un período de alto analfabetismo y escaso desarrollo de la cultura impresa. Consúltese al respecto CID, Gabriel. Ritos para una nueva legitimidad: ceremoniales constitucionales y republicanismos en Chile (1812-1833). Historia Crítica, (47): 17-43, 2012.

²⁴³ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. 88 pp.

palabras pronunciadas por el Presidente de la República de ese entonces, incluyendo un paquete completo de las imágenes tomadas en aquella oportunidad entre las que se encuentra aquella correspondiente al instante en que se inmortaliza la puesta en escena del primer mandatario situado frente a los antiguos textos constitucionales inmediatamente anteriores al de 1980 para firmar la supuesta “nueva Constitución”²⁴⁴.

Fue así como el 17 de septiembre de 2005 se levantó en el Palacio de Gobierno una gran ceremonia cargada de fuertes simbolismos a fin de officiar la suscripción de la de la “nueva Constitución”. Quienes pudieron asistir al evento leyeron la tarjeta de invitación que se los convocaba a “la solemne ceremonia de firma de la *nueva Constitución* Política de la República”²⁴⁵. Una vez preparado el montaje escenográfico en el patio de los naranjos de la Moneda, se pronunció el discurso inaugural de Ricardo Lagos en su calidad de jefe del Ejecutivo y se exhibió el “nuevo” texto constitucional puesto sobre el escritorio presidencial entremedio de los manuscritos originales de las Constituciones de 1833 y 1925 como una forma de destacar cierto grado de *continuidad constitucional* entre cada una de ellas²⁴⁶. Fue en aquel momento –no sin antes intervenir uno de los edecanes de las Fuerzas Armadas que facilitó materialmente el documento constitucional refundido– donde el Presidente de la República fijaría su firma promulgatoria erradicando no sólo las rúbricas de los constituyentes originarios de la Junta militar consignadas en el Decreto Supremo N° 1.150 del Ministerio del Interior, publicado el 24 de octubre de 1980²⁴⁷, sino también extirpando todo vestigio de remisión solemne por la que se invocara “el nombre de Dios

²⁴⁴ Sobre las puestas en escena de Ricardo Lagos Escobar no han faltado ejemplos. En efecto, una de las primeras actuaciones públicas más memorables de este político conocido especialmente por su laicismo se produjo en una entrevista televisiva cuando “levantó y apuntó el dedo acusatorio a Pinochet para el plebiscito de 1988, [aceptando] que los comunicólogos le pusieran una argolla matrimonial”. CORREA, Sofía; FIGUEROA, Consuelo; JOCELYN-HOLT, Alfredo; ROLLE, Claudio; y VICUÑA, Manuel. *Historia General de siglo XX chileno. Balance Paradojal*. 3ª ed. Santiago, Sudamericana, 2002. p. 360.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ, Miguel. Reformas constitucionales en materia de nacionalidad y ciudadanía. En: NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, 2005. p. 104. La bastardilla es nuestra.

²⁴⁶ El discurso y las imágenes de esta ceremonia se encuentran en Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005, 38 pp.

²⁴⁷ Diario Oficial N° 30.798.

Todopoderoso” tal como se consagraba en el preámbulo de este último Decreto promulgatorio²⁴⁸. Se trataba de una escena no exenta de ironía desde que los miembros del gabinete se veían igualmente en la obligación de concurrir con su firma, tal como tuvo que hacerlo el Ministro del Trabajo, Yerko Ljubetic, quien guardaba en su memoria el haber sido víctima de la acción represiva de la dictadura militar al denunciar las irregularidades del plebiscito de 1980²⁴⁹ destinado a la aprobación del ordenamiento constitucional que veinticinco años más tarde el Gobierno que integraba lo llamaría a ratificar nuevamente²⁵⁰.

Al inaugurar la ceremonia el Presidente Lagos afirmó en su discurso que estaríamos en presencia de “una Constitución que ya no nos divide” y que incluso se trataría de “un piso institucional compartido” a partir del cual se podría “continuar avanzando por el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia”²⁵¹. Trazando un breve repaso sobre nuestra

²⁴⁸ Esta misma fórmula fue empleada en la promulgación de la Constitución de 1925. CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002. p. 259. Se agrega que dicha fundamentación metafísica constituía “una tradición que, salvo en la Carta de 1828, fuera respetada en los documentos chilenos anteriores, en términos más o menos análogos”. SILVA, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia electoral. Tomo IV*. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 1997. p. 10. En el mismo sentido se advierte que [n]o hay constancia oficial del fundamento que se tuvo para no conservar del decreto promulgatorio del texto primitivo de la Constitución de 1980” dicha invocación. Y enseguida se estima que “esta desafortunada omisión marca una ruptura con nuestra tradición de conexión de nuestras Constituciones con la Trascendencia Divina”. MOLINA, Hernán. *Derecho Constitucional*. 8ª ed. Santiago, LexisNexis, 2008. p. 54.

²⁴⁹ Los hechos que sustentan esta afirmación son bien conocidos, pues las irregularidades cometidas en plebiscito de aprobación de la Constitución el 11 de septiembre de 1980 fueron manifiestas. Tan es así que ha conducido a ciertos constitucionalistas a afirmar que “el plebiscito puede ser calificado como un montaje, destinado a maquillar de legitimidad a un régimen que careció de ella desde el origen”. BASSA, Jaime. *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago, Legal Publishing, 2009. p. 40.

²⁵⁰ Junto a otros miembros de la Juventud Demócrata Cristiana se encadenaron frente a la Moneda para llamar la atención de la prensa internacional sobre los graves vicios con que se realizaría la consulta ciudadana organizada por la dictadura militar, terminando finalmente golpeados y permaneciendo detenidos en la Primera Comisaría de Santiago hasta finalizado el día del plebiscito. De acuerdo con sus declaraciones, sostuvo que “como dirigente estudiantil, me detuvieron varias veces. Hasta me rompieron una luma en la cabeza en una protesta. Y el paco quería que le pagara la luma, porque se la cobrarían a él. Veinticinco años después, sin embargo, me tocó colocar mi firma en la Constitución”. FUENTES, Claudio. *El fraude: crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago, Hueders, 2013. p. 108 y p. 120.

