



Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho



**Tesina de la carrera de Derecho:**  
**“Una Nueva Constitución Chilena a la luz del Poder Constituyente.”**

Profesor Guía : Dr. Jaime Bassa Mercado

Alumno : Felipe Oro Mancilla

Fecha : Diciembre de 2016

## Índice

I.	Introducción	3
II.	Mecanismos que permiten el ejercicio de la soberanía por parte de su titular.	5
	1. Soberanía origen, concepto y límite	5
	2. Poder constituyente	10
	2.1    Preámbulo	10
	2.2    Inicios de la Teoría del Poder Constituyente	11
	2.3    Concepto del Poder Constituyente	12
	2.4    El titular del poder constituyente	14
	2.5    Repercusión y formas de acción del poder constituyente del pueblo	16
	2.6    Limitaciones jurídicas del poder constituyente	20
III.	Análisis del itinerario constituyente propuesto por el gobierno.	22
	1. Propuesta del gobierno.	22
	2. Proceso participativo Institucional, y Democrático A la luz del poder constituyente.	25
	2.1    Proceso Participativo.	25
	2.2    Proceso Institucional.	27
	3. Importancia del mecanismo.	32
	3.1    ¿Cuál es el mecanismo idóneo y pertinente?	32
	3.2    Asamblea constituyente	34
IV.	Conclusión	38
V.	Bibliografía	40

Resumen: El presente trabajo busca exponer el origen, fundamento y titularidad de los principios de soberanía popular y poder constituyente, para mostrar como el pueblo es quien tiene la labor de crear una constitución. A sí mismo el trabajo, luego contrasta dichos valores con el proceso constituyente que se lleva a cabo en Chile, estudiando detalladamente el itinerario propuesto por el gobierno. Por último se señala cuál es el mecanismo que mejor reflejaría los postulados de una teoría constituyente para obtener una carta fundamental legítima.

Palabras claves: Pueblo- Poder Constituyente- Soberanía Popular- Constitución- Titularidad.

Abstract: This current job seeks to expose the origin foundation and ownership of the principals of popular sovereignty and constituent power, to show how the people have the job for creating a constitution. The job itself contrasts these values with the constitution process that are carried out in Chile studying in detail the itinerary proposed by government. And finally, it is pointed out which mechanism would better reflect the postulates of a constituent theory to obtain a charter of fundamental rights

## **I. Introducción.**

Actualmente la sociedad chilena está envuelta en el itinerario constituyente propuesto por el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, dicha propuesta responde a la gran demanda social que ha surgido respecto a exigir una nueva constitución, de que por primera vez en Chile se dé en un marco democrático y participativo. Para ello el gobierno ha descrito diversas etapas que deberán llevarse a cabo, partiendo por reeducar cívica y constitucionalmente a la población, para que luego esta participe en la creación del texto fundamental, entregando sus posturas en cabildos locales, provinciales y regionales, para conformar un bosquejo de la constitución que pretende la ciudadanía con la ayuda de un consejo observador designado por la Presidenta. Este bosquejo se le entregará al Congreso

actual quien habilitará al próximo, quien definirá el mecanismo en definitiva para adoptar la anhelada nueva constitución.

En función de esta propuesta, es que considero necesario zambullirme en los postulados clásicos de la teoría constituyente y soberanía popular, para entender si se están reflejando bien las ideas en la propuesta entregada por el Gobierno, y si por primera vez en la historia constitucional chilena se podría hablar de una constitución legítima.

Para ello es clave estudiar cómo la soberanía termina recayendo en el pueblo, su titular, para nunca alejarse de este, sirviendo como fundamento para las decisiones que pueda o desea adoptar, y cómo los principios de esta alumbran la noción de poder constituyente que radica en el pueblo, permitiendo que sólo sea este quien tome la decisión política fundamental de determinar su forma y existencia política, dándose una constitución para sí mismo.

Tomando en consideración estas concepciones clásicas, se evaluará si el proceso constituyente que se está llevando a cabo las integra o simplemente las rechaza o disfraz los postulados clásicos, para engañar y seguir usurpando la titularidad al pueblo y su facultad de único creador constitucional.

Luego de haber analizado críticamente la propuesta del gobierno, a partir de una base conceptual clara, abordaré los distintos mecanismos que el Congreso podría adoptar para dar con el resultado de una nueva constitución. Dentro de dichos mecanismos, a mi parecer el que reflejaría mejor los valores de un pueblo creador de una constitución en democracia y legítima, es una asamblea constituyente, por su funcionamiento y la labor simbólica que significaría para una sociedad chilena deprimida por las constantes desilusiones política y reformas mediocres.

## **II. Mecanismos que permiten el ejercicio de la soberanía por parte de su titular.**

### **1. Soberanía origen, concepto, y limite.**

La Soberanía Popular es uno de los principios que se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio del poder político y a su vez fundamenta el Poder Constituyente, es por esto que se encuentra reiterado en la mayoría de las constituciones del mundo.

Destacada su importancia, es necesario identificar su origen. Este le es atribuible a Jean Bodin, en su obra *Les six livres de la république*, desarrollada en el contexto de la guerra civil francesa del siglo XVI. En donde se creía que la forma de dar fin era que el Rey tuviera una fuerza de tal magnitud que pudiese poner fin a la guerra, legitimando este accionar con el nombre de soberanía.

Marshall, explica el pensamiento de Bodin diciendo que “El principio de la soberanía del rey, así presentado, parece fundar un reemplazo del Estado feudal, con varios polos de poder, por un nuevo Estado, con un sólo polo de poder central. Por tanto ¿Cómo funcionaba el argumento de Bodin? Partiendo de la base que el poder de los señores dependía del buen y antiguo Derecho, el reemplazo del poder de los señores por el poder real requería de un fundamento que fuera más allá de ese Derecho consuetudinario medieval; requería un poder que no tuviera que limitarse al Derecho: un poder que pudiese violar el Derecho. Es así como el principio de la soberanía se identificó como el ejercicio del poder centralizadamente por parte del rey de forma absoluta y perpetua (2010: p 248). De modo tal que ya en el pensamiento de Bodin se destacan dos atributos de soberanía: Absoluta y Perpetua.

Estos atributos de la soberanía debemos entenderlos, en que es perpetua, “en el sentido de que no está sujeto a límites temporales. Esto es así porque, si fuese un poder atribuido por tiempo determinado a uno o varios, éstos lo ejercerían como simples depositarios, deviniendo súbditos una vez revoque el auténtico poseedor del poder tales atribuciones, es decir, sería en tal caso un poder derivado y no absoluto (...). Además, ese poder es absoluto, esto es ilimitado, de modo que la soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. En

efecto, la voluntad soberana es omnipotente y, por consiguiente, todo lo puede hacer. La existencia de límites, como la sujeción a las leyes de Dios y de la naturaleza, no constituyen obstáculo para afirmar que soberano es aquél que no está sometido de ningún modo al imperio de otro y puede, tanto dar, como anular o enmendar las leyes, sin verse sometido ni a las de sus antecesores ni a las suyas propias puesto que, todas dependen únicamente de su voluntad” (García, 2003: pp. 316-317).

Sin embargo, para Bodin, esta soberanía de igual forma se encuentra con “límites vinculados en primer lugar, al derecho natural y divino; en segundo lugar a los tratados celebrados con otros estados; finalmente, el rey debía respetar las leyes involucradas en la constitución del gobierno monárquico, esto es, las leyes de la corona. En ese sentido, la soberanía no era un poder sin límites” (Marshall, 2010:p.249).

Ya abordado someramente el pensamiento de uno de los autores a quienes se le atribuye haber introducido la noción de soberanía, es de mucha importancia destacar un aspecto que nos permitirá seguir entendiendo la evolución de este concepto, y es que para Bodin, el titular de la soberanía es el monarca, por tanto, es él quien sólo podrá enmendar o anular leyes y que se encuentra revestido por la legitimidad que le otorga el concepto en estudio o dicho de otra forma por Noemi García “ Bodin reflexiona acerca de quién ha de ser el soberano, y concluye que su titular ha de ser el monarca absoluto. Soberano será aquel que detenta originariamente la prerrogativa legislativa en qué consiste la soberanía, esto es, aquél cuya voluntad se impone a todos y que no está sujeto, ni debe sus facultades a ninguna otra autoridad, que no sea, en su opinión, al propio Dios” ( 2003:p.318).

Avanzado el tiempo, a diferencia de Bodin, “las doctrinas contractualitas clásicas se ocuparían del fundamento del poder, y no tanto de sus atributos. De hecho, el elemento *legitimidad* reapareció en el pensamiento político occidental con el contractualismo, conectado al Derecho natural racionalista y a las teorías de los derechos naturales, mucho antes de que los acontecimientos revolucionarios que inaugurarían el Estado liberal lo colocaran en el fundamento de su actividad”.( Martínez, 2012: p. 15)

Cuando los primeros contractualistas, a partir del siglo XVII, propusieron las diferentes teorías del contrato, intentaban conseguir dos objetivos: por un lado, dar una explicación de

por qué se construye la sociedad civil (legitimidad del poder), para lo cual desarrollan las condiciones teóricas de cómo vivía la sociedad cuando no existía Estado civil y cómo éste se construye a través de un acto jurídico y, por lo tanto, vinculante: el contrato. A la situación inicial se denominaría, en general, *estado de naturaleza*, y a la sociedad resultado del contrato, *estado civil*. En segundo lugar, fruto del esquema teórico anterior, condicionaban las condiciones del poder civil con base en el contrato firmado desde el estado de naturaleza. (Martínez, 2012:p15) Se trataba, por lo tanto, de hablar no sólo de la *legitimidad* del poder, sino también de su *cualidad*: éste, en esencia, estaba limitado por las estipulaciones contractuales, por lo que podía ser más (Hobbes) o menos (Locke) fuerte, pero nunca absoluto. El *contractualismo* se conformó, de esta manera, en el fundamento teórico de buena parte de las tesis constitucionalistas.

