



UNIVERSIDAD  
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL  
CONSTITUCIONALISMO, A LA LUZ DE LAS EXPERIENCIAS  
DE ASAMBLEAS CONSTITUYENTES EN ECUADOR Y  
BOLIVIA:

Lecciones para Chile 2021/2022

Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

FRANCISCO JAVIER ORREGO GUTIÉRREZ

Profesor Guía: Víctor Manuel Avilés H.

Santiago, Chile 2021

*A mis padres Ingrid y Alvaro,  
por su amor, paciencia y  
soporte incondicional.*

*A Isidora, mi hija, el motor  
de mi vida.*

## Tabla de contenidos

Resumen.....	5
Introducción.....	6
Primera parte: Nociones indispensables sobre teoría constitucional.....	11
Constitución. Una delimitación conceptual.....	11
(i) Una necesaria clasificación, de cara al proceso constituyente chileno.....	15
Origen histórico del constitucionalismo.....	17
Elementos de una Constitución para el Estado constitucional, liberal o burgués de derecho.....	23
(i) Estado de Derecho.....	23
(ii) Sistema Político.....	25
(iii) Elemento político y formas de gobierno.....	26
(iv) Separación de poderes.....	31
(v) Control al poder político.....	33
(vi) Derechos Fundamentales.....	35
(vii) Mecanismo de cambio.....	39
(viii) Mecanismo de garantía jurisdiccional para velar por la supremacía constitucional.....	40
Poder constituyente. De la concepción monárquica, teológica, judeocristiana y monoteísta, a la soberanía popular democrática.....	42
Constituyente originario, al alero de la Soberanía Popular.....	47
Constituyente derivado. Del poder constituido.....	52
Mecanismo de reforma constitucional, distinguiendo originario de instituido. Primeramente Chile, la Constitución de 1980, los necesarios quórums reforzados y la experiencia comparada.....	55
Segunda parte: De asambleas, convenciones y comisiones a la luz del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y la tradición constitucional chilena.....	60
Una aproximación al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Los casos de Ecuador, Venezuela y Bolivia.....	60
Constitucionalismo chileno y tradición Republicana.....	67
(i) Ensayos constitucionales – República independiente.....	68
(ii) y (iii) Constituyente originario de 1833 – República autoritaria, seguida de la liberal.....	72
(iv) Constituyente originario de 1925 y vigencia en 1932 – República democrática.....	73

(v) Constituyente originario de 1980 – República neoliberal vigente desde 1989.....	76
La experiencia ecuatoriana. Constituciones de 1998 y 2008.....	80
(i) Antecedentes históricos y Constitución de 1998. Constituyente originario.....	80
(ii) La Constitución de 2008. Constituyente originario al alero de los “ <i>plenos poderes</i> ”.....	86
(iii) Aspectos relevantes de la Constitución de 2008 y su proyección normativa hacia el proceso chileno.....	92
 Bolivia: Proceso constituyente 2006-2007 y la Constitución de 2009.....	 99
(i) Aspectos relevantes de la Constitución de 2009 y su proyección normativa hacia el proceso chileno.....	104
 Conclusiones.....	 110
Referencias bibliográficas.....	128

## Resumen

La Constitución Política de la República de Chile ha sido objeto, con especial énfasis estos últimos años, de una serie de críticas respecto a su legitimidad de origen, tras ser promulgada durante el régimen militar (1973-1990) y aprobada en un plebiscito que no contó con padrones electorales. Dichas críticas se han intensificado estos últimos años, sumando no sólo una detracción hacia su vicio originario, sino una aversión sobre su legitimidad de ejercicio, donde se cuestiona su contenido y capacidad de adaptarse a nuevas demandas sociales.

Pese a las numerosas reformas de que ha sido objeto, donde han intervenido cientos de políticos, y pese a contar, hoy en día, con la firma del ex presidente Ricardo Lagos, no cuenta con un respaldo popular y se la responsabiliza de todos los males sociales. Raúl Bertelsen lo señala con claridad “Esa Constitución, la de 1980, mucha veces modificada y cuyo texto refundido después de la reforma de 2005 lleva la firma del entonces Presidente de la República Ricardo Lagos y de su ministros, es la que ha presidido la acción de gobierno y la vida pública chilena durante casi 40 años, y a la que ahora, injustamente, se imputa el ser un obstáculo para el progreso y para el funcionamiento de un régimen democrático”<sup>1</sup>.

De cara al proceso de cambio constitucional chileno, teniendo como base la reforma al capítulo XV, y atravesando nuestro país su propio “*momento constitucional*”<sup>2</sup>, surge la necesidad de, primeramente, delimitar algunos conceptos propios de la teoría constitucional para, segundo, recurrir al derecho y experiencia comparada de nuestro continente, analizando cómo países próximos han modificado sus cartas fundamentales en lo que se conoce como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, para, tercero, obtener ciertas conclusiones que nos sirvan para afrontar el proceso sui generis chileno.

---

<sup>1</sup> BERTELSEN, 2020, p. 12.

<sup>2</sup> ACKERMAN, 1996, p. 55-61.

## Introducción.

Primeramente analizaremos el concepto de Constitución al alero de su desarrollo en el Estado-Nación Liberal Burgués -en palabras de Carl Schmitt<sup>3</sup>-, también denominado Estado Constitucional o de Derecho, en contraposición a las Monarquías Absolutas. Analizaremos su origen histórico y los elementos básicos que deben estar presente en toda Constitución para ser catalogada como norma suprema y fundamental. En conjunto veremos el rol que juega el desarrollo del concepto nación al alero de las monarquías absolutas y el feudalismo, para ser base y sustento del poder constituyente en la época del constitucionalismo moderno -soberanía popular-.

Es menester tener presente que, para algunos, el concepto de nación no es sino la obra misma de las monarquías, al dotar a un grupo de personas de homogeneidad. Así, en el viejo continente, el concepto de unidad política -nación- es obra del absolutismo monárquico. Con el paso del tiempo, ese grupo homogéneo, con conciencia de pertenencia al mismo, trata de dirigir su propio destino, pretendiendo arrebatar el poder absoluto a la “*corona*”, que por décadas lo había detentado de forma exclusiva. El pueblo, entonces, impulsado por la burguesía, se propone la construcción de un “*Estado Democrático*” para tomar el poder. “El constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII, no fue sino la revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico, tal como se hacía presente en la denominación de la sociedad estatal por la monarquía absoluta. De acuerdo con el clima intelectual en la que se incubó, la teoría tradicional se vio obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminado, o por lo menos neutralizado, por medio de instituciones racionales para su ejercicio y control”<sup>4</sup>. El poder es un concepto clave y la política no es sino la lucha por el poder, en sus tres etapas: obtención, ejercicio y control. La sociedad, por su parte, es un sistema de relaciones de poder, cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo. El poder es una relación que se basa en un recíproco efecto entre los que lo detentan y ejercen, y aquellos sobre los cuales va dirigido, vale decir, sus destinatarios. “En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana”<sup>5</sup>. El Estado se presenta entonces, como la

---

<sup>3</sup> Carl Schmitt, nacido en 1888 en Plettenberg, fallecido en 1985, fue un destacado jurista del constitucionalismo autoritario, y un fuerte crítico del liberalismo constitucional. Defiende la existencia de un Estado y ejecutivo fuerte, que se afirme en la soberanía, unidad y autoridad. Critica a liberales por se anti-políticos, y por percibir a la autoridad como una amenaza para la libertad de los individuos. Será un hilo conductor durante este trabajo.

<sup>4</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 25.

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 27.

forma exclusiva o preponderante de la organización social y política, donde el concepto “*poder*” debe ser explicado y limitado.

Para el Estado Constitucional -democrático moderno-, antítesis de la Monarquía, en la legitimación del poder es fundamental contar con el respaldo del pueblo, que se considere a si mismo homogéneo o parte del mismo todo. Sin embargo, es el mismo Estado Liberal Burgués el que por su propia naturaleza debe respetar a las minorías que pretendan romper la homogeneidad del todo, y son precisamente estas minorías -étnicas, políticas, religiosas, etc.- las que ponen en riesgo la existencia del mismo. El Estado moderno, por definición, debe permitir la existencia de estos grupos, en muchos casos violentos y minoritarios, en post de respetar los derechos y libertades que él mismo consagra. Como daño colateral, el Estado Constitucional no puede utilizar la fuerza desproporcionada para disolver a estas minorías sólidas e irreductibles que, poco a poco, van perdiendo su interés en respetar las reglas de la democracia por su imposibilidad misma de obtener el poder político mediante las urnas. Por ende, son esas minorías las que primeramente reniegan de la democracia en post de imponer sus ideas por la fuerza o la revolución. Desde ya me inclino por diferenciar los conceptos de Estado -entendido como Estado/Gobierno- y la sociedad o Nación. Asimismo, comparto las palabras de Jacques Maritain, quien distingue al Estado respecto de la sociedad o cuerpo político, indicando, “El Estado es sólo aquella parte de la sociedad política que está especialmente concernida con mantener la ley, promover el bien común. Resguardar el orden público y administrar los asuntos públicos. El Estado es una parte que se especializa en los intereses del todo. No es un hombre ni un conjunto de hombres; es un conjunto de instituciones combinadas en la forma de una compleja maquina [...] no es sino una agencia a la que se le encomienda el uso del poder y la coerción, manejada por expertos o especialistas en el orden y el bienestar público. Un instrumento al servicio de la persona”<sup>6</sup>.

En esta tesis defiendo el derecho de cada pueblo a modificar su propia Constitución cuando ésta no represente el sentir de las mayorías. La nación, como ente soberano y grupo organizado, tiene siempre el derecho a otorgarse su propio marco normativo, sin estar limitado por las amarras de nuestros antepasados. Sostengo que las mayorías democráticamente electas son las únicas que pueden arrogarse la representación del pueblo. Los grupos violentos y/o minoritarios no tienen derecho a imponer su visión ideológica de sociedad. La voluntad del pueblo, como un todo unitario, es sin dudas el primer elemento que debemos analizar para otorgar validez normativa a un texto fundamental -analizar el

---

<sup>6</sup> MARITAIN, 1951, p. 12-13.

órgano del cual surge la norma para otorgarle validez epistemológica y jurídica<sup>7</sup>-. La Constitución chilena no tiene legitimidad de origen porque consagre un sistema unitario, sistemático, de justicia normativa y lógico, de carácter magistral, que de hecho lo hace, sino que tiene validez jurídica o legitimidad de origen, porque el pueblo de Chile ha decidido darse y aprobar para si mismo ese cuerpo normativo. Es la voluntad real del pueblo la que en último término otorga unidad política y jurídica al régimen institucional consagrado en la Constitución.

Cuestión diversa a la validez -que atiende al origen del texto en la voluntad real de la nación-, es el valor de una Carta Fundamental o su legitimidad de ejercicio. Ésta no se valida o legitima a si misma sólo por su origen histórico o por haber sido redactada por las mentes mas brillantes de una generación -origen-. Por el contrario, se valida cuando día a día el pueblo le reconoce legitimidad, mediante su ejercicio práctico. “El constitucionalismo es un proceso acumulativo de esfuerzos y experiencias sobre el gobierno, en su origen y ejercicio, realizado con sujeción al Derecho y respetando, aun en circunstancias extraordinarias, la democracia, la dignidad de la persona y los derechos humanos. Cuanto más y mejor se coincida en la vivencia de este presupuesto, mayores serán las probabilidades que un Código Político se arraigue en el espíritu o conciencia y, repitiendo lo dicho, en la cultura del pueblo”<sup>8</sup>.

En esta misma línea, es relevante recalcar desde un principio la importancia del constitucionalismo escrito, toda vez que, desde ese momento, podemos sostener que se verifica una democratización completa del proceso del poder, básicamente con la extensión del denominado “*voto popular*” que pasó de una pequeña oligarquía a la totalidad de la población adulta. Desde ese momento se democratizan los parlamentos y las personas puede reunirse y organizarse libremente en partidos políticos, que actúan como motor para la democracia. Así, el electorado -el pueblo o la nación, según el enfoque-, se eleva a la categoría de detentador superior del poder constituyente, por sobre todos los otros detentadores del poder, a saber: el parlamento, el gobierno y, en algunos casos, la corona. La Constitución pasa a ser de esta forma un símbolo de la independencia y autodeterminación de los pueblos. “En un sentido amplio, toda sociedad que establezca de manera permanente reglas básicas de conductas para un territorio determinado tiene una Constitución. No obstante, en la actualidad estas normas de conducta básicas tienden a ponerse por escrito en un texto que contiene principios y normas

---

<sup>7</sup> Entiendo por validez epistemológica la propiedad del texto de ser aceptado por una comunidad en su conjunto, y por validez jurídica, la propiedad del texto cuando cumplen los requisitos formales y materiales necesarios para su producción.

<sup>8</sup> CEA EGAÑA, 2015, p. 32-33.



que regulan la organización del Estado, su funcionamiento y los derechos que se les reconoce a los ciudadanos”<sup>9</sup>.

En una segunda parte nos detendremos en los mecanismos de reforma y procesos constituyentes que ha experimentado nuestro continente americano, con énfasis en los procesos desarrollados en Sudamérica, diferenciando los conceptos de poder constituyente originario versus derivado, como también su conceptualización en asambleas versus convenciones. A priori, como ya señalé anteriormente, una Constitución tiene legitimidad de origen cuando emana de un Poder Constituyente que represente la voluntad de la nación, independiente si su origen es un constituyente originario o uno derivado. Luego, tiene legitimidad de ejercicio o valor cuando, junto con representar la voluntad del pueblo, subyace en ella una visión de justicia, lo que nos lleva al derecho natural y racional, y no al positivismo clásico de Hans Kelsen. “En su gran época, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía encontró la fuerza en un verdadero sistema: el derecho racional y natural, y constituyó normas válidas en sí mismas de conceptos como propiedad privada y libertad personal, que valen antes que y sobre cualquier ser político, porque son justas y razonables y por eso envuelven un deber ser auténtico, independiente de la realidad del ser, es decir, de la realidad jurídico-positiva”<sup>10</sup>, así las cosas, la Constitución debe ser respetada cuando establece un sistema, un orden y una unidad, racionales y justos.

Aquellos que defiendan la inamovilidad de la carta fundamental o su imposibilidad de modificación - sin seguir las reglas en ella misma fijadas- deben reconocer un cierto apego hacia la positividad de la norma, en donde ella es vinculante y obligatoria, no por su justicia o racionalidad, sino por su positividad, valen porque sí, una cosa vale cuando vale y porque vale -argumento tautológico que de plano no comparto-. Por el contrario siento simpatía por el siguiente argumento “a quien sostenga en serio que la Constitución debe valer como norma fundamental, y toda otra validez derivar de ella, no le es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de puras normas prescripciones concretas cualesquiera, porque hayan sido establecidas por un determinado órgano (stelle), sean reconocidas y por ello designadas como positivas, y así, sólo, resulten eficaces de hecho. Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez positiva de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenamiento normativo”<sup>11</sup>. La Constitución vale -y tiene valor como norma fundamental- con contenido verdaderamente ordenador, porque se reconoce a sí misma como justa, y en su contenido subyacen lógicas morales u otras, dotados de preceptos normativos justos, no vale por su mera positividad. Por el contrario, su validez jurídica

---

<sup>9</sup> SOTO., BRITO., KLENNER., LEDESMA., NUÑEZ., 2020, p. 9.

<sup>10</sup> SCHMITT, 2019, p. 34.

<sup>11</sup> SCHMITT, 2019, p. 35.

como norma -legitimidad de origen- depende de haber sido dictado por la voluntad de la nación, pero su valor normativo o legitimidad de ejercicio va a depender de su aplicabilidad real, al ser considerada racional y justa.

Seguidamente me detendré en la volatilidad del constitucionalismo Latinoamericano, con énfasis en las constituciones refundacionales de Ecuador, Bolivia y Venezuela. En una investigación realizada por el historiador Niall Ferguson junto a Daniel Lansberg-Rodríguez, acerca de la evolución constitucional en nuestro continente, separando aquellos países que fueron colonias británicas respecto de aquellos que provenimos de la tradición hispana, ellos constatan que “mientras en la América inglesa el año promedio de la primera Constitución es 1822, el año promedio de la actual Constitución es 1886, la cantidad promedio de Constituciones, en ese lapso, ha sido de 1,5 y la cantidad promedio de artículo en sus Constituciones ha sido de 34; en la América española, el año promedio de la primera Constitución es de 1827, el año promedio de la actual Constitución es 1976, la cantidad promedio de constituciones es de 12 y la cantidad promedio de artículos por Constituciones es de 249”<sup>12</sup>. Como se puede apreciar, la diferencia es evidente, tanto en la volatilidad de sus textos, como en el maximalismo de los mismos en temas, materias y asuntos que se pretenden resolver otorgando rango constitucional. En nuestro continente se otorga a la Constitución un poder absoluto para resolver todos los problemas de la sociedad. Por eso mismo se han transformado en cartas desechables, faltas de seriedad, donde lo que predomina es la emocionalidad política del momento y los ánimos refundacionales del líder de turno. Como señalan los autores mencionados “los frecuentes reemplazos constitucionales, práctica común en gran parte de América Latina, pueden generar precisamente el efecto opuesto al aparentemente buscado, esto es, debilitar la institucionalidad democrática al negarle el beneficio de la reputación que se gana solo bajo condiciones de perpetuidad. Al reemplazar sus Constituciones en tal grado y con tanta frecuencia, los países corren el riesgo de hacer parecer normales ciertos vacíos de institucionalidad, exacerbar inestabilidades e institucionalizar una suerte de “*adhocracia*” de la cual se espera que las constituciones precisamente nos resguarden”<sup>13</sup>.

Finalmente me atreveré a delinear ciertas conclusiones que sirvan para enfrentar y entender el proceso constituyente por el que atraviesa nuestro país, desde la experiencia que podremos obtener del análisis al denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

---

<sup>12</sup> RIBERA, 2018, p. 3.

<sup>13</sup> NIALL, LANSBERG-RODRÍGUEZ, 2017, p. 4.

## **PRIMERA PARTE: Nociones indispensables sobre teoría constitucional.**

### **Constitución: Una delimitación conceptual.**

Usualmente se define Constitución como aquella norma fundamental que se encarga de regular y controlar el poder, para garantizar derechos de las personas frente al Estado<sup>14</sup>. Así, cuando hablamos de una Constitución, sin duda nos estamos refiriendo a la Constitución del Estado, es decir, a la unidad política de un pueblo y la ordenación (normas) sociales que se auto-impone una determinada nación - en la concepción contemporánea pueden existir varias naciones dentro de un mismo Estado- que regula la organización de la voluntad Estatal para garantizar la paz social. No es sino la norma de normas, conjunto de normas supremas o ley de leyes. En términos coloquiales, se suele señalar que una Constitución “es, en definitiva, la norma jurídica de mayor jerarquía de un Estado, que regula la organización y funcionamiento de los poderes públicos, limitando el poder político y garantizando derechos y libertades a las personas”<sup>15</sup>. La separación de poderes no es un mero capricho del legislador -o del constituyente originario o derivado- sino que busca, ante todo, garantizar libertad a los ciudadanos, protegerlos frente a los abusos del Estado, e introducir frenos en el ejercicio del poder público. El concepto límite surge entonces como una idea fundamental sobre la que descansa el constitucionalismo moderno para garantizar derechos.

Más allá de la distinción doctrinaria que realizan tratadistas entre una concepción absoluta de Constitución -donde destacan las ideas de unidad política y ordenación social, mirando básicamente la delimitación del poder del Estado y su forma de gobierno-, en contraste con un concepto relativo - donde lo que importa ya no es el contenido mismo de la Constitución, vale decir, que regule únicamente la organización de la voluntad estatal, sino que puede tener cualquier tipo de contenido o estar diseminado en distintos textos normativos-, sí me interesa asentar que, por una tradición occidental propia del constitucionalismo americano, la norma escrita/formal resulta inimpugnable frente a la tradición consuetudinaria -propia de la legislación Inglesa- que descansa en actos de distinta

---

<sup>14</sup> Menester es diferenciar concepto: (1) Estado: Entidad jurídica, política y social dotada de personalidad propia, siendo la máxima expresión de las formas de organización social y política de una sociedad civil. Sus elementos son población y territorio. Es a una forma de organización; (2) Pueblo: Surge como concepto con la revolución francesa, al alero de los conceptos igualdad y libertad de las personas, donde existen elementos culturales comunes como etnia, lengua o religión (entidad natural), o, para algunos, el conjunto de personas de la nación con capacidad de participar en la toma de razones colectivas; (3) Nación: Colectividad que ha alcanzado la integración cultural entre sus miembros, en el transcurso de un proceso histórico común, y gracias a la cual goza de una capacidad de actuación y relación con otras colectividades internacionales, así como de una autonomía funcional interna garantizada por la identificación entre los individuos. Se trata de una entidad creada por la historia. En esta tesis utilizaré de forma indistinta los concepto pueblo y nación, según el contexto de la oración.

<sup>15</sup> SOTO., BRITO., KLENNER., LEDESMA., NUÑEZ., 2020, p. 19.

naturaleza: convenciones, pactos, leyes, costumbres, usos y precedentes. Para nosotros la codificación en un solo texto normativo que regule exhaustivamente el procedimiento de formación de la voluntad estatal resulta un principio fundamental. En ese sentido, se puede indicar que “históricamente, la práctica de las modernas constituciones escritas comienza con un contraste respecto a la práctica constitucional inglesa que fundamentalmente reposa en la costumbre y usos: las colonias inglesas de Norteamérica, que se declararon Estados independientes en 4 de julio de 1776, se dieron constituciones escritas que fueron proyectadas y promulgadas como leyes por Asambleas Constituyentes”<sup>16</sup>. En ese impulso de lucha entre la burguesía y la Monarquía es evidente una influencia de la codificación constitucional impulsada por la Constitución americana de 17 de septiembre de 1787. Con el ánimo de resaltar la importancia de la escrituración, debemos señalar, someramente, que este impulso se puede remontar históricamente a la Carta Magna Inglesa de 1215, que en plena edad media establecía “convenios o acuerdos” entre el príncipe y sus vasallos. Sin embargo, no revestía el carácter de norma fundamental, toda vez que se consideraban “*cartas*” aquellos acuerdos que de hecho eran convenciones bilaterales entre grupos específicos, para garantizar principalmente sus privilegios, a cambio de contra prestaciones recíprocas, generando utilidad para ambos, no existiendo realmente una voluntad política de la unidad para dotarse de un cuerpo normativo universal. “El primer ejemplo de una moderna Constitución escrita es el Instrument of Government de Cromwell, del año 1653. El mismo Cromwell se manifestó acerca de la finalidad de este instrumento: había de dar una regla permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento; en todo gobierno necesitaba haber algo de fundamental, algo como una gran carta que fuera permanente e invariable”<sup>17</sup>. Dicha Constitución inglesa de la Commonwealth (1653-1657) -vigente para Inglaterra, Escocia e Irlanda-, nos recuerda que Inglaterra en alguna época de la historia no fue una Monarquía constitucional, y da cuenta de las intenciones del oficial Oliver Cromwell de fijar una nueva legitimación política en el intento de suprimir la Monarquía tras la desaparición de Carlos I y la cámara de los Lores. En la práctica constitucional moderna, son punto de partida: (a) las diversas constituciones surgidas tras la independencia de las 13 colonias Norteamericanas y; (b) la Constitución francesa de 1791.

Las constituciones, en su aspecto positivo, deben tener su origen en un “*Poder Constituyente*” que viene a reconocer la forma y modo de la unidad política concreta o de la voluntad popular, que sin dudas es anterior al texto constituyente, el cual se limita a reconocer la realidad existente al momento de su origen. En ese sentido, es menester destacar que la norma jurídica, por su naturaleza, siempre

---

<sup>16</sup> SCHMITT, 2019, p. 40.

<sup>17</sup> SCHMITT, 2019, p. 61.

viene a reconocer la existencia de una realidad empírica, de una realidad fáctica, toda vez que la realidad es siempre anterior a la norma. La unidad política no surge como consecuencia de un texto constitucional, sino que, por el contrario, la Constitución surge por una decisión consciente de la unidad política, con voluntad propia, que decide darse a sí misma un determinado cuerpo normativo, mediante un mecanismo especial denominado “*Poder Constituyente*”, donde reside la voluntad política. En ese poder constituyente, la voluntad va tomando decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta de un Estado. En síntesis, se puede sostener que la decisión política del titular del poder constituyente -la voluntad constituyente- reside, en democracia, en el pueblo “así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos representantes de la Nación, el rey y el cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un Gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado burgués de Derecho, con lo que queda conservada la Monarquía como forma del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés del Imperio hereditario de Napoleón III, etc”<sup>18</sup>.

En el intento por delimitar un concepto general de Constitución tiendo a inclinarme por una definición que se encuadre dentro del denominado “*Estado Liberal de Derecho*”, caracterizado por incluir ideas por las que lucharon burguesías liberales del siglo XIX, apoyadas por el pueblo, en contra de los Estados Monárquicos. En esta lógica, propia del individualismo burgués, resulta necesario analizar el contenido del cuerpo normativo para poder catalogarlo bajo el rótulo de Constitución, debiendo consagrar: (a) un “*catálogo de derechos fundamentales*” -no esta presente en todas las constituciones, pero sí es regla general a nivel internacional- donde destaquen conceptos tales como libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc.; (b) se establezca una “*división de poderes del Estado*”, para reducir al máximo sus abusos y; (c) fijar mecanismo para robustecer la “*autodeterminación de los pueblos o soberanía*”, mediante la participación política de los ciudadanos en el órgano legislativo. Cualquier otra normativa que no resguarde dichos conceptos y principios no puede ser catalogada de Constitución, sino que de dictadura, tiranía, esclavitud, etc. En un Estado de Derecho, o constitucional moderno, como ya he señalado, son indispensables los conceptos de división de poderes del Estado y Derechos Fundamentales. Solo organizando, distribuyendo y limitando el poder del Estado podemos conseguir un sistema eficiente de frenos y

---

<sup>18</sup> SCHMITT, 2019, p. 47.

controles recíprocos de los poderes, que garantice los derechos fundamentales y las libertades individuales.

Así las cosas, la división de poderes del Estado resalta como un concepto clave en una Constitución liberal, siendo un elemento que está presente durante todo el constitucionalismo del siglo XVIII, cuyo objetivo final es garantizar que los poderes del Estado no violenten los derechos de las personas. En contra de esta tradición, se suele señalar como un ejemplo que viene a romper el paradigma del Estado Burgués o Liberal de Derecho, -con división de poderes y garantía de derechos fundamentales- a la Constitución Socialista de la República de los Soviets de 11 de julio de 1918, que fija un nuevo modelo, cuyos principales elementos son: (1) no respetar la separación de poderes del Estado, (2) fijar una dictadura del proletariado; (3) no respetar la igualdad ante la ley y fijar discriminaciones arbitrarias, (4) ser la primera Constitución socialista de la historia, (5) no respetar la propiedad individual de la tierra.

Por este motivo, bajo nuestra óptica de los Estados Constitucionales Liberales, se suele incluir en la definición de Constitución, como elemento esencial de la misma, un catálogo de derechos y garantías fundamentales. Por ejemplo, podemos citar la famosa “*Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*” de 1789, que en su artículo 16 señala “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está consagrada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Las constituciones de los Estados Liberales Burgueses se componen de dos elementos generales: (a) por un lado los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad individual frente al Estado, en lo que conocemos como la “*parte jurídica*” y; (b) su “*elemento político*”, en donde se adoptan las decisiones respecto de su forma de gobierno (Monarquía, Aristocracia, Democracia), en lo que conocemos como “*pacto social*”. En una clasificación similar, el constitucionalismo contemporáneo suele distinguir entre principios -mandatos de optimización, que se cumplen en la medida de lo posible, en atención a las circunstancias- y reglas -que se cumplen o no-. “Los principios del constitucionalismo [...] están íntimamente atados a consideraciones morales y entregan razones para actuar, o no hacerlo, de una determinada manera. Proveen una visión idealizada y parcial de las constituciones; aunque también exigen trabajar dentro del marco constitucional para alcanzar esos ideales”<sup>19</sup>. El constitucionalismo primario optó por inclinarse más hacia las reglas que hacia los principios. El actual, por el contrario, se carga hacia los principios -ideas fuerzas, ideas directivas u orientaciones-. En un ejemplo histórico, la Constitución original de los EEUU regula la organización

---

<sup>19</sup> BARBER, 2018, p. 12.

del poder político y las reglas básicas del sistema de pesos y contra pesos -diseño institucional-, y sólo con el paso del tiempo se incorporan las enmiendas que dan vida al Bill of Rights.

Analizando el elemento “*pacto social*”, debo realizar de inmediato una precisión conceptual, a saber, entender que existe una diferencia entre el denominado “*contrato social*” que da origen al Estado mismo, respecto del “*pacto constitucional*”. En la construcción de una Teoría del Estado, el pacto social es anterior al pacto constitucional, por lo mismo, el pacto social funda o da origen a la unidad política, que luego, puede decidir, voluntariamente como ente soberano y capacitado, dotarse o no de un texto constitucional. En resumen, podemos sostener que el pacto constitucional presupone la existencia de la unidad política.

Finalmente, si pudiera inclinarme por una definición adoptaría el concepto desarrollado por Loewenstein, para quien Constitución no es sino la decisión del pueblo, en forma de ley fundamental y pacto político que, imperando eficazmente sobre un territorio, tiene el efecto de limitar el poder político estatal, de servir de cauce a la acción política del pueblo y de proteger los derechos de todas las personas.

**(i) Una necesaria clasificación, de cara al proceso constituyente chileno.**

Realizar un catastro a nivel internacional resultaría a lo menos complejo. Latinoamérica, en particular, detenta el récord con la mayor cantidad de cambios y textos reformados. Chile ha tenido 11 Constituciones<sup>20</sup>; República Dominicana 25, Haití 22, Bolivia 15. El panorama es desalentador, si se le compara con EEUU, que tiene sólo una.