²⁵¹ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 28.

historia constitucional, se afirmó que ésta se remonta al menos al año 1833 cuando “se promulgó la *primera carta fundamental* de nuestra república [que] marcó tempranamente la estabilidad y fortaleza institucional que distinguieron a Chile en el siglo XIX”²⁵². Desde aquel momento originario –supuestamente– y durante larguísimos años, según relata, “los chilenos fuimos orgullosos de nuestro marco democrático”²⁵³, devenir constitucional que “se vio interrumpido de manera trágica el 11 de septiembre de 1973”²⁵⁴ a causa de un “quiebre de la institucionalidad democrática”²⁵⁵. Frente a dicho trastorno y a causa del gran sufrimiento provocado por la violación de los derechos humanos, “[c]ualquier acto constitucional en ese contexto, como es comprensible, carecía de la legitimidad histórica necesaria que toda carta fundamental requiere”²⁵⁶. Por estas graves circunstancias y en una verdadera manifestación de pretensión de *continuidad constitucional*, sostuvo que con la promulgación del “nuevo” texto constitucional nuestro país se habría reencontrado con su historia, particularmente cuando extiende un lazo de permanencia entre los últimos tres ordenamientos fundamentales al manifestar que ello aconteció desde que la “Constitución de 1833 le abrió paso al Chile del siglo XIX [y] la de 1925 en el siglo XX”²⁵⁷. Por esta razón el máximo mandatario agregaba que “hoy nos reunimos inspirados en el mismo espíritu de 1833 y de 1925: darle a Chile y a los chilenos una Constitución que nos abra paso al siglo XXI”²⁵⁸. Y así, con su conocida oratoria, concluyó que estamos frente a un

²⁵² Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 23. Las bastardillas son nuestras.

²⁵³ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 24.

²⁵⁴ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 24.

²⁵⁵ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 24.

²⁵⁶ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 25.

²⁵⁷ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 27.

²⁵⁸ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 27.

“nuevo” ordenamiento constitucional que “nos liga al pasado de Portales y los constructores de la República; al de Arturo Alessandri y su intuición del cambio social”²⁵⁹.

Sospechosas palabras fueron oídas por quienes asistieron a la ceremonia inaugural de la “nueva Constitución”, aunque también dicha sospecha pudieron presentirla aquellos que no fueron invitados al acto, pues sin imponerse del discurso del Jefe de Estado, algunos actores políticos manifestaron sus propias inquietudes frente a este intento de legitimación protestando frente a la Moneda de forma paralela a que se verificaba dicho ritual constituyente²⁶⁰. Y mientras el Presidente proseguía con su discurso más de algún invitado –quizás– pudo advertir algunas otras inquietudes cuando se hablaba tan livianamente de ciertos hitos de nuestra historia constitucional, pues ¿no llamaba la atención, acaso, que se afirmara sin más que el texto constitucional de 1833 haya sido el primero de la historia de Chile?, ¿que se sostuviera tan abiertamente que las reformas constitucionales incorporadas en aquella oportunidad se inspiraban en el espíritu de la génesis de las Constituciones de 1833 y de 1925?, ¿que incluso, por si lo anterior fuera insuficiente, se confesara que el producto constitucional obtenido con estas reformas se aproximaba tanto a Portales como a Alessandri Palma? ¿No Merecen algún reparo todas estas declaraciones?

Esta falta de pulcritud respecto a algunos hitos de la historia del derecho chileno ha llevado a que Vicencio Eyzaguirre afirme con un dejo de sarcasmo que “quien le redactó el discurso al Presidente ignoró los hechos de nuestra historia constitucional, y tergiversó otros, en forma paladina, haciendo, de paso, que el primer mandatario suscribiera, con su autoridad, una falsedad”²⁶¹. Ello porque desde un análisis histórico del texto discursivo del Jefe de Estado se advierte “un desconocimiento de nuestra historia patria”²⁶², que es la idea

²⁵⁹ Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005. p. 31.

²⁶⁰ Ya en aquella ocasión se demandaba la convocatoria a una asamblea constituyente. Ver FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En FUENTES, C., ed. *En: En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, 2010. pp. 45-84. p. 64.

²⁶¹ VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 652.

²⁶² VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 651.

con la que prefiere quedarse dicho autor, o bien “lo que de ser cierto sería mucho más grave, una mañosa interpretación de los anales. En efecto, estimamos que lo que se esconde detrás de esta manipulación histórica es un propósito legitimador de algo que eventualmente no podría serlo, objetivo respecto al cual se ha pretendido hacer olvidar nuestro pasado constituyente ocultando lo que ha venido ocurriendo desde un tiempo a esta parte desde hace más o menos dos siglos atrás. Entre los entendidos, no es necesario ser un especialista en esta materia para saber que el texto constitucional de 1833 no fue el primero que se haya dictado en la historia de Chile, aunque algunos prefieren ver en él otros honores como su supuesta mayor vigencia frente a los demás ordenamientos que han intentado regir al país²⁶³. Con el mismo sentido irónico anterior, Vicencio nos previene que en la mayoría de las casas de estudio de derecho de nuestro país los estudiantes de primer año saben que antes de 1833 se han dictado otros textos constitucionales, advirtiendo que “si un alumno hubiese respondido en su examen de fin de año que la *Constitución de 1833* fue la ‘primera carta fundamental de nuestra república’, lisa y llanamente habría reprobado, sin ulterior recurso”²⁶⁴. Cómo no recordar, por ejemplo, las diversas polémicas que ha desatado la apreciación de uno de los más antiguos –si no el primero– de los textos constitucionales de nuestro país que se remonta a 1811 con la dictación del *Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile*, texto constitucional a cuyo respecto se discute su valor como pieza histórica clave para entender los orígenes de nuestro constitucionalismo, en donde ya los primeros constitucionalistas e historiadores que ha tenido Chile han entrado en conflicto en esta materia²⁶⁵. Cómo no recordar que luego

²⁶³ Representativo de esta tendencia apologista es Bravo Lira quien habla de la Constitución de 1833 como la de “más dilatada vigencia en el mundo de habla castellana y portuguesa, pues rigió ininterrumpidamente 91 años”. BRAVO, Bernardino. *De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile*. Santiago, Jurídica de Chile, 1985. p. 4.