Pese a todo, dentro del contractualismo, fue a partir de Rousseau, que la soberanía volvió a ubicarse en el centro de la atención, pero ahora no resaltando tanto sus atributos, su fundamento o legitimidad – no por esto menos importantes- sino que la pregunta a responder fue ¿Quién debía ser el titular del poder soberano? Como se ha señalado anteriormente la ideas de Rousseau, en el contextos de la Revolución Francesa juegan un papel importante, como destaca Marshall “Casi todos los revolucionarios con influencias eran sus asiduos lectores. La primera propuesta consistía en la siguiente afirmación fundamental, que marco la constitución de 1791: el poder del estado ya no estaría en manos del monarca por una decisión divina sino por una decisión del pueblo. Durante la profundización de la revolución la propuesta mutó a la siguiente: por una decisión del pueblo, el poder del estado ya no estará en manos del monarca, la idea de soberanía popular se consolidó, entonces, en los hechos.”(2010:p.254) cabe agregar, que aparte de la titularidad, también las atribuciones de inalienabilidad, indivisibilidad e irrepresentabilidad de la soberanía como poder democrático absoluto que propugna Rousseau, cuyo aporte consistió en apropiarse en buena medida de los atributos de la soberanía del monarca absoluto para adjudicárselos a otro dueño, el pueblo. Es decir ya nos encontramos de frente con un panorama opuesto al de Bodin en lo que respecta al titular de la soberanía.

El razonamiento de Rousseau, es contundente y claro: porque el pueblo es soberano y porque la soberanía es inalienable, el pueblo sólo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa o inmediatamente el poder político, pues este es el primer motor que legitima el poder.

Lo que significa que “la única democracia concorde con las exigencias del contrato social, es la democracia directa o de la identidad, de la que derivarán, a su vez, dos importantes corolarios. En primer lugar que al actuar el pueblo permanentemente dentro de ella en su condición de sujeto soberano, una teoría de la limitación del poder resulta impensable, ya que un poder soberano es por definición un poder ilimitado. En segundo lugar, que si la idea de Constitución, en cuanto mecanismo limitador del poder, carece de todo fundamento en el ámbito de la democracia de la identidad, igualmente se hará inadmisibile su entendimiento como aparato a través del cual se organiza la vida del Estado. La comunidad política surge por mediación del *pactum societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de la *societas naturae* a la *societas civilis sive política*. La única Constitución imaginable sería la que se identificara con el mismo contrato social”. (Martínez 2012:p. 17).

Si bien es con Rousseau, donde encontramos el cambio en la titularidad en la soberanía del monarca al pueblo, es Joseph Emmanuel Sieyès, quien demarca mas las ideas de soberanía de Rousseau, apoyándose en su teoría de la soberanía nacional, “que es una relectura de la tesis de la soberanía de Rousseau. Por un lado limitando sus implicaciones individualistas, que hacían que la soberanía no residiera en el pueblo como comunidad sino en cada uno de los ciudadanos que conforman el pueblo y, por otro, poniéndola en relación con el viejo concepto de soberanía del monarca. La tesis de soberanía nacional, era una tesis principalmente negativa, que intentaba privar al monarca de la soberanía, para afirmar la primacía de una asamblea. Por tanto la idea central era considerar a la nación como algo preexistente al Estado, y a este como la forma en que la nación se organizaba” (Marshall, 2010:p.255), por tanto salta a la vista de inmediato que para Sieyès, la soberanía debía recaer en la nación para que de esta forma el poder del estado y sus órganos derivaran de una decisión de esta.

Si para Sieyès, la soberanía estaba en manos de la nación, debemos dilucidar ¿qué se debería entender por nación? Y si existe diferencia, en considerar como comunidad política titular de la soberanía al pueblo o bien sea a la nación.

Respecto a esta supuesta distinción si bien podría pensarse que hoy en día se refieren a un mismo fenómeno y que sólo hace alusión a un problema conceptual, es importante abordar lo que señala Varela, pues “este enfoque bifronte respondía a la necesidad de fundamentar un único e ilimitado poder estatal que se pudiese estructurar internamente de una forma que

garantizase la autonomía individual (...) de igual forma el nacimiento del nuevo poder se explicaba como resultado de la voluntad colectiva de los individuos, la soberanía del Estado debía recaer en esta voluntad (...). Y al hablar de soberanía de la colectividad conviene distinguir cuidadosamente los conceptos de Nación y de Pueblo, en los que se basan dos diferentes concepciones de la soberanía. Ciertamente, uno y otro se conciben como sujetos compuestos exclusivamente de individuos iguales.”(1992:pp.75-76). Dicho esto la distinción radicaba principalmente en que “tanto el principio de soberanía nacional como el de soberanía popular imputan la soberanía a un sujeto pre estatal, a partir del cual se intenta articular de un determinado modo el supremo poder común. No obstante, para el dogma de soberanía nacional la voluntad de la Nación no es más que la voluntad del Estado. La Nación, al constituirse, al organizarse jurídicamente, se convierte en Estado, y éste no es más que la personificación jurídica de aquélla. La Nación, que se presenta como el sujeto fundador y fundamentador del Estado, pasa a ser fundada y fundamentada por éste, determinada por su ordenamiento jurídico. Para el dogma de la soberanía popular, en cambio, Pueblo y Estado no son dos caras de la misma moneda, sino dos monedas distintas de curso incompatible y excluyente. Se pretende que el pueblo siga siendo soberano después de la Constitución del Estado” (Varela, 1992:p.78).

Ya aclarada esta distinción, en adelante me referiré al pueblo en un sentido que también abarque la nación para luego estudiar en detalle y de la mano con el poder constituyente, de que se trataría este pueblo para de esa forma lograr una mejor comprensión.

Señalado ya la mutación y traslación que ha experimentado la soberanía, “se puede sostener que la afirmación principal del principio de soberanía popular es que la soberanía le pertenece al pueblo. Y el pueblo en su unidad como comunidad política, es el titular de la soberanía” (Marshall, 2010:p.259) de modo tal que, eso es lo importante para la doctrina, no tanto así elaborar una definición sobre soberanía, sino que entender a quien le pertenece y las repercusiones de su ejercicio por parte de su titular. A demás considerando que la soberanía le pertenece al pueblo entendido como comunidad política esta misma “no está sometida más que a su propia decisión a la hora de gobernarse. El pueblo es quien tiene la decisión última y esa decisión dependerá, claro, de un juicio político del pueblo, ese será un juicio que no estará sometido al Derecho ni a la constitución (...) el pueblo es libre de toda dominación a la hora

de decidir, en última instancia, sobre toda realidad estatal” ” (Marshall, 2010:p.259). Por tanto estamos en presencia de un atributo positivo como explica Bockenforde, “un poder de crear un nuevo orden estatal y de determinar la forma en que va a ser ejercido el poder del Estado, es así como el principio de soberanía del pueblo implica necesariamente el poder constituyente del pueblo (2000: p. 50).

## **2. Poder constituyente**

### **2.1 Preámbulo.**

El estudio en clave científica del poder constituyente, que ha sido elaborada por la doctrina contemporánea, sistematiza ésta institución político-jurídica en varios aspectos, A modo de referencia, en España De la vega, plantea que “tres son las cuestiones que en el tratamiento del poder constituyente conviene dilucidar: en primer lugar, su definición como poder soberano; en segundo término, las formas en que se establece su ejercicio, y por último, su destino, una vez que la Constitución es aprobada”. (2004:p.27-28) Ganando en precisión metodológica, Böckenförde, analiza el tema a lo largo de cuatro pasos sucesivos. “El primero se refiere al problema y al concepto de poder constituyente: el segundo, al del titular (el sujeto) del poder constituyente; el tercero se centra en el análisis de la actuación y la formas de acción del poder constituyente del pueblo, y finalmente el cuarto paso plantea la pregunta por las posibles limitaciones jurídicas de este poder constituyente”. (2000:p.159)

La forma de abordar teoría del poder constituyente será el enfoque que utiliza Böckenförde, pues considero abarca de manera más completa y con más énfasis los problemas que pueden traer las concepciones clásicas, en relación a su implementación practica en la sociedad. Sin embargo antes de entrar de lleno en ese análisis me referiré brevemente a los inicios de la Teoría del poder constituyente.

## 2.2 Inicios de la Teoría del Poder Constituyente.

Para comenzar “inicialmente podría señalarse a Rousseau como padre del concepto de poder constituyente, en base a su teoría de la voluntad general, pero dicha teoría que formula la soberanía popular como inalienable e inenajenable la convierte en una concepción imposible de practicarse, ya que ella sólo fundamenta una democracia directa ejercida únicamente por el soberano: el pueblo o cuerpo político de la sociedad. Así, en la concepción rousseauiana no es posible ni legítimo distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos” (Nogueira 2009: p 230).

Esta distinción entre los poderes constituidos y constituyente que no admite Rousseau, nos hace obviarlo un tanto en nuestro análisis de cómo se ha ido estableciéndose en las sociedades el poder constituyente, quienes son sus titulares y como ponerlo en práctica, puesto que en la actualidad dicha distinción es considerada ya un hecho y a demás a la hora de desarrollar la teoría de poder constituyente para que tenga consecuencias prácticas, es necesario ir distinguiendo aquello que corresponde a un poder ya constituido. Sin embargo la idea de Rousseau, sobre la soberanía popular de igual manera impacta en la genética del poder constituyente.

Es así que la dogmática pura y propiamente inicial del poder constituyente la encontramos en el contexto de la revolución francesa “donde hay una confrontación entre monarquía y soberanía del pueblo como dos principios políticos formales, en que los monarcas pretendieron asumir el poder constituyente” (Bökenförde, 2000:p. 164) En este tejido es que surge la figura de Emmanuel Sieyès, a finales del siglo XVIII con su obra ¿Qué es el tercer estado? “para Sieyès el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la constitución; el poder constituyente es un poder pre- jurídico que actúa libre de toda forma y control.(...) Asimismo, en esta concepción sostiene desde el inicio Sieyès, que la limitante que tiene el poder constituyente es el respeto de los derechos individuales, los que se imponen al propio poder constituyente” (Nogueira, 2009: p. 231).

Cabe hacer presente según nos señala Nogueira, en relación al origen del poder constituyente y su diferenciación con los poderes constituidos “la Asamblea Constituyente es quien expresa la soberanía nacional y establece la Constitución. La doctrina del poder constituyente posibilita a la Asamblea ejercer un poder tal como le plazca a la nación dársele, confiando a los representantes extraordinarios los poderes necesarios en tales ocasiones, los cuales, puestos en lugar de la nación, ejercen la potestad de establecer la Constitución. Una vez terminada dicha obra cuyo producto es la Constitución, el poder constituyente cesa y surgen los poderes constituidos que sustentan su actuación en su previsión constitucional. Surge, así, la separación nítida entre poder constituyente y poderes constituidos o instituidos por la Constitución y subordinados a la misma” (2010:p.231).