La clasificación de los distintos textos constitucionales abarca diversos parámetros, entre otros: (a) escrituradas y aquellas que no; (b) flexibles y rígidas, según la existencia de mecanismo de reformas más o menos dificultosos; (c) según formas o tipos de gobiernos; (d) según el sistema político -autocracia vs democracia constitucional-; (e) federadas y unitarias, según la organización estatal; (f) originarias y derivadas, según impongan un modelo nuevo, o simplemente reproduzcan modelos anteriores nacionales o internacionales; (g) ideológicas-pragmáticas y utilitarias (neutrales), siendo el clásico ejemplo de ésta última la Constitución alemana de Bismarck de 1871.

---

<sup>20</sup> Nos referimos a los reglamentos de 1811, 1812, 1814; las constituciones de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980; y leyes federales de 1826.

En la actualidad es frecuente que el constitucionalismo formal -escriturado- se utilice por regímenes autocráticos para disfrazar su autoritarismo bajo la capa de una norma fundamental que, en la práctica, no cumple con sus objetivos de separar efectivamente los poderes del Estado, ni menos aún, garantizar derechos humanos y fundamentales básicos para los ciudadanos. Las constituciones pasan a ser meros disfraces que esconden monopolios de poder. Pionero en esta materia fue Napoleón -bonapartismo- y Julio Cesar -cesarismo-, con dominios autoritarios, pero disfrazados de un Estado constitucional democrático. Atendida esta prevención, resulta necesario avanzar hacia un nuevo criterio de clasificación, que Loewenstein ha denominado “*clasificación ontológica de las Constituciones*”. Ella busca analizar la concordancia que exista entre la norma y la realidad del proceso del poder político.

Según este criterio, podemos distinguir<sup>21</sup>: (a) *normativa*, cuando el texto se adapta a la realidad y es observada lealmente por todos los interesados -destinatario y detentadores del poder-. Sus normas dominan efectivamente el proceso político y el proceso político se adapta y somete a ellas. Estas constituciones logran imperar eficazmente sobre un territorio. La Constitución es un traje perfecto, que calza bien; (b) *nominal*, cuando la Constitución es jurídicamente válida, pero la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas o no tiene aplicación práctica. La carta fundamental recoge las exigencias sustantivas del constitucionalismo, pero no tiene eficacia real. El traje está bien confeccionado, pero está colgado en el armario, esperando que la sociedad crezca y madure; (c) *semántica*, cuando la Constitución es plenamente aplicada, pero solo formaliza y consagra el poder político en favor de los detentadores fácticos del poder, que tienen el aparato coactivo del Estado a su disposición. La sociedad es encauzada, su libertad se restringe. La Constitución pasa a ser de esta forma un disfraz. La Constitución de Stalin y en general las autocracias comunistas son un buen ejemplo de ellas.

---

<sup>21</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 217 y ss.



## Origen histórico del constitucionalismo.

“El constitucionalismo, concepto de fuerte carga normativa, alude a un conjunto de ideas y practicas institucionales que, bajo el impulso original del liberalismo pero enriquecido luego por otras tradiciones, ha promovido, con relativo éxito el ideal de sujetar el poder político a una racionalidad moderna que entiende al pueblo como su único titular legitimo, al Estado como un conjunto de órganos separados y limitados por el derecho y a las personas como sujetos de derechos inalienables [...] desde un punto de vista, es radical y revolucionario, pues propuso sustituir formas tradicionales de legitimidad (dinástica, origen divino) por unas normas de legitimidad nuevas (pacto social, naturaleza humana, el pueblo, la nación). Al mismo tiempo, sin embargo, siempre ha sido moderador y estabilizador, pues aspira a institucionalizar el ejercicio del poder imponiéndole limites al Estado y, al mismo tiempo, busca garantizar esferas de libertad a los individuos”<sup>22</sup>. Como se puede ver, constitucionalismo e historia son conceptos que deben ser estudiados de forma sincrónica.

Como señalé en capítulo anterior, las constituciones, en su concepción actual, nacen o tienen su origen en la edad contemporánea, cuyo origen histórico data de la Revolución Francesa de 1789 o de la declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776, caracterizándose dicho periodo por la consolidación del capitalismo y la burguesía, conjuntamente con el desarrollo de los actuales conceptos de Estado y nación.

Antes de realizar una breve revisión del constitucionalismo moderno, debo trazar unas líneas sobre los orígenes previos a la codificación, teniendo presente que la existencia de una Constitución escrita no es sinónimo de constitucionalismo. En esa línea, para que un Estado sea clasificado como “*constitucional*”, debe tener una Constitución -formal o material-, que puede estar formulada por escrito o estar basada en derecho consuetudinario. La Constitución, escriturada o no, significa tener un sistema de normas o reglas que vienen a regular las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, y un mecanismo de control, interacción y participación entre los detentadores del poder. Ahora, la existencia de estas reglas no significa necesariamente que el sistema pueda ser rotulado como “*democrático*”, por ende, puede existir un Estado constitucional no democrático que, si bien esta normado y regulado, no permite la participación de todos. “Es bien cierto que el primero de todos los regímenes estatales que inventó literalmente la forma del gobierno constitucional, la polis griega, se organizó como una democracia plenamente estructurada; sin embargo, bien antes de que se hubiese formado la actual democracia constitucional existieron Estados constitucionales, es decir, regidos por

---

<sup>22</sup> ZAPATA, 2015, p. 21.

un sistema fijo de normas, pero que no podrían ser clasificados en absoluto de democráticos, dado que las masas de los destinatarios del poder no tenían ninguna participación decisiva en el proceso político. La Roma republicana, las Ciudades-Estados italianas de la Edad Media y del Renacimiento, así como otras ciudades en el Occidente y en el norte de Europa pertenecen a este grupo. Inglaterra gozaba de un gobierno constitucional por lo menos desde la *Glorious Revolution*, sin alcanzar hasta la gran reforma de 1832 una auténtica base democrática”<sup>23</sup>.

Así las cosas, los hebreos fueron el primer pueblo que practicó el constitucionalismo, en un sistema social y político que se denominó “*teocracia*” donde los destinatarios del poder viven bajo subordinación de una autoridad divina. Este modelo lo podemos encontrar en países islámicos y budistas, como el Tíbet. El elemento que me permite sostener la existencia de una Constitución, al menos en sentido material<sup>24</sup>, era la conciencia de existir una limitación -tanto para gobernantes como gobernados- del poder bajo la autoridad de la “*ley del señor*” -deberes morales para con los súbditos-, por ende, no existía en las manos del dominador un poder absoluto y arbitrario. Los profetas predicaban contra los líderes arbitrarios, autoritarios, injustos y carentes de sabiduría. La Biblia, entonces, es un estándar para limitar gobiernos. En Grecia, igualmente existió un régimen constitucional, donde incluso se alcanzó la democracia constitucional -teniendo claro que la polis-Estado respondía a un dominio oligárquico de una clase reducida, sobre una economía de esclavos-. Sin embargo, toda su estructura jurídica daba cuenta de una aversión hacia la concentración del poder -ej. designación de cargo por sorteos, periodos cortos, sin reelección, acceso de todo ciudadano a dichos cargos y destierro para figuras eventualmente caudillas-. “En el libro III de la *Política*, Aristóteles define Constitución como un orden instituido por los ciudadanos de una polis con el fin de regular la distribución del poder. Aristóteles es quien da origen a la idea del imperio de la ley (Estado de derecho, Rechtsstaat o Rule of Law) por oposición al mandato arbitrario”<sup>25</sup>. Roma, por su parte, antes de desembocar en el cesarismo, fue una República con un complejo sistema de pesos y contrapesos, que buscaba limitar el poder de los magistrados, destacando: (a) magistraturas colegiadas, (b) cargos de duración anual y, (c) prohibición de reelección en los cargos.

En la edad media vemos los primeros avances hacia el constitucionalismo moderno. En dicho período sólo la iglesia católica tenía más poder que un rey. La sociedad, por su parte, se dividía en tres estamentos sumisos al rey: (a) la nobleza, dueña de grandes extensiones de tierra; (b) el clero, o

---

<sup>23</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 89-90.

<sup>24</sup> Uso el concepto “material” en el sentido de la doctrina italiana, a saber, la forma en que se sigue la Constitución en la práctica. Ver SARTORI, 1994, p.138.

<sup>25</sup> RUIZ TAGLE., CRISTI, 2008, p. 29.

representantes de la iglesia católica, y; (c) los siervos, grupo social mas pobre compuesto de campesino y artesanos. “Durante el milenio [...] que siguió al constitucionalismo griego y romano, el monarca absoluto ejerció el poder concentrado, por derecho o por fuerza, y reunió en su persona las tres funciones (*poderes*)<sup>26</sup>, aunque por razones prácticas las delegaba según su arbitrio a funcionarios, autoridades o consejos subordinados. La concentración del poder en un dominio absoluto fue regla general durante este periodo, prescindiendo de algunas excepciones en las ciudades italianas del medioevo y en algún otro lugar”<sup>27</sup>. En esta edad media surgen las primeras nociones de “*pactos*”, que luego derivarían o serían un germen para nuestra concepción actual de Constitución. Estos pactos se referían principalmente a derechos y privilegios, primando intereses particulares, donde no existía una concepción de la “*unidad política*” como la entendemos en las constituciones actuales. Sin embargo, dichos pactos presentan al menos una característica de las constituciones modernas y contemporáneas, pues en ellas se iba limitando el poder del rey y consagrando derechos a los representados. Por ese motivo puedo afirmar que en dichos pactos se ve un modelo de Constitución, en el sentido de limitación de poderes del Estado. Así las cosas, la Carta Magna de 1215 se suele mencionar como el origen de las constituciones liberales. En Inglaterra se fueron forjando lentamente las condiciones de un Estado moderno donde el parlamento fue representando el concepto de unidad nacional frente al poder del rey, que para esa fecha no representaba aún la idea de unidad política -en la “*Bill of Right*”<sup>28</sup> o carta de derechos de 1688 el parlamento sí representa la idea de unidad política-. La Carta Magna de 1215 constituye el intento del rey Juan I de transar un acuerdo de paz con un grupo de barones pertenecientes a la nobleza, sublevados para con él, y tiene la característica de ser un símbolo importante de la libertad (entre rey y nobles principalmente, únicos considerados realmente libres), en contra de la autoridad arbitraria del monarca. Establecía, entre varias materias: (a) protección de los derechos eclesiásticos, (b) protección contra el encarcelamiento ilegal<sup>29</sup>, (c) acceso inmediato a la justicia y debido proceso, (d) limitar tributos y otros pagos feudales a la corona y, (e) establecía el consentimiento de los barones para imponer ciertos tributos/impuestos. Así, la Carta Magna constituye un convenio entre el Rey, la aristocracia feudal y la Iglesia, en donde se garantizan derechos en 63

---

<sup>26</sup> El concepto “*poderes*” fue incorporado por mi persona. Lowenstein sostiene que la teoría de separación de poderes responde a un criterio mecanicista, obra de Montesquieu, quien la toma de Locke, que responde al tiempo de su origen como una protesta del liberalismo contra el absolutismo monárquico del siglo XVII y XVIII. Lo verdadero es una separación de funciones que debe cumplir el Estado mediante sus diversos órganos.

<sup>27</sup> LOEWENSTEIN, 2018, 57.

<sup>28</sup> La declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real: la no suspensión de leyes por el rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, libre elección de los miembros del Parlamento, libertad de discusión y discurso en el Parlamento, en SCHMITT, 2018, 90.

<sup>29</sup> A modo de ejemplo. Carta Magna. Inglaterra. 1215. Número 39 “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país” y número 40 “A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia”.

capítulos que limitan los poderes del rey<sup>30</sup>, pero que no puede ser considerada una Constitución en su sentido actual, principalmente porque dichas estipulaciones no fundan una unidad política ni contienen una decisión general sobre el modo y forma de la unidad. En dicha carta destaca la regulación de los bienes, herencias, libertades personales, justicia, comercio y libertad de tránsito, pero no hay una decisión política fundamental sobre la unidad. En esa misma línea, se menciona la Declaración de Derechos de 1688 (Bill of Rights), pero que mantiene la lógica de una relación contractual entre el príncipe de Orange y el parlamento Inglés. Para ser precisos, la segunda fase del constitucionalismo, vale decir, moderno, comienza con la revolución puritana en Inglaterra (guerra civil inglesa desde 1642 a 1688), que se inicia con el reinado de Carlos I, pasando por la etapa de la República británica, y finaliza con la Revolución Gloriosa y la destitución de Jacob II, asentando la victoria del parlamento por sobre la corona. En este periodo hizo aparición la primera Constitución escrita “si se dejan aparte los estatutos coloniales que fueron otorgados por la corona, el lugar de honor entre los documentos constitucionales creados por propio impulso lo ocupa el Fundamental Orders of Connecticut (1639) y [...] el Agreement of the People (1647), teóricamente el documento más influyente nació en la misma Inglaterra. Pese a que no se trata de un acto legislativo formal, sino del plan de un grupo privado, este documento debe ser considerado como el primer proyecto de una Constitución moderna totalmente articulada. El Instrument of Government (1654) de Cromwell es, finalmente, la primera Constitución escrita válida del Estado moderno, a no ser que se quiera reconocer la prioridad a la Regeringsform de 1634, en Suecia, que estableció los principios de gobierno en caso de imposibilidad o ausencia en el extranjero del rey”<sup>31</sup>.

La Constitución actual, por el contrario, no es un pacto entre rey y pueblo, o entre las organizaciones estamentales, sino que es una decisión política adoptada por la nación, que tiene por objeto fijar de manera autónoma su destino, lo que vemos con claridad en la Francia de 1789. La Revolución Francesa (1789-1799), que enfrentó a defensores y detractores del “*antiguo régimen*” culminó con un cambio en la forma de gobierno, desde una “*Monarquía absoluta*” a una “*Monarquía constitucional*”, dando paso al constitucionalismo moderno. Todo ello inspirado en el movimiento cultural e intelectual de la “*Ilustración*”, que tenía como sustento teórico la razón, igualdad y libertad, y los postulados de Montesquieu y Rousseau. “En la revolución francesa de 1789 surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del poder constituyente. La teoría

---

<sup>30</sup> Téngase como referencia el numeral final de la carta (63), que reza “Por tanto, en nuestra voluntad, y ordenamos firmemente, que la Iglesia de Inglaterra sea libre, y que todos los hombres de nuestro reinado tengan y posean todas las antedichas libertades, derechos y concesiones, bien y pacíficamente, libre y tranquilamente, plena y totalmente, para sí mismos y sus herederos, de nosotros y nuestros herederos, en todos los respectos y en todos los lugares para siempre, tal como queda dicho....”.

<sup>31</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 158.

del Estado de la revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente, sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone al pueblo como una entidad política existencial; la palabra nación designa en sentido expresivo un pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política”<sup>32</sup>. Uno de los teóricos mas destacados dentro del movimiento que velaba por las ideas del “*contrato social*” y de la “*soberanía popular*” fue Sieyès quien expuso la “*Teoría del Poder Constituyente*”, según la cual éste le pertenece por derecho al pueblo y le asignó dicha tarea al Tercer Estado, como representante de la nación.

La revolución francesa tiene dos aristas que debemos destacar: Por una parte, el Pueblo francés toma conciencia de su existencia como ente político unitario, como Nación, y pasa a obrar como ente político, con voluntad propia que decide libremente dotarse de una Constitución -dicho proceso se ha caracterizado como “uno de los momentos mas brillantes del Estado Constitucional<sup>33</sup>- y; por otra, en esa Constitución se sientan las bases del Estado Burgués de Derecho, en donde destaca la limitación de poderes del Estado. La Constitución francesa de 1791, primera en la historia de Francia, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791 e impulsada por el Tercer Estado, compuesto principalmente por la burguesía y el campesinado, vino a reformar al Estado francés y las bases mismas de todo su sistema político, configurándola como una “*Monarquía Constitucional*”; radicó la soberanía en el pueblo, mas no en el rey; fijó libertades de prensa, pensamiento y de culto; suprimió a la nobleza, las ordenes de caballería, estableciendo el libre acceso a los oficios que antes pertenecían sólo a los nobles; garantizó la inviolabilidad de la propiedad privada; instauró la división de poderes del Estado en ejecutivo -se mantuvo en el rey, quien designaba a los ministros-, legislativo -Asamblea Nacional Legislativa unicameral- y judicial -se crearon tribunales independientes de la corona-. A dicha Constitución se debe sumar la “*Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*”, proclamada por la Asamblea Nacional francesa el 27 agosto de 1789, inspirada en parte en la declaración de independencia de los Estados Unidos, que vino a consagrar el viejo lema de la revolución francesa “*libertad, igualdad y fraternidad*”, y que sería la base para la Constitución francesa de 1791 y para todas las declaraciones de derechos de los hombres durante el siglo XIX y XX. Ella se divide en 17 artículos, que versan sobre igualdad, libertad, propiedad, seguridad, soberanía, representación, formación de la ley, igual participación para cargos públicos, proscripción de la detención arbitraria, tipicidad del delito, presunción de inocencia, libertad de opinión, comunicación y culto, fuerza pública garante de los derechos, impuestos equitativos, propiedad privada como derecho

---

<sup>32</sup> SCHMITT, 2019, p. 93.

<sup>33</sup> CARBONELL, 2018, p. 65.

inviolable y sagrado, expropiable solo por necesidad pública e indemnizable. Quizás la mejor forma de graficar la importancia de esta declaración, como dique limitador de todos los poderes del Estado sea reproduciendo su preámbulo, el cual reza “Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”. Luego, el remate del artículo 16 es fundamental para entender la importancia de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional de Derecho, a saber “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

En este apartado no puedo dejar de mencionar la variable política, repasando someramente la importancia de las crisis y revoluciones al momento de analizar el surgimiento de los principales textos constitucionales. Común es, entre los teóricos del derecho constitucional, sostener que las constituciones surgen luego de dos hechos puntuales: (a) tras el nacimiento de un nuevo Estado o, (b) simplemente luego de una crisis político social. “La Norteamericana de 1787, al formarse los Estados Unidos de América; la de Alemania Federal y la de Japón, después de la segunda guerra mundial, la francesa de la V República de 1958, después del levantamiento de los generales en Argelia que llevó al gobierno, con plenos poderes, al General De Gaulle; la española de 1978, luego de la muerte del General Franco, al democratizarse el régimen político de España”<sup>34</sup>. La historia constitucional chilena no escapa de dicha regla., Si analizamos nuestros últimos tres textos constitucionales, de 1833, 1925 y 1980, podremos ver que ellas surgen siempre tras una crisis. La de 1833 surge tras la guerra civil que lleva a los pelucones al poder, bajo el liderazgo de don Diego Portales. La de 1925 al colapsar el régimen parlamentario, tras el impulso militar de 1924. La de 1980, luego del quebramiento del régimen democrático, producto del deterioro de la democracia chilena en el gobierno de Allende.

---

<sup>34</sup> BERTELSEN, 2020, p. 11.

## **Elementos de una Constitución para el Estado constitucional, liberal o burgués de derecho.**

Los elementos propios del Estado de Derecho o Constitucional de Derecho, se dividen típicamente en dos: (a) separación de poderes del Estado, como principio orgánico -una esfera de organización que distribuye los poderes del Estado, los divide y los encierra en un sistema de competencias delimitadas-; y (b) un catálogo de derechos fundamentales, como principio dogmático. A los dos principios señalados, debemos sumar un tercer elemento -el político-, que dice relación con los principios político formales o formas de Gobierno -Democracia, Aristocracia o Monarquía-, propios en un Estado de Derecho, bajo la clasificación clásica de Aristóteles.

Para la Constitución del Estado Burgués de Derecho<sup>35</sup> el individualismo es regla principal, resaltando la defensa de las libertades personales como la propiedad privada, libre contratación, libertad industrial y de comercio. El Estado, por su parte, se erige al servicio de la persona humana, y no por sobre ésta, quedando fuertemente controlado por la sociedad civil y delimitado en su accionar por la normativa jurídica que busca la protección del individuo frente al Estado. La Constitución no busca la exacerbación del Estado, por el contrario, su sentido y finalidad es la libertad y protección de los derechos de los ciudadanos contra el abuso del poder público.

En los siguientes apartados analizaremos someramente los elementos distintivos del constitucionalismo moderno. Abordaremos conceptos como Estado de Derecho, sistemas políticos, formas de Estado, regímenes de gobierno, separación de poderes y derechos fundamentales, todos los cuales permitirán al lector tener una idea general respecto de las materias básicas que regula toda Constitución en un Estado de Derecho.

### **(i) Estado de Derecho.**

Aquel Estado en donde se respeta el derecho objetivo y los derechos subjetivos adquiridos, basados en la propiedad privada y libertad personal, considerando al Estado como garante -armado de ser necesario- de la paz, orden y seguridad. Un Estado de Derecho será catalogado como tal cuando las normas establecidas por la Constitución para el desarrollo del proceso político obliguen y ligen por igual tanto a los órganos estatales -detentadores del poder-, como a los ciudadanos -destinatarios del poder-. “El punto central en un Estado de Derecho es que la existencia y toda actividad de los órganos

---

<sup>35</sup> Para Schmitt, los elementos de las constituciones liberales son: (a) el imperio de la ley, que sirve para proteger la libertad burguesa frente a los abusos del Estado -como elemento liberal- y; (b) el elemento político, que busca la unidad del Estado, a partir del cual se adopta la forma estatal correspondiente -democracia, monarquía o aristocracia-.

estatales se ejerza conforme a las normas jurídicas que les sean aplicables. Su creación, composición de cada órgano, competencia y procedimientos o modalidades de actuación, han de tener su fundamento en el derecho. Ello se traduce, primeramente, en su sujeción a la Constitución, y seguidamente a las leyes y otras normas inferiores. Asimismo, las fuerzas políticas y toda persona o grupo ha de acatar el ordenamiento constitucional y legal”<sup>36</sup>.

Tiene como característica principal el no poder afectar la esfera de libertad individual sino en base a una ley, con un Estado dominado por la ley, lo que conocemos como el principio de legalidad en la administración del Estado. Destaca también la independencia del poder judicial, y el control judicial de la administración y de la supremacía constitucional.

El imperio de la ley implica: (a) que el propio legislador queda sujeto a su mandato, sin poder dictar normas de carácter arbitrario -en cuyo caso en nada se distinguiría de un rey absoluto, cambiando solo el órgano que da nacimiento a la disposición legal-; (b) que la norma deba ser general, recta, razonable y justa. La ley no es voluntad de uno o de muchos hombres, sino una cosa general, racional, no voluntad, sino razón. En torno a la ley, se debe distinguir entre un concepto formal versus uno de carácter material (o político). El primero, formal, se centra en que ella haya sido dictada u acordada por el órgano legislativo competente, dentro del procedimiento legislativo normado. El segundo, político, necesita remitirse a la forma de existencia política del Estado y de su organización concreta. La ley, bajo un concepto político, es voluntad y mandato concreto, y un acto de soberanía del pueblo. Ese es el elemento que distingue al Estado Constitucional de Derecho, la ley no es sólo la voluntad del rey, y no es ley por ser dictada conforme a los procedimientos legales, o por ser general, razonable o justa, es ley por representar la voluntad general del pueblo.

Finalmente, menester es delinear el concepto de Estado constitucional de derecho, definido por el Tribunal Constitucional chileno como aquel donde existe “(a) una supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean liberales o sociales, (b) el principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los órganos públicos y (c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía de disfrute de los derechos liberales y a la efectividad de los sociales”<sup>37</sup>, teniendo la defensa de los derechos fundamentales de las minorías una protección especial frente al abuso de las mayorías.

---

<sup>36</sup> BERTELSEN, 2020, p. 57.

<sup>37</sup> STC ROL N.º 2935-2015, considerando noveno.



## **(ii) Sistema Político.**

Toda Constitución viene a consagrar un sistema político, a saber, un Estado en donde se reconozcan determinadas relaciones entre detentadores y destinatarios del poder que se traducen en una consagración y regulación de ciertas instituciones de gobierno. El sistema político se caracteriza por fijar un aparato gubernamental a través del cual se administra el poder y se dirige la comunidad. En concreto, cada sociedad o unidad política, influida por la ideología dominante de las mayorías, consagra diversas instituciones que se van repitiendo en distintos países, a través de las cuales funciona el aparato estatal y se ejerce el poder. Todo sistema político esta necesariamente construido sobre la base de ideologías e instituciones. En otras palabras, este conjunto de instituciones conforma la denominada “*maquinaria estatal*”, donde destacan el Gobierno, Parlamento, Tribunales de Justicia y las Fuerzas de Orden y Seguridad Publica, todas las cuales se ven influenciadas por los valores de cada sociedad. La ideología se puede definir como “un sistema cerrado de pensamientos y creencias que explican la actitud del hombre frente a la vida y su existencia en la sociedad, y que propugnan una determinada forma de conducta y acción que corresponde a dichos pensamientos y creencias, y que contribuye a realizarlos”<sup>38</sup>. La ideología, en simple, son aquellos valores más importantes en los que creen las mayorías predominantes de la sociedad. A su vez, la ideología influye sustancialmente en la construcción de las instituciones vigentes en cada unidad política, por lo que me atrevo a señalar que no existen constituciones totalmente “*neutras*”.

El sistema o régimen político es un concepto mas amplio que el de régimen de gobierno. El primero responde a un concepto extenso, que envuelve: (a) la forma de gobierno, (b) la organización de los distintos poderes públicos, (c) la forma en que éstos interactúan, (d) las estructuras socioeconómicas, (e) las tradiciones, (f) las costumbres y, (g) las diversas fuerzas políticas que impulsan el funcionamiento de las instituciones. La clasificación más común de los distintos sistemas políticos reza: (a) “*autocráticos*”, regímenes totalitarios, con partido único que controla y regula todos los aspectos de la vida de las personas, impone una ideología totalizante, no permite minorías divergentes y no consulta al pueblo y, (b) “*regímenes democráticos o constitucionales*”, caracterizados por la división de poderes en distintos órganos, elección de autoridades, existencia y respeto de minorías divergentes, respeto y garantía de los derechos de las personas. La diferencia radica en si el poder es detentado y atribuido por varios, independientes entre ellos -detentación comunitaria del poder- o si dicho poder esta monopolizado en un sólo detentador -una persona, un partido, una asamblea, una junta-.

---

<sup>38</sup> LOEWENSTEIN, 1953, p. 689 y ss.

La diferencia entre autocracia y democracia constitucional la podemos ver en la distribución del ejercicio del poder: en uno existen mecanismos de control político, mientras que en el otro hay una concentración de poder sin división ni control. El Estado constitucional se basa en la distribución, donde cada detentador del poder participa en la formación de la voluntad estatal, siendo cada órgano controlado de forma recíproca por los otros detentadores del poder. El constitucionalismo se basa en la libertad e igualdad, mediante la consagración de un Estado de Derecho, donde cada una de las ideologías y fuerzas democráticas pueden libremente competir. La autocracia, por su parte, se caracteriza por un solo detentador del poder absoluto. Se excluye la existencia de otras ideologías y fuerzas sociales. Tampoco nos debemos confundir, en el sistema político de la autocracia la técnica dominante es el orden y obediencia mediante la coacción vertical, aunque ella este camuflada con elecciones aparentes.

Loewenstein sostiene que históricamente se pueden identificar los siguientes sistemas políticos: (a) teocracia, (b) monarquía absoluta, (c) constitucionalismo liberal e igualitario, (d) colectivismo - corporativo, social o comunista- y, (e) fascismo. Siguiendo su terminología, el concepto “*sistema político o régimen político*” se refiere a la estructura ideológica, mientras que el concepto “*forma/tipo de gobierno*” se refiere a la concreta conformación de las instituciones del sistema político en una determinada sociedad estatal. Por ejemplo, en un sistema político constitucional democrático existen distintas formas de gobierno, como el presidencialismo o parlamentarismo.

### **(iii) Elemento político y formas de gobierno.**

Para Schmitt, siguiendo a Aristóteles, el elemento político de una Constitución se encuentra en la distinción clásica de las formas de gobierno: (a) democracia, (b) monarquía y, (c) aristocracia. “La clasificación aristotélica de las formas de gobierno se ha convertido en clásica. Siguiendo a Heródoto y a Platón, Aristóteles desembocó en su célebre división tripartita, tras haber valorado una cantidad de material hasta entonces no alcanzada y que él y sus discípulos habían acumulado en investigaciones sobre diversas localidades. Partiendo del criterio cuantitativo del número de los detentadores del poder, Aristóteles distinguió: monarquías, aristocracias y politeías, designando con esta última palabra al Estado que se denomina, con expresión moderna, democracia constitucional”<sup>39</sup>.

República es corolario de democracia. Es una forma de gobierno en donde, de los tres poderes clásicos, uno o más de ellos se organizan conforme a los principios democráticos, esto es, con la mayor cantidad

---

<sup>39</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 42-43.

posible de participación. República, en palabras de Kant, significa “El Estado de Derecho con división de poderes, colocándose así en contraposición a todo absolutismo, sea monárquico o democrático”<sup>40</sup>. Democracia por su parte significa el predominio de las mayorías, mejor dicho, el predominio de los ciudadanos con derecho a sufragio, en una nación donde la mayoría de ellos tenga derecho a voto.