²⁶⁴ VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (20): 647-656, 2008. p. 652.

²⁶⁵ Una de las primeras obras relativas a la historia constitucional de Chile se debe a la pluma de Lastarria cuando en 1847 publicaba su *Bosquejo Histórico de la Constitución del Gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814*. En ella mencionaría de forma sucinta la labor constituyente desplegada por el primer Congreso Nacional en cuanto al deslinde de atribuciones respecto a la Autoridad Ejecutiva que se instituía separada de las funciones que en adelante desempeñaría dicho órgano legislativo. Sin embargo, a su juicio, existían otros documentos contemporáneos a este Reglamento que eran de mayor valor para “conocer mejor el espíritu de los hombres de aquella época y la altura en que se encontraban” (Santiago, Imprenta Chilena, 1847. p. 18.). Sólo 6 años más tarde Barros Arana refutaría esta idea cuando en

de este Reglamento se dictaron consecutivamente otros cuatro que participaron de la misma naturaleza, a los cuales les seguirían cinco constituciones políticas hasta 1833²⁶⁶. Este mismo desconocimiento de asuntos tan evidentes acerca de nuestra historia motivó la creación de la cátedra de Historia Constitucional de Chile a partir de 1937²⁶⁷.

Ahora bien, en lo que concierne a la *continuidad* de la trayectoria constitucional como un “reencuentro” entre la “nueva Constitución de 2005” con los textos constitucionales de 1925 y 1833 de los cuales habría recibido la necesaria inspiración espiritual, parece subyacer, asimismo, una cierta manipulación de los hechos históricos que pretende destacar más las *continuidades* que las *rupturas* constitucionales, más la estabilidad del tiempo largo

1853 comenzó a publicar su *Historia Jeneral de la Independencia de Chile*, aparecida a través de sucesivas entregas en el periódico *El museo*, y sólo a partir del año siguiente impresa en formato libro alcanzando cuatro volúmenes hasta 1858. En el primer tomo de su obra discreparía con Lastarria al haber lapidado al olvido el Reglamento de 1811 a causa de su supuesta irrelevancia histórica, considerando, por el contrario, que éste había trazado los límites entre las atribuciones legislativas y ejecutivas “de un modo altamente original, y que, más que cualquiera otra pieza, puede manifestar los conocimientos en derecho público de aquella época” (Santiago, Imprenta Chilena, 1854, p. 195). Quince años después Lastarria se defendería de esta crítica agregando una nota al margen de la segunda edición de la obra suya ya referida en la que advertía que “[e]sta idea de la manera como quedó dividida la autoridad, fue tomada del *Reglamento* de la autoridad ejecutiva, que aprobó el Congreso en 8 de agosto de 1811, y que el señor Barros Arana supone olvidado por el autor del *Bosquejo Histórico*. Tal reglamento no tuvo el carácter de una Constitución política, ni determinó una organización propiamente dicha, que fuese practicada; y fue tan efímero, que el autor del *Bosquejo* creyó cumplir con su propósito, dando aquella noticia, sin extenderse a insertar en su obra tal *Reglamento*, como una institución seria y de algún resultado, de aquellas que eran materia de su estudio constitucional” (*Miscelánea Histórica i Literaria*. Valparaíso, Imprenta de La Patria, 1868. p. 173, Nota 1). Pese a esta réplica, Barros Arana perseveró igualmente en sus ideas como puede apreciarse al dar a conocer, cerca de diez años más tarde de publicada su obra sobre la Independencia, el tomo VIII de su monumental *Historia Jeneral de Chile* publicado en 1887, donde afirmaría que el Reglamento de 1811 constituye un “documento curioso para apreciar las ideas de derecho público de la mayoría de los congresales de 1811” (Santiago, Rafael Jover ed., p. 374, nota 40).

²⁶⁶ ÁLVEZ, Amaya. El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la historia política institucional chilena. *Revista de Derecho*, (212): 33-45, 2002. p. 34.

²⁶⁷ Su creación se debe a un pequeño episodio vivido por el entonces Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez, quien al integrar las comisiones examinadoras del primer y segundo año de la carrera, tuvo la ocasión de presidir en una oportunidad la Comisión correspondiente a la de Derecho Constitucional en la que reiteraría una serie de preguntas que versaban sobre aspectos históricos de Chile, asunto en el que insistiría obstinadamente debido al horror que experimentó frente a la ignorancia de los examinados. ÁVILA MARTEL, Alamiro de. Discurso de agradecimiento pronunciado por el señor Alamiro de Ávila Martel con ocasión de haber recibido el grado de Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con fecha 19 de octubre de 1989. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (15): 341-354, 1989. pp. 348-349.

que las fragilidades experimentadas en el tiempo corto, como si la historia constitucional de Chile hubiera transitado invariablemente un rumbo libre de obstáculos, como si estuviéramos frente a una verdadera “Constitución traslaticia”²⁶⁸ en donde cada una de ellas actuó de partera de su sustituta. En este sentido, cuando se habla de una supuesta conexión constituyente se hace desde luego pensando en su génesis, en el contexto por el cual surgieron de acuerdo a los ánimos de sus gestores, de modo que si por cualquier motivo no pudiéramos ver este “espíritu”, el Jefe de Estado nos previene expresamente que esta “nueva Constitución” se encarna en las figuras de Portales y Alessandri Palma. Y es en este punto cuando, de súbito, se nos aclara el sentido de todo el discurso, al ser uno de sus pocos fragmentos en que se habla sin ambages²⁶⁹, ya que si bien en 1833 no se dictó la primera constitución ni tampoco existe una verdadera *continuidad constitucional* en nuestra historia, como se nos quiso hacer creer, al menos parece ser cierto que el texto constitucional vigente tiene algo de Portales quien alguna vez maldijo por medio de su correspondencia el respeto por la legalidad, asunto que fue advertido por Vicencio cuando nos dice que en esta ceremonia inaugural de septiembre de 2005 “se olvidó seguramente la idea del gran Ministro acerca de las constituciones, las leyes y la legalidad enfrentadas a una situación excepcional”²⁷⁰. Y por otra parte, esta “nueva Constitución” también tiene