En lo relativo al aporte norteamericano a concepción de poder constituyente es relevante en relación a la titularidad, de modo tal que, es necesario mencionarlo, pues entrega “una perspectiva diferente y más pragmática, aporta la concepción de la radicación de la soberanía y el poder constituyente en el pueblo, a diferencia de los ingleses, que lo radicaban en el Parlamento y con facultades omnipotentes” (Nogueira 2010:p.232). Habiendo señalado someramente los inicios de la teoría constituyente, nos queda abocarnos en su análisis dogmático para luego contrastarlo con las condiciones normativas de la actualidad y su compatibilidad con el actual proceso constituyente que se lleva en Chile.

### **2.3 Concepto del Poder Constituyente.**

Para entender el concepto de poder constituyente y el porqué de su existencia e importancia, se debe partir haciendo referencia a la constitución “como el orden jurídico fundamental del estado o, más aun, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, al que se le atribuye un rango especial, frente a las leyes y resto de las fuentes del derecho y un efecto de irradiación sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico” (Bökenförde, 2000:p. 159), la cual surge engendrada por el pueblo quien “asume, en determinado momento histórico, la función política de fijar el marco jurídico dentro del cual se desempeñará como comunidad estatal, en tanto sujeto activo de su regulación” (Bassa, 2008: p.45).

Por tanto, si el pueblo dentro de un proceso histórico político determinado, a través de la constitución fija una norma fundamental que regule su marco normativo y su actividad como comunidad estatal, resulta claro que “tanto su pretensión de validez como su cualidad jurídica especial no derivan del mero *factum* de su nacimiento, sino de una magnitud que la precede y que aparece como un poder o autoridad especial. Desde la Revolución francesa a esa magnitud se la denomina poder constituyente (*pouvoir constituant*)” (Bökenförde, 2000: p. 160).

En lo relativo al concepto, hay autores como Viamonte, que conceptualizan el poder constituyente señalando que el “poder constituyente puede sostenerse que es 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” (1957:p.564 ojo revisar si está bien la cita). Existen otros que definen poder constituyente como “la capacidad del pueblo de darse una constitución” (Marshall 2010:p.263) o el mismo Bökenförde, quien dice que es “la fuerza y la autoridad que corresponden al pueblo (en el sentido de una competencia preconstitucional) para establecer una Constitución con pretensión normativa de vigencia, para mantenerla y cancelarla” (2000:p.50). Si bien son varios los conceptos que podrían darse acerca del poder constituyente, siempre se debe tener en consideración “la identificación conceptual entre el pueblo y poder constituyente permite comprender que la constitución es el resultado de una decisión política del pueblo” (Bassa, 2008:p.53).

Pese a los conceptos esbozados, la cuestión sobre poder constituyente al tener tal importancia respecto a la magnitud y validez de una constitución, debe abordarse desde varias perspectivas. Siguiendo a Bökenförde, encontramos primero “un punto de vista genético, cuestión que gira en torno al origen histórico-político de la constitución a su participación y a las fuerzas que participaron en ella”. (2000:p.161) El segundo punto de abordar el tema, es desde la óptica de la dogmática constitucional, cuestión que tiene gran relevancia al hablar de una reforma de la constitución prevista en esta misma o una reforma fundamental que altere o derogue el núcleo central de la constitución, cuestión a la que me referiré en otro apartado- pero de la mano del derecho de Estado “ donde el concepto se presentara por un lado, como referido a la legitimación, a la justificación de validez normativa de la constitución, y por el

otro, como un concepto dogmático constructivo, cuyo objetivo consiste en estabilizar esa validez” (Bökenförde, 2000:pp. 161-162).

Para la dogmática la definición de poder constituyente no sólo pasará como una norma fundamental o que dota de legitimidad al ordenamiento como un fundamento normativo ideal, pues como señala Bökenförde, “el poder constituyente no puede ser así definido como una norma fundamental hipotética, ni tampoco únicamente como una norma fundamental de derecho natural. Tiene que entenderse también como una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la constitución” (2000:p.162). Por lo tanto “estamos en presencia de un concepto que rebasa el ámbito del propio derecho positivo” (Bassa, 2008:p.52) puesto que la constitución no obtiene su fuerza normativa y reguladora de una norma jurídica superior a ella sino de una idea que se hace firme normativamente a través de la decisión de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos y fuerzas determinantes de la sociedad (Bökenförde, 2000:p.162).

Ya dejado en claro que la noción de poder constituyente, debe abordarse teniendo en cuenta las diversas aristas que nos presenta, pues al ser la magnitud que precede la constitución y a la vez del Estado, la noción de poder constituyente no puede encasillarse en las palabras de una definición, sino que debe comprenderse su implicancia y repercusiones. Pese a ello para efectos metodológicos nos quedaremos con la definición de Bökenförde, que dispone “el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, sustentar y de cancelar la constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del estado, sino que lo precede. Pero cuando se manifiesta influye sobre él y opera también dentro de él según la forma que le corresponda para actuar” (2000:p.163).

## **2.4 El titular del poder constituyente**

El poder constituyente no siempre ha sido conocido de un mismo titular, es así que en un comienzo quien detentaba este poder era el monarca soberano quienes lo justificaban en un origen divino, pero con el transcurso del tiempo “un poder constitutivo del monarca no se podía simplemente fundamentar en el marco de un orden del mundo legitimado por Dios, en

que el monarca y su familia podían aparecer como legitimados de forma sacral, es decir como representantes o delegados de la voluntad omnipotente de dios”( Bökenförde, 2000:pp. 164-165). Es por ello que con las teorías del abate Sieyès, se comienza a trasladar la titularidad del monarca al pueblo, produciendo que de esta manera el monarca fuese perdiendo progresivamente su poder y transformándose el súbdito en ciudadano, sin embargo en el siglo XIX donde se trato de restaurar y retener este poder por parte de los monarcas, se produjo un fenómeno en que se compartía la titularidad del poder constituyente “ de esta realidad surgen los textos constitucionales que la doctrina califica de pactadas y otorgadas, conceptos que desfiguran el sentido propio de una norma fundamental(...) las constituciones pactadas son el fruto de un poder constituyente supuestamente compartido entre el monarca y el pueblo, mientras que las constituciones otorgadas representan la apropiación de todo el poder constituyente por parte del monarca” (Bassa 2008:p. 55).

Independientemente de la evolución historia de la titularidad del poder constituyente, para ser considerado como tal tiene que estar en conexión con el pueblo y una teoría democrática pues “el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido un concepto democrático revolucionario, que sólo tiene su lugar en una conexión con una teoría de la constitución democrática” (Bökenförde, 2000:p.163) de forma que para concebir la existencia de un poder constituyente, este tiene que estar en una relación simbiótica con una teoría democrática y el pueblo, quien es su titular indiscutido sin el cual no puede concebirse como fuerza originaria.

Es el pueblo el cuerpo encargado del poder constituyente o más bien tiene su titularidad, “es por eso que su fundamentación es ontológica existencial en cuanto a voluntad del pueblo. Así, existe una unidad intrínseca entre poder constituyente y poder popular, entendiendo este ultimo como el poder que emana del cuerpo político de la sociedad, cuerpo político que tiene el derecho básico o esencial de gobernarse a sí mismo y al derecho a la plena autonomía” (Nogueira, 2009:p. 234). En estos términos será el pueblo, el portador del poder constituyente y como tal forjará su dirección jurídica y política, pues si él es el cuerpo político, sólo él puede autodeterminarse.

Estos locuciones pueden parecer bastantes conmovedores, pero para evitar que tomen el tinte de utópicas hay que delimitar ciertos puntos. Si ya sabemos que el titular del poder constituyente originario es el pueblo de manera conceptual, a qué nos estamos refiriendo con la expresión ¿el pueblo? Puesto que esta presenta varias acepciones, Bökenförde, nos hace un recorrido sobre tres formas que puede adoptar la noción de pueblo. Primero dirá; “el concepto de pueblo no se agota en la ciudadanía activa, tampoco en un sentido natural y étnico, sino que, el termino pueblo se asocia a un sentido político de la nación, esto es, de un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal; en una segunda forma, asocia al pueblo como titular del poder constituyente pero como un determinado grupo o estrato social, ejemplo de esto será la posición del Tercer Estado, es decir la burguesía en la revolución francesa; y por ultimo señala que en la teoría política del marxismo-leninismo el proletariado será el pueblo para efectos de la titularidad del poder constituyente”(2000:p 165).

Nos parece que la primera mención que realiza Bökenförde, sobre pueblo es la correcta, pues es necesaria para el ejercicio constituyente una versión activa del pueblo y que sea consiente a su vez de la fuerza y consenso político que esta encarnando.

Esta titularidad la podemos ver enmarcada como señala Bökenförde en “la constitución de Weimar que proclama en su preámbulo el poder constituyente del pueblo alemán como su autentico fundamento (El pueblo alemán [...] se ha dado esta constitución)” (2000:p.166).

## **2.5 Repercusión y formas de acción del poder constituyente del pueblo**

Antes de analizar en concreto la forma de acción del poder originario, como se manifiesta y su distinción entre poderes constituidos, se debe dejar en claro que el poder constituyente al ser prejurídico “no puede ser regulado en la misma constitución ni, en consecuencia pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello es el mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse” (Bökenförde,

2000:p.167) por tanto, si el poder constituyente no está enjaulado en ningún cuerpo normativo y su magnitud sólo responde al contexto histórico que se esté viviendo, para determinar si es necesario para el pueblo realizar un proceso constituyente que culmine con la creación de un nuevo orden fundamental expresado en la constitución cuyo titular es el pueblo reside el problema será, como señala Bökenförde “en que el poder constituyente del pueblo como magnitud y como fuerza política elemental persevere en lo posible, en lo que manifestó y decidió en un determinado momento, y que esto ocurra sin que pierda con ello su condición de magnitud y fuerza política”(2000:p.168).