En la monarquía, la unidad política del pueblo recae en sus reyes. Su fundamentación puede ser de diversa índole: (a) se le puede considerar desde su fundamentación religiosa -teocrática-, donde el poder y autoridad del monarca provienen de Dios mismo. El Monarca no depende ni de la Iglesia ni del papa, menos aún de la anuencia del pueblo, (b) se puede considerar al rey como el padre de familia, concibiendo al Estado como una especie familia voluminosa. Esta postura se conoce como la doctrina patriarcal de la monarquía -patriarcal-, (c) otros fundamentan la monarquía en su poderío patrimonial, donde el monarca es titular de la riqueza, el poder económico y las extensiones mas amplias de tierras -patrimonial-; (d) se puede considerar al monarca como un caudillo territorial -feudal-, que garantiza seguridad y protección a los súbditos a cambio de trabajo; (e) tenemos también la monarquía de funcionarios, donde el monarca esta en la cúspide de un grupo de administradores -de funcionarios- y, (f) finalmente, la monarquía cesarista, donde el monarca es sólo un dictador sobre base democrática -cesarista-. De todas las teorías antes mencionadas -para fundamentar la existencia de una monarquía-, dos son reiteradas en doctrina: La idea de un monarca representante de Dios; y la idea de un monarca padre de familia. Ambas constituyen ideas no políticas. En el siglo XVIII se buscan las fundamentaciones racionalistas. Con la Ilustración el rey es un primer magistrado, el funcionario más ilustrado, aquel que puede cuidar de mejor manera el bienestar de sus súbditos. En el siglo XIX se justifican las monarquías en argumentos racionalistas y empíricos, insertando al monarca en el sistema de división de poderes, siendo la monarquía una simple forma de gobierno mas, teniendo al monarca como un jefe, un poder neutral objetivo que modera las contraposiciones entre las diversas funciones y actividades del Estado. En los Estados modernos, la monarquía constitucional se inserta dentro del concepto de división de poderes, donde el monarca representa la unidad política de la nación, como un jefe del ejecutivo, teniendo de contraparte la representación popular en el parlamento.

En la actualidad, el elemento político de la aristocracia lo podemos encontrar en la institución del sistema bicameral, con la distinción entre una cámara alta -mas o menos aristocrática u oligárquica si se quiere-, y una cámara baja - generada democráticamente-. Ejemplo típico lo constituye la cámara alta en Inglaterra -los Lores-, que está constituida por un gran número de intelectuales y hombres de negocios, decanos de universidades, científicos, mecenas, que actúa como un órgano asesor, y solo

---

<sup>40</sup> SCHMITT, 2019, p. 292.

residualmente realiza un papel legislativo, pudiendo discutir proyectos de ley en profundidad y rechazar leyes remitidas por la cámara de los comunes, pero solo por el plazo de un año.

Para Loewenstein<sup>41</sup>, las formas o tipos de gobierno se deben enmarcar en la clasificación de los sistemas políticos de la autocracia y del constitucionalismo. La autocracia habitualmente se asimila a ciertos conceptos como dictadura, despotismo, tiranía, ausencia Estado de Derecho, Estado policía, totalitarismos o autoritarismo, entre muchos otros que dan cuenta de la ausencia de distribución de poder y la consecuente concentración del mismo. Así, la primera distinción conceptual que se debe efectuar es diferenciar autoritarismo de totalitarismo. El primero de ellos se refiere a la organización política del poder, en donde una sola persona o grupo monopoliza el poder sin participación de los destinatarios en la formación de la voluntad estatal. El único detentador impone y dicta su decisión. Este concepto se refiere mas a la estructura gubernamental que a la estructura u orden social. El concepto totalitarismo, por su parte, se refiere al orden socioeconómico y moral de la dinámica estatal. Este régimen no solo busca excluir a los destinatarios del poder, adicionalmente, busca modelar la vida privada de los destinatarios, su alma, espíritu y costumbres conforme a una ideología dominante. En él destacan elementos como el control, orden, obediencia, Estado policía, partido único, adoctrinamiento ideológico de la nación mediante la coacción, etc. En el totalitarismo destacan el fascismo italiano, el nacional socialismo alemán y el comunismo chino, de la URSS o de Corea del Norte -mal denominadas democracias populares-. Un elemento central que permite distinguir un régimen autoritario de uno totalitario, será la existencia o ausencia de una ideología impuesta por medio de la coacción a los destinatarios.

En la autocracia, siguiendo a Loewenstein, encontramos tres formas de gobierno: (a) monarquía absoluta, que constituye una autocracia no totalitaria, donde la legitimación del rey recae en su derecho hereditario al trono y la decisión y ejecución política es monopolizada por él, (b) cesarismo plebiscitario de Napoleón, con una configuración autoritaria de poder que se escondió hábilmente bajo una fachada democrática (pseudodemocracia), pues “el bonapartismo creó con esta hábil unión el prototipo de la autocracia moderna, habiéndole marcado la máxima de Sieyès según la cual la

---

<sup>41</sup> Es importante tener presente que para Loewenstein, la clásica teoría de la separación de poderes del Estado (o “*de funciones*” en sus palabras), debía ser superada. Él propone analizar la dinámica del poder, en las actuales sociedades moderna de masas, bajo otra división: 1. La decisión política fundamental, donde la sociedad elige entre varias opciones políticas fundamentales (de naturaleza política, socioeconómicas y hasta morales), siendo, sin dudas, la más importante, la elección del sistema político y dentro de él la forma de gobierno; 2. La ejecución de la decisión (en cualquier campo de la actividad estatal, principalmente mediante la ejecución de la ley, administración o ejecutivo) y; 3. El control político (atribución de poder a distintos órganos, control recíproco, control del pueblo, responsabilidad política y supremacía constitucional).

confianza debe venir de abajo, el poder, sin embargo, de arriba”<sup>42</sup>, (c) neopresidencialismo, que viene a ser la versión moderna del bonapartismo, en él, el presidente -jefe de gobierno- es superior en jerarquía a todos los otros poderes del Estado, dado que ningún otro poder está a su altura, ni puede controlarlo, pues el parlamento y los tribunales de justicia son formalmente independientes pero están sometidos al control del jefe de Estado. Se sitúa esta forma de gobierno -que es igualmente una dictadura-, en el punto medio entre autocracia tradicional y la democracia auténtica. Un ejemplo de este régimen de gobierno lo encontramos en la denominada Constitución de Perón de 1949 y la de Egipto de 1956. En la autocracia contemporánea, existe la costumbre de disfrazarse o esconderse al alero de una Constitución escrita para adherir formalmente al principio de legitimidad democrática, configurándose las “*autocracias constitucionales*”, que de “*democracia constitucional*” tienen poco o nada.

En la democracia constitucional encontramos diversos tipos de gobierno, todos ellos caracterizados por la existencia de diversos detentadores del poder, cooperación entre ellos en la formación de la voluntad estatal, respeto al mandato constitucional, existencia de partidos políticos, convencimiento de que el poder emana del pueblo, elecciones universales libres y división tripartita del poder entre gobierno, parlamento y pueblo. Estos son: (a) democracia directa, cuando el pueblo organizado como electorado es el detentador del poder. Se caracteriza por que la totalidad del pueblo con calidad de ciudadano se reúne en asambleas o en comités para adoptar las decisiones políticas. Funcionarios y magistrados son nombrados por periodos breves de tiempo, elegidos o sorteados, con competencias estrictamente delimitadas. No hay una distinción clara entre ejecutivo, legislativo y judicial. Solo funciona en territorios pequeños. No constituyen técnicas eficaces de gobierno y han demostrado ser un fracaso a lo largo de la historia, como en las Ciudades-Estado griegas antiguas. Destacan sí, en este tipo de gobierno, los plebiscitos de reforma constitucional y la iniciativa popular de ley, que cada día abundan más en las constituciones modernas; (b) gobierno de asambleas, cuando el parlamento, como representante del pueblo, es el superior detentador del poder y solo responde ante el pueblo. El ejecutivo esta estrictamente sometido a la asamblea. Se aplicó por primera vez en Inglaterra, entre 1640 y 1649, hasta que el Parlamento Largo fue sometido por Cromwell. También en la revolución francesa, tras la implementación de la Constitución de 1793, inspirada en las ideas de Rousseau -democracia plena-, que dio paso al “*Gobierno del Terror*” del Jacobino revolucionario Robespierre, y también en la Constitución francesa de 1946, de inspiración comunista, que fue rechazada por el pueblo en plebiscito, precisamente por su inspiración comunista. En Suiza fue adoptado por la Constitución de 1848, y resurge en la Constitución estalinista de 1936, en la URSS con el “*Soviet Supremo*” -que sesionaba sólo 2 veces al año-, extendiéndose a todos los Estados organizados como “*democracias*

---

<sup>42</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 82-83

*populares*” -Albania, Hungría, Yugoslavia, Rumanía, Polonia, Checoslovaquia, Alemania Oriental, China, Mongolia, Vietnam y Corea del Norte-. En general, aparece en todo Estado comunista, toda vez que el gobierno de asambleas rápidamente desemboca en una autocracia de una persona, junta, partido o comité. Es la forma preferida en que el comunismo se disfraza de democracia para instaurar su ideología criminal; (c) parlamentarismo<sup>43</sup>, busca un equilibrio entre el parlamento y el gobierno, sin que ninguno pueda quedar por sobre otro -interdependencia por integración-. Sin perjuicio de ello, en la realidad histórica, uno u otro detentador del poder ha pesado mas en la balanza del poder<sup>44</sup>. Los elementos comunes, en las diversas variables de parlamentarismo, son: (1) miembros del gobierno o del gabinete son al mismo tiempo miembros del parlamento, (2) gobierno o gabinete esta compuesto por los jefes del partido o partidos mayoritarios que se unen para formar mayoría; (3) gabinete tiene una estructura jerárquica, con un primer ministro reconocido como líder; (4) gobierno o gabinete permanece en el poder siempre que cuente con el apoyo de la mayoría del parlamento; (5) parlamento y gobierno detentan la facultad de adoptar la decisión política, y deben ser colaboradores en la ejecución de la decisión por medio de la legislación; (6) ambos se controlan mutuamente, el parlamento puede exigir responsabilidad política del gobierno -en extremo puede impulsar un voto de censura, o rechazar un voto de confianza pedido por el gobierno-, y este a su vez puede disolver el parlamento y convocar nuevas elecciones; (d) gobierno de gabinete, como variable del parlamentarismo, que tiene a su principal exponente en Inglaterra, donde el gobierno -primer ministro y gabinete- tienen una clara predominancia sobre el parlamento. La dinámica del poder se juega entre los dos principales detentadores, el gobierno y el electorado, estando ambos por sobre la Cámara de los comunes. Sus características son: (1) sistema bipartidista -conservadores y laboristas-, (2) los miembros del gabinete son todos del partido mayoritario y, al mismo tiempo, miembros del parlamento -integración-, (3) el líder del partido mayoritario que gana las elecciones es designado Primer Ministro y, a su vez, designa discrecionalmente a los miembros del gabinete (4) la Cámara de los Comunes participa con la legislación, ratificando una decisión política tomada por el gabinete. Su negativa ante un proyecto de ley importante trae aparejada su disolución (5) el control político lo ejercen ambas cámaras y el electorado. La Cámara principalmente mediante las “*horas de preguntas a ministros*” -interpelación en el caso chileno-, (6) intachable disciplina de partidos, junto a miembros de los Comunes íntegros, inteligentes y expertos; (e) presidencialismo, cuyo origen se remonta a los Estado Unidos. Se caracteriza por tener un gobierno y parlamento separados que están obligados constitucionalmente a participar en la formación de la voluntad estatal -interdependencia por coordinación-. No hay

---

<sup>43</sup> El parlamentarismo se manifiesta principalmente en dos modalidades: 1. El parlamento como superior en poder político al gabinete; 2. Gabinete superior al parlamento, pudiendo controlar el primero al segundo. Este ultimo modelo lo podemos ver con claridad en el parlamentarismo británico.

<sup>44</sup> LOEWENSTEIN, 1938, p. 680 y ss.

integración, sino coordinación -existen un “*liderazgo*” del ejecutivo- e interdependencia entre los diversos detentadores de poderes. Elementos: (1) parlamento no puede destituir al presidente ni a los ministros -Impeachment o juicio político-, (2) presidente no puede disolver el Congreso, (3) incompatibilidad cargo de ministro y parlamentario, (4) si el presidente tiene mayoría en ambas cámaras, nos acercamos a un gobierno de gabinete, ya que puede apoyarse en su partido para gobernar. “En Iberoamérica, donde de hace siglo y medio se experimenta con el sistema presidencialista americano, cabe decir que este no ha aportado en absoluto a la continuidad constitucional y el buen gobierno que se esperaba de él. Por doquier el presidencialismo de inspiración norteamericana ha dado lugar a una forma iberoamericana de autoritarismo, el caudillismo”<sup>45</sup>.

Opté por explayarme sobre los distintos regímenes de gobiernos, toda vez que, de cara al proceso constitucional que vive nuestro país, una de las principales cuestiones que se deberá debatir al interior de la convención constitucional dice relación con la elección del sistema político, una decisión política fundamental, y en específico de su forma de gobierno. La realidad histórica nos demuestra que no existen recetas mágicas, ni formulas constitucionales perfectas, que sirvan de guía para el desarrollo de nuestra tradición constitucional. No podemos simplemente apuntar a un país, continente o texto normativo, y livianamente proceder a la copia de las instituciones ahí reguladas, toda vez que la ideología que caracteriza un sistema dista diametralmente de una nación a otra. Al menos, en una revisión histórica, nuestro país puede dar cátedra de haber probado las dos principales formas de gobierno, con sus peculiaridades propias<sup>46</sup>. Gozamos en la actualidad de un sistema presidencial que no esta exento de severas críticas, y hemos vivido, sin mucho éxito, el parlamentarismo -a la chilena- desde 1891 a 1925. Finalmente, no podemos dejar de mencionar la vía chilena al socialismo, durante el gobierno de Allende, que vulneró de forma reiterada la Constitución de 1925, con ánimo de imponer una forma de gobierno de asambleas, propia de la ideología añeja y fracasada del comunismo.

#### **(iv) Separación de poderes.**

Cuando analizamos la parte orgánica de una Constitución, la división de poderes es piedra angular. Con la división se regulan y controlan los distintos órganos que componen cada uno de los poderes del Estado. Como señale en la introducción, el concepto “*poder*” es fundamental entendiendo éste en un sentido neutro, libre de cualquier valoración, que en sí no es éticamente bueno ni malo. Para nosotros, es simplemente la relación entre los detentadores y destinatarios del mismo, más la relación entre los

---

<sup>45</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 140.

<sup>46</sup> En Chile no tuvimos un verdadero parlamentarismo, cuestión que explicaré en detalle mas adelante.

diferentes detentadores del poder, según los diversos sistemas políticos que se analicen, “en esta última cuestión yace el problema de una adecuada limitación del ejercicio del poder; esta limitación puede ser llevada a cabo, bien a través de la respectiva interacción entre los diferentes detentadores del poder, bien a través de la intervención de estos con los destinatarios del poder. Y esto es el núcleo esencial de los que históricamente ha venido a ser llamado el Estado constitucional”<sup>47</sup>. Ahora, la clásica teoría de la separación de poderes del Estado, unida al concepto de garantizar las libertades individuales, es sin duda obra de Montesquieu, el cual la toma de Locke, quien sostiene que solo en la medida que los tres detentadores del poder sean independientes entre ellos y se controlen entre si, quedan protegidos los destinatarios del poder del abuso del mismo por parte de las autoridades.

El poder, cuando no está limitado, se transforma en tiranía y arbitrario despotismo. El mismo Aristóteles distinguió entre las formas de gobierno “*puras*” y las “*degeneradas*”, las primeras, se caracterizan porque los detentadores del poder buscan servir al bien común de los destinatarios, mientras que en las segundas el egoísmo de los detentadores es elemento esencial. Para evitar un ejercicio abusivo del poder, en el Estado moderno y organizado, el ejercicio del mismo debe ser restringido y limitado. “Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo. Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores [...] el mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad, están obligados, en último termino, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal valida. La distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los checks and balance -frenos y contra pesos-”<sup>48</sup>. La libertad de los destinatarios del poder sólo se va a garantizar en la medida que se controle debidamente el ejercicio del poder llevado a cabo por los detentadores.

En una revisión histórica, nuevamente debemos mencionar el “*Instrument of Government*”, uno de los precursores modelos de Constitución, en cuyo contenido podemos apreciar un primer intento histórico por dividir los poderes del Estado. En la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en su artículo 16 se indica “Un Estado sin derechos fundamentales y sin división de poderes

---

<sup>47</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 28.

<sup>48</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 29 y 69.



no tiene Constitución”. En Estados Unidos, en la declaración de Derechos de Virginia del año 1776, en su artículo 5 se indica “cada uno de los tres poderes tiene que formar una sección separada, ninguno puede ejercer la función de otro”. La Constitución francesa de 1848 declara en su artículo 19 “la separación de poderes es la primera condición de un gobierno libre”.

La idea de separación también la podemos encontrar en Locke, quien distingue al ejecutivo del judicial, argumentando que no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes sean los llamados a darles aplicación. Nace así un sistema de frenos y controles recíprocos entre las distintas ramas o poderes del Estado, que divide al ejecutivo, del legislativo y del judicial. Mediante esta separación y equilibrio se evita todo absolutismo. La idea de un equilibrio o contrapeso de fuerzas domina el pensamiento europeo del siglo XVI, “el autor efectivo de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes es Bolingbroke [...] las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas recíprocas”<sup>49</sup>. En la misma línea, y tomando de base los postulados de Bolingbroke, sostiene Montesquieu “en todos los Estados hay tres especies de poder público: el poder legislativo, el ejecutivo para asuntos exteriores y el ejecutivo para la política interna. Por el primero, el príncipe o autoridad emite nuevas leyes para un cierto tiempo o para siempre y mejora o deroga las viejas. Por el segundo declara la paz o la guerra, envía embajadas y las recibe, vela por la seguridad y previene los ataques del enemigo. Por el tercero castiga los crímenes y dirime los pleitos civiles. El último es el poder judicial”<sup>50</sup>. Cabe señalar que si bien estamos hablando de tres organizaciones distintas, donde ninguno de los miembros de cada una puede al mismo tiempo pertenecer al otro, no se trata de organismos aislados entre ellos sino que deben vincularse mediante contrapesos recíprocos de poderes claramente diferenciados.

#### **(v) Control al poder político.**

Para que un Estado, con su sistema político, sea considerado una democracia constitucional, es fundamental que dé cumplimiento al requisito de la distribución del poder en diversas instituciones. Junto a la división, surge un segundo elemento que dice relación con el control. No basta la mera separación de carácter nominal, sino que necesitamos mecanismo de control efectivo, donde los destinatarios del poder como dueños del poder supremo puedan controlar a los detentadores. La auto limitación es una utopía, el ser humano por naturaleza tiende a concentrar y abusar de su posición dominante, por ende, las instituciones dedicadas al control del poder deben ser creadas y reguladas de

---

<sup>49</sup> SCHMITT, 2019, 246.

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, 1748.

forma expresa. Entonces, la Constitución debuta como el mecanismo principal para controlar el poder, regulando los frenos que la sociedad quiera imponer en un sistema de reglas fijas, a objeto de garantizar los derechos individuales.

Los mecanismo de control se clasifican en dos: (a) controles horizontales, donde vamos a tener instituciones que operan al interior de cada un de los poderes (intraorgánicos), y, por otra, aquellos que operan entre los distintos detentadores del poder, vale decir, un detentador de poder controlando o interviniendo a otro detentador (interorgánicos), a saber, control entre ejecutivo, legislativo, judicial y electorado; (b) controles verticales, son aquellos que operan entre los detentadores de poder - parlamento, gobierno y judicial- y la sociedad. Cabe mencionar que en este apartado solo realizaremos un barrido general, a título meramente ejemplificador, sin desmenuzar cada uno ellos, lo que daría para un tesis completa. Adicionalmente, debo señalar que estos controles no aplican para sistemas políticos autocráticos, toda vez que un solo detentador como Stalin, Castro o Chávez, simplemente estaba ajeno al control.

Identifiquemos, someramente, los controles horizontales: (a) controles intraórgano -aplica sólo en la medida que dicho detentador esté organizado colectivamente, ej. parlamento, gabinete, tribunal colegiado. Podemos mencionar: (1) en gobierno: (1.1) estructura colegiada del ejecutivo, mediante distinción de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, o entre un Jefe de gobierno y la Corona; (1.2) el gabinete de ministros, incluyendo al Primer Ministro, quien designa ministros a su voluntad. En la teoría podemos ver un control entre ellos, pero en la práctica es el Primer Ministro el que asume la responsabilidad política frente al electorado. Lo mismo se ve en el régimen presidencialista, donde el presidente tomas las decisiones -siguiendo o no el consejo de los asesores-, pero finalmente él asume la responsabilidad política; (2) en el parlamento: (2.1) parlamento organizado sin posibilidad de recibir presiones de otro poder o de órganos extra constitucionales; (2.2) las minorías deben quedar protegidas frente a las mayorías, deben existir reglamento interno y posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a sus miembros; (2.3) existencia de sistemas bicameral; (3) en el poder judicial: (3.1) tribunales colegiados; (3.2) doble instancia; (3.3) tribunales con jurados; (3.4) orden jerárquico y control disciplinario;

(b) controles inter órganos: (1) del parlamento frente al gobierno: (1.1) elección del jefe de gobierno por parte del parlamento, (1.2) control político mediante rechazo de proyectos legislativos iniciados por el gobierno, interpelaciones a ministros, comisiones de investigación, ratificación por el parlamento de Tratados Internacionales, confirmar designaciones en cargos realizadas por el presidente y la constante

crítica política de los partidos de oposición; (1.3) en el parlamentarismo, la posibilidad de exigir responsabilidades políticas y destituir a un Primer Ministro -que se puede contrarrestar utilizando la herramienta de disolución del parlamento-; (2) del gobierno frente al parlamento: (2.1) iniciativa legislativa, sobre todo en materia presupuestaria, (2.2) veto presidencial, sobre todo en el régimen presidencialista, exigiendo del parlamento una nueva deliberación del proyecto. Se suma el veto absoluto, imponiéndose la voluntad del presidente, en el neo presidencialismo, (2.3) delegación de la potestad legislativa del parlamento al presidente -decretos con fuerza de ley-, por autorización del primero; (2.4) facultad del presidente de dictar reglamentos de ejecución -potestad reglamentaria-; (2.5) disolución del parlamento, de una o ambas cámaras, en regímenes parlamentarios; (3) de tribunales frente a la asamblea y el gobierno -teniendo presente que la independencia de los jueces y su libertad frente a toda interferencia es piedra angular en el Estado constitucional de derecho-: (3.1) velar por la legalidad de las actuaciones de los otros poderes -jurisdicción administrativa-; (3.2) control de constitucionalidad; (3.3) rol arbitral entre los detentadores de poder; (4) del electorado frente a gobierno y parlamento -control final sobre el parlamento y el gobierno-: (4.1) elección de representantes, (4.2) referéndum y plebiscitos.

Finalmente debo señalar que los mecanismos de control antes individualizados no son taxativos, sino que por el contrario, la implementación de ellos va a depender de cada unidad política. El proceso chileno se deberá abocar a elegir los mecanismos de control apropiados que vengán a modificar la parte orgánica o sala de máquinas, eligiendo de entre los anteriores o creando nuevos mecanismos.

#### **(vi) Derechos Fundamentales.**

Elemento esencial en toda carta fundamental -en un Estado constitucional de Derecho, burgués o liberal o en un Estado Social y Democrático de Derecho- es el catálogo de derechos y garantías fundamentales que tiene toda persona por el sólo hecho de ser tal<sup>51</sup>, que son universales, inalienables y absolutos. El catálogo pertenece a la sustancia misma de la Constitución -empero existen textos sin dichos catálogos-. Entiendo, al igual que Ferrajoli, que los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, con carácter de supra estatales y garantizados en sede internacional<sup>52</sup>. Sumo que ellos representan el ideal normativo de limitar el poder político. Avanzando, no todo derecho fundamental se encuentra consagrado en una

---

<sup>51</sup> La experiencia constitucional nos muestra que nuestros catálogos de derechos van al alza. En Chile, la CPR de 1833 tenía 7 numerales reconociendo derechos, la de 1925 tenía 15 numerales, y la de 1980 estipulaba 26 numerales dedicados a derechos. La experiencia del NCL, que veremos más adelante, da cuenta de la inflación de derechos.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, 1999, p. 35 y ss.

Constitución, ni a la inversa, un derecho es fundamental por estar consagrado en una Constitución. En ella se pueden enumerar derechos de diversa índole, sin otorgarle necesariamente el rotulo de derecho básico, fundamental o inalienable. Considero, a título personal, que el elemento central que debemos tomar en consideración para imponer dicho rótulo dice relación con su consideración como anterior y superior al Estado, el que se limita a reconocerlos y protegerlos. Son derechos que corresponden al hombre libre -individualmente considerado en primera instancia- y que se ejercen frente al Estado.

Estos catálogos los podemos encontrar inicialmente: (a) en la Carta Magna de 1215, (b) en el Acta de Hábeas Corpus de 1679 -protección contra el encarcelamiento arbitrario junto al derecho a ser oído por un juez- y, (c) en el Bill of Rights de 1688 -todas Inglesas- que, como ya hemos señalado, no son propiamente constituciones, sino mas bien regulaciones contractuales que responden a lógicas del derecho civil, entre barones/burgueses y el Rey. “La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados Americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo -según una frase de Ranke- de la era democrática -mas exacto: liberal- y del moderno Estado de Derecho Liberal-burgués”<sup>53</sup>. En ese sentido, los primeros ejemplos que podemos señalar como declaraciones universales de derechos fundamentales datan de EEUU, por ejemplo: (a) Estado de Virginia de 12 de junio de 1776 o (b) Pensilvania de 11 de noviembre de 1776. Algunos derechos reconocidos son: Libertad, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia y libertad de conciencia, culto o religión. Recordemos que el Estado Antiguo, de la Edad Media, no reconocía el derecho de libertad, porque en dicha época no se reconocía una esfera privada de las personas frente a la comunidad toda del pueblo y el Estado. La Constitución federal de 1787, junto a su primera enmienda de 1791, se da en el contexto de una revolución liberal e individualista, su espíritu no es republicano o democrático, sino liberal, y con ella nace el concepto de limitar el poder del Estado para garantizar libertades de los ciudadanos.

Seguidamente, como piedra angular en el desarrollo de los DDHH, encontramos la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789<sup>54</sup>. En ella se consagra la libertad, propiedad privada, seguridad y derecho de resistencia -se buscaba garantizar derechos

---

<sup>53</sup> SCHMITT, 2018, p. 217.

<sup>54</sup> La DUDHYC es fruto de la revolución contractualista francesa, cuya estructura básica se remonta a Thomas Hobbes, siendo su obra principal “El Leviatán”, donde analiza: (a) estado de naturaleza -dominado por las pasiones, precariedades y violencia-, (b) pacto -cuando los hombres inteligentes, pero igualmente malvados deciden pactar, entregando el poder al soberano para que mantenga orden y paz-, (c) estado de sociedad -firmado el pacto, se instaura la sociedad, equivalente al Estado-. En el contractualismo clásico menester es mencionar a John Locke y Jean-Jacques Rousseau. Todos ellos recalcan: (a) el carácter ficticio del contrato originario de la sociedad y el orden político, (b) libertad individual propia del renacimiento y (c) autolimitación de libertad individual mediante contrato social para asegurar un bien superior, vivir bien y con tranquilidad (Hobbes), la seguridad y la libertad (Rousseau).

políticos de participación en la esfera pública y control democrático-. No se reconocen derechos como libertad de religión o de asociación. En esa misma línea, las constituciones francesas de 1793 y 1795 contienen catálogos de derechos, mientras que la de 1848 se remite a los derechos consagrados en la Declaración de 1789.

En Alemania, la Constitución de 1849 reconoce *“Los derechos fundamentales del pueblo alemán”*, entre ellos la libertad de residencia, de desplazamiento, igualdad ante la ley, libertad personal, de conciencia, de reunión y asociación, propiedad privada, derecho al juez legal; la Constitución prusiana de 1850 también incorpora un catálogo de derechos como la igualdad ante la ley, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, derecho al juez legal, prohibición tribunales de excepción, inviolabilidad propiedad privada, libertad desplazamiento, libertad de religión, de opinión, de prensa, reunión, asociación. La Constitución de Bismarck de 1871 no tiene catálogo alguno de derechos fundamentales. La Constitución de Weimar de 1919 tiene un catálogo de *“Derechos y deberes fundamentales de los Alemanes”*, a saber, igualdad ante la ley, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, derecho a opinar, libertad de reunión, de asociación, propiedad privada. En ella se consagra -en sus palabras iniciales- la voluntad del pueblo alemán de *“renovar y reafirmar su Reich en la libertad y la justicia, servir a la paz interior y exterior y propulsar el progreso social”*.

Inclusive la Constitución de la República Bolchevique Soviética de 1918 consagra una declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado, en franca contradicción con los derechos consagrados en una Constitución de un Estado Constitucional de Derecho. Se elimina la propiedad privada sobre el suelo, minas, aguas, fábricas y bancos, proclamando únicamente la lucha contra el imperialismo de las potencias capitalistas, la solidaridad entre los trabajadores y explotados, se separa la Iglesia del Estado y de las escuelas, se reconoce la libertad religiosa y antirreligiosa. Por otro lado, libertad de prensa, asociación y reunión son sólo para la clase trabajadora y campesinos. La Constitución de las URSS de 1924 sólo contiene una declaración contra el mundo capitalista.

A nivel regional los principales instrumentos son: (a) la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 y, (b) la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Delineamos ahora unas ideas sobre las clasificaciones tradicionales. “Los derechos fundamentales se clasifican en distintos grupos de acuerdo a sus contenidos. Un primer grupo se refiere a aquellos que dan el pie para que el ciudadano pueda participar en los asuntos del Estado y sea considerado como un agente político, pero al mismo tiempo le da garantías básicas para poder actuar y vivir con libertad,

estableciendo un nivel básico de protección frente a posibles abusos de la autoridad: con esto nos referimos al grupo de Derechos Civiles y Políticos”<sup>55</sup>. En una primera etapa, bajo la concepción de un Estado Constitucional Liberal o Burgués-, la primera aproximación a los DDDFF dice relación con el hombre libre, individualmente considerado, donde destacan sus esferas de libertad personal e individual. Luego, junto a ellos, tenemos los derechos esencialmente democráticos, que también son derechos humanos, pero que van más allá de la lógica individualista, que corresponden al ciudadano que vive en el Estado. Son aquellos que tienen un carácter esencialmente político. Ellos no son ilimitados en principio, no son libertades. Se inspiran en el concepto democrático de la igualdad ante la ley, y corresponden a todos los ciudadanos en la medida que sean parte de la misma nación-Estado. Entre ellos podemos mencionar la igualdad ante la ley, el derecho de petición, el derecho a sufragio y el acceso igualitario a los cargos públicos. En estos derechos, denominados de primera generación, un elemento transversal es su falta de gasto público directo asociado para su existencia. El Estado no debe realizar prestaciones positivas, o financiar, sino que se limita a no interferir o vulnerar. Se busca la no afectación de los mismos, ya sea por el Estado o por terceros.