²⁶⁸ Aplicamos este concepto a la dimensión procedimental concebido para la elaboración constitucional, aunque su utilización original dice relación con el plano de las ideas cuando se aplica a la comparación de las fuentes constitucionales francesas y españolas que influyeron en los textos constitucionales chilenos del siglo XIX, concluyendo el autor de este concepto que se constata una sustancial estabilidad en la recepción local de estas ideas constitucionales foráneas, de modo que estaríamos frente a una verdadera “Constitución traslaticia que ha permanecido de carta en carta”. GUZMÁN, Alejandro. El constitucionalismo revolucionario francés y las Cartas Fundamentales chilenas del siglo XIX. En: GAZMURI, C. y KREBS, R., eds. *La revolución francesa y Chile*. Santiago, Universitaria, 1990. p. 245.

²⁶⁹ “Dice Pascal que hay ciertas palabras que, de una manera súbita e inesperada, aclaran el sentido de toda una obra. Una vez que nos hemos encontrado con ellas, ya no cabe duda alguna sobre el carácter del libro: ha desaparecido toda ambigüedad”. CASSIRER, Ernst. *El mito del Estado*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 178.

²⁷⁰ VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 652. En efecto Portales le escribía a su amigo Antonio Garfias: “Dígame Ud. a los conchas de su madre que creen que conmigo solo puede haber gobierno y orden, que yo estoy muy lejos de pensar y que si me agarré los fundillos y tomé un palo para dar tranquilidad al país, fue sólo para que los jodidos y las putas de Santiago me dejaran trabajar en paz. Huevones y putas con los que joden al Gobierno y son ellos los que ponen piedras al buen camino de éste. Nadie quiere vivir sin el apoyo del elefante blanco del Gobierno y cuando los huevones y las putas no son satisfechos en sus caprichos, los pipiolos son unos dignos caballeros al lado de estos cojudos. Las familias de rango de la capital, todas jodidas,

algo de Alessandri Palma quien en la coyuntura constitucional de 1925 dio la espalda a la convocatoria de la única asamblea constituyente que se organizó en Chile durante el siglo XX, al designar a dedo a los miembros de la Comisión Consultiva de cuyo seno finalmente nacería el texto constitucional del mismo año²⁷¹. Por lo tanto, lo que se deja entrever detrás de las palabras del ex Presidente Lagos es que en realidad no estamos ante un nuevo texto constitucional que haya comenzado a regir desde hace diez años, sino que más bien estamos frente al mismo orden constitucional emanado hace más de un cuarto de siglo en virtud del Decreto Ley N°3.464 de 1980 puesto con tinta fresca en una nueva hoja firmada por puño de una autoridad civil en vez de una mano militar.

Como si todo esto no fuera suficientemente persuasivo para creer que comenzaría a regir un “nuevo” texto constitucional distinto al de 1980, se publicó de forma oportunista un libro aparecido bajo el sello del Diario Oficial que reunía una larga recopilación de los documentos constitucionales chilenos de las últimas dos centurias²⁷². La ocasión en que se dio a luz esta obra no es casual, dado que se planificó de antemano que su publicación coincidiera con el mismo día en que se verificaría esta ceremonia inaugural. Dicha obra tuvo por objeto destacar que la “Constitución del 2005” se configuraba como un hito culminante de la historia constitucional de nuestro país²⁷³. Si las tergiversaciones del discurso presidencial no fueran suficientes, la manipulación hecha en esta obra por parte de José Antonio Gómez ya son abismantes, claro está que fue especialmente preconcebida para fortalecer este intento de legitimación constitucional, aunque por suerte, como afirma

beatas y malas, obran con un peso enorme para la buena marcha de la administración. Dígales que si en mala hora se me antoja volver al Gobierno, colgaré de un coco a los huevones y a las putas les sacaré la chucha”. Carta a don Antonio Garfias, del 10 de diciembre de 1831. En: DE LA CRUZ, Ernesto., comp. *Epistolario de don Diego Portales, 1827-1837*. Volumen I. Santiago, Chile. 1937. pp. 352-353.

²⁷¹ SALAZAR, Gabriel. Del poder constituyente de asalariados e intelectuales. Chile, siglos XX y XXI. Santiago, LOM, 2009, pp. 93-113.

²⁷² Enumera 90 documentos de carácter constitucional. GÓMEZ, José Antonio. *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005*. Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2005. 488 pp.

²⁷³ GÓMEZ, José Antonio. *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005*. Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2005. 488 pp.

Terenciano Mauro, “la fortuna de un libro depende de la capacidad de sus lectores”²⁷⁴. Bastaría una rápida ojeada al índice de aquella obra para constatar su evidente intencionalidad política antes que científica acusada por Vicencio cuando lo compara con otros trabajos recopilatorios de mayor calidad que ya constituyen una costumbre más que centenaria practicada por nuestros eruditos²⁷⁵. Además de aparecer bajo el sello del Diario Oficial que solemniza la publicidad de nuestro ordenamiento jurídico, y además de haber sido patrocinado por el Ministerio del Interior como una forma de connotarlo de mayor oficialidad, si atendemos al contenido de la obra podemos apreciar que se da a entender implícitamente que la génesis constitucional chilena ha transitado por una supuesta tradición histórica constituyente por la cual los ordenamientos fundamentales se han dado conforme a la propia institucionalidad vigente sin necesidad de recurrir a otras vías no deseables como aquellas que se califican de *extra-institucionales*. La propia división temática del libro se distribuye bajo la consideración de que en Chile ha habido exclusivamente un único período de quiebre constitucional correspondiente al 11 de septiembre de 1973 y un solo período de restablecimiento constitucional acaecido el 10 de marzo de 1990. A juicio de Vicencio, lo anterior “no es sino política pura y simple, que ignora, o que calla malintencionadamente, la historia constitucional en Chile, toda vez que el período de 1973 no es el *único* de ‘quiebre constitucional’ y el de 1990 tampoco es el *único* de ‘restablecimiento constitucional’, como un lector poco atento creería: ya los hubo antes en nuestra historia”²⁷⁶.