Si bien el ideal se trata de que un poder como el constituyente persevere en lo posible y se encuentre siempre presente, debo dejar en claro que existe una dicotomía de posiciones frente a esto, que Marshall, explica “Si se concibe que el poder constituyente se agota en el acto de establecimiento de la constitución, la soberanía se extingue en la normalidad constitucional y puede concluirse que en el Estado constitucional no existe un soberano o que el soberano deja de ser el pueblo para constituirse en el Estado mismo.(...). Si se concibe, en cambio, que el poder constituyente sigue presente de una forma latente tras el establecimiento de la constitución, de manera que volver a manifestarse es una cuestión posible, se está confiriendo una validez permanente a la constitución, mediante la decisión de su mantenimiento. En este caso, el soberano es y sigue siendo el pueblo, inclusive en el Estado constitucional. (2010:p.266).

La postura correcta sería que el poder constituyente no se agotara en el sólo acto de creación constitucional sino que “se encuentra siempre latente mientras opera la constitución y los poderes constituidos derivados de ella, como producto del ejercicio del poder constituyente. El ejercicio del poder constituyente reaparecerá cada vez que su titular, el cuerpo político de la sociedad, lo demande para generar un nuevo orden constitucional” (Nogueira, 2009:p.233) por tanto como señala Bökenförde, “si este poder del pueblo tiene por sí mismo la fuerza de legitimar la constitución jurídica entonces hay que reconocer que tiene también la fuerza de cancelar esta legitimación, ya sea por completo y de forma abrupta, ya sea por partes y sucesivamente”. (2000:p.169)

Como ha quedado claro esta magnitud política que tiene la fuerza para imponer o suprimir una constitución y a su vez legitimar sus actos por solo tratarse de sí mismo, se trata

de un poder que no está vinculado normativamente y por tanto la creación constitucional producto de un poder originario, puede ser víctima de oscilaciones, pero frente “periodos de profundos cambios políticos y sociales o de crisis políticas institucionales en que se desarrolla la función constituyente, actúa la constitución vigente, expresión de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, que opera en base a poderes constituidos de acuerdo a las reglas constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el poder constituyente instituido o poder de reforma, que posibilita adecuaciones de la constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y sus principios fundamentales, poder de reforma que radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular” (Nogueira, 2009:p.238) siempre y cuando partamos de la base que la constitución vigente ha sido producto del poder constituyente en su estado más puro, para que de esa forma los poderes constituidos o instituidos gocen de legitimidad en su actuar.

Pese a lo anterior se debe dejar en claro que no se debe confundir el poder de reforma constitucional que tiene el carácter de poder constituido es, distinto al constituyente, por tanto este no puede modificar el núcleo esencial de una constitución, de forma que cuando hablamos de reforma constitucional no se debe disfrazar este concepto como si se tratase de una labor constituyente originaria.

Nogueira, sostiene que el poder constituyente derivado o instituido sólo puede operar legítimamente dentro del marco definido por la Carta Fundamental, con el objeto de realizar modificaciones que no alteren los principios político-jurídicos supremos establecidos por el poder constituyente.(...) El poder constituyente instituido está, así, sometido a la Constitución y pueden sus actos ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional encargado de velar por la defensa de la Constitución y la idea de derecho válida contenida en la misma. El poder constituyente instituido o constituido con potestad para reformar la Carta Fundamental se encuentra subordinado al poder constituyente originario y por encima de los demás poderes estatales instituidos con facultades normativas, ya que la existencia, funciones y atribuciones de estos últimos pueden ser objeto de revisión constitucional, pero el poder constituyente instituido debe respetar en tales reformas los límites formales y materiales impuestos por la Carta Fundamental” (2009:p.240) carta fundamental que es expresión del poder constituyente originario y que descansa su titularidad en el pueblo.

De modo tal que, debe quedar claro que los poderes instituido o constituidos no remplazan al poder constituyente pero si se ocupan en función de el de mantener cierto orden normativo que el pueblo en determinado momento quiso instaurar.

Bökenförde, dirá que para “lograr el objetico de limitar y canalizar el poder constituyente, pero sin pretender desconectarlo hay diferentes vías y posibilidades” (2000:p.169). Cuestión que pasaremos a estudiar.

Ya entendida la distinción entre poder constituyente y constituido, la primera vía que señala Bökenförde, “trata desde el momento en que los poderes regulados, y en esta medida limitados, por la constitución incluyendo al poder legislativo y de reforma constitucional, son delimitados por el poder constituyente del pueblo y por la soberanía de este incorporado en él, y en la medida que excluye su acceso al núcleo y al conjunto de la constitución, se consiguen 3 cosas; 1) refuerza validez normativa de la constitución al estar los poderes constituidos sometidos a la constitución; 2) se reconoce la existencia de un poder legitimador supremo; 3) restringe la capacidad de esta magnitud política de intervenir en cualquier momento sobre la constitución jurídica legitimada por él(...)”. (2000:pp.169-170)

La segunda vía trata de llevar a la práctica procedimientos democráticos que sirven para una articulación precisa de las decisiones del poder constituyente, así las cosas Bökenförde, identifica 4 procedimientos: “1)A través de una asamblea nacional constituyente que se configura mediante elecciones democráticas y que decide por sí misma; 2) se convoca o elige democráticamente, una asamblea para elaborar un proyecto de constitución y el texto constitucional se somete como propuesta al pueblo, quien decide sobre su adopción o rechazo; 3) votación general del pueblo sobre una propuesta para la reforma fundamental o la nueva elaboración de la constitución jurídica, que parte de algunos de los órganos del estado o de un numero determinados de ciudadanos ; 4) votación general del pueblo sobre un nuevo orden y una regulación de la constitución que se plantea de modo unilateral y que, propuesta por regla general por los ocupantes del poder de gobierno, es al menos dudosa en cuanto a su legalidad(...)” (2000:pp.171-172)

Pese a estos procedimientos que permiten la coexistencia práctica de el poder constituyente originario y los poder instituido, para dar estructura práctica y normativa a esa magnitud política pre jurídica que es el poder constituyente, siempre debe tenerse presente a la luz de quien es el titular y como puede por sí mismo buscar sus forma de manifestarse cuando sea necesario pues “ el carácter democrático del concepto de poder constituyente es la retención de su titularidad por parte del pueblo, es decir, el pueblo no pierde la titularidad del poder constituyente luego del ejercicio de genera una norma fundamental” ( Bassa, 2008:p. 56).

## **2.6 Limitaciones jurídicas del poder constituyente.**

Tomando en consideración la fuerza legitimadora del poder constituyente y su relevancia como magnitud creadora de constitución podría pensarse que “el sentido originario que tiene el concepto de poder constituyente en una constitución democrática y para una teoría de la constitución democrática, entonces no puede señalarse para el ningún límite jurídico previo” (Bökenförde, 2000:p.176) sin embargo concebido de tal forma podría el poder constituyente, a parte de los atributos señalados, ser un poder arbitrario y voluble.

Sin embargo “en el concepto mismo del poder constituyente esta ya incluida y presupuesta una cierta medida de constitucionalidad, y esta representa una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder o frente al dominio puro y duro de la arbitrariedad” (Bökenförde, 2000:p.176), de forma que la propia noción de poder constituyente incluye por sí misma una limitación, de esta manera dejando fuera cualquier carácter de arbitrariedad que pudiera traer consigo el poder constituyente, ya que al concebirlo como arbitrario automáticamente dejaría de ser una fuerza legitimadora del ordenamiento jurídico del estado.

Aterrizando en concreto esta materia, Bökenförde, señala que “los límites que se postulan así para el poder constituyente se entienden bien como obligaciones jurídicas impuestas desde fuera, en virtud de un derecho suprapositivo, bien como limitación interna de esa libertad del poder constituyente en sí mismo omníabarcante. Pero hoy es sobre todo el reconocimiento de los derechos humanos lo que se postula como vinculación jurídica impuesta o como limitación interna” (Bökenförde, 2000:p.177)

Pero no sólo este derecho suprapositivo será quien entregara ciertas ataduras al poder constituyente, sino que también dentro del “ejercicio del poder constituyente existen dos mínimos materiales, la separación de poderes y la protección de derechos fundamentales, ambos representativos del carácter libre e igualitario de las sociedades”. (Bassa, 2008:p.49)

Cabe señalar que a parte de los límites señalados del poder constituyente, existen límites los poderes de reforma constitucional, donde pedagógicamente Nogueira, los clasifica: los autónomos y heterónomos; explícitos e implícitos y absolutos o relativos. En este asunto ahondaré más adelante en otro apartado, cuando toque analizar los procesos de reforma constitucional y su vinculación con el poder constituyente.

Retomando el tema sobre los límites, si bien el mismo poder constituyente se autolimita dada su función para no caer en la arbitrariedad y el capricho, hay que dejar presente que “el carácter ilimitado del poder constituyente dice relación con la ausencia de límites jurídicos formales” (Bassa, 2008:p.50).

De modo tal que, si el poder constituyente sólo se encuentra limitado por principios jurídicos suprapositivos que tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad lo que importara “ es que cuando el pueblo entra en acción como poder constituyente, haya en él una conciencia jurídica viva, excitan ideas operativas sobre el orden y una voluntad ético-política de configuración, o, dicho mas brevemente, que sea portador de un espíritu que pueda articularse en instituciones, reglas y procedimientos y que se configure hecho así. Si no ocurre esto, entonces ningún postulado por muy bien fundado que este, podrá establecer la validez o la vigencia de algo que no está en el pueblo o en la nación como espíritu propio” (Bökenförde, 2000:p.180)

### III. Análisis del itinerario constituyente propuesto por el gobierno.

#### 1. Propuesta del gobierno

La presidenta Michelle Bachelet, en su discurso que anuncia el proceso constituyente que se llevaría a cabo en Chile, si bien señala que “la actual regulación no contempla mecanismos para elaborar una nueva carta fundamental”<sup>1</sup> de igual manera expone cual será el itinerario que el gobierno llevara a cabo para comenzar a desmarcarse de una de las ataduras más reforzadas e impuesta de la dictadura.

La propuesta del gobierno se basa en torno a tres principios, sobre los cuales debe versar el proceso constituyente, estos son: un procedimiento democrático, institucional y participativo. El programa de gobierno de la presidenta detalla sobre que trata cada uno de estos principios:

“Proceso Democrático: la nueva constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vistas, se hagan presente todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: el logro de una nueva constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La presidenta de la república y el congreso nacional deberá concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permita la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

---

<sup>1</sup> Las citas realizadas para describir el programa de gobierno, provienen de los documentos que el gobierno ha puesto a disposición de la ciudadanía, respectivamente en: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/> y <http://www.gob.cl/2015/10/13/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/> (Fecha de consulta 8 de noviembre del 2016)

Proceso Participativo: la ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la nueva constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”.