“Otro grupo de derechos se desarrolla en torno a la necesidad de tener las condiciones materiales para que todas las personas estén en pie de igualdad en tal actuar político. Surge la necesidad de poder contar con los mínimos que toda persona requiere para poder llevar una buena vida. Es así como se reconoce un segundo grupo, que corresponde a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”<sup>56</sup>. En una segunda etapa, nos podemos referir a los derechos de carácter socialistas, mas suavemente sociales, donde destacan las prestaciones positivas por parte del Estado. “Se comprende que el aspecto que presenta menos dificultades en materia de derechos sociales es el de su enunciado constitucional. Nada cuesta enumerar como derechos constitucionales aspiraciones de diversa índole y es lo que han hecho algunas constituciones, dando origen a una verdadera inflación de derechos, imposible de satisfacer por falta de recursos, y que han conducido a una devaluación del concepto de derechos humanos”<sup>57</sup>. Estos derechos se ven condicionados a la posibilidad fiscal de financiarlos. Destacan el derecho al trabajo, jornada laboral y sueldo mínimo, protección frente al desempleo, vacaciones pagadas, la asistencia y socorro, educación, sindicalización, vivienda adecuada, protección contra accidentes laborales, asistencia en la vejez, beneficios para familias numerosas. Todos estos se engloban dentro del actual concepto de Estado de Bienestar. En una revisión histórica “los económicamente débiles exigieron protección contra los económicamente mas poderosos; necesitaban servicio públicos y medidas legislativas político-sociales para protegerse del hambre y de la miseria, de la enfermedad y de la

---

<sup>55</sup> SOTO., BRITO., KLENNER., LEDESMA., NUÑEZ., 2020, p. 57.

<sup>56</sup> SOTO., BRITO., KLENNER., LEDESMA., NUÑEZ., 2020, p. 60.

<sup>57</sup> BERTELSEN, 2020, p. 122.

incapacidad de trabajo por edad [...] cediendo a la presión creciente y para evitar una violenta explosión, el capitalismo de libre empresa se vio obligado a acceder paso a paso a las peticiones de las masas para una mejora económica y de una justicia social”<sup>58</sup>. Su primera aparición histórica data de la misma Constitución francesa de 1793 y 1848, con el reconocimiento del derecho al trabajo. También se regularon, de forma pionera, en la Constitución de México (1917) y alemana de Weimar (1919). En el constitucionalismo latinoamericano su irrupción se da entre 1930 y 1980 -en Chile destaca la Constitución de 1925-, a raíz de la incorporación de masas de trabajadores a la política, el desmoronamiento del orden neo colonial, la crisis de 1929 y la irrupción intervencionista del Estado en materias económicas, incluyendo la creación de los Bancos Centrales<sup>59</sup>.

En síntesis: (a) derechos propios del individualismo clásico: libertades civiles -como la inviolabilidad del domicilio, secreto comunicaciones, libertad tránsito-, y políticos -como la libre asociación, reunión, voto, igual acceso a los cargos públicos-; (b) derechos propios del colectivismo y del Estado de Bienestar: económicos, sociales y culturales -salud, educación, vivienda, seguridad social-. El individualismo y el colectivismo viven en la actualidad de manera conjunta, producto de las demandas de las masas, que exigen mayor seguridad económica y justicia social; (c) finalmente cabe mencionar que la teoría de los derechos fundamentales ha ido desarrollando un tercer grupo de derechos, denominados Derechos Colectivos, que buscan obtener un reconocimiento de garantías básicas que puedan ejercerse ya no sólo por una persona individualmente considerada, sino que se refieren al colectivo de ciudadanos considerados como conjunto, cuyo ejemplo más claro son los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

#### **(vii) Mecanismo de cambio.**

Mecanismos en virtud de los cuales podemos reformar el texto vigente. Para Schmitt, la norma fundamental debe contener algún mecanismo de reforma, sin que pueda modificarse completamente su texto alterando su esencia -el contenido propiamente constitucional-. En esto debemos reafirmar la postura inicial, en torno a sostener que el pueblo organizado tiene siempre la potestad de cambiar y/o modificar su texto constitucional. Incluso en un Estado Constitucional Democrático, pluralista, con un texto que pueda ser catalogado de perfecto, aprobado en un plebiscito por una mayoría abrumadora, es tan sólo un texto pasajero, estando siempre sujeto a reforma, toda vez que las mayorías sociales son -en mayor o menor medida- pasajeras. El texto constitucional perfecto no existe y difícilmente pueda

---

<sup>58</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 399.

<sup>59</sup> GARGARELLA, 2015, p. 199.

existir. Por ello, debe estar siempre sujeto a la posibilidad de reforma, en atención a las constantes tensiones internas de una nación, los cambios de las fuerzas políticas y, finalmente, el normal desarrollo y crecimiento de la economía, que van impulsando paulatinamente nuevas demandas sociales.

La reforma constitucional, en sentido formal, es la técnica mediante la cual se modifica el texto. En la mayoría de las constituciones dichas normas se encuentran al final del documento. Por ejemplo, nuestra Constitución regula su mecanismo de reforma en el Capítulo XV, donde se establece el procedimiento de reforma tradicional, así como el mecanismo de creación de una nueva Constitución- incorporado por la ley 21.200, que vino a incorporar el denominado “*actual proceso constituyente*”, con sus tres etapas-. Esta característica de una Constitución la podemos encontrar en aquellos textos que son escriturados. En el derecho consuetudinario, principalmente de Inglaterra, la Constitución no escrita se va modificando mediante las “*convenciones constitucionales*”, que en la práctica van modificando el texto no escriturado.

En nuestra tradición constitucional hemos pasado por diversos modelos. La Constitución de 1833 establecía la votación diferida por dos legislaturas consecutivas. La de 1925 fijaba mayoría absoluta para reforma constitucional más aprobación por Congreso Pleno 60 días después de aprobada reforma por cámara revisora. La de 1980 divide los quórum entre 2/3 y 3/5 dependiendo de la materia<sup>60</sup>.

#### **(viii) Mecanismo de garantía jurisdiccional para velar por la supremacía constitucional.**

Entendido como el mecanismo por el cual se vela por el control de constitucionalidad de las leyes dictadas conforme a ella, a objeto de: (a) velar por el principio de la supremacía constitucional, (b) dirimir conflictos entre los poderes del Estado y, (c) velar por la seguridad jurídica. Sus orígenes históricos se pueden remontar a los Estados Unidos, en el caso “*Marbury vs Madison*”, fallándose por primera vez que la ley pierde validez por ser contraria a la Constitución.

El mecanismo de control puede ser: (a) concentrado -en un sala o tribunal especializado-, como en Chile (1970), Alemania (1919 y reforma de 1949), Austria (1920, reinstaurado en 1929), España (1931 y reforma de 1978), Italia (1947), Francia (1958), Perú (1980), Ecuador (1984), Colombia (1991); (b) difuso, pudiendo velar por el control cualquier tribunal del poder judicial -EEUU y Argentina son

---

<sup>60</sup> El texto original de 1980 requería, adicionalmente, ratificación por Congreso Pleno, y doble legislatura respecto de los capítulos que requieran 2/3. En 2005 se eliminó la figura de la ratificación por el Congreso Pleno.



buenos ejemplos de ello-. Estos mecanismos de control comienzan a multiplicarse tras el término de la segunda guerra mundial, al notar que las mayorías igual podían vulnerar los derechos humanos, como sucedió en la Italia fascista, en la Alemania nazi, o en todos los regímenes comunistas del mundo. A nivel internacional, de 196 países analizados, 176 de ellos tienen mecanismo de control, y 103 tienen cortes especializadas.

Recordemos que bajo la vigencia de la Constitución de 1833 sólo el Congreso podía efectuar el control de constitucionalidad -artículo 164-, y la Corte Suprema siempre se manifestó contraria a ejercer dicho control - siendo la tesis dominante durante el siglo XIX-. La Constitución de 1925 crea el control de constitucionalidad represivo y concreto, entregándose a la Corte Suprema -artículo 86-, pero la corte nuevamente fue reticente a su aplicación -esta fue la tesis del siglo XX-. En 1970 se crea el Tribunal Constitucional, bajo el gobierno de Frei Montalva, pero solo velando por el control preventivo y facultativo en tramitación de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales, mientras que el control represivo concreto seguía radicado en la Corte Suprema -artículo 80-. La Constitución de 1980 mantuvo las mismas reglas sumando el control preventivo obligatorio de leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución. Con la reforma de 2005 recién se entrega el control represivo -inconstitucionalidad- al Tribunal Constitucional y se crea, además, un control represivo general y eventual. En la Constitución actual los principales mecanismos de control son el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, mediante el mecanismo de la toma de razón, en el segundo caso.

## **Poder constituyente. De la concepción monárquica, teológica, judeocristiana y monoteísta, a la soberanía popular democrática.**

El poder constituyente<sup>61</sup> se puede definir como la voluntad de la unidad política, cuya fuerza u autoridad lo habilita a tomar decisiones respecto del modo y forma de su propia existencia política. El poder constituyente es simplemente la voluntad política de la nación -o naciones-, el que no desaparece una vez ejercitado sino que se mantiene cohabitando al lado y por encima de la norma fundamental. Es un poder unitario e indivisible, que está por encima de los demás poderes del Estado. Del poder constituyente surgen los poderes del Estado, su división, y los mecanismos de pesos y contra pesos. A modo de ejemplo, podemos reproducir el artículo 28 de la Constitución Francesa de 24 de junio de 1793, cuyo tenor literal indica “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución”.

El poder constituyente reside esencialmente en el pueblo, que se reconoce a si mismo como nación, esto es, como una unidad política con capacidad de obrar y voluntad propia. En ese fenómeno, el pueblo toma una decisión libre en torno al modo y forma de su existencia política. “En lo formal, la Constitución es la norma de mayor jerarquía y se diferencia de las demás, porque establece el poder constituyente originario, es decir, quien ostenta el poder político para establecer las normas fundantes de la sociedad. Las teorías constitucionales modernas señalan que dicho poder descansa legítimamente en el pueblo, quien lo crea directamente o a través de sus representantes”<sup>62</sup>. La nación, entonces, pasa a ser el sujeto del poder constituyente. Dicho poder tiene todas las facultades y competencias que se han consagrado por medio de una Constitución, pero no está limitado nunca por la existencia previa de una carta fundamental. De esta forma, el concepto de “*Asamblea Constituyente*” nace cuando nos queremos referir al poder constituyente originario<sup>63</sup>, ella obra como única magistratura constitucional de la unidad política y único representante de la nación; todo lo obrado por ella es una emanación directa del poder político que le ha transmitido de forma directa el pueblo, no teniendo que respetar ninguna división de poderes del Estado o estar sujeta a control constitucional alguno. Ella puede

---

<sup>61</sup> Históricamente el concepto Poder Constituyente, en su concepción de soberanía popular tiene sus orígenes en el autor Marsilio de Padua, en su texto de 1324 “*Defensor pacis*”, escrito a raíz del conflicto entre Luis IV y el papa Juan XXII por el trono del Sacro Imperio. Dos son sus aportes al concepto: (a) designar la autoridad última en la multitud -el pueblo-nuevo sujeto político, como detentador de la soberanía, con la potestad de designar autoridades espirituales y seculares y, (b) al pueblo también corresponde el establecimiento de sus leyes fundamentales e instituciones políticas -el Estado y sus partes-, en el acto mismo de “*fundación*” -un poder originario y productivo-. En síntesis, poder de la multitud para constituir.

<sup>62</sup> SOTO., BRITO., KLENNER., LEDESMA., NUÑEZ., 2020, p. 20.

<sup>63</sup> Nuevamente Marsilio de Padua es el primero en distinguir entre comunidad constituyente y la mancomunidad constituida, siendo la primera superior a la segunda. El acto de establecimiento del gobierno es superior al gobierno mismo y a los que legislan -concepto aristotélico de causa y efecto-.

adoptar todas las medidas que le parezcan adecuadas, sin otras limitaciones que aquellas que ella misma se imponga. No tiene una delimitación de atribuciones claramente demarcadas, sino que, al contrario, ella misma se fija los límites por la voluntad de la mayoría de sus miembros. En definitiva, es absolutamente soberana<sup>64</sup>, actuando directamente en virtud del mandato conferido por el pueblo, el que puede igualmente y en cada momento, remover/desautorizar a sus miembros o disolverla.

Cabe asentar que esta distinción, que será abordada en próximos capítulos -poder originario y constituido-, no encuentra fundamentación en la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt, toda vez que él sólo fundamenta en torno al poder constituyente originario, sin reconocer la figura del constituyente derivado, cuya construcción la encontramos a lo largo del siglo XX. Es más, en sus palabras, la legitimidad de una nueva carta fundamental no puede estar sujeta a la tramitación de la misma conforme establezcan las normas de la Constitución anterior, para él, tal idea sería “especialmente absurda”. Sí reconoce la posibilidad de realizar reformas legales a la norma fundamental, donde pueden ser competentes distintos órganos. En sus palabras “los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de reformar la Constitución, atribuida por una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”<sup>65</sup>.

Históricamente la disyuntiva respecto de quien detenta el poder constituyente -rey o pueblo- fue objeto de grandes debates durante el inicio de la edad moderna. En toda unidad política sólo puede haber un sujeto que detente el poder constituyente: o es el rey o es el pueblo, pero no puede haber un dualismo o una mixtura entre ambos. Se debe optar por una soberanía y poder constituyente radicado en el pueblo, versus una soberanía y poder constituyente radicado en el rey. Por ende, la Constitución descansa: (a) en el poder Monárquico del rey, con la plenitud de poderes del Estado o, (b) en el pueblo mediante el principio de la democracia. En una primera etapa, se consideraba que el sujeto del poder constituyente

---

<sup>64</sup> Tomando como base la delimitación conceptual de Marsilio de Padua, dos siglos después, un grupo de escritores hugonotes franceses denominados “monarcómacos” -o aquellos que combaten reyes-, radicalizan el concepto de la soberanía popular, ligándolo al derecho de la rebelión y desobediencia civil, la revuelta, la insurrección y la revolución -el tiranicidio-. Con ellos el poder constituyente se vuelve revolucionario.

<sup>65</sup> SCHMITT, 2019, p. 158.

era sólo Dios, así “Los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración”<sup>66</sup>.

En la época de la Guerra Civil inglesa (1642-1651) y de la Revolución Gloriosa (1688) se fijan los atributos esenciales de la doctrina del poder constituyente y la soberanía popular, en escritos de George Lawson<sup>67</sup>, Algernon Sidney y John Locke<sup>68</sup>. Todos ellos dan forma al constitucionalismo moderno bajo el rotulo de “*poder de constituer*”, el poder soberano de abolir, alterar, cambiar formas de gobierno, formar nuevos Estados, o alterarlos cuando son tiránicos. Con la revolución francesa<sup>69</sup> se asienta la teoría que radica el poder constituyente en el pueblo, a lo que debe sumarse, con menor claridad, la declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776)<sup>70</sup>. En la Revolución Francesa, este poder constituyente radicado en el pueblo se puede apreciar con claridad cuando los Estados Generales (Asamblea convocada por el Rey que reúnen a miembros de su tres estamentos) deciden constituirse a sí mismo como Asamblea Nacional Constituyente, el 17 de junio de 1789, auto imponiéndose la misión de elaborar un texto constitucional. Si bien dicha Asamblea fue convocada por el Rey, para constituirse como Asamblea con representantes de los tres estamentos (Nobleza, Clero y Tercer Estado) con instrucciones claras y determinadas, nada le impidió al Tercer Estado (burguesía y campesinado) actuar contra la voluntad del Rey y, basados en el principio de la elección democrática de sus miembros, convertirse a sí mismos en una Asamblea Constituyente -soberana- que radica su autoridad en la voluntad del pueblo. Las similitudes con el proceso chileno iniciado en 2019 son evidentes. El Congreso de la República, al estilo de un rey monárquico, habilita un proceso constitucional donde los miembros de la Convención serán electos por la ciudadanía, fijándose claramente en el artículo 135 de la Constitución Política de la República de Chile el límite de que ésta no podrá ser soberana, al siguiente tenor “mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la nación y es ejercida por el pueblo [...] le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una facción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía”. Sin perjuicio de lo anterior, en teoría constitucional, nada impide que ésta Convención, en una verdadera

---

<sup>66</sup> SCHMITT, 2019, p. 126.

<sup>67</sup> Lawson fue el primero en desarrollar una teoría sistemática de la Asamblea Constituyente, con mandatos especiales para “modelar un Estado”, para él “lo que podría ser hecho en casos extraordinarios es una cosa, lo que podría ser hecho de forma ordinaria, otra”.

<sup>68</sup> Trabaja sobre la idea de poder constituyente y constituido, dotando al pueblo como poder supremo, con el derecho inalienable a decidir la estructura del gobierno, diferenciando la figura de la disolución del gobierno frente a la disolución de la sociedad, no afectando la primera a la segunda.

<sup>69</sup> La doctrina del poder constituyente y la soberanía popular fueron arduamente difundidos por el marqués de La Fayette, Antoine-Nicolas de Condorcet y por Emmanuel-Joseph Sieyès.

<sup>70</sup> Reza la declaración de independencia “donde sea que cualquier forma de gobierno se vuelva destructiva a estos fines, es el derecho del pueblo alterarlo o abolirlo, y de instituir un nuevo gobierno, estableciendo su base sobre estos principios...”. Las convenciones revolucionarias comienzan en Virginia, Carolina del Norte, Pensilvania y Massachusetts, con la tarea de redactar nuevas constituciones, ellas transformaron las colonias en Estados independientes, culminando con la gran convención en Filadelfia de 1787. Todas ellas apelando al poder constituyente original y soberanía popular.

vía de hecho, contraviniendo la norma jurídica constitucional, se auto-designe soberana<sup>71</sup> argumentando su poder en la voluntad directa del pueblo que eligió a sus miembros. Ese será sin dudas uno de los principales desafíos del proceso en su conjunto, a saber, respetar las normas del juego democrático y evitar una declaración de soberanía por parte del organismo.

En la Francia de 1830, con la denominada Revolución de Julio o las Tres Gloriosas Jornadas Revolucionarias de París, se afirmó la doctrina democrática que asienta el poder constituyente en el pueblo, de lo que dan cuenta las constituciones francesas de 1848, 1851 y 1875. En Alemania, la Monarquía constitucional subsistió hasta noviembre de 1918, año en que, mediante revolución, se impuso la tesis democrática del poder constituyente radicado en el pueblo. Entre el 10 de noviembre de 1918 y el 6 de febrero de 1919 se instala en Alemania la “Asamblea Nacional Constituyente” ejerciendo el gobierno provisional un “Consejo de comisarios del pueblo” bajo la vigilancia de los consejos de trabajadores y soldados. Dicha Asamblea fue elegida según las normas de la democracia contemporánea, con un voto universal y directo. La misma ejerció el poder constituyente del pueblo alemán sin existir para ella límites salvo aquellos fijados por la decisión política de tal pueblo. La asamblea obra como única magistratura constitucional de la unidad política y único representante del Estado, siendo en definitiva absolutamente soberana. Su labor finaliza cuando entra en vigencia la Constitución de Weimar el 11 de agosto de 1919. Dicha Constitución dispone en su preámbulo “el pueblo alemán se ha dado esta Constitución” y en su artículo 1.2 dispone “El poder del Estado emana del pueblo”. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 se encabeza con la ya celebre frase “We The People -Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos-, a fin de formar una unión más perfecta, establecer justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, proclamamos e instituímos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. En ese poder constituyente originario, es el pueblo quien por su propia voluntad va adoptando decisiones en torno a la organización del Estado. Por ejemplo, analizando la misma Constitución de Weimar de 1919, el pueblo alemán va tomando decisiones en torno a su organización: (a) en su artículo 1.1 opta por el sistema de República versus una Monarquía “*El Reich alemán es una República*”, (b) en su artículo 2 opta por un sistema federal versus un sistema unitario, (c) en su artículo 3 opta por un sistema de representación política parlamentarista (de gobierno y legislativo) versus un sistema presidencialista y,

---

<sup>71</sup> En contra se sostiene -postura que comparto- por diversos constitucionalistas como Femandois, Jordan, Ribera, Zuñiga, Soto, Gomez, Avilés, Hube, García, que nuestra figura chilena es un “*hibrido*”, en donde no estamos frente a un poder constituyente originario, absoluto y soberano, sino mas bien frente a un poder constituyente derivado, limitado y no soberano -sui generis-. Avilés sostiene que incluso no es un poder ni tampoco es un ente constituyente, propiamente, sino una instancia preconstituyente y redactora, manteniéndose el poder constituyente en todo momento en el pueblo y sus representantes parlamentarios.

(d) opta por un Estado Burgués de Derecho con sus principios, a saber, derechos fundamentales y división de poderes, consagrando una democracia constitucional. Ese mismo análisis podemos realizar respecto de la Constitución de los Estados Unidos: (a) en su artículo 1, relativo al poder legislativo, opta por consagrar dicho poder en un congreso bicameral con una cámara de representantes y el senado, (b) en su artículo 2 se refiere al ejecutivo, describiendo un presidencialismo, (c) en su artículo 3 se refiere al poder judicial creando un tribunal supremo con la existencia de un sistema de jurados para todos los juicios criminales, (d) en su artículo 4 se refiere a los límites entre los poderes del Estado, entre Estados y Gobierno federal, (e) en su artículo 5 se refiere a los mecanismos de enmienda, (f) en su artículo 6 se refiere a la supremacía de la Constitución y de las leyes federales y, (g) finalmente, en su artículo 7 se refiere al mecanismo de ratificación de la misma y su entrada en vigencia.

Finalmente, antes de analizar las diferencias que existen entre constituyente originario y derivado, menester es recordar las palabras de Elster, un estudioso en materias de cambios y reformas constitucionales, quien señala “como causas comunes de cambios constitucionales en los últimos dos siglos: una crisis social o económica (Estado Unidos en 1787 o Francia en 1791); una revolución (constituciones de Francia y Alemania en 1848); el colapso de un régimen (en la Europa del Este tras la caída de la dictadura comunista en los noventa); el temor al colapso del régimen (la Constitución francesa de De Gaulle en 1958); la derrota en una guerra (las constituciones alemanas y japonesa tras la Segunda Guerra Mundial); la reconstrucción de la posguerra (la Constitución francesa de 1946); la creación de un nuevo Estado (Polonia y Checoslovaquia después de la Primera Guerra); y la independencia del orden colonial (como los países hispanoamericanos)”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> ELSTER, 1995, p. 370.

### **Constituyente originario, al alero de la Soberanía Popular.**

Cuando hablamos de poder constituyente originario nos estamos refiriendo a la facultad que tiene el pueblo o el rey –según se considere legitimidad en la democracia o en la dinastía- para dictar una nueva Constitución, sin estar sujeto a normas anteriores -en palabras de Sieyés estamos frente a una capacidad extra constitucional-. Así, la legitimidad de un nuevo texto constitucional recaerá en el reconocimiento, fuerza y autoridad del constituyente originario, más no en la fuerza de una norma ética o jurídica anterior. “El poder constituyente es el que puede y debe ejercer el pueblo por sí mismo -en tanto que ciudadanía soberana- para construir, según su voluntad deliberada y libremente expresada, el Estado (junto al Mercado y la Sociedad civil) que le parezca necesario y conveniente para su desarrollo y bienestar”<sup>73</sup>.

En hipótesis de constituyente originario, una nueva Constitución no puede someterse a normativas anteriores -tal idea sería absolutamente absurda-, sino solo a las normas que se auto imponga. La voluntad constituyente del pueblo no está vinculada a ningún procedimiento determinado en una carta fundamental anterior. Verdú define al constituyente como “la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política”<sup>74</sup>. Royo lo define como “el instrumento a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamando para si misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado”<sup>75</sup>.

Como he señalado en los apartados anteriores, la teoría del poder constituyente originario se expandió por todo el mundo como un símbolo de independencia y poder de autodeterminación de los pueblos. Así, los conceptos soberanía popular -también denominado poder constituyente originario- y Constitución escrita, han pasado a ser conceptos sinónimos. En la democracia moderna el poder constituyente es regla principal, “el nacimiento de la doctrina moderna de la soberanía popular coincide con la aparición conceptual del poder constituyente. Ambos son co-originales y coetáneos. La supremacía política de la multitud por sobre príncipes, reyes, emperadores y papas fue formulada, inicialmente, en términos del poder originario de una comunidad para determinar las formas políticas de su existencia colectiva [...] así, desde un punto de vista histórico, el poder constituyente y la democracia moderna se encuentran intrínsecamente asociados, desde sus orígenes, en el idioma de la

---

<sup>73</sup> SALAZAR, 2011, p. 27.

<sup>74</sup> VERDÚ, 1985, p. 103.

<sup>75</sup> PÉREZ, 2016, p. 85.

soberanía popular”<sup>76</sup>. Soberanía popular, entonces, es antinomia de soberanía en competencia, vale decir, una especie de más alto líder con facultad de imperio “*el más alto poder de comando*” -el que comanda sin estar sujeto al comando de otro superior- como sostenía Jean Bodin<sup>77</sup> en 1576, en una definición absolutista y unitaria, o “*un poder soberano con derecho a dar órdenes*” como sostenía Thomas Hobbes, en la misma línea de Samuel Pufendorf, Jeremy Bentham, Jhon Austin o el mismo Max Weber -todos en una línea de obediencia, comando, ordenes de carácter vertical por parte de una autoridad política suprema, de carácter absoluto, inalienable, perpetuo, jerárquico, fundado en el derecho divino-. El Estado, en la concepción de la época moderna, es soberano sobre su propio territorio y posee jurisdicción absoluta sobre sus sujetos. Su consagración a nivel del derecho internacional se codificó con el principio de la no intervención de un Estado en los asuntos de otro -reconocido en el acuerdo de paz de Westfalia de 1648-. En la democracia moderna, la soberanía popular se transfiere desde el rey al pueblo, desde el gobierno personal de comanda al colectivo, del uno a los muchos. En ese traspaso se invierte el paradigma monárquico, la soberanía sigue siendo la misma, pero cambia de manos. Negri, amparado en el principio democrático radicado en el pueblo, define al constituyente como “la fuente de producción de las normas constitucionales, esto es, el poder de hacer una Constitución y, por lo tanto, de dictar normas fundamentales que organizan los poderes del Estado”<sup>78</sup>.

En la actualidad, el mecanismo para la redacción de nuevos textos fundamentales manifiesta ciertos elementos comunes, “una asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con mas frecuencia hoy que en tiempo pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La ratio de esta exigencia es que la ley fundamental adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano”<sup>79</sup>. Como se puede apreciar, el mecanismo clásico del constituyente originario pasa por la adopción de un sistema dual: (a) elección de una asamblea constituyente, (b) la ratificación en un plebiscito de salida -esta teoría es fuertemente adoptada por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano<sup>80</sup>, que analizaré más adelante-. En la práctica, como veremos en los procesos acaecidos en Sudamérica, la población tiende a dar su voto aprobatorio al nuevo texto y en pocos casos manifiesta su contrariedad. Ejemplo de negación lo

---

<sup>76</sup> BUSTAMANTE., SAZO., 2016, p. 27-28. Monografía de KALYVAS, ANDREAS “Poder constituyente: Una breve historia conceptual”.

<sup>77</sup> La teoría de la soberanía de Bodin dominó la teoría política moderna, previo a la concepción actual de soberanía popular. En su postura se manifiesta una primacía del comando coercitivo, una concepción estatista y estática de la soberanía, una fuerza represiva que proviene de arriba hacia abajo, jerárquica, unitaria, con una administración centralizada que requiere de check and balances externos.

<sup>78</sup> NEGRI, 1994, p. 28.

<sup>79</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 161.

<sup>80</sup> En adelante NCL.



podemos encontrar en el plebiscito francés de 1946, donde se rechazó el texto propuesto, entre otras razones, por sus tintes anti democráticos y apegados al comunismo.

De lo anteriormente expuesto, me atrevo a delinear ciertos elementos comunes que a lo largo de la historia han caracterizado al constituyente originario: (a) práctica colectiva y conjunta, con pluralidad de actores y voces, con igualdad entre ellos para redactar, generar o instaurar -dar poder- a un nuevo texto. La fuente extra legal, no existiendo limite alguno para su labor, (b) soberanía absoluta del órgano encargado de redactar el nuevo texto, (c) nacimiento a raíz de un quiebre institucional -o de grave crisis social<sup>81</sup>-, disruptivo respecto de la Constitución que se viene a reemplazar -aunque puede ser autorizado por la misma-, (d) existencia o surgimiento de un nuevo Estado -de muy difícil ocurrencia en el mundo del siglo XXI-, (e) posibilidad del órgano encargado de redactar de adoptar las decisiones según los quórums que el mismo se fije, (f) elección universal de los miembros del órgano o imposición de sus miembros por un gobierno de facto que se auto atribuya la potestad constituyente originaria -el mejor ejemplo es la junta de gobierno en el Chile de 1980- y, (g) existencia, habitualmente, de una consulta ciudadana obligatoria para validar o rechazar el texto propuesto.