Es precisamente este punto al que nos avocaremos en las líneas siguientes a fin de constatar la evidente facticidad que entraña cada uno de los procesos constituyentes del pasado histórico chileno. Sin embargo, antes de avanzar es preciso que efectuemos una

²⁷⁴ Citado en CASSIRER, Ernst. El mito del Estado. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 138.

²⁷⁵ Llama la atención que este bibliófilo no haya hecho alusión a otra obra de recopilación como la de Julio Bañados Espinosa titulada *Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza*. Santiago, Roberto Miranda, 1889. 626 pp. VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 650.

²⁷⁶ VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 650. Cursivas del original.

serie de precisiones terminológicas que podrán esclarecer el significado oculto tras la división temática de la obra de recopilación recién aludida. En efecto, cuando se hace referencia al quiebre constitucional mediante la indicación de la fecha correspondiente al 11 de septiembre de 1973, con ello se está significando la irrupción de un golpe militar. Conforme a dicha identificación, Vicencio interpreta el quiebre constitucional como una “interrupción de la vigencia de la carta política, o la violación de sus preceptos, sin que se persiga –necesariamente– a sus hechores”²⁷⁷, concepto que a su juicio es aplicable para las demás críticas coyunturas constitucionales del pasado histórico chileno. Nosotros, en cambio, preferimos valernos de la nomenclatura schmittiana a fin de esclarecer la diferencia entre quiebre y quebrantamiento constitucional. El primer concepto, a nuestro juicio, puede insertarse en lo que Schmitt define como “destrucción de la constitución”, es decir, la supresión de la constitución seguida de un aniquilamiento del sujeto del poder constituyente que la animaba²⁷⁸, es decir, en este caso se comprende el primer proceso a que alude Vicencio: la interrupción de la vigencia de un determinado ordenamiento constitucional. Por el contrario, el concepto de quebrantamiento constitucional puede comprender el segundo proceso a que alude Vicencio referido a la violación de los preceptos constitucionales sin un eventual castigo a sus quebrantadores, pues de acuerdo con Schmitt este término puede definirse como la “violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en todo lo demás, y por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente ni colocadas temporalmente fuera de vigor”²⁷⁹. Conforme a esta terminología podemos decir que en la historia constitucional de Chile más de alguna vez se ha procedido no sólo a la extinción del fundamento metajurídico de una determinada constitución y al cese efectivo de su vigencia, sino también a violar reiteradamente más de algunos de sus preceptos de rango constitucional.

²⁷⁷ VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008. p. 650.

²⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 153.

²⁷⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 154.

Aclarados dichos conceptos, queda por definir qué se entiende por “restablecimiento constitucional”, concepto mucho más equívoco que los anteriores desde que se tiene en cuenta que con dicha expresión se ha aludido a una fecha específica correspondiente al 10 de marzo de 1990. Recuérdese que sólo al día siguiente, es decir, el 11 de marzo del mismo año se instauró el primer gobierno civil de la transición al mismo tiempo que comenzaba a regir íntegramente el cuerpo permanente del texto constitucional de 1980 de acuerdo con lo establecido en la vigesimonovena disposición transitoria. De lo anterior se colige entonces que el restablecimiento corresponde al mantenimiento de la aplicación parcial y fragmentaria de las disposiciones transitorias que no fueron afectadas con la reforma de 1989 en detrimento de la aplicación restringida de su apéndice permanente. Pese a ello, no creemos que fue ese el significado que se le quiso atribuir al concepto de “restablecimiento”, quizás debido solo a un error se designó el día 10 de marzo cuando en realidad se quería fechar el día 11 para dar a entender que a partir de ese momento comenzaba a regir la parte permanente del cuerpo constitucional que fuera renovado con las enmiendas introducidas por la reforma de 1989. Queda la duda entonces a cuál proceso se está refiriendo la obra de recopilación hecha por José Antonio Gómez, incógnita que tampoco resuelve Vicencio Eyzaguirre pues aunque reconoce que así como hubieron quiebres constitucionales, igualmente hubieron restablecimientos de la misma especie. Por lo demás este último autor sólo se limita a dar ejemplos del primer caso dejando abandonado la constatación de los segundos. En consecuencia, estas circunstancias nos demuestran que en la mayoría de las coyunturas constituyentes chilenas –por no decir todas– a un eventual quiebre constitucional no necesariamente le sigue un restablecimiento del mismo, pues más que una recuperación del ordenamiento constitucional destruido, asistimos mejor dicho a un nuevo establecimiento constitucional, es decir, a una intervención del poder constituyente originario.

Teniendo ya a la mano estas precisiones conceptuales, digamos para finalizar unas últimas cosas respecto a la exacerbada publicitación del ritual constituyente del 2005. A este respecto, creemos que con la sublimación de las reformas constitucionales de aquel año no sólo se intentó dotar a ellas de un sentido refundacional como si hubieran dado origen a un nuevo producto constitucional radicalmente diverso del D.L. N° 3.464 de 1980, sino que además supuso que la así llamada “nueva Constitución” surgió por el único camino válido