Cabe destacar desde ya que la noción mas criticada y que será vista en un apartado propio, es lo referente a un proceso institucional, pues hablar de respetar la institucionalidad vigente para elaborar una nueva carta fundamental, significa respetar la usurpación de la titularidad del pueblo sobre el poder constituyente y ocupar cimientos de ilegitimidad para construir una hipotética nueva constitución.

Continuando con el itinerario propuesto por el gobierno, este se puede enunciar de forma simple y pedagógica como “una propuesta que contempla una etapa inicial de participación ciudadana, y otra en la que intervendría el congreso por medio de una reforma constitucional para habilitar a la próxima legislatura para elegir el mecanismo de elaboración de la nueva constitución” (Riffo, 2015: p. 2)

Dicha primera etapa de participación ciudadana se inicia con un proceso de educación cívica/constitucional comprendido entre noviembre de 2015 y marzo del 2016, para que de esta forma el pueblo obtenga las herramientas necesarias para tener una participación activa en la segunda etapa.

Luego de que el gobierno en dicha primera etapa haya proporcionado la información necesaria a la ciudadanía, para poder cumplir con un proceso participativo, esta continua su curso con los denominados diálogos ciudadanos, los cuales “ya no buscaran únicamente capacitar a la ciudadanía, sino que, en cambio, abrir un sistema de consultas de la comunidad” (Contreras, Lovera, Riffo, 2015: p. 70). La forma de este sistema de consultas que ha señalado el gobierno, es a través de cabildos; primero a nivel comunal o local, estos pueden ser convocados por cualquier persona o grupo de personas, constaran con un mediador inscrito elegido por el propio grupo quien deberá realizar un acta de lo discutido; segundo, cabildo a nivel provincial, que es una reunión pública abierta de ciudadanos y ciudadanas previamente inscritos, estos se realizaran en las 54 provincias de Chile, donde se hablarán los temas constitucionales prioritarios surgidos en el nivel anterior, lo cual culminará con un acta; tercero, cabildo regional, donde se explorarán acuerdos de carácter regional.

Luego de estos tres niveles de cabildos esta etapa culmina con una síntesis de nivel nacional que recoja todo lo discutido anteriormente, sin embargo surge la siguiente duda “Cómo se asegurará que estas etapas permitan, como se ha dicho, la realización de un proceso participativo que sea libre, transparente, sin distorsiones ni presiones de ningún tipo? La respuesta del itinerario es crear un ‘Consejo Ciudadano’ que se encargará de vigilar la transparencia y equidad de las instancias educativas y participativas, respectivamente. Ese Consejo, cuyos nombres, prometió la Presidenta, serán de reconocido prestigio para dar fe de la calidad del proceso, será nombrado por el propio Gobierno. El itinerario llama al resultado del trabajo de estas dos primeras etapas de educación y diálogos las ‘Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución” (Contreras et al., 2015: p. 70)

Estas Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución se someterán a cotejo, según el programa de gobierno con *“lo mejor de la tradición constitucional chilena y que este acorde con las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el mundo”*, para luego ser presentada a conocimiento del congreso durante el 2017, culminando esta primera etapa de participación ciudadana.

En la segunda etapa, se manifiesta el carácter de un proceso institucional señalado por la Presidenta. Como en la actual constitución no existe un mecanismo para obtener una nueva carta fundamental el gobierno propone *“modificar la constitución actual para que permita su remplazo”*. Así el actual congreso habilitará al próximo para que decida sobre el mecanismo constituyente a seguir, sin embargo de la mano con este punto surge la discusión respecto uno de los cerrojos constitucionales más tradicional de la doctrina constitucional chilena desde la Dictadura, es decir los quórum exigidos, ya que según la actual regulación puede tratarse de uno de 2/3 o de 3/5, pese a que la presidenta haya señalado que corresponde a los 2/3 de los miembros en ejercicio del congreso- cuestión que analizaré más adelante pues incide directamente en las decisiones del pueblo como titular del poder constituyente-.

Luego de logrado el quórum requerido se habilitará “al próximo parlamento para que decida cuál es el mecanismo (constituyente, debería añadirse) conforme al que se procederá a adoptar la Nueva Constitución. El proyecto contempla cuatro posibilidades: (i) una asamblea constituyente; (ii) un congreso constituyente; (iii) una comisión mixta compuesta por ciudadanos, ciudadanas y parlamentarios; y, finalmente, (iv) un plebiscito para que sea la

ciudadanía la que decida el mecanismo para la Nueva Constitución. Esta decisión debe adoptarse por las 3/5 partes de los miembros en ejercicio del ‘nuevo’ Congreso” (Contreras et al., 2015: p. 71). Desde ya es necesario esbozar que a la luz de lo visto en el primer capítulo conceptual, sobre las fuerzas legitimadoras, aquel mecanismo que pareciere reflejar de mejor manera la titularidad, manifestación y labor del poder constituyente es una Asamblea Constituyente.

Luego, de ya descrito el itinerario constituyente que propuso el gobierno como reacción a la “demanda social y el grado de consciencia política del pueblo chileno sobre la necesidad de fijar su futuro institucional” (Chia, Quezada, 2015: p. 18), surge la pregunta inmediata a si ¿efectivamente este itinerario cumple todo los postulados de la teoría del poder constituyente, para así asegurar, que el pueblo el titular y creador único que puede tener una constitución, lo está haciendo efectivo con los mecanismo propuestos por el gobierno?. Para comprobar esto analizaré cada uno de los ejes centrales del actual proceso constituyente que pretende vivirse en Chile, partiendo por los principios a seguir dados por la Presidenta.

## **2. Proceso participativo Institucional, y Democrático a la luz del poder constituyente.**

### **2.1 Proceso participativo.**

El itinerario constituyente en que se ve envuelto actualmente Chile, la Presidenta ha señalado que debe fundarse en un proceso participativo, el cual se manifestara en la primera instancia de educación cívica y diálogos ciudadanos como función preparatoria.

Antes de estudiar si dichas instancias cumple con el rol necesario de participación se debe aclarar que esta “se orienta precisamente a contribuir al mejor desempeño de la ciudadanía en los momentos de deliberación y decisión que puede tener lugar en un proceso constituyente como, por ejemplo, la elección del mecanismo para elaborar la nueva constitución, o la de representantes que tendrán como función la preparación del nuevo texto

constitucional”(Riffo, 2015: p.6) por tanto es de vital importancia que la educación y participación sea lo más completa posible para reforzar en legitimidad el proceso vivido

Sin embargo la pregunta que debe hacerse es si ¿el periodo que se fijó para educar cívicamente a un pueblo, que en gran parte es analfabeto en esta materia, es el suficiente? O ¿si el funcionamiento de los cabildos cumple con los postulados que debe tener la participación en el marco de la teoría del poder constituyente?

Respecto a la primera pregunta se debe tener en consideración que por una parte “ la constitución de 1980 no es conocida ni respetada por todos los ciudadanos puesto que como pueblo no decidió libremente su soberana voluntad constituyente sobre forma y modo de su existencia política (...) este defecto en la creación de la constitución de 1980 conlleva una desafección ciudadana hacia sus disposiciones que se ha ido acentuando con el transcurso del tiempo” (Chia, Quezada, 2015: p. 20)de modo tal que, hay una parte de ciudadanos que por este motivo se marginan de su labor como constituyente originario, a lo que se suma que “bajo las condiciones actuales, la escasa participación de la ciudadanía en ámbitos políticos es un déficit que puede atribuirse precisamente a régimen social que es consecuencia de la constitución de 1980 y pareciera que en buena medida estamos entrampados; que las trampas de la constitución no están sólo en su estructura de poderes, sino en las condiciones sociales que ha creado. En este contexto, los plazos propuestos por el gobierno (menos de un año para educación cívica, diálogos ciudadanos, y sistematización de los resultados), parecen demasiado breves como para contrarrestar la despolitización social de las últimas décadas” (Riffo, 2015: p. 7) debiendo haber abocado más tiempo, esfuerzo y recursos en reeducar al pueblo, para que de esta forma tome su rol de titular del poder constituyente de la manera más completa y sería posible.

En lo relativo a la segunda interrogante expuesta, los cabildos tanto local o comunal, provincial y regional si bien son mecanismos que contribuyen a una mejor deliberación y decisión colectiva, los acuerdos y desacuerdos de que se vallan dejando constancia en las actas irán filtrándose a medida que pase de nivel, es decir de local a provincial y de provincial a regional, a lo que se suma que habrá una “mediación de alguien que se encargará de la redacción, es decir la participación es mediatizada una vez que es procesada en un documento”

(Contreras et al., 2015: p. 74) por tanto a medida que va avanzando el proceso de participación siendo este tutelado por el consejo observador que ha designado la Presidenta de forma unilateral sin recurrir al titular legítimo del poder y proceso constituyente, el pueblo va encontrando cada vez más limitación y filtros al ejercicio de su titularidad, pues debiese haber sido este, quien designará el consejo ciudadano de observador y tener una injerencia más directa en el bosquejo que se entregara a la Presidenta Bachelet , para su presentación al congreso siendo esta la base sobre la que se trabaje.

Cabe destacar que “sería incorrecto limitar la participación a un mecanismo con un rol puramente epistémico, esto es, uno que permita meramente transmitir información (de la ciudadanía a las autoridades, o viceversa). La participación no se agota en procesos de mera consulta, sino que supone que los participantes tengan *influencia en la toma de decisiones, control*, o como suele decirse “*empoderamiento*”. Tampoco, por lo mismo, puede ser la participación meramente ocasional y meramente agregativa de preferencias, sino que debe contribuir a reconocer y configurar identidades, creencias, convicciones, lealtades, preferencias, etcétera. Sólo dadas las condiciones de participación anteriores podría considerarse plenamente participativo y democrático un proceso de elaboración de una nueva constitución” (Riffo, 2015: pp.6- 7). Para que de esta forma se recuerde a cualquier autoridad o grupo que pretenda adjudicarse un poco de la titularidad del poder constituyente a quien le pertenece y es la fuerza con más magnitud en un proceso constituyente, esto es el pueblo.