Otro elemento que quiero recalcar es el de plenos poderes. Cuando hablamos de un órgano encargado de redactar un nuevo texto constitucional, caracterizado como originario, nos referimos implícitamente al concepto de plenos poderes o lo que es lo mismo, no limitados. Siendo un poder “original, fáctico, pre-jurídico e incondicional, de genuina voluntad política y organizativa, enmarcada en el ámbito jurídico, que es lo que le da legitimidad y legalidad [...] el poder proviene de la soberanía popular, por tanto la voluntad del pueblo es concebida como la encarnación de la voluntad divina”<sup>82</sup>, sin limitaciones. Sin embargo, igualmente existen ciertos límites, que están dados por el contexto jurídico internacional, límites axiológicos, razonabilidad jurídica e interés público y social. Pese a ello, menester es recordar la famosa frase de Abate Sieyés “el poder constituyente puede hacerlo todo en relación con la creación constitucional”. Sin embargo, existe un consenso general en la doctrina acerca de que el poder constituyente originario no tendría límites de forma. Así Nogueira y Cumplido señalan “el poder constituyente originario no estaría sometido a procedimiento alguno, siendo competente para fundar la Constitución en cualquier idea de derecho imperante en la sociedad”<sup>83</sup>. Sin embargo, el

---

<sup>81</sup> Incluso pensadores liberales como John Rawls presuponen un quiebre con la legalidad, señalando “el poder constituyente del pueblo establece un marco para regular al poder ordinario y solo entra en juego cuando el régimen existente ha sido disuelto”.

<sup>82</sup> CARRION, 2020, p. 71-72.

<sup>83</sup> NOGUEIRA., CUMPLIDO., 2001, p. 83.

desarrollo dogmático ha introducido algunas limitaciones materiales al constituyente originario<sup>84</sup>, a saber: (a) DDFE como límites extrínsecos anteriores a la existencia misma del Estado; (b) de la mano de lo anterior, la doctrina iusnaturalista sostiene (b.1) existe un marco normativo universal, anterior al orden jurídico estatal, que se deduce de la naturaleza humana y es fuente de derechos naturales exigibles frente al Estado, (b.2) protección de bienes jurídicos que trascienden al orden positivo y que poseen efectos normativos, respetando y asegurando la dignidad humana como elemento central de los derechos fundamentales (b.3) diferenciación del orden constitucional formal del material; (c) la adopción de la decisión fundamental dentro de un orden “democrático”, con una regulación básica del procedimiento para la adopción de la decisión.

Cabe mencionar que, tras una revisión histórica del nacimiento de las constituciones, podemos sostener que éstas no siempre surgen de un constituyente originario universalmente electo. “Las constituciones no siempre son elaboradas por una asamblea o convención constituyente. Muchas veces son redactadas por un reducido número de especialistas nombrados por el gobierno y su propuesta única, o bien con algunas alternativas, sometida a la votación de los ciudadanos en un plebiscito”<sup>85</sup>. Este mecanismo de constituyente originario, donde un grupo reducido compuesto por especialistas se reúnen para redactar un nuevo texto constitucional, sometiendo el mismo a la aprobación por parte de la ciudadanía, es el camino que ha seguido nuestro país en los dos textos constitucionales del siglo XX -constituciones de 1925 y 1980-. En ese sentido, podemos sostener desde ya que el actual proceso constituyente por el que atraviesa nuestro país no responde a un constituyente originario, pues no surge de una ruptura constitucional. En nuestro caso la Convención: (a) sólo ejercerá los poderes y atribuciones que específicamente le otorga nuestra actual Constitución -mandato único y exclusivo de redactar una propuesta de nuevo texto constitucional-, (b) no rompe el hilo constitucional ni quiebra con la institucionalidad, (c) dejará vigente el actual texto constitucional durante todo el plazo que dure, sin poder negarle autoridad o modificarla, (d) seguirán funcionando los demás poderes del Estado con sus respectivas atribuciones, (e) le quedará vetado, de forma absoluta, poder cuestionar o intervenir en los demás poderes del estado o ejercer sus funciones, (f) el órgano encargado de redactar el nuevo texto constitucional tiene un plazo máximo para funcionar -hasta 1 año- tras el cual se disolverá ipso facto, (g) deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio; (h) no podrá alterar los quóruns ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos (i) finalmente, como límite general, se reafirma que la soberanía reside esencialmente en la nación, mas no en el órgano encargado de redactar el nuevo texto. Como se puede

---

<sup>84</sup> GAJARDO., ZUÑIGA., 2018, p. 37 y ss. Monografía de MUÑOZ, JORGE “Los derechos fundamentales como límite extrínseco al poder constituyente”.

<sup>85</sup> BERTELSEN, 2020, p. 19.

ver, si bien son pocos, se fijaron límites claros -de fondo, forma y tiempo- que impiden catalogar a la misma de constituyente originario. Para ser aún mas claros, se fijaron límites de fondo respecto del texto propuesto, el que deberá respetar: (a) el carácter de República del Estado de Chile, (b) su régimen democrático, (c) las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y (d) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

## **Constituyente derivado. Del poder constituido.**

Cuando hablamos de constituyente derivado nos referimos a la posibilidad de reformar o reemplazar un texto constitucional -modificar la organización otorgada previamente, con base en las normas ya fijadas por el constituyente originario-, donde ya no sea una asamblea la encargada de redactar el texto -sin límites-, sino un organismo colegiado -principalmente el parlamento-. El encargo de proceder a enmendar, adicionar o restar ciertos apartados del texto vigente -con claros límites de tiempo, lugar, contenido y procedimiento-, tanto respecto de los quórumos necesarios y formalidades fijadas por el texto vigente -límites de forma-, como respecto de aquellas normas sustanciales que pueda o no modificar -límites de fondo-. “Esta última noción denota la facultad, no de crear, sino de reformar una Constitución. Por ello, opera al interior de la Constitución misma, y corresponde a lo que Sieyés llama *“pouvoir constitué”*, es decir, el poder constituyente constituido”<sup>86</sup>. Recurriendo a nuestro Tribunal Constitucional, el poder constituyente “puede ser de dos clases: originario y derivado o instituido. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental”<sup>87</sup>.

Mientras más órganos detentadores del poder sean los que participan en el proceso de reforma, mayor será la legitimidad del texto. No puede recaer la posibilidad de reforma en uno solo de los detentadores del poder, lo cual sería monopolizar el poder y decantar en una autocracia. En el proceso de reforma deben participar, idealmente, gobierno, parlamento y pueblo. Dable es recordar las palabras de Loewenstein, quien señala que lo relevante de una carta fundamental no es tanto su pasado como su presente. Las constituciones no funcionan por sí mismas una vez promulgadas, “una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica”<sup>88</sup>, son verdaderos cuerpos vivos que se van adaptando y modificando con el paso de los años -como señalan los americanos-, o verdaderos árboles que crecen -concepto acuñado por Lord Sankey en 1930, Canadá-.

El constituyente derivado, casi por norma general, en nuestro tiempo es el parlamento. De la misma forma, en teoría constitucional, se reitera por distintos autores la necesidad de establecer mecanismos cualificados de reforma constitucional, donde el procedimiento de reforma esté sometido a requisitos determinados que *“dificulten”* su proceso de realización, en comparación a la modificación de una ley ordinaria. De la época de la Guerra Civil Inglesa, la distinción entre “poder constituyente y legislativo

---

<sup>86</sup> BUSTAMANTE., SAZO., 2016, p. 312. Monografía de CRISTI, RENATO “Proceso constituyente originario”.

<sup>87</sup> STC Rol N.º 272-98, considerando décimo.

<sup>88</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 217.

(constituido) alcanza su posición central e indispensable en el pensamiento constitucional, sentando las bases para la superioridad del derecho constitucional por sobre la legislación ordinaria. Mientras que, por un lado, el poder delegado para legislar es condicionalmente ejercido por una asamblea representativa que ha sido electa dentro de límites establecidos, por el otro, el poder de constituir, es decir, de formar, alterar o disolver el gobierno, es absoluto, conferido a toda la comunidad y al pueblo que actúa fuera del parlamento”<sup>89</sup>.

Por constituyente derivado nos referimos a aquel que sí reconoce las limitaciones estipuladas por el anterior, las cuales, obviamente, se encuentran establecidas como límites en el texto vigente. Este constituyente se somete a las normas del juego fijadas por el anterior, lo reconoce y se subordina, sin ánimos revolucionarios o refundacionales. El derivado reconoce y se somete a los límites establecidos por el originario, en materias de procedimientos, quórum, iniciativa, materias, respeto a ciertas normas, cláusulas pétreas<sup>90</sup> -como lo hace la Constitución alemana<sup>91</sup> respecto de los regímenes totalitarios, el sistema federal o el respeto a los derechos humanos-, o ante cualquier otro tipo de limitación material, procedimental o temporal. Como señala don José Luis Cea, ex presidente del Tribunal Constitucional chileno, la tesis del constituyente originario, en los tiempos modernos, esta superada “ya no puede sostenerse, fácil resulta colegirlo, la tesis de la Constitución elaborada por un poder constituyente omnímodo. Menos aún es argüible el paradigma del legislador soberano que, apoyado en una voluntad general supuesta, decidía a placer o sin límites, lo que reputaba justo o no, conveniente o perjudicial para el pueblo, en sectores o en su conjunto. Plasmar una Constitución sobre la base de supuestos tan superados, para después interpretarla, aplicarla y defenderla ceñidos a ellos, sólo puede ser identificado con posturas nostálgicas del positivismo estatal más estrecho y obsoleto, aquel que remató en poblaciones subyugadas al despotismo jurídico”<sup>92</sup>.

Dable es recurrir -a modo de explicación- al positivismo de Hans Kelsen. En un análisis formal, para él, una nueva Constitución no se puede basar en los mecanismos fijados por el texto vigente -nace libre de ataduras-. A contrario sensu, una reforma nace de la aplicación de los mecanismos estipulados en el texto vigente. En sus palabras “Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas [...] la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no

---

<sup>89</sup> BUSTAMANTE., SAZO., 2016, p. 49. Monografía de KALYVAS, ANDREAS “Poder constituyente: Una breve historia conceptual”.

<sup>90</sup> Se pueden mencionar como normas pétreas: “No alterar la forma republicana de gobierno” (Portugal artículo 290, literal B, Francia artículo 89, Italia artículo 189, Grecia artículo 110).

<sup>91</sup> Artículo 79, inciso 3, de la Constitución alemana de Bonn de 1949, en relación a los artículos 1 y 20.

<sup>92</sup> CEA EGAÑA, 2006, p. 18.

sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico [...] Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución [...] es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno [...] Lo decisivo es que la Constitución válida sea modificada, o reemplazada enteramente, por una nueva Constitución, de una manera que no se encuentra prescrita en la Constitución entonces válida”<sup>93</sup>. En dicha hipótesis, sin duda nos encontramos frente al constituyente originario.

---

<sup>93</sup> KELSEN, 1991, p. 119-120.

**Mecanismo de reforma constitucional, distinguiendo originario de instituido. Primeramente Chile, la Constitución de 1980, los necesarios quórum reforzados y la experiencia comparada.**

“Las causas que motivan una reforma constitucional pueden ser diversas, como, por ejemplo, el resultado del pacto de las fuerzas políticas para evitar confrontaciones y mantener la democracia, o ser producto del rompimiento del orden constitucional motivado por una revolución o un golpe de Estado. Cualquiera sea su motivación, una reforma constitucional debe constituirse en un instrumento de consenso y conciliación, que mediante procesos inclusivos garantice la perdurabilidad de la democracia”<sup>94</sup>.

El concepto “trampa constitucional” se ha instalado en la agenda pública desde hace varios años. Citado es el libro de Fernando Atria “La Constitución tramposa”<sup>95</sup>, donde sostiene diversas tesis que abonan su postura, denominada “cerrojos constitucionales”, a saber: (a) el sistema electoral binominal, (b) los quórum de las Leyes Orgánicas Constitucionales, (c) la competencia preventiva del Tribunal Constitucional (d) los criticados quórum supra mayoritarios -o reforzados- de reforma constitucional. Y sobre este último punto me quiero detener. De entrada, no comparto la tesis del profesor Atria, por el contrario, al igual que Schmitt, considero que “el contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental”<sup>96</sup>. La naturaleza de ser una norma fundamental obliga al constituyente a establecer mecanismo de reforma más elevados que aquellos exigidos para un ley simple. No es el mecanismo de reforma el que cataloga una norma como fundamental, sino que, por el contrario, por su naturaleza de ley fundamental se exige un mecanismo de reforma ms estricto.

Sin duda, la principal crítica que impulsan sectores proclives al giro refundacional del país radica en su disconformidad con los denominados “quórum supra mayoritarios” que vendrían a ser un meta cerrojo constitucional que limita las reformas al texto o, en casos más extremos, la refundación del mismo. Menester es señalar que nuestra Constitución, en su capítulo XV, denominado “Reforma de la Constitución”, particularmente en su artículo 127, indica que la regla general para realizar modificaciones al texto son 3/5 partes de los diputados y senadores en ejercicio, para indicar, acto seguido, que la reforma de los capítulo I “Bases de la institucionalidad”, III “De los derechos y deberes constitucionales”, VIII “Tribunal Constitucional”, XI “Fuerzas Armadas, de orden y seguridad pública”, XII “Consejo de Seguridad Nacional” y XV “Reforma de la Constitución”, requieren del voto

---

<sup>94</sup> CARRIÓN, 2020, p. 17.

<sup>95</sup> ATRIA, 2103, p. 44-56.

<sup>96</sup> SCHMITT, 2019, p. 43.

conforme de 2/3 partes de los diputados y senadores en ejercicio. Asimismo, la reciente reforma al capítulo XV, que introduce un mecanismo de creación de un nuevo texto, que da paso al denominado “actual proceso constituyente”, hace suya la norma contenida en el artículo 127, replicando el quórum de 2/3 para adoptar cualquier tipo de acuerdo según dispone el artículo 133.

Dicha tesis de los cerrojos constitucionales, no sólo se ve menoscabada con la propia historia constitucional de nuestro país, donde destacan más de 50 reformas impulsadas por diversos sectores políticos bajo grandes acuerdos de carácter transversal, sino que choca también con la propia “teoría constitucional” elaborada por cientos de años, que muchos críticos simplemente deciden ignorar. Así, de forma artificiosa, aquellos que sostiene la postura ya descrita, omiten que una de las características de la norma fundamental, desde su aspecto meramente formal, radica precisamente en su dificultad de reforma. Habitual es, en teoría, hablar de mecanismos de reforma o procedimientos especiales bajo condiciones más difíciles que aquellos establecidos para una norma jurídica de rango inferior, con el objetivo de evitar que mayorías parlamentarias pasajeras modifiquen la Constitución para moldearla a su propios intereses. “En este punto surge el dilema con el que ha tenido que enfrentarse constantemente el legislador constitucional desde el siglo XVIII: si los requisitos pedidos se pueden cumplir fácilmente, de tal manera que la reforma constitucional puede ser efectuada en cualquier momento sin ningún impedimento esencial, se producirá una situación que invite a las mayorías parlamentarias que se encuentren en el poder a moldear la Constitución según sus intereses”<sup>97</sup>. Como contra partida, el riesgo de establecer mecanismos de reforma irrealizables es la inamovilidad de la Constitución, lo que le impedirá amoldarse a las cambiantes realidades sociales y a la evolución propia del devenir de una nación. Cuando eso pasa, y la norma es inmodificable, el proceso político busca mecanismos extra constitucionales, donde la salida suele ser un golpe de Estado -por ejemplo, las constituciones francesas de 1971, 1973 y 1975, tuvieron que ser sustituidas mediante golpes de Estado-. La ingeniería constitucional debe saber conducirse entre mecanismos que no caigan en la inamovilidad ni en la permisividad total. Se debe buscar un justo medio. Jurídicamente, la Constitución, como pacto fundamental, es más que una ley simple en términos de jerarquía, por lo que el procedimiento y los requisitos para su modificación deben ser más exigentes. En términos no jurídicos, la Constitución, como pacto fundamental, requiere de amplios acuerdos sociales, de carácter transversal, que aseguren un mayor consenso.

En esta misma línea, donde recalcamos el hecho de que una carta fundamental puede ser modificada bajo las normas que ella misma establezca, resulta menester mencionar que no existe un mecanismo

---

<sup>97</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 176.



igualitario a nivel internacional para enmendar. Al no existir una receta universal, cada país, soberanamente, puede fijar las normas que estime pertinente para validar cambios, respetando, como hemos señalado, mecanismos más estrictos. Por ejemplo: (a) se puede encargar la misión de enmendar a una asamblea, especialmente convocada para tal efecto y con la única misión de elaborar la reforma, (b) se puede entregar la misión al organismo legislativo del país, con la venia de la nación mediante el mecanismo de plebiscito obligatorio, (c) se puede entregar la misión de reformar al organismo legislativo, sin la obligatoriedad de llamar a un plebiscito, pero fijando mecanismos más dificultosos para su reforma, como por ejemplo, los quórum supra mayoritarios o la doble validación de las reformas, (d) se puede entregar dicha labor al órgano legislativo en pleno, mediante reunión de cámara alta y baja, en un mismo pleno. Como se puede observar, cada Constitución puede fijar los mecanismos que estime pertinentes, velando siempre, a mi opinión, por establecer mecanismo de reforma más dificultoso que el de la ley. En ese sentido “la técnica para dificultar la reforma constitucional que, introducida preferentemente desde el principio de las constituciones escritas, ha dejado probada ampliamente su eficacia, ha sido la de exigir mayorías parlamentarias cuantificadas para la adopción de la ley enmendando la Constitución. Con ello, no sólo se alcanzará un consenso más amplio entre los partidos elegidos en el parlamento y entre las fuerzas sociales representadas por ellos, elevando así el grado de la legitimidad de la reforma, sino que también se concederá a la minorías disidentes un veto que puede jugar el papel de un eficaz control intraorgánico”<sup>98</sup>. Siguiendo la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, replicada en diversos textos a nivel mundial, el requisito es alcanzar un quórum supra mayoritario de 2/3, así también la Constitución de España, Chile en ciertos capítulos, Argentina, la de Weimar (1919) y Bonn (1949) en Alemania. Otros textos fundamentales optan por la fórmula de los 3/4 y 3/5. Las mayorías cualificadas están presentes en las constituciones democráticas desde la revolución francesa y americana, y se estipulan con el objetivo de proteger, precisamente, a las minorías, a fin de que las mayorías no ejerzan una tiranía brutal sobre ellas.

Así, mediante estas condiciones más estrictas, propias de toda Constitución, se busca proteger también su duración en el tiempo, otorgándole mayor estabilidad a la norma. Por ejemplo, la Constitución Alemana de 1919<sup>99</sup> -de Weimar-, señalaba en su artículo 76 que “la Constitución puede ser reformada por vía legislativa ordinaria. Sin embargo, para que prosperen los acuerdos de Reichstag modificativos de la Constitución, se necesita la presencia de los dos tercios del número legal de sus miembros y la conformidad de los dos tercios, al menos, de los presentes”; en el mismo sentido, la Constitución

---

<sup>98</sup> LOEWENSTEIN, 2018, p. 177.

<sup>99</sup> Constitución de Alemania, 1919.

Francesa de 1875<sup>100</sup>, que en su artículo 8° dispone que “las reformas a la Constitución deben hacerse por acuerdo de una asamblea nacional, es decir, de una asamblea compuesta de la reunión de ambas cámaras, de diputados y senadores”; de forma similar la Constitución de los Estados Unidos<sup>101</sup>, que en su artículo V dispone “El Congreso, cuando quiera que dos tercios de ambas cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución, o, a requisición de las Asambleas Legislativas de dos tercios de los diversos Estados, convocará una Convención para que propongan enmiendas, las cuales, en cualquier caso, serán válidas para todo intento y propósito, como parte de esta Constitución, una vez ratificadas por las Asambleas Legislativas de tres cuartos de los Estados, o por Convenciones en tres cuartos de los miembros, según uno u otro modo de ratificación sea propuesto por el congreso”. En la línea de Constituciones que exigen un plebiscito obligatorio para validar los cambios, podemos mencionar la Constitución federal suiza de 1874 que en su artículo 123 dispone “La Constitución federal revisada, y en su caso la parte revisada de la misma, entran en vigor cuando son aceptadas por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los cantones”.

Otro mecanismo, habitual en los textos actuales, junto con las normas de quórum supra mayoritarias, son los plebiscitos o referéndum ratificatorios de salida. Este mecanismo tiene su origen histórico en la Constitución francesa de 1793, inspirados por el ideal de la democracia directa de Rousseau y el principio representativo de Montesquieu. Como mecanismo de reforma, se utiliza principalmente para consultar sobre la aprobación o rechazo de un texto constitucional en su conjunto, mas no para reformas parciales, independiente de si el proyecto ha sido aprobado por el parlamento, una comisión ad hoc o una asamblea constituyente originaria.

Como se podrá notar, no existe mecanismo universal de reforma que se adopte cual receta mágica. Cada país responde a sus propias normas y tradiciones, donde el respeto al constitucionalismo republicano debe ser mandamiento de efectividad para la sociedad en su conjunto. Teniendo nuestro país un proceso constituyente ya en curso, la semántica constitucional no resulta baladí, siendo imperativo proceder a la depuración conceptual, principalmente enfocado en las diferencias que existe respecto de las diversas alternativas respecto del órganos encargados de redactar una nueva Constitución. Menester es recordar las palabras pronunciadas por la ex Presidenta Michelle Bachelet en su discurso presidencial de 2015, dando cuenta del inicio del proceso de “Diálogos Ciudadanos” impulsado por su gobierno, para modificar nuestro texto constitucional: “sin embargo, no basta con tener un proceso participativo y un proyecto para que la nueva Constitución sea realidad, pues la actual

---

<sup>100</sup> Constitución de Francia, 1958.

<sup>101</sup> Constitución de Estados Unidos, 1787.

Constitución no contempla mecanismos para elaborar una nueva Carta Fundamental. Por eso necesitamos darle un cauce institucional dentro de nuestra actual legislación, para que sea viable. Por eso, a fines del 2016 enviaremos al Congreso un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta fundamental. En esta reforma, propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea él quien decida, de entre cuatro alternativas, el mecanismo de discusión del proyecto enviado por el Gobierno y las formas de aprobación de la nueva Constitución. La primera alternativa es formar una Comisión Bicameral de Senadores y Diputados; la segunda, formar una Convención Constituyente Mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente. También propondremos una cuarta alternativa, en la que el Congreso pueda convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas [...] finalmente, este proyecto, una vez sancionado por dicha instancia, deberá ser sometido a un plebiscito vinculante para su ratificación por parte de los ciudadanos”. Varios años después, la historia nos demuestra que el mecanismo siempre puede ser diverso. Chile optó por un proceso sui generis, utilizando claramente por un constituyente derivado, pero con amplias atribuciones -ligado al concepto hoja en blanco- que se aleja del constituyente originario asociado a los plenos poderes, y con límites claros. En los siguientes apartados veremos cómo el NCL se ha instalado en nuestro continente, y buscaremos distinguir nuestro proceso de aquel, sacando conclusiones concretas de cara a nuestro “momento constitucional”.

## **SEGUNDA PARTE: De asambleas, convenciones y comisiones a la luz del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y la tradición constitucional chilena.**

### **Una aproximación al Nuevo constitucionalismo Latinoamericano. Los casos de Ecuador, Venezuela y Bolivia.**

Nuestro continente tiene una rica historia constitucional, la cual, empero, puede ser catalogada de problemática -en el inconsciente colectivo latinoamericano existe la creencia que mediante la dictación de normas jurídicas se resuelven problemas y modelan conductas, confundiendo el carácter instrumental propio de la norma<sup>102</sup>-. Ya desde las primeras gestas independentistas, las constituciones han proliferado por montones, teniendo ellas una volatilidad que no deja de llamar la atención. A ello se suman procesos revolucionarios y gobiernos de facto que hacen de la autocracia su forma preferida de gobierno y de la semántica su medio para esconder tiranía y concentración de poder. “En su edición del 15 de marzo de 2013, la revista *The Economist* llamaba la atención sobre la volatilidad de los textos constitucionales latinoamericanos. La publicación británica recordaba que, desde sus respectivas independencias, siempre hace menos de 200 años, República Dominicana ha tenido 32 constituciones<sup>103</sup>, Venezuela 16 y Ecuador 20 -sumo a Perú con 15 y Bolivia con 18-. Y así, considerando el periodo 1789-2001, *The Economist* anotaba que mientras el país europeo medio tenía un promedio [...] de 3.2 constituciones, el país latinoamericano medio había tenido un promedio de 10.7 constituciones mientras la expectativa de vida de una Constitución europea era de 77 años, la esperanza de vida de una carta fundamental americana era de 16.5 años”<sup>104</sup>. Los países que tienen menor volatilidad son Argentina y Paraguay, ambas con 6 textos, Uruguay con 7, Costa Rica con 9 y Chile con 10.

Siguiendo a Zapata, frente a éste torbellino constitucional Latinoamericano, podemos distinguir 6 modelos constitucionales: (a) República autoritaria; (b) República liberal<sup>105</sup> y parlamentaria; (c) Democracia social y de partidos; (d) Estado de la seguridad nacional -militar-; (e) Estado de derecho democrático y ciudadano y; (f) Democracia plebiscitaria (neopopulismo). Por su parte, Gargarrella

---

<sup>102</sup> Durante el Siglo XIX en América se dictaron 103 constituciones en 16 países. El 81% de ellas fijaban a la religión católica como oficial.

<sup>103</sup> En la actualidad República Dominicana cuenta con 33 Constituciones, dada la promulgación de la Constitución de 14 de junio de 2015. Sin embargo, esta estadística es engañosa, teniendo presente que en la práctica constitucional dominicana, se promulga una nueva Constitución cada vez que se verifica una reforma. La mayoría de las constituciones nuevas contenían en realidad sólo modificaciones menores.

<sup>104</sup> ZAPATA, 2015, p. 37-38.

<sup>105</sup> Ejemplo constituciones liberales: Venezuela (1811 y 1961), Argentina (1826), Perú (1823, 1828, 1856 y 1867), Brasil (1988), Uruguay (1830), Colombia (1853, 1858 y 1863) y Chile (1828 y 1925).

clasifica el constitucionalismo latino en Republicano, Liberal y Conservador<sup>106</sup>, según las siguientes etapas: (a) Primer constitucionalismo (1810-1850); (b) Constitucionalismo de fusión mediante pacto entre liberales y conservadores -mediados 1850 a fines de siglo XIX-; (c) Crisis del constitucionalismo post colonial, influenciado por el positivismo -fines siglo XIX a comienzos de XX-; (d) Constitucionalismo social -inicia con la crisis de 1930 hasta post segunda guerra mundial- y; (e) Época del NCL -desde fines siglo XX hasta el presente-.

En esta exposición sostengo que el constitucionalismo latinoamericano está profundamente influenciado por el conservadurismo social, un apego cultural hacia los valores de la iglesia católica, un paternalismo moral y un autoritarismo político. Así lo podemos ver reflejado en las constituciones de Venezuela (1826), México (1843 y 1857), Perú (1839), Colombia (1843 y 1886), Ecuador (1842, 1851 y 1869), Argentina (1826 y 1853) y Chile (1823<sup>107</sup>, 1833 y 1980), que dan cuenta de un constitucionalismo republicano y autoritario. En nuestra Sudamérica del siglo pasado, también destaca una irrupción de los regímenes militares, por ejemplo, entre 1963 y 1973 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay fueron objeto de quebrantamientos a la democracia mediante la toma de poder por parte de las Fuerza Armadas, donde se pueden observar ciertos elementos comunes: (a) la proscripción de los partidos políticos, (b) la vulneraciones sistemática a los derechos humanos, (c) un marcado anticomunismo, y (d) una dirección castrense -en algunos casos cívico militar- de la acción gubernamental. En otros, uniformados imponen nuevas constituciones que dan lugar a “democracias protegidas”, como en Chile (1980) y en Brasil (1967). Otros intentaron reemplazar la Constitución mediante plebiscitos, como Uruguay (1980) lo que fue rechazado por la ciudadanía. En Argentina, las Fuerzas Armadas -sin derogar la Constitución de 1853, que seguía vigente en papel- introdujeron modificaciones sustanciales en su bloque constitucional, mediante la imposición de: (a) “Los estatutos de la revolución” (1966), (b) “La reforma de la revolución” (1972) y, (c) “Los instrumentos constitucionales del proceso de reorganización nacional” (1976).

Tras los regímenes militares aparece la etapa de la recuperación de las democracias, y la instauración de los modelos del Estado de Derecho Democrático y Ciudadano. Aquí destaca: (a) la Asamblea Constituyente de Perú (1978) y nueva Constitución (1979), (b) la Constitución colombiana (1991), (c) elecciones libres en Ecuador (1979) y nueva Constitución (1978), (d) democracia en Bolivia (1982),

---

<sup>106</sup> (a) Republicano: nace y crece con las luchas independentistas, comprometido con el autogobierno y lo colectivo/mayoritario por sobre lo individual (bases en Rousseau y Francisco Bilbao). Apego al Estado y críticos de la concentración de poder en pocas manos; (b) Conservador: basado en la religión y el orden -estabilidad-. Sus elementos son el elitismo político y perfeccionismo moral. Apego al centralismo y presidencialismo; (c) Liberal: autonomía individual. Basado en el equilibrio del poder y la neutralidad moral del Estado.

<sup>107</sup> Dicha Constitución vino acompañada de un “código moral”, con más de 600 artículos.

Argentina (1983), Uruguay (1984), (e) Brasil (1985) y nueva Constitución (1988) y (f) Chile (1990) y la reforma constitucional de 2005. Los elementos comunes de este periodo son: (a) reforzar el imperio del derecho, (b) asegurar la independencia de los jueces y, (c) re equilibrio en la relación entre el Ejecutivo y el Parlamento.