por el cual ha de permitirse la generación de un texto constitucional, esto es, a través de *vías institucionales* por oposición a las *extra-institucionales* identificadas plenamente con el quiebre constitucional de 1973, es decir, supuestamente la única ruptura del ordenamiento constitucional por el cual ha atravesado Chile. Han sido estas consideraciones las que condicionaron los tópicos del debate constitucional chileno conforme a la formulación binaria de una variable *institucional* asociada a la *continuidad constitucional* y una *vía extra-institucional* a la que se le imputa como efecto directo la *ruptura constitucional*. Sin embargo, como pudimos comprobar, dicha formulación era equívoca al emplear conceptos preconcebidos que se inclinaban a favor de la primera vía a fin de amparar a los operadores del régimen constitucional imperante. Por este mismo hecho se explica que actualmente el debate constitucional haya dado mayor preponderancia a su dimensión procesal en comparación a la substancial, asunto que ha permitido tomar mayor consciencia respecto al tema de la ilegitimidad de origen de las constituciones, ya sea que se trate del texto constitucional de 1980 o de cualquier otro ordenamiento constitucional, nacional o extranjero. En este sentido, como una forma de concluir esta primera sección, creemos que las palabras de Correa Sutil pueden servirnos para introducirnos en el último aspecto que debemos desentrañar contenido en la segunda sección de este capítulo: la evidente facticidad de los procesos constituyentes originarios frente a la ilusión de juricidad que procura extenderse entre los distintos ordenamientos constitucionales. Dejemos, pues, consignadas las palabras de este constitucionalista conforme a las cuales efectúa una verdadera declaración de reconocimiento de la genética factual constituyente:

“Buena parte de las constituciones que hoy aparecen como neutras o de consenso, se han originado en un triunfo político más o menos violento. Son ideales que lograron vencer, no siempre por medios persuasivos o pacíficos, sobre proyectos rivales. No pocas de las constituciones más influyentes y durables han sido el producto de imposiciones sangrientas. Las ideas ilustradas de la Revolución Francesa, tal vez la parturienta más importante de nuestras tradiciones constitucionales, pasaron por largos años de guillotina. La Guerra de Secesión de los Estados Unidos dejó no pocos muertos antes de que naciera la más longeva e influyente de las Cartas de Derechos. Nuestra propia historia constitucional muestra que se derramó bastante sangre para imponer el ideario de la Constitución de 1833; una guerra civil para alterar el régimen político el 91; no poca violencia e inestabilidad política entre 1920 y 1932 para asentar la Constitución de 1925; y una historia de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos para

poner término a ese orden e iniciar el que ahora nos rige, luego de una transición que no estuvo exenta de riesgos y traumas”²⁸⁰.

II-. Herramientas para la búsqueda de la conexión genética de los textos constitucionales chilenos entre 1811 y 1833.

Queda pendiente limitarnos a verificar si durante la progresión de alguno de los textos constitucionales chilenos del primer tercio del siglo XIX se encuentra o no enlazado conforme a un nexo normativo derivado del ordenamiento preexistente en relación al que lo sucede, es decir, mediante el mecanismo de reforma previsto en la constitución que hasta ese momento se encontraba vigente. Creemos que una relación entre el proceso de génesis y reforma de una determinada secuencia constitucional podría darnos la pista para desentrañar la paradoja de la discontinuidad-continuidad del poder constituyente originario. Sin embargo, hemos preferido limitarnos a identificar las herramientas para el eventual descubrimiento del *missing link*²⁸¹ entre los textos constitucionales chilenos dictados entre 1811 y 1833. Al respecto resultan fundamentales los aportes brindados por el profesor Sergio Carrasco quien ya se ha encargado de interrelacionar el ciclo de vida de los textos constitucionales chilenos integrados por su proceso de génesis, reforma y vigencia. Por esta razón aprovecharemos de citar sus advertencias preliminares para luego definir qué ordenamientos constitucionales forman parte de la secuencia constitucional y finalmente agregaremos los diversos procedimientos de reforma contenidos en ellos con la diferencia que indicaremos el mecanismo de revisión original de la Constitución de 1833.

En cuanto a las conclusiones obtenidas en su estudio sobre la génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos creemos que subyace una idea cardinal para evaluar la dinámica constitucional de Chile, no obstante que se trata de una aproximación de carácter general. En efecto, el supuesto del análisis parece ser que la actividad reformadora contemplada en la mayoría de estos textos constitucionales se ha concebido como un mecanismo dotado de la capacidad suficiente no sólo para implementar reformas parciales,

²⁸⁰ CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013. p. 2, pp. 28-29.

²⁸¹ BÖCKENFORDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000. p. 161.

sino también para generar un nuevo ordenamiento constitucional procurando el cambio dentro de la continuidad, no obstante la frustración de estos dispositivos al momento de ejecutarlos:

“Formulando una apreciación de carácter general, procede consignar que los cambios constitucionales de carácter radical normalmente obedecen a una alteración de hecho muy profunda del cuerpo social. Al mismo tiempo, suelen ser producto de fundamentales modificaciones en los hechos, las ideas o concepciones políticas de la nación. Todo esto significa que, por norma general, no pueden adecuarse para efectuar cambios en el ordenamiento anterior [...] Así, conociendo la génesis de cada uno de los textos fundamentales, se aprecia que las normas de reforma constitucional que a continuación se indican respecto de los textos constitucionales anteriores, no tuvieron aplicación cuando se modificó lo sustancial del respectivo ordenamiento”²⁸².

En cuanto a la secuencia constitucional que va desde 1811 a 1833, el profesor Carrasco comprende diez textos que rigieron en forma constitucional, descartando de esta manera una pluralidad de documentos que otros autores han estimado de un mismo valor constitucional²⁸³. De esta selección de textos constitucionales, tan solo dos de ellos han omitido alguna regulación respecto al procedimiento de reforma constitucional, textos que se ubican en el tercer y sexto orden de la secuencia constitucional. Esta falta de previsión puede interpretarse como uno de los elementos más evidentes de una ausencia de conexión normativa entre los textos constitucionales pertenecientes al cuarto y séptimo orden respectivamente, es decir, los inmediatamente siguientes a las constituciones que no contemplaron norma expresa al respecto. De este modo, uno de los procesos constituyentes más reveladores de su facticidad se encuentra configurado por la sucesión de la Constitución de 1818 con respecto al texto constitucional de 1814, aspecto que se expande también de acuerdo con el Reglamento Orgánico y Acta de unión del pueblo de Chile del

²⁸² CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002. p. 22.