## **2.2 Proceso institucional.**

De forma unánime este es el punto de mayor discusión y controversia para la doctrina constitucional chilena. Si recordamos, el gobierno señaló que quiere decir proceso institucional, entendiendo este como:

“el logro de una nueva constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidenta de la República y el congreso nacional deberá concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permita la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios”.

Al revisar lo que pretende el itinerario constituyente siguiendo una vía institucional o como señala el programa de gobierno “*concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio*”, pareciera ser que al concordar criterios se está refiriendo a respetar la dudosa institucionalidad constitucional actual, es por eso que “ para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre reforma constitucional dispone el texto vigente de la carta magna”(Zúñiga, 2015: p.37), de forma tal, queda de manifiesto, que se está respetando una institucionalidad constitucional ilegítima, parchada con reformas desde 1989 subordinándose a esta, el verdadero ejercicio del poder constituyente por parte de su titular, el pueblo.

Como la creación constitucional sólo proviene de un titular, el pueblo, “dado que el poder constituyente reside en el pueblo, no puede sino ser el pueblo quien toma la decisión política fundamental sobre la forma y el modo de su existencia política (...) y si no se cumplen los presupuestos antes indicados, las constituciones se entienden otorgadas o impuestas. Como lo acontecido con la constitución de 1980” (Chia, Quezada, 2015: p.20) y respetar el cauce de una constitución otorgada, en que el poder constituyente no se puede concebir como tal pues fue una junta militar quien lo proclamó para sí, no parece ser un proceso constituyente que goza de todos sus elementos, sino más bien un proceso fundado en un poder originario algo deformado por la realidad constitucional chilena, o como señala Atria, “una nueva constitución no puede ser dada mediante el ejercicio regular de potestades constituidas, porque es en la constitución de esas potestades que se aloja la neutralización constitucional que constituye nuestro problema constitucional”( 2015a: p.50)

De modo tal que, el “itinerario que acá repasamos, no obstante pretende que el proceso constituyente arranque desde (y no de) las regulaciones vigentes, no es idóneo en tanto momento constituyente. Porque al sujetar el proceso constituyente a las reglas vigentes bajo la excusa de conferir cauce legal al itinerario hace imposible su superación. Para que la relación relevante/irrelevante de la institucionalidad pueda verificarse en un proceso constituyente, como hemos dicho, se necesita hacer posible, no obstante una relación, una inevitable ruptura con las regulaciones vigentes.” (Contreras et al., 2015: p. 77) para así desatarse de la ilegitimidad que precede al proceso que se pretende llevar a cabo y que culmine finalmente con una constitución que sea expresión de la soberanía popular.

Dejado en claro ya que es incompatible doctrinalmente una vía institucional, de igual manera analizaré el cauce que decidió llevar la propuesta de la Presidenta Bachelet, pero esta se encuentra con otra piedra de tope, la ausencia de regulación, pues la constitución actual no contempla procedimientos de sustitución o remplazo de la constitución “De esta forma, la necesidad de que, dé como resultado una nueva Constitución, el proceso constituyente que no quede sometido a las reglas vigentes no es un rechazo de la exigencia de que sea “institucional” sino, por el contrario, una constatación de que precisamente *para que sea institucional* el derecho vigente es insuficiente.” (Contreras, et al.,2015: p. 77), es decir, la constitución actual a demás de estar viciada en sus cimientos, por haber arrebatado el ejercicio del poder constituyente al pueblo, se encargo de encerrar cualquier posibilidad de manifestación del poder constituyente del pueblo, pues en ninguna parte de la constitución se establece un mecanismo de remplazo constitucional o dicho de otra forma, no da paso al poder constituyente, pues solo permite reformas realizadas por el parlamento según el capítulo XV de la carta fundamental.

Desde ya se debe dejar en claro la gran distinción que existe entre el remplazo y la reforma de una constitución, para no caer en la trampa de que una reforma total a la constitución equivaldría a una nueva carta fundamental, ya que en el caso que se reforme cada uno de los artículos de esta, haciendo uso de su capítulo XV para así obtener una nueva constitución, esta sería de igual forma ilegítima, pues el parlamento sería el usurpador de la titularidad que corresponde al pueblo, disfrazando el capítulo XV de reforma constitucional como un mecanismo legitimador del cambio constitucional, lo cual es completamente erróneo pues “Al hacerlo estaría actuando fuera de su competencia, pues es patente que las expresiones “reforma” y “reemplazo” expresan significados distintos, de manera que la primera implica la modificación de algo conservando su identidad, mientras que la segunda implica una sustitución, poner algo nuevo en lugar del objeto original” (Contreras, et al.,2015: p. 79), y conservar la identidad de una constitución tan falseada como la de 1980 para establecer una nueva, que supuestamente refleje todos los valores de la soberanía popular, no parece tener lógica alguna, mas aun siendo que quien ha ejercido la titularidad es un parlamento- actualmente en crisis- y no el pueblo.

El sentido político de esta distinción es primordial ya que “Parece claro que la legítima autoridad del Legislador no se extiende hasta ese punto; el ejercicio de las facultades que la constitución le otorga no puede eliminar las reglas que confieren esas facultades sin que, por medio de ese actuar, las autoridades se erijan *ellas mismas* en soberanas. En otras palabras, no pueden exceder su mandato en tanto representantes del pueblo, el que no incluye la facultad de reemplazar la constitución, pues las reglas bajo las cuales han sido designadas las autoridades no incluyen esa posibilidad” (Riffo, 2015: p.11). Sumado al replazo en la titularidad del poder originario, se encuentra que esta ficción de poder reformador con disfraz de replazó que estaría ejerciendo el parlamento si bien puede “modificar muchas cosas, pero no podrá eliminar las trampas que afecten la distribución de poder (...) pues la constitución no es todo el conjunto de reglas que están en el texto constitucional, la constitución es la decisión fundamental” (Atria, 2015b: p. 50)

Aclarada ya la distinción y continuando con la propuesta del gobierno, esta como pretende velar por la institucionalidad actual, propone reformar para replazar, con esto me refiero a modificar lo suficiente el capítulo XV para poder replazar la totalidad de la constitución para ello “el Congreso actual propondría las alternativas de mecanismo de reemplazo, dejando la elección entre ellos a la legislatura siguiente”. (Riffo, 2015: pp. 11-12)

En lo relativo al quórum con que se reformara el capítulo XV, para abrir paso a un replazo de la constitución actual, me referiré brevemente, pues si bien la presidenta a señalado que corresponde a 2/3, gran sector de la doctrina piensa que trataría de uno de 3/5 en realidad. La controversia surge en “que el artículo 127 de la Constitución dispone para la aprobación de reforma a su texto debe obtener en “cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes” de los diputados y senadores en ejercicio, y si “la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes” de los mismos.

La interpretación natural de la disposición citada es que la regla general para reformar la Constitución es la de los 3/5. La regla de quórum de 2/3 rige para los casos excepcionales expresamente mencionados. Se sigue de esto, que para la incorporación de un nuevo capítulo rige el quórum general de modificación de la Constitución: 3/5 de los diputados y senadores en

ejercicio” (Contreras, et al.,2015: p. 82) correspondiendo por tanto, un quórum de 3/5 y no o de 2/3 pues el camino para incorporar una salida al remplazo constitucional, pareciera ser agregar un capítulo que contemple el mecanismo de cambio constitucional, como puede ser una asamblea constituyente y no reformar el capítulo XV.

Pese a la gran discusión doctrinal que se ha surgido con motivo de la controversia en los quórum que deben satisfacerse, me parece que lo relevante tiene que ver con la función de estos, como cerrojos de la constitución actual, pues “los quórum se justifican apelando a la retorica del gran acuerdo, de la unidad de la comunidad, pero en los hechos funcionan como vetos de la minoría”. (Atria 2015b: p. 47) que impiden la creación de nuevas reglas, manteniendo las vigente, que son las que le convienen a la elite del país.

Luego de haber estudiado lo irreconciliable que resulta conceptualmente realizar un proceso constituyente a la luz de la institucionalidad actual y las dificultades que pese a lo anterior traería su aplicación, obviando estos puntos, se debe aclarar que si bien la solución existe, y esta es reformar un capítulo de la constitución o agregar un capítulo a esta, cumpliendo el quórum requerido para permitir su remplazo, es la solución jurídica y no la política.

Establecida la solución jurídica a la insuficiencia del derecho vigente para remplazar la constitución, según el itinerario del gobierno, será el congreso quien deberá decidir entre 4 posibilidades de mecanismo para adoptar la nueva constitución: i) una asamblea constituyente; ii) congreso constituyente; iii) una comisión mixta compuesta por ciudadanos ciudadanas y parlamentarios; iv) un plebiscito en que la ciudadanía decida el mecanismo para una nueva constitución.

A continuación resaltaré la importancia de los mecanismos a adoptar para la creación de una nueva constitución. Luego analizaré y compararé cada uno de estos mecanismos para postular por que una asamblea constituyente devuelve la titularidad al pueblo y refuerza los valores del poder constituyente enunciados en el capítulo primero de este trabajo.

### **3. Importancia del mecanismo**

La importancia del mecanismo a seguir para obtener una nueva constitución, está dada por el binomio forma- fondo, forma en el sentido del mecanismo idóneo y pertinente para adoptar una nueva constitución y fondo se refiere al producto que debe obtenerse del proceso constituyente, es decir una nueva carta fundamental nacida en democracia.

Mecanismo o proceso y producto se vinculan estrechamente pues como señala Atria, “tratándose del cambio constitucional el tipo de producto buscado se anticipa en el proceso, de modo que hablar acerca del proceso es una manera de hablar del producto, y podemos entender mejor cual es el proceso adecuado cuando tenemos claridad respecto de su producto. Y el producto buscado es una nueva constitución y no una reforma constitucional” (2015a: p.45)

Por tanto como la forma afecta en gran medida al fondo “la invitación es a discutir mecanismos que sean idóneos y pertinentes. Es decir, no podemos restringir la discusión a los mecanismos pertinentes sin preguntarnos si son también idóneos” (Atria, 2015b: p. 42), por tanto, solo existiendo un mecanismo o forma que satisfaga estas características de pertinente e idóneo obtendremos un producto totalmente legítimo, es decir una constitución que emane del pueblo.