A fines del siglo XX, e inicios del XXI, vienen a debutar en Sudamérica las denominadas democracias plebiscitarias, participativas, populistas o refundacionales, hijas del NCL<sup>108</sup>, cuyo inició es el proceso colombiano de 1991<sup>109</sup>. Los antecedentes inmediatos son: (a) grandes crisis políticas que detonan a raíz de descontentos sociales, con protestas violentas<sup>110</sup>, (b) imposibilidad de los ciudadanos de participar activamente en la toma de decisiones políticas -ausencia de espacio para nuevos actores-, (c) crítica hacia un manejo tecnócrata de la política económica y, (d) finalmente, proliferación de la corrupción en la esfera de la actividad estatal<sup>111</sup>. Este fenómeno se puede ver en la Venezuela de 1990, que seguía dominada por Carlos Andrés Pérez y Rafael Caldera, quienes disputaban el poder desde 1960. En Ecuador se repetía la disputa entre el socialcristianismo de Febres Cordero y el populismo de los Bucaram. En Bolivia, Hugo Banzer seguía disputando el poder al Movimiento Nacionalista Revolucionario. Así las cosas, el descontento popular termina decantando en protestas multitudinarias y violentas, con una fuerte represión policial en miras de poder retomar el orden público. De esta manera, se van configurando todos los elementos necesarios para el surgimiento de liderazgos -caudillos- populistas: Ecuador (Correa), Bolivia (Morales), Venezuela (Chávez y Maduro), reconociendo desde ya la gran diferencia entre los gobiernos populistas de Morales y Correa, versus las dictaduras de Chávez y Maduro. Sin embargo, en todos ellos el discurso se repite de forma calcada. El conflicto político se caricaturiza como una lucha de clases de tintes épicos, donde el pueblo oprimido, pero a la vez virtuoso, debe combatir contra una élite empresarial, aristocrática, que se ha coludido para privar al pueblo de sus derechos. El pueblo ve en estos nuevos líderes una esperanza para superar todos

---

<sup>108</sup> Su difusión se debe a los autores Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, y centra su análisis en la legitimidad democrática de los nuevos textos y su ejercicio del poder constituyente originario por parte del pueblo.

<sup>109</sup> Se mencionan dentro de este proceso con “vocación de inclusión y democratización post dictaduras”: Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Además, otros textos asociados son los de Brasil (1988), Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Ecuador (1998). Ver VICIANO, 2012, p. 11-50. Monografía de VICIANO Y MARTÍNEZ “Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”.

<sup>110</sup> Renuncias de Collor de Mello en Brasil (1992), Carlos Andrés Pérez en Venezuela (1993), Bucaram en Ecuador (1997), Raúl Cubas en Paraguay (1999), Fujimori en Perú (2000), Ernesto Samper en Colombia (1996), Luis González Macchi en Paraguay (2002), Lucio Gutiérrez en Ecuador (2005), Fernando de la Rúa en Argentina (2001), Gonzalo Sánchez de Lozada y Carlos Mesa en Bolivia (2003 y 2005 respectivamente), son algunos ejemplos.

<sup>111</sup> En Venezuela (1993) se destituye por primera y única vez, por acción judicial, a un presidente por malversación de caudales públicos -Carlos Andrés Pérez-, siendo su gobierno objeto de 2 intentos de golpes de Estado por Hugo Chávez y Hernán Grüber Odremán. Además, fue objeto del famoso “*Caracazo*” a consecuencia de la privatización de empresas y escándalos de corrupción; en Ecuador Jamil Mahuad fue derrocado por las Fuerzas Armadas en enero de 2000, instalando al vicepresidente de la República -Gustavo Noboa- como Presidente interino; en Brasil Fernando Affondo Collor de Mello instauró el plan de reestructuración económica mas severo de la historia de su país, privatizó empresas, confiscó ahorros, recortó programas sociales, etc., sumado a las acusaciones de corrupción, que lo llevaron a un *impeachment* en el parlamento que decantó en su destitución (1992).

sus males y una posibilidad cierta para mejorar sus condiciones de vida, lo que que sabemos, no ha sucedido. En estos contextos surgen las constituciones populistas de Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009)<sup>112</sup> y Cuba (1976 y reforma de 1993). Fenómenos similares se presentaron mucho antes en México (1814 y 1917). En ellas podemos encontrar ciertos elementos comunes: (a) un evidente ánimo refundacional<sup>113</sup> de carácter político, social, cultural y económico, criticando todo proceso político acaecido en el pasado, desde la visión del mesianismo de la izquierda revolucionaria; (b) una crítica al proceso colonial americano -impulsando una descolonización cultural, política, jurídica y económica-, y un resalte de los procesos de lucha revolucionaria<sup>114</sup>, (c) un reconocimiento a los Pueblos Originarios -plurinacionalidad, multiculturalidad, derechos ancestrales y colectivos<sup>115</sup>,

<sup>112</sup> En palabras de Patricio Zapata, en estas tres constituciones estamos frente a los denominados constitucionalismos plebiscitarios, refundacionales o populistas.

<sup>113</sup> **Venezuela**, constitución de 1999, preámbulo “El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de *refundar* la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado..”; **Ecuador**, constitución de 2008, preámbulo “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, *decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana*, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra...”; **Bolivia**, constitución de 2009, preámbulo “Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los *funestos tiempos de la colonia*... El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, *construimos un nuevo Estado... Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal*. Asumimos el reto histórico de *construir colectivamente* el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”.

<sup>114</sup> **Venezuela**, constitución de 1999, preámbulo “el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y *sacrificio de nuestros antepasados aborígenes* y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana”; **Ecuador**, constitución de 2008, preámbulo “como herederos de las *luchas sociales* de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo”; **Bolivia**, constitución de 2009, preámbulo “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, *inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial*, en la independencia, en las *luchas populares de liberación* [...] dejamos en el *pasado el Estado colonial*, republicano y neoliberal”.

<sup>115</sup> **Venezuela** (1999), preámbulo “el *heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes* [...] sociedad democrática, participativa y protagónica, *multiétnica y pluricultural*”, artículo 9º “El idioma oficial es el castellano. Los *idiomas indígenas* también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir *patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad*”; **Ecuador** (2008), preámbulo “reconociendo nuestras *raíces milenarias*, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, artículo 56 “Las comunidades, *pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio* y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”, artículo 57 “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y *nacionalidades indígenas*, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”, artículo 58 “Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al *pueblo afroecuatoriano* los derechos colectivos establecidos”, artículo 59 “ Se reconocen los *derechos colectivos de los pueblos montubios* para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia”, artículo 60 “Los

reconocimiento de autoridades ancestrales, derecho consuetudinario y jurisdicción/justicia indígena-, (d) extensos catálogos de derechos<sup>116</sup> económicos, sociales y culturales, frente a un debilitamiento<sup>117</sup> de los derechos civiles y políticos -dando cuenta del realismo mágico constitucional sudamericano-. Reconoce titulares individuales y colectivos, e incluso derechos cuyos titulares son la naturaleza<sup>118</sup> o los animales; (e) hiperpresidencialismo -con la consecuente disminución de la relevancia de los parlamentos y partidos políticos- y un apego a los caudillismos mediante la figura de la reelección y activismo judicial<sup>119</sup>; (f) búsqueda de transformación de la sociedad mediante un cambio constitucional, incorporando mecanismos de democracia directa<sup>120</sup>, (g) disminución de la influencia de los partidos

---

*pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios* podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura... se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial”. Se suma un reconocimiento expreso a la justicia indígena; **Bolivia** (2009), preámbulo, “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la *sublevación indígena anticolonial* [...] construir colectivamente el *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*”, artículo 2º “Dada la *existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos* y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales”, artículo 146, número 7, representación parlamentaria indígena “Las *circunscripciones especiales indígena originario campesinas*, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento [...] se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional”.

<sup>116</sup> La constitución de **Brasil** (1988), sin caer en el grupo de las constituciones plebiscitarias, igualmente tiene un extenso catálogo de derechos. Solo el “derecho al trabajo” tiene 34 especificaciones tales como “salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, debe ser capaz de atender a sus necesidades vitales básicas y las de su familia, como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social o que la remuneración del trabajo nocturno es superior al diurno, o que la jornada extra se debe pagar, al menos con recargo del 50% sobre la hora de jornada ordinaria. La Constitución de **Colombia** (1991), sin ser plebiscitaria, reconoce el “derecho a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre” o “el derecho de los niños a la alimentación equilibrada, el cuidado y amor, y la recreación”. La de **Bolivia** (2008) asegura el acceso universal y equitativo al agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, educación gratuita, universal, productiva, integral e intercultural. A los adultos mayores les reconoce el derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana. La de **Ecuador** (2009) asegura el derecho al disfrute pleno de la ciudad, a un hábitat seguro y saludable, el acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos. Se consagra la Pacha Mama como sujeto de derechos, al respeto integral de sus existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales.

<sup>117</sup> El derecho de propiedad por ejemplo se ve subordinado a las necesidades de la comunidad, dejando en indefensión al particular titular del mismo. En libertad de prensa, esta queda subordinada al derecho que tiene la sociedad de ser informada de modo veraz.

<sup>118</sup> Ecuador (2008) rompe el paradigma tradicional de los sujetos de derecho, al incorporar a la naturaleza -Pacha Mama- como titular de derechos, lo que complementa con la garantía del Sumak Kawsay -derecho al buen vivir-.

<sup>119</sup> **Venezuela** (1999), artículo 231 “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”, aumento de la potestad reglamentaria presidencial y del ejecutivo (por ejemplo, artículos 22, 147, 236 número 10, 293 número 1, 324), facultad del presidente para disolver la Asamblea Nacional Legislativa (artículo 236 número 21 y 240); **Ecuador** (2008), artículo 144 “La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez”, disolver el parlamento, artículo 148 “La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiere arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato”; **Bolivia** (2009), artículo 168 “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”, sin embargo, el Presidente no puede disolver la Asamblea Legislativa Multinacional.

<sup>120</sup> Destaca la incorporación de, por ejemplo, el mandato revocable, con el cual se pretende dar mas poderes al pueblo, pero se termina reforzando aún más el poder del Presidente. Voto programático, referéndum, cabildos abiertos, iniciativa popular de ley y de propuesta constitucional, rendición de cuentas y revocatoria de mandato. Ver GONZÁLEZ., VALADES, 2013, p. 345-387. Monografía de SALAZAR, PEDRO “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”.



políticos<sup>121</sup>; (h) normas transitorias que terminan siendo permanentes, ante la no dictación de leyes y reglamentos de rango inferior; (i) remisión de temas a leyes de rango inferior, centrándose la carta fundamental en derechos sociales -parte dogmática/principios y valores-, dejando de lado lo orgánico o “sala de máquinas”<sup>122</sup>, (j) una peligrosa sumisión de las Fuerzas Armadas al Presidente de turno, más no a la Constitución<sup>123</sup>, (k) un carácter rígido de los nuevos textos<sup>124</sup> (l) una justicia constitucional concentrada, (m) amplios capítulos económicos que regulan el rol del Estado en la Economía<sup>125</sup>, (n) un intento descentralizador que busca desconcentrar el “poder político de las élites centralistas”<sup>126</sup>, incluyendo casos de reconocimiento formal al federalismo -Brasil, Venezuela, Argentina y México-, que en la práctica aumenta el presidencialismo, (o) una nueva configuración del poder político superando el esquema tripartito de ejecutivo, legislativo y judicial<sup>127</sup> y, (p) una preocupación por el medio ambiente, pasando desde una visión “antropocéntrica” a una “ecocéntrica”.

Siguiendo a Pedro Salazar, sostengo que no se trata de un nuevo constitucionalismo, sino más bien un constitucionalismo mestizo, que mezcla liberalismo, socialismo y democracia, incluye a grupos vulnerables, tiene un fuerte componente indígena, con variantes ecologistas, y un reconocimiento expreso de los derechos de las mujeres, centrando su acción en los derechos fundamentales<sup>128</sup>. También comparto la tesis de Gargarella, para quien el NCL sólo aumenta el catálogo de derechos, reforzando la parte dogmática, sin inmiscuirse en la parte orgánica de la organización del poder, o en sus palabras, la “sala de máquinas”<sup>129</sup>. Sumo que, a mí parecer, dichas constituciones caen en la categoría desarrollada por Loewenstein de “constituciones semánticas”. En lo formal, el NCL está caracterizado por tres

---

<sup>121</sup> En dichas constituciones, junto a los partidos y en algunos casos por sobre ellos, se potencian a grupos de ciudadanos independientes, grupos étnicos o campesinos y asociaciones territoriales. Venezuela (1999) y Bolivia (2009) no los regula ni habla de ellos. Ecuador (2008), los regula e incluso menciona el financiamiento público y Estatal. Llama la atención que la actual Constitución de Venezuela en sus 350 artículos, no menciona la palabra “partidos”.

<sup>122</sup> GARGARELLA, 2015, p. 7-12.

<sup>123</sup> En Venezuela, Ecuador y Bolivia el Presidente controla ascensos y nombramientos de militares, sin que exista una carrera profesional uniformada.

<sup>124</sup> **Venezuela** (1999), artículo 342 “La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”.

<sup>125</sup> **Bolivia** (2009) tiene 14 disposiciones sobre derecho tributario y una sección específica respecto de la política fiscal. Consagra principios como capacidad económica, control, igualdad, legalidad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria (art. 323). Iniciativa exclusiva de nivel central para crear impuestos, pero gobiernos departamentales y municipales autónomos pueden crear impuestos locales. Fija autonomía en la administración de recursos tributarios a las “autonomías indígena originario campesinas”. **Venezuela** (1999) tiene 13 disposiciones sobre derecho tributario. **Ecuador** (2008) contiene 10 disposiciones sobre derecho tributario y reafirma la iniciativa exclusiva en el ejecutivo. Establece exención del pago de impuestos a tierras de pueblo indígenas (art. 57.4), adultos mayores y discapacitados. Ver ZUÑIGA., 2019, p. 202-205.

<sup>126</sup> ZUÑIGA, 2019, p. 27. Monografía de FERREIRA, HÉCTOR “Neoconstitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una comparación desde sus concepciones de Constitución y democracia”.

<sup>127</sup> La constitución de Venezuela incorpora el “Poder Electoral” y el “Poder Moral”. La de Ecuador suma el “control y transparencias social” y “la función electoral”.

<sup>128</sup> GONZÁLEZ., VALADÉS, 2013, p. 345-387. Monografía de SALAZAR, PEDRO “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”.

<sup>129</sup> GARGARELLA, 2015, p. 322, 330, 332, 353, 354, 356 y 360.

elementos: (a) plebiscito de entrada, (b) constituyente originario mediante asambleas y (c) plebiscito de salida.

De esta forma, los mecanismos que han adoptado diversos países de Latinoamérica para reemplazar completamente sus textos constitucionales han sido de lo más diversos, pero marcados siempre por el concepto de soberanía popular radical, depositada en la Asamblea Constituyente -constituyente originario-. Sin embargo, los caminos que han llevado a su instauración han sido disimiles, desde: (a) utilizar herramientas legítimas prescritas por el texto vigente, (b) en otros casos mediante grandes acuerdos nacionales -como el caso del proceso constituyente chileno 2020/2022-, (c) en otras mediante la autorización del órgano supremo jurisdiccional que permite la convocatoria a las Asambleas y, (d) en algunos casos, atentando directamente contra la institucionalidad vigente<sup>130</sup>. Por su parte, la participación ciudadana en el marco del ejercicio constituyente -originario o derivado- también ha sido objeto de arduos debates públicos y académicos. Podemos mencionar: (a) la iniciativa popular en la función constituyente: Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, (b) la posibilidad de recurrir a una Asamblea Constituyente: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, (c) referéndum obligatorio: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, (d) referéndum facultativo: Colombia y Chile, (e) sin ningún tipo de participación ciudadana: Brasil, El Salvador, Honduras, México y República Dominicana.

En las siguientes páginas revisaremos los mecanismo de surgimiento de las constituciones chilenas y nuestra tradición Republicana, para acto seguido, adentrarnos en los proceso constituyentes de Ecuador y Bolivia, a fin de obtener lecciones de cara al actual proceso chileno.

---

<sup>130</sup> En ese sentido podemos mencionar: (a) El proceso de cambio constitucional peruano de 1993. Éste fue precedido por el auto golpe de Fujimori en 1992, la disolución del Congreso de la República, la convocatoria a una Asamblea Constituyente, y la ratificación del nuevo texto por referéndum en 1993 y; (b) Proceso constituyente venezolano de 1991 fue autorizado por el Tribunal Supremo, contra la constitución vigente, basado en el concepto de soberanía popular.

## Constitucionalismo chileno y tradición Republicana.

En Chile los textos constitucionales no han surgido de una potestad constituyente ejercida por el pueblo soberano -universal-, sino más bien de ciertos grupos con influencia política y cualidades académicas. En palabras de Salazar, el constituyente popular originario se ejerció solamente: (a) desde 1822, culminado en 1828<sup>131</sup> -la única adoptada libremente por la ciudadanía chilena- y (b) a partir de 1818, para reemplazar el régimen parlamentario mediante la “*Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales*” de marzo de 1925<sup>132</sup>, sin éxito.

Para iniciar, quiero trazar unas líneas recordando la importancia del constitucionalismo chileno republicano. Ya escribía don Andrés Bello que “si la constitución está en lucha con las costumbres, con el carácter nacional, será viciosa; si, por el contrario, armoniza con el estado social, será buena”<sup>133</sup>. Las constituciones, en palabras de Bello, deben ser instrumentos que reflejen a una sociedad, más no herramientas para proceder al cambio de ellas. Así, dable es recordar las palabras de Cass Sunstein: “una Constitución democrática es aquella que viene a resolver problemas particulares que probablemente surgirán en la vida política ordinaria de una nación [...] así las constituciones son instrumentos pragmáticos diseñados para resolver problemas concretos y permitir que la vida política funcione mejor”<sup>134</sup>. Para él, la carta fundamental no es un lugar para declarar todas las verdades o dar un extenso catálogo con todos los derechos que surjan de la infinita creatividad humana. Al contrario, las constituciones vienen a resolver problemas concretos. Repasando nuestra historia, los últimos tres textos constitucionales buscaban solucionar problemas concretos: “La de 1833 intentó, por medio de presidentes poderosos y el influjo de Portales, resolver la anarquía y el desorden que ya se arrastraban por más de una década. La Constitución de 1925 repitió la fórmula, pero esta vez para enfrentarse a un problema muy concreto: el desgobierno del parlamentarismo chileno que, con todos los matices que

<sup>131</sup> Discrepo respecto de la afirmación de Salazar, y comparto plenamente la afirmación del historiador Fernando Silva Vargas, para quien la postura de Salazar es una “*tontería*”, que proviene de su imaginación y su marco ideológico, que oculta y distorsiona las fuentes, y la forma en que ocurrieron los hechos. Dicho Congreso Constituyente -que dió origen a la carta de 1828- fue elegido con diputados mediante una eficaz intervención del Ejecutivo, agregándose falsificación de votos y actas de las mesas receptoras de sufragios. A raíz de dicha intervención cuatro quintas partes de los diputados eran del difuso sector liberal, con diputados que no eran precisamente del sector popular: Diego Antonio Elizondo, Francisco Ramón Vicuña, Melchor de Santiago Concha (que debió haber sido VI marqués de Casa Concha), José Gaspar Marín, Santiago Muñoz Bezanilla, Pedro José Prado Montaner, Bruno Larráin Aguirre, Juan de Dios Vial del Río, Pedro José Lira Argomedo, Francisco Ruiz Tagle, Diego Antonio Barros, Manuel Antonio Recabarren (de la familia de los condes de Villaseñor), José Francisco Gana, etc. Del quinto no liberal, formado por pelucones estanqueros y o’higinistas, pocos asistieron a las sesiones. La comisión que elaboró la propuesta de Constitución estuvo compuesta por sólo siete personas. De ella, nada sabemos de los debates y las actas sólo contienen la aprobación de los artículos -a veces muchos de ellos en una sola sesión-. El proyecto fue elaborado entre cuatro paredes, para luego ser despachado sin discusión. El Congreso, en definitiva, estaba compuesto de correlegionarios obedientes, y una fuerte intervención de José Joaquín de Mora. El movimiento, de “popular, bien poco.

<sup>132</sup> SALAZAR, 2011, p. 33 y ss.

<sup>133</sup> SQUELLA, 2005, p. 51.

<sup>134</sup> SUNSTEIN, 2002, p. 240.

corresponde hacer, había erosionado el sistema político. La Carta de 1980, en cambio, intentó resolver un problema distinto. Entonces, cuando el mundo estaba dividido en dos, buscó evitar que Chile volviera a caer en manos de los socialismos reales al estilo cubano”<sup>135</sup>. Así, las constituciones buscan dar respuesta a un problema primario pero, con el paso de los años, van dando soluciones a nuevas realidades.

Siguiendo a Ruiz Tagle, podemos clasificar el “*Constitucionalismo Republicano*”<sup>136</sup> en cinco etapas - destacando a su parecer, que el poder constituyente siempre ha estado radicado en el pueblo-: (a) República independiente (1810-1833); (b) República autoritaria (1833-1871); (c) República liberal parlamentaria (1871-1924); (d) República democrática (1932-1973) y; (e) República neoliberal (1999 - a la fecha)<sup>137</sup>. Se interrumpe la tradición republicana con el golpe militar de 11 de septiembre de 1924 y el gobierno de Carlos Ibáñez (1927) y luego en 1973 con el régimen de Pinochet.

#### **(i) Ensayos constitucionales<sup>138</sup> – República independiente.**

Esta etapa se caracteriza por: (a) la influencia de las revoluciones americanas y francesas; (b) combinar elementos de gobiernos populares y representativos; (c) un monopolio de la aristocracia sobre la participación; (d) forma de ejecutivo colegiado y también unipersonal; (e) gobiernos autocráticos y también liberales; (d) tener su máxima expresión en la Constitución de 1828; (e) se afianza el concepto de soberanía popular. En síntesis, es una etapa de “*ensayo y error*”. A lo largo de esta etapa se van verificando profundos cambios económicos, sociales, culturales y tecnológicos. Frente a ello, la respuesta republicana ha sido ir sumando esfuerzos y voluntades para construir proyectos comunes, que decantan en sucesivos textos constitucionales. El diálogo intergeneracional, la participación democrática, la autodeterminación del pueblo, el buscar mayores esferas de libertad, garantizar derechos individuales, buscar una igualdad efectiva ante la ley, y una aversión hacia la discriminación y represión abusiva y arbitraria, son elementos que vamos encontrando a lo largo de nuestra historia y tradición republicana -sumado a un apego al orden y la seguridad-.

---

<sup>135</sup> SOTO, 2020, p. 52.

<sup>136</sup> La tesis de Ruiz Tagle y Cristi pasa por delimitar el constitucionalismo republicano al alero de las siguientes ideas: libertad -como ausencia de dominación-; igualdad; imperio de la ley; separación de poderes; participación ciudadana y deliberación -popular y representativo-; protección de grupos minoritarios; e igualdad de oportunidades. En síntesis, un republicanismo “*clásico*” -greco romano, de la Francia revolucionaria-, enfocado en la participación y representación, contra un republicanismo “*romano*” -más liberal que democrático-, cargado a lo representativo por sobre lo participativo, más preocupado de la defensa de la libertad y propiedad mediante separación de poderes.

<sup>137</sup> RUIZ-TAGLE., CRISTI., 2008, p. 22-23 y 79-143.

<sup>138</sup> La terminología corresponde a don Gabriel Amunátegui.

Nuestra primera Junta Nacional de Gobierno creada el 18 de septiembre de 1810 para administrar la Capitanía General de Chile ante la captura del rey español por parte de Napoleón se propuso convocar a un Congreso de Diputados<sup>139</sup> -el más antiguo de Iberoamérica y uno de los más antiguos del mundo-, el cual comenzó a funcionar el 4 de julio de 1811 -acto seguido se disuelve la Junta de Gobierno-, y su primera misión fue redactar un texto constitucional<sup>140</sup>. A don Juan Egaña se le encarga el primer proyecto denominado “*Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile*”, de 19 artículos. En él se recogen las ideas de Montesquieu, Rousseau, Locke y aquellas impregnadas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). En su preámbulo destacan frases como “la necesidad de dividir los poderes del Estado”, la “importancia de fijar los límites a cada uno” y “constituir la forma sólida de gobierno en los tres poderes cuyo deslinde es el paso prolijo y más espinoso en todo Estado”. Fija un predominio del Congreso en los asuntos de gobierno y sobre la Autoridad Ejecutiva, puesto que el primero representa al reino y es el único depositario de la voluntad del mismo, se reserva para sí las relaciones exteriores, el mando de las armas y proveer altos cargos militares. En cuanto a la autoridad ejecutiva, radicaba ésta en tres miembros elegidos por el Congreso, que se turnarían la presidencia por meses. Así, en el artículo 13 señalaba “la autoridad ejecutiva llenará su objeto conforme a la ley vigente; se compondrá de tres miembros, con su secretario y asesor; i entre aquellos tomará la presidencia por meses”. Omite la existencia de un Poder Judicial y no consagra derechos ni garantías individuales, por lo que no se le considera un texto constitucional.

Con don José Miguel Carrera en el poder se designa una comisión encargada de redactar un nuevo texto constitucional, la que cuenta con la participación del cónsul estadounidense Joel Poinsett, quizás por ello el texto viene a reconocer garantías fundamentales, al estilo de la primera enmienda a la Constitución estadounidense de 1787 -Bill of Rights-. Esta idea de un gobierno obligado a reconocer y garantizar derechos individuales se iba consolidando por esos años. El fray Camilo Henríquez señala en 1813 “La seguridad consiste en la protección que concede la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión. Ninguno puede ser acusado ni preso sino en los casos

---

<sup>139</sup> El centralismo nacional se puede observar desde aquellos tiempos. En 1811, para la elección de los miembros del primer Congreso, a Santiago correspondía elegir 6 diputados. Sin consultar a nadie procedió a elegir 12. Véase en CAMPOS, 1956, p. 119.

<sup>140</sup> Para ser más certeros, fue el primer texto legal en Chile “*con elementos de naturaleza constitucional*”, más no de tal carácter -pues declara su lealtad al rey de España y la legitimidad monárquica-, siendo el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 quien detenta dicho privilegio. El reglamento de 1811 estuvo vigente entre el 14 de agosto de 1811 y el 4 de noviembre del mismo año, tras golpe militar de José Miguel Carrera. La declaración de independencia data de 12 de febrero de 1818.

determinados por ley, y según el modo y forma que ella prescribe. Todo acto practicado contra un hombre fuera de los casos y formas prescritos por la ley, es arbitrario y tiránico”<sup>141</sup>.

Nuestro Reglamento Constitucional Provisorio de 1812<sup>142</sup> constaba de un preámbulo y 27 artículos. Fue plebiscitado y sometido a consulta a los vecinos de Santiago durante 3 días -del 27 al 30 de octubre de 1812-. Pese a declarar su fidelidad al rey Fernando VII, es considerado el primer texto que manifiesta una velada declaración de independencia<sup>143</sup> en su artículo V: “Ningún decreto, providencia u orden, que emane de qualquiera Autoridad ó (SIC)Tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor serán castigados como reos de Estado”. El reglamento incluye conceptos políticos modernos como soberanía nacional, régimen representativo, división de poderes, garantías individuales como igualdad de derechos (artículo XXIV “todo habitante libre de Chile es igual de derecho”, la seguridad personal, de las casas, efecto y papeles (artículo XVI), el derecho de asilo (artículo XXIV), la libre circulación de personas y bienes (artículo XXIV), la prohibición de ser condenado sin un proceso previo y sentencia que se ajuste a la ley (artículo XVIII), prohíbe la incomunicación de las personas (artículo XX), consagra la libertad de imprenta (artículo XXIII), establece normas sobre las prisiones (artículo XXI), y la garantía de no ser privado de libertad sin indicios graves previos (artículo XIX). En materia de división de poderes, el Ejecutivo queda a cargo de una “Junta Superior Gubernativa”, que gobierna a nombre del rey, la cual esta encargada del régimen interior y las relaciones exteriores, compuesta de tres personas (vocales), que se turnan uno por año (artículo III). El Legislativo es unicameral y queda a cargo de un “Senado”, compuesto de 7 miembros (artículo VII) electos cada tres años. El Judicial residirá en tribunales y jueces ordinarios (artículo XVII). Interesante es su referencia al “poder constituyente originario”, lo que vemos en los artículos: (a) II “El pueblo hará su Constitución por medio de sus representantes”, (b) VIII “alterar este reglamento; y las facultades que no le están expresamente declaradas en esta Constitución, quedan reservadas al Pueblo Soberano” -aquí notamos la diferencia entre un constituyente originario, el pueblo, y otro derivado, el Senado- y, (c) VII “Si los gobernantes diesen un paso contra la voluntad general declarada en Constitución, volverá al instante el poder a las manos del Pueblo, que condenará tal acto como un crimen de lesa Patria”. Ergo, la soberanía reside en el Pueblo.

---

<sup>141</sup> COLLIER, 1977, p. 148.

<sup>142</sup> “Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile suscrito por el de la capital, presentado para su subscripción a las Provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas”, fue promulgado el 26 de octubre de 1812 y fue derogado el 6 de octubre de 1813.

<sup>143</sup> La independencia de Chile fue proclamada oficialmente el 12 de febrero de 1818, por don Bernardo O’Higgins.

El Reglamento Constitucional para el Gobierno Provisorio de 1814 fue promulgado el 17 de marzo<sup>144</sup>, durante el gobierno de Francisco de Lastra. El mismo contiene 13 artículos y la cualidad histórica de haber creado el cargo de Director Supremo -artículo I “Las críticas circunstancias del día obligaron a concentrar el poder ejecutivo en un individuo, con el título de director supremo, por residir en él las absolutas facultades que ha tenido la junta de gobierno en su instalación de 18 de septiembre de 1810”-. Su dictación se enmarca en la guerra de independencia entre españoles y patriotas, que hizo necesario transitar desde un gobierno colegiado a uno de tipo unipersonal. Mantiene un Senado Consultivo. El texto fue redactado por una “*Comisión Constitucional*”, integrada por José Antonio Errázuriz, Camilo Henríquez, José María Rozas, Francisco Antonio Pérez y Andrés de Orjera. Una primera versión fue discutida por la Asamblea de Corporaciones, compuesta por el cabildo de Santiago y otras entidades.