²⁸³ Piénsese por ejemplo en la recopilación de 122 documentos de carácter constitucional contenidos en GUZMÁN, Alejandro. Ficha bibliográfica de las ediciones originales o manuscritas de los proyectos y textos promulgados de declaraciones de derechos, leyes constitucionales y constituciones chilenas (1810-2005). *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (26): 187-220, 2005.

30 de marzo de 1823 en relación con el ordenamiento preexistente dado por el Reglamento Orgánico Provisional del 29 de enero de 1823.

1- Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, 14 de agosto de 1811.

- Art. 19: “Su duración es pendiente de la Constitución del caso; y no formada ésta en el preteritorio término de un año, expirará en él la Comisión”

2- Reglamento Constitucional Provisorio, 26 de octubre de 1812.

- Art. 27: “Este Reglamento Constitucional se remitirá a las provincias para que lo sancionen y se observará hasta que los pueblos hayan manifestado sus ulteriores resoluciones de un modo más solemne, como se procurará a la mayor brevedad. Se dará noticia de esta Constitución a los Gobiernos vecinos de América y a los de España”.

3- Reglamento para el Gobierno Provisorio, 17 de marzo de 1814.

- No señala norma al respecto.

4- Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile, 23 de octubre de 1818.

- Título III. Capítulo III. Art. 5º: “Estará autorizado el Senado para limitar, añadir y enmendar esta Constitución provisoria, según lo exijan las circunstancias”.

5- Constitución Política para el Estado de Chile, 30 de octubre de 1822.

- Art. 246: “Las leyes fundamentales de esta Constitución no podrán variarse sin expresa orden de los pueblos, manifestada solemnemente a sus representantes”.

6- Reglamento Orgánico Provisional, 29 de enero de 1823.

- No señala norma al respecto.

7- Reglamento Orgánico y Acta de unión del pueblo de Chile, 30 de marzo de 1823.

- Art. 41: “Todas las dudas que ocurriesen sobre la presente acta, se esclarecerán por el Senado, ciñéndose a la letra y espíritu”

8- Constitución Política del Estado de Chile, 29 de octubre de 1823.

- Art. 275: “El presente Código es la Constitución permanente del Estado. el Senado por sí, ni con el voto de la Cámara Nacional, podrá derogar sus leyes o suspender su cumplimiento”.
- Art. 276: “En el caso que las circunstancias y los prolongados y justificados conatos, manifiesten el perjuicio o inexecutablez de alguna ley; puesta la

iniciativa para su derogación, se discutirá su sanción en tres sesiones celebradas cada mes, y por tres días cada una. Pasará después en consulta a la Cámara Nacional que la discutirá en dos sesiones mensuales; y dos días cada una; aprobada la derogación por la Cámara, se remitirá a la confirmación de las asambleas periódicas electorales, reducida al sí o al no en sus respectivos piquetes”.

9- Constitución Política de la República de Chile, 8 de agosto de 1828.

- Art. 133: “El año 1836 se convocará por e Congreso a una gran convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar esta Constitución, la cual se disolverá inmediatamente que lo haya desempeñado. Una ley particular determinará el modo de proceder, número de que se componga y demás circunstancias”

10- Constitución de la República Chilena, 25 de mayo de 1833.

- Art. 164: “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”.
- Art. 165: “Ninguna moción para reforma de uno, o más artículos de esta Constitución, podrá admitirse sin que sea apoyada a lo menos, por la cuarta parte de los miembros presentes de la Cámara en que se proponga”.
- Art. 166: “Admitida la moción a discusión, deliberará la Cámara si exigen, o no, reforma el artículo o artículos en cuestión”.
- Art. 167: “Si ambas Cámaras resolviese por las dos tercias partes de sufragios en cada una, que el artículo o artículos propuestos exigen reforma, pasará esta resolución al Presidente de la República para los efectos de los artículos 43, 44, 45, 46 y 47”.
- Art. 168: “Establecida por la ley la necesidad de la reforma, se aguardará la próxima renovación de a Cámara de Diputados; y en la primera sesión que tenga el Congreso, después de esta renovación, se discutirá y deliberará sobre la reforma que haya de hacerse, debiendo tener origen la ley en el Senado, conforme a lo prevenido en el artículo 40; y procediéndose según lo dispone la Constitución para la formación de las demás leyes”.

Bibliografía

Libros

- ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013
- BARROS, Diego. *Historia Jeneral de la Independencia de Chile Tomo I*. Santiago, Imprenta Chilena, 1854.
- *Historia Jeneral de Chile*. Tomo VIII. Santiago, Rafael Jover ed., 1887.
- BARROS, Robert. *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*. Santiago, Sudamericana, 2005.
- BASSA, Jaime *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago, Legal Publishing, 2009.
- BISCARETTI, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. 3ª ed. México. Fondo de Cultura Económica, 2012.
- *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1987
- BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*. México, Grijalbo, 1998.
- BÖCKENFORDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000.
- BRAVO, Bernardino. *De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile*. Santiago, Jurídica de Chile, 1985
- CARRASCO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2002.
- CASSIRER, Ernst. *El mito del Estado*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013

- CORREA, Sofía; FIGUEROA, Consuelo; JOCELYN-HOLT, Alfredo; ROLLE, Claudio; y VICUÑA, Manuel. *Historia General de siglo XX chileno. Balance Paradojal*. 3ª ed. Santiago, Sudamericana, 2002
- CRISTI, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2011
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, LOM, 2006.
- *El constitucionalismo de miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago, LOM, 2014.
- DE LA CRUZ, Ernesto., comp. *Epistolario de don Diego Portales, 1827-1837. Volumen I. Santiago, Chile. 1937*.
- ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FUENTES, Claudio. *El Fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago, Huerders, 2013.
- GARCÍA, José., coord. *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*. Santiago, Legal Publishing & Thompson Reuters, 2014.
- GARRETÓN, Manuel. *Hacia una Nueva Era Política sobre las democratizaciones*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995
- GÓMEZ, José Antonio. *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005*. Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2005
- LASTARRIA, José. *Bosquejo Histórico de la Constitución del Gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814*. Santiago, Imprenta Chilena, 1847.
- LASTARRIA, José. *Miscelánea Histórica i Literaria*. Valparaíso, Imprenta de La Patria, 1868.
- LOZADA, Salvador. *Instituciones de derecho público*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires, El Coloquio, 1973