Sin embargo, en principio, es complejo encontrar un mecanismo que cumpla a la perfección estos presupuestos, pero si podemos encontrar uno que asegure de mejor manera un proceso deliberativo y participativo produciendo que la forma legitime al fondo, pues “sólo recurriendo a un procedimiento como la asamblea constituyente es posible dotarnos de una nueva constitución” (Contreras, et al., 2015: p. 73), por tanto la mejor forma de armonizar la forma y el fondo sería con una asamblea constituyente pues expresa de mejor forma los valores del poder constituyente.

#### **3.1 ¿Cuál es el mecanismo idóneo y pertinente?**

Como hemos señalado anteriormente el itinerario del gobierno dispone que una vez logrado el quórum requerido en el actual parlamento, sea este de 2/3 (modificando el capítulo

XV de la constitución) o 3/5 ( agregando un nuevo capítulo), esto habilitara al próximo congreso para decidir sobre el mecanismo para adoptar una nueva constitución, pero sin partir de cero, por tanto “Cualquiera que sea el mecanismo que el próximo Congreso elija, su función se va a limitar sustantivamente a discutir el contenido (el fondo) del proyecto de Nueva Constitución elaborado por el Gobierno. Es decir, sea que se opte por el Congreso, por una comisión mixta o por una asamblea constituyente, en todos los casos el mecanismo (la forma) se transforma en irrelevante a la luz del mandato que le será impuesto: discutir el proyecto de Nueva Constitución que elabora el Gobierno. (Contreras, et al., 2015: p. 75)

Lo que pretende el programa de gobierno parece totalmente contrario a la noción de poder constituyente pues como señala Coddou, y Contreras, “un proceso constituyente solo puede iniciarse formalmente con una convocatoria a plebiscito en que se consulte a la ciudadanía si acaso tiene la voluntad de crear una nueva constitución a través de una AC” (2014: p. 137) u otro mecanismo como un congreso constituyente.

Lo anterior sería la mejor forma de respetar el poder constituyente del pueblo pues un plebiscito para decidir el mecanismo en concreto para optar a una nueva constitución, traería consigo “una intensificación de la discusión constitucional que, al ir aclarando el problema y despejando fantasmas, vaya abriendo posibilidades” ( Atria, 2015b: p. 61), de forma tal que, “se trata de pensar en el plebiscito habilitante como una forma de conversación, mas no de sujeción, entre el proceso constituyente por medio del que buscamos dotarnos de una nueva constitución y la antigua que dejamos atrás” (Contreras, Lovera: p. 246), pareciera que al convocar a un plebiscito para que el pueblo decida el mecanismo idóneo para expresar su voluntad constituyente es “ abrir la discusión a la ciudadanía y convocar al poder constituyente originario para definir el procedimiento de creación de la nueva constitución” (Contreras, Lovera: p. 239)

Sin embargo la propuesta del gobierno aboga por el camino institucional, por tanto será al Congreso quien corresponda la decisión de cómo adoptar una nueva constitución, cuestión que es contraria incluso a la dudosa constitución actual ya que “el artículo 5° de la constitución de 1980 señala que la soberanía recae ‘esencialmente’ en la ‘Nación’, que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, a lo que agrega que la soberanía se ejerce “*también*” por las autoridades que la misma constitución establezca. De esta forma, el

ejercicio *primario* de la soberanía corresponde al pueblo, y en tal ejercicio de la soberanía le corresponde decidir acerca del reemplazo de la constitución, sin que eso, desde luego, impida que las autoridades del Estado ejerzan *también* la soberanía, pero solo luego de que el pueblo, en plebiscito o elecciones, otorgue ese mandato. (Riffo, 2015: p. 12)

En lo relativo a los mecanismos en concreto encontramos algunos “altamente participativos (asamblea constituyente), y otros que persiguen establecer procedimientos que utilicen canales representativos existentes (congreso). Los primeros mecanismos persiguen un fin de legitimidad popular, mientras que los segundos buscan generar condiciones para una adecuada deliberación”. (García, Verdugo: p. 128)

Aclarado lo anterior me referiré a cual es el mecanismo que mejor expresa los valores del poder constituyente y que devuelve la titularidad al pueblo chileno luego de habersele privado de esta, a lo largo de toda la historia constitucional chilena. Este mecanismo corresponde a una asamblea constituyente, por cuanto “si una constitución es una decisión del pueblo sobre su identidad y forma política, entonces la forma de decisión que corresponde de modo más pleno a lo que una constitución verdaderamente es este, el modo más democrático, participativo, igualitario”. (Atria, 2015a: p. 54) y que encierra gran parte de legitimidad popular y deliberación ciudadana, que no se debe confundir con la deliberación que puede darse en el congreso, que podría llevar a una situación parecida al procedimiento de reforma del 2005.

### **3.2 Asamblea constituyente**

Si bien he mencionado a lo largo de todo este trabajo, que uno de los puntos más ácidos del proceso constituyente que se pretende vivir, es el respetar la ilegítima institucionalidad de una constitución viciada en su origen y con constantes mentiras denominadas reformas, sin embargo este no es el único punto pues “la más grave e irremediable de todas las ilegitimidades que la aquejan es el hecho de que establece un conjunto de reglas (enclaves autoritario cerrojos antidemocráticos, trampas) que impiden la expresión democrática del pueblo a través de los mecanismos institucionales de la política deliberativa” (Bassa, Salgado 2015: p.252); estas trampas consisten en quórum supramayoritarios, control preventivo del Tribunal Constitucional, sistema binominal, etc.

Peso a ello, el actual momento contempla dos características distintas a la tradicional genética constitucional chilena “por un lado la ausencia de un quiebre violento y/o de asonadas golpistas que propongan termino al ordenamiento constitucional vigente y por el otro, y quizá más importante, este proceso es percibido por amplios sectores de la sociedad, lo que no sólo podría permitir un diseño reflexivo de las instituciones fundamentales del país, sino también incluir en esa deliberación aquellos sectores que han estado sistemáticamente al margen”(Bassa, 2015: pp.70-71).

Es precisamente entre estas características que surge la idea de llevar a cabo un proceso constituyente que si refleje la voluntad soberana del pueblo y que respete su titularidad sobre el poder originario y que además entregue “una salida a la crisis de legitimidad que aqueja la constitución chilena vigente” (Bassa, Salgado, 2015: p.251) y a mi entender, un mecanismo que permita lo anterior, encarnando de manera más completa posible la participación y deliberación ciudadana, produciendo un “hito suficientemente potente desde el punto de vista simbólico, que sea capaz de zanjar la crisis de legitimidad de lo constitucional”(Bassa, 2015: p.75) , es “ a través de un cuerpo colegiado que representando a todos, delibere primero y decida después cuales serán las reglas fundamentales de nuestra comunidad política” (Bassa, Salgado, 2015: p.256) , a este mecanismo se le denomina Asamblea Constituyente .

La idea de una Asamblea Constituyente surge en el contexto en que las histórica demanda de grupos acostumbrados a estar al margen o más bien minoritarios, traspasaron fronteras académicas y de elites políticas, para ubicarse en el paladar de la contingencia nacional, siendo tema recurrente de los medios de comunicación desde 2013, a partir de las elecciones parlamentarias y presidenciales de ese año. Pero el gran punto de despegue de este mecanismo se ubica en la campaña MarcaTuVoto.

Coddou, y contreras explican el objetivo de esta campaña, hablándonos de que motivo a esta refiriéndose a que “su motivación más profunda era la resignificación política del sufragio. En efecto la utilización de reglas electorales para expresar el deseo de tomar parte en el proceso de creación de un nuevo acuerdo fundamental, fue vista como una oportunidad de reencantar a la gente con las vicisitudes del proceso político”, (2014: p. 125) de forma tal, que

esta campaña refleja un fuerte simbolismo, para darle a entender a la gente que puede ser parte activa al discutir las bases de un nuevo arreglo constitucional, pero este es un simbolismo que impacta en la realidad de forma mediata, si se le toma con la seriedad debida, ya que “ el llamado a marcar el voto con el fin de expresar el deseo de convocar a una Asamblea Constituyente pretendió utilizar una vía institucional, bajo las reglas legales vigentes, para enviar un mensaje a las autoridades públicas expresando el deseo de un gran número de ciudadanos: ejercer el autogobierno colectivo, por primera vez en la historia de Chile” (Coddou, Contreras, 2014: p. 133) es decir trata de recuperar el sentido del voto como manifestación soberana del pueblo.

He destacado la campaña marca tu voto por que esta cumplió una labor fundamental para el desarrollo de un mecanismo constituyente, transformándose en el hito preliminar de lo que pudiese ser la creación constitucional a partir de una Asamblea constituyente, presentándole a un pueblo sesgado por la educación proveniente de la dictadura y atado por los cerrojos de la actual constitución, una forma que le devuelve su titularidad usurpada hace tantos años “a través de la maximización de los grados de participación y pluralismo” (Coddou, Contreras 2014: p. 127)

Explicado ya, el momento y los precursores de la idea de una Asamblea Constituyente, aterrizar en concreto, explicando los valores que proyecta y como pretende ser su funcionamiento, para de esta forma entender el porqué una AC es el mecanismo idóneo en el proceso de creación constitucional, encontrándose en mayor cercanía con los principios del poder constituyente que otros mecanismos.

En relación a sus valores, si recordamos los postulados revisados en la primera parte de este trabajo podemos sintetizar de inmediato que “en el paradigma jurídico de la modernidad, la legitimidad del derecho el poder ya no descansa (como una vez sí lo hizo) ni en la tradición, ni en la divinidad, sino en el pueblo” (Bassa, Salgado 2015: p. 256), traduciendo dicha premisa, la legitimidad proviene del pueblo quien es titular del poder originario y como tal a este corresponde tomar la decisión de como estructura el orden jurídico, político de la sociedad, dicho en términos sencillos al pueblo le corresponde decidir y ser el actor principal

en la creación de una nueva constitución. Todos estos caracteres son a grandes rasgos, lo que implica una nueva constitución elaborada a través de una asamblea constituyente.