La Constitución de 1818, de tintes autoritarios, radica la soberanía en el Director Supremo y en un Senado designado por aquel, define la unidad política como el Estado de Chile y “utiliza el discurso republicano sólo para validar la dictadura militar de O’Higgins”<sup>145</sup>. La de 1822 se inspira en la Constitución española de Cádiz de 1812, declara que la soberanía reside en la nación, contempla la separación de poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, extiende la ciudadanía a todos los varones mayores de 25 años que sepan leer y escribir y tengan medios económicos. El Congreso se compone de un Senado electo de entre las autoridades del gobierno y un Cámara de Diputados elegida por los cabildos de los pueblos, el ejecutivo es dirigido por el Director Supremo, dura 6 años y es elegido por el Congreso. La de 1823 es producto de una Asamblea popular constituyente con delegados de todas las provincias, crea un código moral y un engorroso sistema de administración, es catalogada como difusa, reglamentaria e impracticable y su autor es Juan Egaña. Las leyes federales, propuestas por José Manuel Infante, siguen el modelo de la Constitución de los EE.UU, responden a una facción del liberalismo chileno que simpatiza con el federalismo, una reivindicación de las provincias y una apatía por el ejecutivo vigoroso.

La Constitución de 1828 se comienza a gestar en 1822, cuando el Congreso electo decide constituirse como Asamblea Constituyente y ampliar el mandato de don Bernardo O’Higgins. En el sur nace la Asamblea de Pueblos Libres de Concepción, mientras en el norte la Asamblea de Pueblos Libres de Coquimbo, ambas desconocen la autoridad del Director Supremo, y envían al General Ramón Freire junto a sus tropas a Santiago. Frente a dicho hecho, O’Higgins abdica. El proceso de instalar una Asamblea Nacional Constituyente se inicia bajo el alero del nuevo Directo Supremo -Freire-, con la

---

<sup>144</sup> Fue suspendido el 2 de octubre de 1814, con el advenimiento de la Reconquista española.

<sup>145</sup> SALAZAR, 2005, p. 157.

elección de nuevos diputados concediendo derecho a voto a los hombres casado mayores de 21 años y solteros mayores de 25. Su labor fracasa al no concordar respecto del carácter centralista del Estado. Finalmente el destacado jurista conservador Juan Egaña termina redactando la Constitución “moralista” de 1823, que fue aprobada por el Congreso. El mismo Freire abdicó ante dicho acto, pero producto de presiones populares retoma su cargo y deroga la Constitución del 23. Acto seguido se citan las asambleas constituyentes de 1824 y 1826, que igualmente fracasan. En 1828 se convoca nuevamente una asamblea constituyente, pero los diputados deciden sesionar en Valparaíso y no en Santiago, para hacer valer la mayoría de miembros de provincias, dando origen a la Constitución de 1828 -de 134 artículos-, caracterizada como “*República Popular Representativa*”<sup>146</sup>, de tintes anti centralistas, con municipios, asambleas provinciales y un Senado descentralizado. Se caracteriza, además, por anticipar a la República liberal y un fuerte énfasis parlamentario. Su redactor es José Joaquín de Mora, quien enarbola las banderas de la “*libertad, igualdad y propiedad*”, sus fuentes son la Constitución francesa de 1791 y 1793, la española de 1812 y el ensayo federal de 1826. La Constitución de 1828 es el “*molde*” de las de 1833 y 1925, algunos incluso han llegado a sostener que duró 150 años.

#### **(ii) y (iii) Constituyente originario de 1833 – República autoritaria, seguida de la liberal.**

Presentada como reforma, fue fruto del poder ejercido por conservadores como facción vencedora de un alzamiento armado que desencadenó en una guerra civil -por un lado productores y exportadores, identificados con pipiolo o liberales, y por el otro grandes comerciantes monopolistas, identificados con pelucones o conservadores-. Los conservadores instalaron un Congreso plenipotenciario en febrero de 1830, designando como presidente a Francisco Ruiz Tagle. El Congreso plenipotenciario no estaba regulado en la Constitución de 1828, menos aún tenía atribuciones para designar al Presidente de la República, imponiendo una carta conservadora -centrada en el orden y un ejecutivo sin contrapesos denominada “*proto-monárquica*” o “*hiperpresidencialista*”-, contraria a la liberal de 1828 del ideario pipiolo, aunque reproducía la carta de derechos de 1828 en su totalidad. Esta Constitución -fruto de una comisión constituyente- no rompió con el hilo institucional, pero fue tan amplia, que hoy se considera una Constitución nueva, al cambiar el paradigma sobre la institucionalidad y el poder político. Su lógica de poder, en términos de Schmitt, consiste en distinguir entre amigos y enemigos, entre buenos y malos.

En la taxonomía de Ruiz Tagle la república autoritaria es reemplazada por la liberal, mediante las reformas constitucionales de 1871-1874 que acentúan la defensa de los derechos en lo dogmático -

---

<sup>146</sup> SALAZAR, 2011, p. 33 y ss.



restricción de las facultades extraordinarias del presidente-, y afianzan la forma parlamentaria de gobierno en lo orgánico.

#### **(iv) Constituyente originario de 1925 y vigencia en 1932 – República democrática.**

La Constitución de 1925<sup>147</sup> -que entra en vigencia plena en 1932- surge a consecuencia del movimiento militar iniciado en septiembre de 1924 que buscaba poner término al periodo en que Chile fue una República Parlamentaria (1891-1925). Se caracteriza por: (a) adoptar un concepto republicano, social y democrático de los derechos -incorpora la doctrina de los derechos sociales y económicos, y la función social de la propiedad-; (b) su presidencialismo -aumento facultades extraordinarias- y; (c) por perfeccionar las formas democráticas de participación política -ciudadanía desde los 18 años, sufragio femenino y término del cohecho mediante cedula única-.

Sin embargo, debemos señalar que el periodo que media entre 1891 y 1924 no fue propiamente un sistema parlamentario. Como analizamos en capítulos anteriores, al hablar de los regímenes de gobierno, pudimos constatar que en el parlamentarismo hay una cooperación por integración, donde existe un equilibrio entre los poderes del Estado -Ejecutivo y Legislativo-, y una equidad, pues la responsabilidad política de los ministros ante el parlamento -remoción/impeachment y votos de censura/confianza- se equilibra con la facultad del Presidente de disolver el parlamento para convocar a nuevas elecciones y reemplazar a sus miembros. En Chile, ese no fue el modelo que aplicó entre 1891 y 1924 “ya que el presidente perdió toda capacidad de injerencia efectiva en la dirección del Gobierno frente al parlamento. Respecto de ambas Cámaras, incluyendo también el Senado, basta recordar que el Jefe de Estado no tuvo autonomía para el nombramiento y remoción de sus ministros. Tampoco le fue concedida la facultad de disolver el Congreso [...] ni ejercer en él una influencia importante en la formación de la ley”<sup>148</sup>. En febrero de 1924 el Presidente Alessandri Palma planteó al Congreso la necesidad de realizar reformas constitucionales, poner fin al asambleísmo parlamentario, instaurar un nuevo régimen presidencial y dar solución a la “*cuestión social*”. Lo que fue rechazado por la aristocracia del Senado. En agosto y septiembre de 1924, jóvenes mandos medios del ejército volvieron a insistir. Nuevamente el establishment los rechaza, aprobando solo la dieta parlamentaria. El 3 de septiembre se verifica el denominado “*ruido de sables*”, donde un grupo de jóvenes oficiales del ejército expresan su rechazo a la aprobación de la dieta parlamentaria, postergándose la tramitación de leyes sociales. Ante dicha presión, el 8 y 9 de septiembre el Congreso aprueba iniciativas de corte

---

<sup>147</sup> Sostengo que dicho texto esta influido por las constituciones de la URSS de 1818, México 1917 y Alemania 1919.

<sup>148</sup> CEA EGAÑA, 2015, p. 33.

social: (a) jornada laboral de 8 horas, (b) supresión del trabajo infantil, (c) reglamentación del contrato colectivo, (d) ley de accidentes del trabajo y seguro obrero, (e) legalización de los sindicatos, (f) ley de cooperativas, (g) creación de tribunales de arbitraje y conciliación laboral. Pese a ello, el 11 de septiembre de 1924 se verifica un golpe de Estado, asumiendo una Junta de Gobierno<sup>149</sup>. La tercera Junta de Gobierno logra el retorno de Alessandri -para reasumir la presidencia-, con el compromiso de dictar una nueva Constitución, reabrir el Congreso, reanudar la vida de partidos y volver al Estado de Derecho.

Tras retornar el presidente Alessandri al país, en marzo de 1925, se propone la misión de convocar una Asamblea Nacional Constituyente<sup>150</sup>. Para estos efectos, dicta una serie de decretos convocando a más de 100 personas -todos hombres- a formar parte de una “*gran comisión consultiva*” -semejante a un consejo asesor- que estaría encargada de informar al gobierno sobre todo lo relativo a los procedimientos ha que deba ceñirse la organización y funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Dicha comisión, al momento de constituirse, acordó trabajar en dos sub comisiones, una dedicada a preparar el proyecto de nueva Constitución -33 sesiones-, y la otra encargada de evaluar los distintos mecanismos en virtud de los cuales debería ser aprobada la nueva carta fundamental<sup>151</sup> -3 sesiones-. En la práctica, la única que funcionó fue la primera, conocida como “*Subcomisión de Reformas Constitucionales*”, presidida por el propio presidente de la República -trabajo aproximadamente 4 meses en La Moneda (abril-agosto 1925)-, y se encargó de redactar el nuevo proyecto. La Asamblea Constituyente nunca fue convocada, optando el presidente por el mecanismo del plebiscito. “No se trató, por ende, de una asamblea constituyente, dotada de competencia para decidir sobre el contenido de la nueva Carta Fundamental y el procedimiento destinado a ponerla en práctica. Debe observarse, por lo tanto, que tampoco se hallaba establecido cómo iba a ser puesta en vigencia la nueva Ley Suprema”<sup>152</sup>. Sin perjuicio de no ser una Asamblea Constituyente la que redactó el texto constitucional, sino una comisión ad hoc, estamos frente a la figura de un constituyente originario, cuya expresión

---

<sup>149</sup> La primera Junta de Gobierno fue presidida por el General Luis Altamirano Talavera, de orientación conservadora. A los jóvenes militares no les entró en gracia. En enero de 1925 se forma una segunda Junta de Gobierno, que duro 4 días, del 23 al 27 de enero. La tercera Junta de Gobierno -27 enero 1925- fue presidida por un civil, el abogado Emilio Bello Codecido, cercano al Presidente Alessandri. Esta dicta una serie de normativas, donde rescatamos la creación del Banco Central y el colegio de abogados.

<sup>150</sup> En marzo de 1925, en el Teatro Municipal de Santiago se auto convoco la Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales, de corte popular y excluyente, reuniendo a trabajadores, profesores, estudiantes y profesionales con exclusión de militares, mercaderes, banqueros y militantes de partidos, sin resultados. Detalles en SALAZAR, 2011, p. 69 y ss.

<sup>151</sup> Antes de separarse en dos sub comisiones -propuesta de Agustín Edwards Mac-Clure- se discutió respecto del mecanismo de reforma. Una postura sostenía que se debía reforma la Constitución de 1833, según las normas de ésta (muy difícil, por quórum elevados y por el mecanismo de la doble ratificación, sumado a un Congreso disuelto y partidos políticos criticados); mientras que los otros impulsaban una reforma por vía de decretos ley, saltándose la Constitución y al Congreso disuelto por la primera Junta de Gobierno.

<sup>152</sup> Vial, 1998, p. 531 y ss.

final se materializa en un plebiscito de salida, y no ante la figura de un constituyente instituido o derivado. Un argumento trascendental para sostener esta tesis es recordar que en dicha elaboración no se siguieron las normas del texto de 1833, ni se pasó por el Congreso, que estaba disuelto. En definitiva fue el pueblo, o constituyente originario, el que aprobó el texto.

Dicho proyecto de nueva Constitución fue presentado por la subcomisión a la denominada “*Gran Comisión Consultiva o Comisión Plenaria*”, integrada por representantes de los diversos sectores políticos. El proyecto proponía un nuevo régimen de gobierno para Chile, presidencialista, donde se fortalecían las atribuciones del presidente y del ejecutivo. Dicho proyecto fue arduamente criticado por radicales y conservadores, que deseaban mantener aún, y pese a su evidente fracaso, un sistema parlamentario. Frente a ello, y teniendo presente que quedaban solo meses para el término del mandato presidencial, además de una clara imposibilidad práctica de poder convocar una Asamblea Constituyente con tan poco tiempo, se acordó llamar a un plebiscito<sup>153</sup> -30 agosto 1925-, donde la ciudadanía tendría tres opciones relativas al régimen de gobierno: (a) cédula roja, donde se optaba por la opción de implementar un presidencialismo (dicha opción fue defendida por Alessandri Palma), (b) cédula azul, donde se mantuviera el sistema parlamentario, pero incluyendo la facultad para la Cámara de Diputados de censurar y derribar gabinetes, y aplazar el despacho y vigencia de leyes de presupuesto y recursos del Estado, (c) cédula blanca, rechazando ambas opciones. El resultado fue un amplio triunfo de la opción impulsada por el presidente Alessandri Palma, obteniendo 127.483 votos de los 134.421 que se emitieron. La opción por mantener el sistema parlamentario contó con 5.448 votos, mientras que el rechazo a ambas propuestas sólo obtuvo 1.490 votos. Sin embargo, la elección contó con un alto nivel de abstención. Solo los partidos Democrático y el Liberal Democrático (Balmacedista) llamaron a votar por la opción roja, mientras que el partido Radical, Conservador y Liberal Unido llamaron a no sufragar, lo que fue seguido por 161.838 ciudadanos inscritos para votar que no concurrieron a manifestar su preferencia. No surge entonces la Constitución de 1925<sup>154</sup> ni con el respaldo popular de una mayoría, ni bajo la elaboración por parte de una Asamblea Constituyente, sino de una comisión técnica y un plebiscito ratificatorio. Vale señalar que ella, durante toda su vigencia, fue modificada en 10 oportunidades<sup>155</sup>. Destaca la figura de Emiliano Figueroa, un presidente

---

<sup>153</sup> Más que un plebiscito fue un referéndum, toda vez que el pueblo se manifestó respecto de un articulado completo.

<sup>154</sup> Cea Egaña sostiene que la Constitución de 1925 no se aprueba como un nuevo texto constitucional, sino solo como una reforma a la Constitución de 1833, para conservar en la opinión pública la imagen de continuidad en la evolución pacífica de nuestras instituciones políticas. Pero indica que, formal y sustancialmente no fue una enmienda, ya que material y procesalmente es diferente a la anterior en tópicos medulares.

<sup>155</sup> En general buscaban instrumentalizar a la sociedad civil a merced del Estado, aumentando el poder de intervención del aparato público: Leyes (1) 7.727, aumenta facultades Presidente (iniciativa exclusiva y excluyente en materia de gasto público), crea el sobregiro del 2% del presupuesto y otorga rango constitucional y autonomía a la Contraloría; (2) 12.548, doble nacionalidad chilena y española; (3) 13.296, aumenta de 3 a 4 años duración cargo regidores (alcaldes); (4) 15.295, reforma estatuto propiedad privada, facilitando reforma agraria, permitiendo el pago diferido de las indemnizaciones por

pusilánime, y la posterior llegada a la presidencia del Coronel Carlos Ibáñez del Campo que, pese a venir del mundo militar, utilizó sus atribuciones con apego a la Constitución. Autores como Silva Bascañán discrepan, señalando que en su gobierno hubo una “ausencia de imperio de las libertades públicas, especialmente de las referidas a la seguridad personal y a la difusión del pensamiento político; atropello a la independencia del poder judicial y a los privilegios parlamentarios; impulso a la aprobación de leyes amplísimas de delegación de facultades gubernativas obtenidas bajo la presión de tal clima ciudadano; omisión de elección popular de diputados y senadores, a través del llamado Congreso Termal, y otros reparos de gravedad semejante”<sup>156</sup>. Para Ruiz Tagle el periodo de Ibáñez es una dictadura militar de claro perfil anti republicano, consolidándose el gobierno constitucional sólo desde 1932, tras repetidos golpes de Estado.

#### **(v) Constituyente originario de 1980 – República neoliberal vigente desde 1989.**

El periodo neoliberal, siguiendo a diversos autores, se caracteriza por: (a) aumentar las libertades individuales y el retroceso del Estado, (b) reformas pro libre mercado<sup>157</sup>, (c) disminución de la intervención estatal, sin probabilidades de retornar a las políticas de redistribución anteriores a 1973<sup>158</sup> y proceso de “*privatización de los derechos*”. Otros elementos que se mencionan son: (d) subordinación de la función legislativa al ejecutivo, (e) concepción subjetiva de los derechos sociales, la gestión de los cuales es entregada al mercado, (f) privilegio del derecho de propiedad y aspecto libertario de todos los derechos, principalmente los denominados económicos y sociales, (f) políticas económicas monetaristas, antiestatistas, de drástica reducción del gasto público y eliminación de programas de protección social. Señalo desde ya que no comparto dicha visión ni clasificación doctrinaria y, por el contrario, comparto la interpretación de Cea Egaña quien señala “Los valores [...] que modelan la nueva Constitución no son los del individualismo liberal decimonónico; tampoco son los del neoliberalismo providente y benefactor; ni son, por último, los de un socialismo democrático o

---

expropiación predios rurales, ya no al contado, y en plazo hasta 15 años (no se aplicó, requería ley complementaria que nunca se dictó, se siguió pagando al contado); (5) 16.615, definió función social de la propiedad y facilitó la nacionalización de bienes (privaciones de facto de dominio); (6) 16.672, aumenta de 147 a 150 los diputados; (7) 17.284, crea el Tribunal Constitucional, siguiendo tendencia internacional, Austria (1920), Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), amplía la ciudadanía a 18 años y constitucionaliza los Decreto Ley, regulando las materias delegables; (8) 17.398, Estatuto de Garantías Constitucionales, como exigencia de la Democracia Cristiana para votar pro Allende en el Congreso. Fija bases de estatuto para partidos políticos, amplió la libertad de opinión, consagra el pluralismo político, los derechos sociales, la autonomía universitaria, libertad cátedra, huelga, trabajo, seguridad social, autonomía grupos intermedios, participación política y socioeconómica; (9) 17.420, 18 años para votar en elecciones de regidores; (10) 17.450, nacionalización de la gran minería del cobre.

<sup>156</sup> BASCUÑÁN, 1997, p. 92.

<sup>157</sup> Los programas de ajustes económicos se pueden remontar, en Europa, al movimiento liderado por Margaret Thatcher, y en Estados Unidos, durante la presidencia de Ronald Reagan. El impacto de dichas políticas tuvo un impacto sobre el constitucionalismo.

<sup>158</sup> FONTAINE, 1993, p. 275.

de otra especie. Por el contrario, reunidos en los nueve primeros artículos se encuentra una toma de posición categórica acerca de la persona, la sociedad y el Estado que es congruente con la civilización occidental y especialmente hispánica que heredamos”<sup>159</sup>.

La Constitución de 1980 nace en pleno régimen militar, de un poder constituyente originario atribuido por la Junta Militar. Antes de explicar el desarrollo y trabajo realizado por el constituyente, debemos remitirnos al proceso de desconstitucionalización y reconstitucionalización<sup>160</sup> surgido a consecuencia de la intervención militar y el quebrantamiento de la continuidad institucional. No pretendo en este apartado realizar un reproche o defensa de lo que significó dicha época, sino referirme únicamente al contexto jurídico y las normas constitucionales que se fueron construyendo, condenando tajantemente las graves violaciones a los derechos humanos. Veamos las etapas.

(1) Etapa fundacional: (a) Documento “*bando número 5*”, emitido el mismo 11 de septiembre, que explica motivaciones del régimen, la finalidad del mismo y de la toma del poder, (b) Decreto Ley N.º 1, “*Acta de Constitución de la Junta de Gobierno*”, del mismo 11, publicada en el Diario Oficial el 18 de septiembre y, (c) “*Declaración de principios del régimen*”, de 11 de marzo de 1974, que contiene la ideología del nuevo régimen, con metas pero no plazos.

(2) Etapa consolidación: (a) Decreto Ley N.º 128 de 1973, consolida en Junta de Gobierno los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo, (b) Decreto Ley N.º 527 de 1974, aprueba el “*Estatuto de la Junta de Gobierno*”, radicando en ella el poder Constituyente y Legislativo, y en el Presidente de la Junta, el poder Ejecutivo, (c) Decreto Ley N.º 788 de 1974, normas relativas al ejercicio del poder constituyente y los Decretos Ley. A contar de dicha fecha los decretos sólo modifican la Constitución cuando expresamente lo indiquen.

(3) Etapa Actas Constitucionales: Todas con supremacía constitucional. Buscaban avanzar paulatinamente en la derogación expresa -pero por materia- de la Constitución de 1925<sup>161</sup> -todas dictadas en 1976-. (a) Acta N.º 1, Decreto Ley 1.319, crea “*Consejo de Estado*”, supremo órgano consultivo del Presidente, que desaparece al entrar en funciones el Senado, (b) Acta N.º 2, denominada “*Bases de la Institucionalidad Chilena*”, (c) Acta N.º 3 “*Derechos y Deberes Constitucionales*”, (d) Acta N.º 4, “*Regímenes de emergencia*”.

---

<sup>159</sup> CEA EGAÑA, 1988, p. 40.

<sup>160</sup> Los conceptos son acuñados por Egaña en su tratado de Derecho Constitucional, lo mismo que la periodización que se desarrolla a continuación.

<sup>161</sup> Lo mismo hizo Franco en España y el régimen miliar brasileño a contar de 1964.

(4) Etapa de aprobación y vigencia. Como ya hemos mencionado, la Junta de Gobierno se impuso el rótulo de constituyente *originario*<sup>162</sup>, sin estar limitada por la Constitución de 1925, lo que vino a complementar con una vieja técnica del constitucionalismo moderno, cual es ratificar el texto propuesto por parte de la ciudadanía en las urnas, para que sea ella, como poder soberano último, la encargada de validar la nueva carta fundamental<sup>163</sup>. El trabajo tuvo tres etapas, ante diferentes órganos, a saber (1) “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”<sup>164</sup> o “CENC” -sesionó entre el lunes 24 de septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978, realizando 417 reuniones-, órgano de tipo técnico y académico, creado por decreto del Ministerio de Justicia el 12 de noviembre de 1973 y presidido por Enrique Ortúzar. Su pronta creación obedeció al convencimiento de la Junta de Gobierno de la necesidad de solucionar el problema de seguridad jurídica creado por la dispersión de normas de rango constitucional; avanzar en cambios fundamentales a la Constitución de 1925 para evitar los problemas que se habían producido en el pasado; y, en definitiva, crear un nuevo marco de derechos y control del ejercicio del poder. Finalmente presentaron el “*Anteproyecto de Constitución*” -compuesto de 123 artículos más 11 Disposiciones Transitorias-. De forma conjunta se presentó el memorándum explicativo denominado “*Proposiciones e ideas precisas*”, tras lo cual se disolvió; (2) “*Consejo de Estado*”, órgano de representación orgánica, técnica y corporativa -creado por decreto el 9 de enero de 1976 (Primera Acta Constitucional)- para asesorar al Presidente en materias de gobierno y administración civil. Su Presidente fue don Jorge Alessandri R., ex Presidente de la República. El Consejo de Estado mantuvo sesiones desde el 14 de noviembre de 1978 hasta el 1 de junio de 1978 -realizando 57 reuniones-. Estudió el anteproyecto, y presentó el documento denominado “*Proyecto de Nueva Constitución*”; (3) “*Junta de Gobierno*”, quien detentaba el ejercicio del poder constituyente originario<sup>165</sup>. “Finalmente fue el turno de la Junta Militar, que comparó ambos textos y tomó las decisiones más relevantes. Primero, un grupo liderado por el ministro Sergio Fernández revisó cada una de las discrepancias, que luego fueron siendo definidas con los integrantes de la Junta de Gobierno

---

<sup>162</sup> Con esta decisión se consolida el concepto schmittiano de dictadura soberana o revolucionaria, por sobre la Constitución vigente.

<sup>163</sup> La “*Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*” respecto de la Convocatoria a Plebiscito, firmada por el mismo Guzmán, señala precisamente lo contrario, dicha convocatoria en ningún momento activó el poder constituyente de pueblo, el cual quedó radicado en la Junta Militar.

<sup>164</sup> La comisión sólo tuvo por objetivo redactar un anteproyecto de Constitución, por lo que jamás detentó la calidad de comisión constituyente, aunque ella misma se hubiera autodenominado como tal. El constituyente originario radicó siempre en la Junta de Gobierno. Participaron, junto a Enrique Ortúzar como presidente, Sergio Diez, Jaime Guzmán, Jorge Ovalle, Alejandro Silva Bascuñán -por esos años el constitucionalista más importante del país-, Gustavo Lorca, Enrique Evans, Alicia Romo, Raúl Bertelsen, Luz Bulnes y Juan de Dios Carmona. En calidad de secretario actuó Rafael Eyzaguirre.

<sup>165</sup> En ese mismo sentido ha fallado el Tribunal Constitucional, señalando que “la carta fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario [...] al tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que al hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave situarse por sobre el poder constituyente originario”, así en sentencia rol N.º 46-1987, considerando 34 y siguientes.

y otros invitados de confianza”<sup>166</sup>. Los cambios introducidos por dicho órgano no fueron menores, “en el articulado permanente se hicieron 175 modificaciones, de las cuales 59 fueron fundamentales. También cambio el articulado transitorio que había propuesto el Consejo de Estado, extendiendo el proceso para el retorno a la democracia”<sup>167</sup>. La noche del 10 de agosto de 1980, el general Pinochet anuncia que la Junta de Gobierno, en uso de su potestad constituyente, había aprobado la nueva Constitución y convocaba a un plebiscito ratificatorio para el 11 de agosto. La propuesta de nueva Constitución contó con un 67,04% de aprobación (4.204.879 votos), mientras que la opción rechazo obtuvo un 30,19% de los votos con 1.893.420. Se critica hasta el día de hoy la falta de padrones electorales, partidos políticos, el estado de emergencia vigente durante el proceso, la censura a los medios de comunicación, la falta de un tribunal electoral imparcial, una oposición democrática desarticulada, sin plena libertad de expresión, un periodo de campaña excesivamente breve y, finalmente, una proceso eleccionario que fue organizado por los alcaldes designados, donde el votante concurría a sufragar y se le cortaba una esquina de su carnet de identidad. Esta entró en vigencia de forma parcial el 11 de marzo de 1980, pues la totalidad de sus normas y principios solo comenzó a regir 9 años mas tarde. El poder constituyente originario siempre estuvo radicado en la Junta de Gobierno “solo puede considerarse como ente constituyente a la Junta de Gobierno, órgano que sí detentaba esa función suprema del Estado por obra del decreto N.º 788, de 4 de diciembre de 1974”<sup>168</sup>. En Chile, en 1973, la Constitución de 1925 fue finalmente<sup>169</sup> destruida revolucionariamente por la Junta Militar, al reemplazar al pueblo como como titular del poder constituyente originario.

---

<sup>166</sup> SOTO, 2020, p. 22.

<sup>167</sup> CARRASCO, 1987, p. 147.

<sup>168</sup> FERMANDOIS, 2010, p. 211.

<sup>169</sup> Debo dejar constancia que la Constitución de 1925, a mí parecer, dejo de regir y de aplicarse como documento varios años antes. Como texto se destruye en 1973.

## **La experiencia ecuatoriana. Constituciones de 1998 y 2008.**

### **(i) Antecedentes históricos y Constitución de 1998. Constituyente originario.**

Latinoamérica ha sido testigo de diversos procesos constituyentes durante el siglo XX y XXI, todos ellos, como ya he explicado, tienen sus orígenes en profundas crisis sociales y políticas. En Ecuador, el proceso se desarrolló durante los años 2007 y 2008 y -en dialéctica de sus promotores- “tuvo por objeto fundamental la promulgación de una nueva Constitución para transformar la organización de las instituciones políticas del Estado, consagrar los derechos y libertades exigidos por los diferentes sectores de la sociedad, prescribir los principios básicos y valores con los que se identifica la comunidad política de la nación y que generan su identidad, y fijar, de esta manera, las herramientas necesarias para que los gobernantes puedan conducir el destino del país, generando una transformación profunda de la institucionalidad pública”<sup>170</sup>. El proceso vivido en Ecuador tuvo como antecedente inmediato movilizaciones sociales que proponían un cambio estructural del denominado modelo “neoliberal”. En ese sentido, existe amplia literatura respecto de un discurso deslegitimador del sistema constitucional vigente, basado en la necesidad de consagrar derechos sociales y económicos. A modo de ejemplo, se puede señalar: (a) “La reforma constitucional que se efectuó en el Ecuador en 2007 y que concluyó en 2008 con la aprobación de la nueva Constitución fue el resultado de la lucha social por el cambio estructural del país, que surgió producto de la profunda crisis económica, política, social, que se vivió desde el regreso a la democracia en la década de los ochenta, y que fue profundizándose como resultado de las políticas neoliberales planteadas por los gobiernos de turno”<sup>171</sup>, (b) “La crisis estructural que vivió el Ecuador condujo a la imperiosa necesidad de la reformulación de un sistema político y democrático, cuyo resultado fue la efectiva manifestación de la voluntad popular, mediante la convocatoria a una asamblea constituyente, que buscaba principalmente generar las bases de un nuevo Estado, para adaptar las exigencias políticas y sociales a los tiempos contemporáneos y fortalecer la democracia”<sup>172</sup>, (c) “El nuevo constitucionalismo busca hacer frente a las desigualdades económicas, políticas y sociales que han venido afrontando los pueblos latinoamericanos, por lo que su principal característica es la inclusión efectiva a nivel constitucional de los derechos sociales y económicos”<sup>173</sup>, (d) “Procesos como el vivido en Ecuador responden a una propuesta social y política que tiene como antecedente movilizaciones sociales masivas que evidenciaron la necesidad de un cambio estructural, y

---

<sup>170</sup> SALGADO, HERNÁN. El proceso constituyente ecuatoriano. Algunas reflexiones. Revisar en línea <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>

<sup>171</sup> BORJA, 2008, p. 39-40. Monografía de PAZ Y MIÑO., PAZ MIÑO., “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”.