- LUHMANN, Niklas. *Poder*. México, Anthropos, 1995.
- MAYOL, Alberto. *El derrumbe del modelo. La crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago, LOM, 2012.
- MOLINA, Hernán. *Derecho Constitucional*. 8ª ed. Santiago, LexisNexis, 2008.
- NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Librotecnia, 2005.
- ORREGO, Eugenio. *Historia de una alianza política*. Santiago, CED. y CESOC., 1992.
- *Plebiscito para una nueva Constitución. Una nueva causa histórica para Chile*. Santiago, Ediciones el Buen Aire, 2013.
- SALAZAR, G.; MANCILLA, A., y DURÁN, C. *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía*. Tomo I. Santiago, LOM, 1999.
- SALAZAR, Gabriel. *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales. Chile, siglos XX y XXI*. Santiago, LOM, 2009
- *La violencia política popular en las "Grandes Alamedas". La violencia en Chile 1947-1987 (Una perspectiva histórico popular)*. 2ª ed. Santiago, LOM, 2006.
- *Movimientos sociales en Chile. trayectoria histórica y proyección política*. Santiago, Uqbar, 2012.
- SÁNCHEZ, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957
- SILVA, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV . La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia electoral*.. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 1997
- *Tratado de derecho constitucional. Tomo X. Estado de excepción constitucional. Gobierno y administración interior del Estado. Reforma constiucional*. Santiago, Jurídica de Chile, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2011
- VANOSSI, Jorge. *Estudios de teoría constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002

- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La Constitución y sus normas. En: Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- ZÚÑIGA, Francisco., comp. *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Santiago, Legal Publishing, 2014.

Capítulos de libros

- CAZOR, Kamel. Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental? En: NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Librotecnia, 2005.
- CODDOU, Alberto y CONTRERAS, Pablo. Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: La experiencia de “Marca tu Voto”. En: Anuario de Derecho público Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones UDP., 2014.
- CORREA, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.
- FERNÁNDEZ, Miguel. Reformas constitucionales en materia de nacionalidad y ciudadanía. En: NOGUEIRA, Humberto., coord. *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, 2005.
- FUENTES, Claudio. Elites, opinión pública y cambio constitucional. En: EL MISMO., ed. *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010.
- GUZMÁN, Alejandro. *El constitucionalismo revolucionario francés y las Cartas Fundamentales chilenas del siglo XIX*. En: GAZMURI, C. y KREBS, R., eds. *La revolución francesa y Chile*. Santiago, Universitaria, 1990.

- JARAQUEMADA Jorge y MERY, Héctor. Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.
- MUÑOZ, Fernando. “Chile es una república democrática”: La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En: COUSO, Javier., ed. Anuario de Derecho Público. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013
- SALDAÑA, José. Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008. En: FUENTES, Claudio., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010.
- VALDIVIA, Verónica. Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena. En: FUENTES, Claudio., ed. En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago, ICSO., UDP., y Henrich Böll Stiftung, 2010.

Revistas

- ÁVILA MARTEL, Alamiro de. Discurso de agradecimiento pronunciado por el señor Alamiro de Ávila Martel con ocasión de haber recibido el grado de Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con fecha 19 de octubre de 1989. Revista Chilena de Historia del Derecho, (15): 341-354, 1989.
- ALDUNATE, Eduardo. La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución. Revista de Derecho Público, (69): 35-44, 2007
- *ÁLVEZ, Amaya. El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la historia política institucional chilena. Revista de Derecho, (212): 33-45, 2002.*
- CARMONA, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. Revista de Derecho Público, (Nº especial): 57-81, 2013.

- CID, Gabriel. Ritos para una nueva legitimidad: ceremoniales constitucionales y republicanismo en Chile (1812-1833). Historia Crítica, (47): 17-43, 2012
- CORREA, Sofía.. Los procesos constituyentes en la historia de Chile: Lecciones para el presente. Estudios Públicos, (137): 43-85, 2015.
- CORREA, Sofía. ¿Congreso Constituyente o Asamblea Constituyente? Revista de Derecho Público, (82): 41-52, 2015.
- GREZ, Sergio. La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile. Tiempo Histórico, (1): 15-32, 2010.
- GUZMÁN, Alejandro. Ficha bibliográfica de las ediciones originales o manuscritas de los proyectos y textos promulgados de declaraciones de derechos, leyes constitucionales y constituciones chilenas (1810-2005). Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (26): 187-220, 2005.
- GUZMÁN, Jaime. El camino político. Revista Realidad, (7): 13-23, 1979
- NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre el poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. Revista Ius Et Praxis, (1): 229-262, 2009.
- La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (129):1261-1321, 2010.
- OYARTE, Rafael. Límite y limitaciones al poder constituyente. Revista Chilena de derecho, (Nº especial): 65-84, 1998
- QUINZIO, Jorge. El grupo de los 24 y su crítica a la Constitución Política de 1980. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (23): 15-37, 2002.
- SANHUEZA, Manuel. Críticas por autocrática, militarista y plutocrática de la Constitución otorgada de 1980. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (202): 65-77, 1997.
- SOTO, Francisco. Asamblea constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. Estudios Constitucionales, (1): 397-428, 2014.

- VICENCIO, Felipe. Crítica a dos textos atinentes a la historia constitucional. Revista Chilena de Historia del Derecho, (20): 647-656, 2008
- ZÚÑIGA, Francisco. Vieja-Nueva Constitución. Estudios Constitucionales, (1):349-370, 2007
- Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente. Estudios Constitucionales, (1): 511-540, 2013.

Otros

- *Chile de todos, Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*
- Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Firma Constitución 2005: Palacio de la Moneda: 17 de septiembre de 2005*. Santiago, MAVAL, 2005.