Para entender el funcionamiento, con un fin dogmático, se puede conceptualizar una Asamblea Constituyente “como un grupo de representantes elegidos democrática y directamente por los ciudadanos cuya única tarea es la confección de un nuevo texto constitucional a ser ratificado por el pueblo a través de un plebiscito. Entre sus características, se suelen incluir la necesidad de autodisolución una vez terminada la función para la cual fueron elegidas”. (Coddou, Contreras 2014: p.126). Dentro de las características de este mecanismo encontramos: “ a) tiene un mandato constituyente especial, es elegida con la única finalidad de decidir sobre una nueva constitución y cumplido ese encargo se termina; b) sería elegida por una sola vez, por lo que ella estaría menos afectada por la incumbencia que el congreso nacional; c) una Asamblea Constituyente sería unicameral y no bicameral; c) Podría tener reglas de integración distintas del congreso, permitiendo asegurar representación a grupos tradicionalmente marginados” (Atria 2015b: pp. 66-67).

Ya mencionado las características y en qué consiste una asamblea constituyente, pareciera ser claro que este mecanismo permite mayor acceso al pueblo en la sustanciación de una constitución y elimina los factores sobre los cuales se pudiese sacar provecho político o acaparar el proceso constituyente, a modo de ejemplo, el hecho que la asamblea sólo se constituya para confeccionar la carta fundamental y luego se disuelva, para de esta forma concentrar todas las funciones en un mismo fin, tomándose en serio la producción de un nuevo texto constitucional, cuestión que no ocurre en el congreso pues este debería estar velando a la vez por otros temas “ ejerciendo simultáneamente funciones constituyente, legislativa, presupuestaria, cuasijudiciales, de control y político administrativas”. (Zuñiga, 2015: p. 202)

Otro punto alto de la Asamblea Constituyente en comparación a otro mecanismo que se ha propuesto, es la experiencia que trae la reforma constitucional del 2005 dejando abierta la posibilidad como señala Atria, “que el congreso constituyente sea solo retórica, que no sea sino decir que la nueva constitución será acordada por el próximo congreso mediante una ley de reforma constitucional. Otra forma por cierto de participación ciudadana no realmente incidente, otro intento de legitimar sin cambiar lo que importa”. (2015b: p.63) No obstante a

los medios recién mencionados que entrega la asamblea constituyente por sobre otros, para obtener un proceso constituyente fidedigno con sus postulados clásicos, me parece necesario de igual forma resaltar la función emblemática que esta simbolizaría para el pueblo chileno puesto que “ la solución a la crisis de legitimidad no pasa por una constitución técnicamente correcta. El cambio realmente significativo está en la participación de la ciudadanía, la que no será suficientemente garantizada si el diseño de participación de la ciudadanía, la que no será suficientemente garantizada si el diseño de participación depende de aquellos sectores que verán disminuida, en términos relativos, la suya propia.” (Bassa, 2015: p.78) a demás recordando un aforismo fundamental para el mundo del derecho, la estabilidad y vigencia de este depende si la comunidad lo reconoce como propio o no, y en esta situación si quien diseño las reglas de participación es quien mismo a sostenido y silenciado los cerrojos impuesto por la constitución de 1980, resultará obvio que la participación ciudadana sea nuevamente anulada, asunto que puede verse eliminado con la formación de una asamblea constituyente.

#### **IV. Conclusión**

Para responder la pregunta de si ¿el proceso constituyente que se lleva en Chile refleja los postulados de la teoría clásica de la soberanía popular y poder constituyente? Y si ¿una asamblea constituyente es el mejor mecanismo a adoptar para obtener al fin una constitución legítima? Se deben considerar las siguientes ideas claves:

En un comienzo la soberanía popular surge para legitimar el poder que detentaba el monarca soberano, pero con el transcurso del tiempo la titularidad de esa fuerza legitimadora va cambiando de portador, hasta ser el pueblo quien goce de su titularidad, quedando este como fuerza originaria para construir un nuevo orden estatal y de determinar la forma en que va a ser ejercido el poder del Estado, es así como el principio de soberanía del pueblo implica necesariamente el poder constituyente del pueblo.

Este poder constituyente que pertenece al pueblo, debemos entenderlos no como un concepto más de derecho, sino como una magnitud que los precede a todo y legitima las

decisiones que este pueda adoptar, siempre respetando algunos límites como los derechos fundamentales.

Por tanto será el pueblo quien dentro de un proceso histórico político determinado- para el caso analizado, la promesa de una nueva constitución chilena legítima y democrática- a través de la constitución fija una norma fundamental que regule su marco normativo y su actividad como comunidad estatal, de forma exclusiva. De modo tal que la noción de poder constituyente no puede existir si no se toma en consideración su íntima relación con su titular, el pueblo, por tanto si al hablar de poder constituyente y pretender ejercerlo, si no es el pueblo quien lo hace, no estaremos en presencia de este sino de una deformación y falsificación del concepto por quien desea justificar su autoridad, como lo fue el caso de la junta de gobierno que terminó produciendo la Constitución de 1980.

En lo referente a si estos valores se enmarcan en la propuesta del Gobierno, debemos considerar que esta fuerza originaria no puede ser regulada en la misma constitución, ni en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello es el mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse, así las cosas, el poco tiempo de educación cívica, los cabildos que **en vez** de incentivar la participación parecen más bien filtros a la titularidad y un consejo observador designado unilateralmente por la Presidenta no parecen apuntar al verdadero poder constituyente.

A lo anterior se le debe sumar que para crear una nueva constitución el gobierno pretende respetar la institucionalidad y cerrojos de la vieja constitución, lo cual resulta bastante distante a los postulados clásicos.

Frente a todas estas situaciones adversas que presenta el itinerario del gobierno en relación al aforismo “sólo el pueblo, titular único del poder constituyente quien puede crear una nueva constitución” es que a mi entender la mejor forma de limpiar dicho proceso constituyente es con la adopción de una AC, por lo que proyecta en su función simbólica y porque involucra los mayores grados de participación ciudadana, a demás deja atrás las constantes desilusiones

que tiene la ciudadanía de la política actual, pues le entrega un rol protagónico a esta y no a las elites de siempre.

## V. Bibliografía

- Atria Fernando (2015a): “El Problema Constitucional y su solución: ¿Qué es Intitucional?” en *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Chia, E. y Quezada, F. (eds.), Santiago, Instituto Igualdad, pp. 45-54.
- Atria Fernando (2015b): “Sobre el Problema Constitucional y el mecanismo Idóneo y Pertinente” en *La solución constitucional*, Fuentes, C. y Joignant, A., Santiago, Ed. Catalonia, 2015 (eds.), pp. 41-70.
- Bassa, Jaime (2008): “Notas para una teoría del poder constituyente”, en revista de derechos fundamentales, N° 1 enero del 2008, disponible en: [http://app.vlex.com/#WW/search\\*/poder+constituyente/WW/vid/336714590](http://app.vlex.com/#WW/search*/poder+constituyente/WW/vid/336714590)  
fecha de última consulta: 29 de Septiembre del 2016.
- Bassa Jaime, Salgado Constanza (2015): “Base Constitucionales para el Proceso Constituyente II: Principios y Mecanismos para una Asamblea Constituyente ” en *La solución constitucional*, Fuentes, C. y Joignant, A., Santiago, Ed. Catalonia, 2015 (eds.), pp.251-266.
- Bökenförde, Ernest-Wolfgang (2000): “El poder constituyente del pueblo. Un concepto limite del Derecho Constitucional”. En: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Traducción de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, editorial Trotta.

- Chia, E. y Quezada, F. (eds.): “*Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*”, Santiago, Instituto Igualdad, Universidad de Chile, Friedrich Ebert Stiftung, 2015.
- Coddou Alberto, Contreras Pablo (2014): “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: La experiencia Marca Tu Voto” en Anuario de Derecho Público 2014, Universidad Diego Portales. Disponible en [https://www.academia.edu/7937515/Nueva\\_Constituci%C3%B3n\\_y\\_Asamblea\\_Constituyente\\_La\\_Experiencia\\_de\\_Marca\\_Tu\\_Voto](https://www.academia.edu/7937515/Nueva_Constituci%C3%B3n_y_Asamblea_Constituyente_La_Experiencia_de_Marca_Tu_Voto). Fecha de ultima Consulta: 10 de noviembre de 2016.
- Contreras Pablo, Lovera Domingo (2015): “Base Constitucionales para el Proceso Constituyente I: Plebiscito ahora” en *La solución constitucional*, Fuentes, C. y Joignant, A., Santiago, Ed. Catalonia, 2015 (eds.), pp. 237-250.
- Contreras Pablo, Lovera Domingo, Riffo Ernesto (2015): “Proceso Constituyente” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23, Año 2015, pp. 69-91.
- De Vega García, Pedro (2004): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, –5ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 27-28.
- García José, Verdugo Sergio (2015): “Un camino a la Constitución de 2020: Un proceso constituyente que una y no divida a los Chilenos” en *La solución constitucional*, Fuentes, C. y Joignant, A., Santiago, Ed. Catalonia, 2015 (eds.), pp.127-146.
- Martínez Dalmau, Rubén (2012): “La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos”. En: APARICIO WILHELMI, Marco; DE CABO DE LA VEGA, Antonio; CRIADO DE DIEGO, Marco; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; NOGUERA FERNÁNDEZ, Alberto y VICIANO

PASTOR, Roberto (coord.), *Por una asamblea constituyente, una solución democrática a la crisis*, Madrid, Editorial Sequitur

- Marshall Barberán Pablo (2010): “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV*, Valparaíso, Chile, pp. 245-286
- Nogueira Humberto (2009): “*Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y en la práctica*” en *revista Ius et Praxis* N°15-1, pp. 229-262
- Riffo Elgueta Ernesto (2015): “Participación, plebiscito, y remplazo constitucional: Consideraciones políticas y jurídicas”. Disponible en [https://www.academia.edu/8630456/Participaci%C3%B3n\\_plebiscito\\_y\\_reemplazo\\_constitucional\\_Consideraciones\\_pol%C3%ADticas\\_y\\_jur%C3%ADdicas](https://www.academia.edu/8630456/Participaci%C3%B3n_plebiscito_y_reemplazo_constitucional_Consideraciones_pol%C3%ADticas_y_jur%C3%ADdicas). Fecha de última consulta. 9 de noviembre de 2016.
- Varela Suanez Joaquin (1992): Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la constitución Española, en *Revista española de derecho constitucional*, año 12 , Num. 36, pp. 71-104.
- Zuñiga Francisco (2015): “Potestad Constituyente. Las Reformas Constitucionales” en *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Chia, E. y Quezada, F. (eds.), Santiago, Instituto Igualdad, pp. 34-43.