<sup>172</sup> BREWER-CARIAS, 2007.

<sup>173</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, 2010, p 18 y ss. Monografía de VICIANO, ROBERTO., y MARTÍNEZ, RUBEN “Presentación: Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”.



que vieron en la asamblea constituyente una alternativa plenamente democrática para generar esa transformación” y aún más lúcida en su mesianismo “se puede decir que el proceso de reforma constitucional que se efectuó en Ecuador no es casual, es decir, no es un caso aislado; se enmarca en un proceso latinoamericano de demandas de redistribución de riquezas y cambio de las estructuras sociales y políticas con sus propias particularidades, que generan un estado de conciencia crítica para alcanzar el Estado de Derecho [...] el totalitarismo económico neoliberal se impuso no solo en Ecuador sino en toda América Latina, bajo la articulación de una triología de actores: los gobiernos, la empresa privada y el capital transnacional, vinculado principalmente con la hegemonía mundial norteamericana”<sup>174</sup>, (e) “Lo que busca este nuevo constitucionalismo es ser el reflejo de la voluntad del pueblo, mediante la incorporación en el ordenamiento jurídico de una revolución de ideas que permitan un cambio en las estructuras sociales, con el objetivo de encontrar justicia social, igualdad, bienestar de los ciudadanos, para generar de esta manera procesos de renovación de las representaciones políticas y la puesta en marcha de una estructura política progresista, basada en la necesidad de ganar autonomía nacional y regional”<sup>175</sup>.

Ecuador había pasado por un proceso constituyente el año 1998 -mediante Asamblea-, el cual fue objeto de diversas críticas, siendo la principal, el no contar con un plebiscito ratificatorio por parte de la ciudadanía respecto del nuevo texto aprobado -requisito básico e indispensable para el NCL-. Olvidando los críticos, como es costumbre, que el proceso fue iniciado precisamente mediante un plebiscito y elecciones de convencionales redactores.

La nueva Asamblea Nacional Constituyente -que dio origen a la nueva Constitución de 2008- se instaló en la ciudad de Montecristi, con plenos poderes, y cumplió con los requisitos que pregona el “*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”, también conocido como “*Neopopulismo*”<sup>176</sup>, a saber: (a) legitimación democrática de la Constitución o denominada “*Democracia Radical*” -que busca la identidad de la voluntad del pueblo con el nuevo texto constitucional- (b) referéndum activador del proceso constituyente, (c) referéndum de aprobación del texto propuesto, (d) una crisis social y política que antecede<sup>177</sup>, (e) rigidez para reformar el nuevo texto constitucional, (f) ampliación del catálogo de derechos y garantías fundamentales, incorporando una definición del Estado como constitucional,

---

<sup>174</sup> CARRION, 2020, p. 18 y 20.

<sup>175</sup> BORJA, 2008, p. 241. Monografía de RAMÍREZ, FRANKLIN “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”.

<sup>176</sup> Se caracteriza por la incorporación a los textos constitucionales de herramientas plebiscitarias o de referéndum, para poder avanzar en las agendas políticas y sociales del gobierno cuando no se cuenta con las mayorías parlamentarias. De esta forma se recurre constantemente al pueblo, para que el líder populista consiga sus objetivos deslegitimando la intervención de los representantes. Podemos recordar que en Ecuador Rafael Correa fue electo presidente sin tener el apoyo de ningún parlamentario.

<sup>177</sup> VICIANO., MARTÍNEZ, 2012, p 165.

plurinacional e intercultural y, (g) quizás el punto más relevante, la redacción de nuevos textos constitucionales mediante Asambleas Constituyentes, que dan paso a textos con un claro tinte semántico que en nada se ajustan a la realidad social.

A fines de la década del 70, Ecuador retorna a la democracia bajo la presidencia de Jaime Roldós Aguilera -10.08.1979 a 24.05.1981-, quien es sucedido en el cargo -tras morir en un trágico accidente aéreo- por Oswaldo Hurtado Larrea -24.05.1981 a 10.08.1984- militante del partido Democracia Popular/Unión Demócrata Cristiana, ubicado en el centro político. El regreso a la democracia vino acompañada de una crisis económica producto del endeudamiento estatal por sobre su capacidad de pago, un fuerte recesión, una caída en el precio del petróleo, una interrupción en la aprobación de créditos internacionales, aumento de la tasa de interés, inflación, aumento de la deuda contraída por el sector privado -bancos principalmente-, todo ello sumado a desastres naturales que vinieron a empeorar la situación. Frente a ello, Hurtado optó por la *“sucretización de la deuda externa privada”*, proceso por el cual la deuda externa de los privados contraída en dólares fue convertida a deudas en sucres -moneda del Ecuador-, debiendo los privados pagar en sucres al Banco Central del Ecuador, quien pasó a ser el dueño de la deuda, comprometiéndose al mismo tiempo a hacer pago de dichas deudas en dólares frente a los acreedores extranjeros<sup>178</sup>. Su gobierno enfrentó huelgas generales -septiembre 1982-, medidas de ajuste y recortes presupuestarios, protestas empresariales, movilización sindical y estudiantil -entre octubre y noviembre de 1982 de tintes violentos- y una huelga general de empresarios -marzo de 1983-. Pese a todo, logró mantener su gobierno.

En 1984 asume León Febres Cordero, del Partido Socialista Cristiano, ubicado políticamente en la derecha, quien gobernó con mano firme. Se enfrentó al parlamento, impulsó medidas de ajustes, no elevó los sueldos y gobernó en base a *“decretos económicos urgentes”* (26) para gestionar el gasto público. Tuvo grandes aportes al desarrollo de la infraestructura -edificios y carreteras-, creó el Fondo Nacional de la Cultura, construyó hospitales y centros de salud, tuvo la difícil misión de enfrentar al grupo terrorista *“Alfaro Vive, ¡Carajo!”*, convirtiendo la lucha contra el terrorismo en política oficial del gobierno, fue objeto de revueltas castrenses, liberalizó la economía y aumentó el PIB -tuvo superávit en 1984 y 1985-. Su gobierno estuvo marcado por denuncias de violación a los Derechos Humanos, torturas y desapariciones forzadas. A fines del mismo sufrió la caída del precio del petróleo y la paralización de las exportaciones a causa de un terremoto, frente a lo cual aumentó en forma

---

<sup>178</sup> Economistas sostienen que dicha operación generó severos perjuicios al Estado ecuatoriano, por un monto acumulado de US 4.462 millones. Al devaluarse el sucre frente al dólar, aumento el valor nominal de la deuda externa en sucres lo que causó quiebras y cierres masivos de plantas manufactureras y diversos otros negocios.

desmedida el gasto público, adoptando medidas populistas que iban en contra de la liberalización de los mercados, con lo que el PIB cayó un 6% y creció la inflación en un 85,7%.

En 1988 asumió Rodrigo Borja Cevallos, líder del partido político socialdemócrata Izquierda Democrática. Puso fin al autoritarismo, hizo respetar los Derechos Humanos, eliminó el Servicio de Investigación Criminal (SIC), acusado como centro de torturas, enfrentó protestas indígenas que reclamaban por un Estado plurinacional, territorios autónomos y mayores derechos para sus comunidades. Desmovilizó al grupo terrorista “*Alfaro Vive*”, desmanteló al principal cartel de drogas - “*Los Reyes Magos*”-, tuvo un estricto control del gasto público. Terminó su gobierno con una grave crisis económica, nacionalizó la industria petrolera, aumentó el gasto público y terminó con fuertes protestas del mundo indigenista.

En 1992 asume nuevamente la derecha, bajo el mando de Sixto Durán Ballén, al alero del Partido Unidad Republicana, de ideología liberal conservadora. Basó su gobierno en la modernización de la economía, redujo la inflación del 60% al 24%, comenzó la modernización del Estado reduciendo en miles de funcionarios el aparato estatal, inició el dialogo con los pueblos indígenas, impulsó varias privatizaciones, mantuvo una política monetaria estable, renegoció la deuda externa y realizó varias obras públicas. Además, debió enfrentar la guerra del Cenepa o Conflicto del Alto Cenepa contra Perú, por el control del río Cenepa en Amazonas.

En 1996 asumió la presidencia el candidato populista Abdalá Bucaram Ortiz, fundador del Partido Roldosista Ecuatoriano, de centro izquierda. Su gobierno estuvo marcado por reiterados actos de corrupción, se enfrentó a empresarios, trabajadores, indígenas y grupos organizados de clase media. Duró en su cargo 5 meses y 25 días, fue destituido el 6 de febrero de 1997<sup>179</sup> -*impeachment* por incapacidad mental para gobernar<sup>180</sup>-, tras protestas sociales generalizadas. Partió al exilio a Panamá, siendo prófugo de la justicia por 20 años. El Congreso designó a Fabián Alarcón Rivera, quien luego sería ratificado en funciones mediante consulta popular.

Alarcón convoca al conocido referéndum de 1997, más conocido como “*la consulta popular de 1997*”, realizada el 25 de mayo del mismo año. En ella se efectuaron 14 preguntas que abordaron diferentes temas, como ratificar la destitución de Bucaram, la designación de Alarcón, límite al gasto electoral, sucesión presidencial en manos del vicepresidente, sistema de elección de autoridades (diputados,

---

<sup>179</sup> Ante la destitución se niega a dejar su cargo, y se verifica en los hechos un triunvirato conocido como “*la noche de los 3 presidentes*” con Bucaram, Alarcón y la vicepresidenta Arteaga.

<sup>180</sup> Conforme al artículo 197 de la Constitución ecuatoriana de 1979.

concejales, municipales y consejeros provinciales), eliminación de partidos que no obtengan más de 5% de los votos en 2 elecciones consecutivas, integración del Tribunal Supremo Electoral, reforma al Poder Judicial y el Consejo de la Judicatura, mandato revocable para autoridades que atenten contra la moral y ley. Sin duda las preguntas más importantes fueron las número 3 ¿Está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de que reforme la Constitución Política del Ecuador?, y número 4 relativa al mecanismo de elección de los miembros de la Asamblea, con el objeto de modificar la carta de 1978 -carta fundamental número 18 en la historia de Ecuador-. La Asamblea quedó constituida en su mayoría por miembros de derecha. Trabajó durante 4 meses y medio en el recinto de la Academia de Guerra de las Fuerzas Armadas en Sangolquí y plasmó una Constitución abierta hacia el libre mercado, destacando el rango constitucional del Banco Central y su autonomía respecto de los políticos de turno. En ella, además, se reconoció la diversidad del país, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el medio ambiente sano, los derechos de mujeres, niños y otros sectores sociales, se constitucionalizó la Defensoría del Pueblo, se creó el recurso de amparo, se aumentaron las atribuciones del presidente en materias económicas, le quitó las atribuciones al Congreso para la elaboración del presupuesto de la nación, concedió autonomía administrativa y económica al Tribunal Constitucional, se amplió la ciudadanía a todos los ecuatorianos, se reformó el Congreso, la educación y el régimen seccional, entre otros puntos.

En 1998 vino el gobierno de Jamil Mahuad nuevamente del partido Democracia Popular-Unión Demócrata Cristiana, de centro. Durante su mandato cerró un acuerdo de paz con Perú -que ratificó frontera fijada en 1942-, entregó la base militar Manta a las fuerzas Norteamericanas y sentó bases para el comercio, la navegación y la integración fronteriza. En materia económica, se desarrollaron: (a) la crisis inflacionaria de 1998-1999 -52,6% en promedio-, (b) una crisis fiscal donde el Banco Central emitió moneda de forma excesiva para cubrir el gasto público -depreciando su valor-, (c) una crisis de la deuda soberana y, (d) una caída del 75% en el valor del petróleo. Se inyectaron fondos de rescate a los bancos por intermedio del Banco Central<sup>181</sup>, algunos de los cuales pasaron a manos del Estado, varios otros se fueron quedando sin dinero para responder ante sus clientes -unos 12 desaparecieron ante quiebras-<sup>182</sup>. El presidente decretó la “dolarización” de la economía, sin tener los estudios ni las herramientas para ello, lo que ocasionó la quiebra de cientos de empresas y la pérdida de miles de empleos. El resultado fue, nuevamente, masivas protestas en Quito por parte de grupos de la ultra

---

<sup>181</sup> El Banco Central había entregado préstamos a las entidades bancarias fundado en la disposición 41 transitoria de la Constitución de 1998 “Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no mayor de dos años [...] el Banco Central podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos...”.

<sup>182</sup> Ante la falta de solvencia y liquidez de los bancos, la gente desconfió del sistema y comenzó a retirar sus depósitos. Por su parte, el gobierno decretó un feriado bancario, lo que en la práctica llevó a un corralito. Esto ocasionó la quiebra de varias instituciones financieras.

izquierda e indigenistas agrupados en la Confederación de Nacionalidades Indígenas. El 21 de enero de 2000, las Fuerzas Armadas, apoyadas en las movilizaciones populares, proceden a derrocar a Mahuad mediante golpe de Estado. Se autoproclamó una Junta militar y después un triunvirato que duró pocas horas<sup>183</sup>. Finalmente, asumió Gustavo Noboa Bejarano -por el resto del periodo- quien fuera hasta ese momento vicepresidente.

En 2002, gana las elecciones el coronel Lucio Gutiérrez, líder del golpe de Estado de 2000, de la mano del Partido Sociedad Patriótica 21 de enero, Pachakutik<sup>184</sup>, brazo político del movimiento indígena y el Movimiento Popular Democrático, todos de tintes anti sistémicos, de izquierda y cercanos al marxismo leninismo. Al poco andar Gutiérrez dejó a sus aliados y se acercó a los gobiernos de EEUU y Colombia, fijando una alianza política con la derecha ecuatoriana representada por el Partido Social Cristiano. En ese periodo impulsó medidas económicas acordadas con el FMI, entre ellas: (a) congelamiento de las pensiones, (b) paralización de los préstamos quirografarios otorgados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, (c) privatización de empresas eléctricas y telefónicas, (d) renegoció la deuda externa según variación del precio del petróleo y, (e) ordenó el aumento del precio de los combustibles. Ante el descontento social, se apegó al mundo militar, nombrando ministros, subsecretarios y presidentes de empresas estatales a personas ligadas a dicho estamento, ofreciendo también -en los cuarteles mismos- aumentos de sueldos para militares y policías. En un nuevo giro de su mandato (2004), quebró relaciones con la derecha y formó una nueva alianza con el Partido Roldosista Ecuatoriano, del ex presidente Bucaram, el Partido Renovador Institucional de Acción Popular, de centro derecha, y el Movimiento Popular Democrático, nuevamente hacia la izquierda. Destituyó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia -Pichi Corte-, con apoyo del Congreso, contraviniendo el mandato expreso de la Constitución vigente, designado jueces identificados con los partidos políticos de su nueva alianza. La nueva Corte permitió el retorno de los exiliados ex presidentes Bucaram y Gustavo Noboa, anulando sus juicios, en una clara señal de corrupción, lo que provocó fuertes protestas y movilizaciones. En un intento desesperado decidió implementar un ley de comunicaciones para ejercer un control estatal sobre los mismos, además, por medio del “*Decreto Ejecutivo N.º 2752*” declaró Estado de Emergencia, cesó a todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia -que el mismo había designado- y anuló sus decisiones, estableció zonas de seguridad y suspendió varios derechos civiles (opinión, reunión, tránsito, inviolabilidad del hogar y comunicaciones). Ese acto fue considerado

---

<sup>183</sup> El triunvirato o “Junta de Salvación Cívico Militar” estaba compuesta por el coronel Lucio Gutiérrez como representante de los militares insurrectos, Antonio Vargas como presidente de la CONAIE y el magistrado guayaquileño Carlos Solórzano.

<sup>184</sup> Movimiento de Unidad Plurinacional, creado en 1995, cuyo objeto es la resistencia y oposición al modelo neoliberal, buscando una nueva forma de desarrollo económico, político, social y cultural, forjado desde el pueblo, centrado en la persona humana en la defensa de la vida. e

dictatorial, al gobernar por medio de decretos. Dos días después el decreto es anulado, sin embargo, las protestas sociales sólo fueron en aumento. El 20 de abril las Fuerzas Armadas y la Comandancia de la Policía quitaron su apoyo al presidente, el cual debió arrancar a bordo de un helicóptero del ejército. Frente a ello, el congreso decidió la destitución de Gutiérrez basado en una cláusula constitucional que indicaba “*abandono del cargo*” -*impeachment*-, argumentando que, al haber ordenado la cesación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, había interferido en otro poder del Estado. Asume en su reemplazo el vicepresidente Alfredo Palacio. Durante su corto mandato nombró como Ministro de Economía a Rafael Correa.

## **(ii) La Constitución de 2008. Constituyente originario al alero de los “*plenos poderes*”.**

Pese a toda los hechos largamente narrados en los párrafos anteriores -9 presidentes entre 1998 y 2006-, que demuestran la falta de gobernabilidad histórica desde el retorno a la democracia imputable a actos de corrupción, clientelismo, gobiernos populistas, mal manejo de la economía y otros factores de tintes económicos y sociales -guerras de por medio-, nuevamente para la elección presidencial de 2006 se instaló como culpable de todos los problemas a la Constitución de 1998, en base al añejo discurso que le imputa culpabilidad al “*modelo neoliberal*”<sup>185</sup>, sumado a un discurso populista de integración social, un rechazo a la partidocracia y la necesidad imperiosa de refundar el país mediante una transformación estructural del Estado que permita dar solución inmediata a los problemas de la sociedad ecuatoriana. A mí entender, los hechos político-sociales superan el marco jurídico vigente, donde no existe una cultura democrática de respeto a la Constitución y las leyes -ni del oficialismo ni de la oposición-. Así, el discurso del cambio constitucional se articula simplemente como estrategia política, siendo una nueva forma de populismo que se va instalando fuertemente en nuestra Latinoamérica, al alero del denominado NCL. Como elementos del discurso populista -que de paso los vemos reiterados en Chile, a razón de nuestro propio “*momento constitucional*”-, podemos mencionar los siguientes: (a) descontento popular y necesidad de refundar el país, (b) situación económica y social vulnerada por el capitalismo, (c) modelo totalitario neoliberal “*evidentemente*” agotado, (d) priorización de intereses privados por sobre los generales de la población, (e) influencia de los empresarios en la conducción económica, (f) apoyo a las élites empresariales en detrimento de las clases pobres y obreras, coartando los derechos de grupos minoritarios, (g) deterioro de la calidad de vida y laboral, (h) sometimiento del país al FMI y al Banco Mundial, (i) captura del aparato estatal por parte de los Partidos Políticos, (j) desconfianza en la institucionalidad por la corrupción desbordada, (k) despertar de la “*conciencia*

---

<sup>185</sup> Señala Gerardo Pisarello “el empeño en mantener las políticas de ajuste financiero y económico desató una sostenida resistencia indígena y de movimientos urbanos que se cobró tres gobiernos: el de Abdalá Bucaram en 1997, el de Jamil Mahuad en 2000, y el de Lucio Gutiérrez en 2005”. En PISARELLO, 2011, p. 192.

*social*” frente a las políticas de gobierno, (l) levantamiento del movimiento indígena, mestizo y afrodescendiente, (m) avanzar hacia un proyecto nacional de integración social y cultural que conduzca a una verdadera sociedad intercultural, mediante cambio del modelo estructural del país y, (n) la habitual crítica hacia el cuarto poder -la prensa-, servicial a los intereses de los grupos empresariales oligárquicos. Argumentos todos que, adaptados a la realidad chilena, se copian al pie de la letra.

Nuevamente un país del continente entra en un proceso refundacional promovido por ideas progresistas. Así emergió la figura del economista Rafael Correa -apoyado en movimientos ciudadanos y sociales- y sin contar con ningún diputado electo en el Congreso<sup>186</sup>. Su principal propuesta de campaña fue convocar una consulta popular para resolver sobre la instalación o no de una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución. La opción oficialista ganó con amplia mayoría la consulta y la elección de los integrantes, obteniendo, además, un apoyo mayoritario en el referéndum de salida. Los impulsores del cambio no fueron los partidos políticos tradicionales, sino los movimientos sociales impulsados por “fuertes levantamientos de indígenas y de sectores medios y urbanos”<sup>187</sup>, que influyeron en la agenda pública mediante protestas y movilizaciones, dejando los partidos políticos de ser intermediarios válidos entre la sociedad civil y el Estado. Los principales actores sociales fueron: (a) el movimiento indígena reunido en CONAIE<sup>188</sup> y la “*Coordinadora de Movimientos Sociales*”<sup>189</sup> -creada en 1995-, (b) el movimiento de mujeres feministas, (c) los denominados “*forajidos*” -movimiento golpista civil, de clase media, estudiantil y universitaria, que derrocó junto a las FFAA a Lucio Gutiérrez-, bautizado con ese nombre por el mismo ex presidente que se refirió de esa manera a los que desarrollaban las protestas<sup>190</sup>, y (d) el movimiento “Alianza País - Patria Altiva i Soberana”, liderado por el presidente Rafael Correa, declarado públicamente seguidor del socialismo del siglo XXI.

La Asamblea Constituyente fue objeto de debate público en torno a los poderes que tendría para redactar el nuevo texto constitucional. Finalmente, triunfa la postura impulsada por “*Alianza País*” de una Asamblea Constituyente con plenos poderes -poder constituyente originario- y la tesis del cambio del modelo económico -pese a que no existía dicha figura en el texto constitucional vigente-. El primer

---

<sup>186</sup> Podríamos considerar que la no presentación de candidatos a la elección parlamentaria fue precisamente una estrategia política para no “*hacerle el juego*” a la vieja política y, una vez instalado en su investidura de presidente, poder atacar sin piedad al poder legislativo, acuñando términos como: “*la vieja partidocracia*”, la “*larga noche neoliberal*” y la “*revolución ciudadana*”.

<sup>187</sup> PISARELLO, 2016, p. 116.

<sup>188</sup> Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, fundada en 1986. Se conforma de tres unidades regionales que envían delegados a la asamblea general: (a) ECUARUNARI representando a los indígenas de la Sierra (45% delegados), (b) CONFENIAE, de la amazonía ecuatoriana (30% delegados) y, (c) CONAICE de la costa ecuatoriana (25% delegados).

<sup>189</sup> Impulsaron la campaña en favor del No, el año 1995, en el plebiscito al que llamó el ejecutivo para privatizar ciertas empresas públicas y la seguridad social.

<sup>190</sup> En el movimiento social van apareciendo nuevos referentes: “Ruptura 25”, “*Participación Ciudadana*” y “*Democracia Ahora*”, son los más relevantes.

día de gobierno Rafael Correa emitió el “*Decreto Ejecutivo N.º 2*” de 15.01.2007 mediante el cual se llamaba a consulta ciudadana<sup>191</sup> para habilitar un proceso de cambio constitucional mediante Asamblea Constituyente, con plenos poderes. Junto al decreto, se ordenaba al “*Tribunal Supremo Electoral*” organizar, dirigir y garantizar la consulta popular y remitir copia del decreto al Congreso Nacional para su conocimiento. Los argumentos esgrimidos por la izquierda refundacional para vulnerar la Constitución y sustentar su llamado a consulta popular para instalar una Asamblea Constituyente fueron los siguientes: (a) artículo 171 N.º 6 de [ ] “Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes [...] 6. Convocar a consultas populares de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución”, (b) artículo 104 N.º 2 de [ ] “El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos: 1. Para reformar la Constitución, según lo previsto en el artículo 283<sup>192</sup>. 2. Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior”, (c) artículo 1 inciso II de [ ] “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución” -todos los artículos mencionados son de la Constitución ecuatoriana de 1998-.

Sin embargo, debemos considerar que la Constitución del 98 no contemplaba la posibilidad de cambiar el texto vigente mediante una Asamblea Constituyente a lo que se suma una consulta popular que puede ser catalogada de “*inconstitucional*”. El proceso que dio origen a la Constitución de 2008 nació viciado -mediante ruptura del hilo constitucional- al transgredir el artículo 104, capítulo III, del texto vigente, el cual fijaba las condiciones para realizar la reforma constitucional por intermedio del Congreso y no por una Asamblea. El presidente sólo podía llamar a consulta ciudadana en los siguientes casos: (1) cuando exista un proyecto de reforma constitucional que fuera calificado de urgente por el Congreso, por mayoría de sus integrantes, (2) cuando un proyecto de reforma constitucional no fuera despachado por el Congreso en el término de 120 días, contados a partir del vencimiento del plazo de un año que tiene el Legislativo para realizar el segundo debate de toda reforma constitucional -la figura de diferir el debate de una reforma constitucional durante un año tiene por objeto evitar reformas coyunturales, rápidas y sin reflexión-, (3) en aquellos casos en que existan “cuestiones de trascendental importancia para el país”, según criterio del mismo presidente -a su

---

<sup>191</sup> La pregunta rezaba, ¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

<sup>192</sup> Dispone dicho artículo “El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior”.



arbitrio-, pero que no tengan relación con una reforma constitucional. Los mismos artículos -104 y 283 de la Constitución del 98- habilitaban la consulta pública sólo cuando se tratara de materias de trascendental importancia para el país, que no tuvieran relación con reformas constitucionales. En los hechos, se decantó en un proceso de cambio constitucional que vulneró la Constitución 98 al habilitar una Asamblea Constituyente no regulada en la misma y contra su propio texto.

Junto al “*Decreto Ejecutivo N° 2*”, que llamaba a consulta nacional, se acompañó el “*Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente*”, regulando desde su naturaleza y finalidad hasta el calendario electoral. El decreto fue remitido al Tribunal Supremo Electoral para su cumplimiento y al Congreso Nacional para su conocimiento. El Tribunal Supremo Electoral objetó el decreto, considerando que la convocatoria debía ser ratificada primeramente por el Congreso y calificad de “*urgente*” -fallo dividido 4 a 3-, para respetar la Constitución vigente. A fines de enero de 2007 el presidente expide el “*Decreto Ejecutivo N.º 54*”, modificando el Estatuto que acompañaba la consulta, a lo que accedió el Congreso de la República cambiando las atribuciones de la Asamblea -quitando los plenos poderes- y ordenando al Tribunal Supremo Electoral organizar, supervigilar y dirigir el proceso de consulta ciudadana -el Congreso buscaba que el órgano constituyente no pudiera pasar por sobre los poderes de los órganos constituidos, limitando los plenos poderes de la Asamblea Constituyente-. Pese a ello, el presidente desconoció las modificaciones efectuadas por el Congreso, y dictó el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*”, cuyo artículo primero reza “Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco constitucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la nueva Constitución será aprobado mediante referéndum aprobatorio. La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución solo entrará en vigencia con la aprobación, en referéndum, de la nueva Constitución”. En un acto claramente populista y dictatorial, el presidente Correa vulneró la Constitución vigente, pasando por sobre su texto y lo aprobado por el Congreso, otorgando plenos poderes al constituyente, lo que fue validado por el Tribunal Supremo Electoral -con fecha 1 de marzo de 2007, 4 de 7 vocales acogieron el estatuto modificado por el gobierno-. Frente a ello, el Congreso acuerda solicitar la inconstitucionalidad de la convocatoria, toda vez que no se les había remitido el Estatuto anexo para su calificación previa. Días después aprobaron la destitución del presidente del Tribunal Supremo Electoral y los cuatro vocales que aprobaron la consulta, por vulneración del mandato constitucional, solicitando al Tribunal Supremo de Justicia su pronunciamiento. Frente a ello, el Tribunal Supremo Electoral solicitó a la Corte Suprema iniciar

acciones legales contra los legisladores que aprobaron la destitución y sustitución del presidente del Tribunal Supremo Electoral, por no existir dicha figura dentro de la Constitución<sup>193</sup>. Con fecha 7 de marzo de 2007, el Tribunal Supremo Electoral tomó la decisión de suspender los derechos políticos y destituir a los 57 legisladores que votaron a favor de la sustitución, por haber interferido en el funcionamiento del organismo electoral, invocando el artículo 155<sup>194</sup> de la Ley Orgánica de Elecciones, adicionalmente, las fuerzas policiales les impidieron el ingreso al Congreso mediante la fuerza. Acto seguido, 50 de los 57 diputados destituidos y reemplazados presentaron un “*recurso de amparo constitucional*”, el cual fue acogido en primera instancia y luego la sentencia fue confirmada por el Tribunal Constitucional, ordenando la reintegración de los suspendidos diputados -ese mismo día una turba de delincuentes ingresa al recinto de la institución y, en medio de los destrozos, desaparecieron las actas de la sesión-. El Congreso -integrado por los legisladores suplentes que propició el Gobierno- destituyó a los miembros del Tribunal Constitucional, argumentando que estaban en funciones prorrogadas. Finalmente, el Tribunal Supremo Electoral realizó la consulta el día 15 de abril de 2007, la cual fue aprobada por el 81,5% de los ciudadanos, e hizo tabla rasa con todos los actos anteriores.

Para la elección de los candidatos se cumplió con el capítulo IV del estatuto, el que determinó el calendario electoral y dispuso la inscripción de candidaturas por parte de partidos políticos, movimientos políticos y ciudadanos -la elección se efectuó el día 30 de septiembre de 2007-. El requisito era contar con el respaldo en firmas del 1% del padrón de ciudadanos inscritos en la circunscripción electoral respectiva. En el caso de los candidatos en el exterior, debían contar con el respaldo en firmas del 1% de los ecuatorianos registrados en el padrón electoral de las circunscripciones geográficas de Europa, EEUU y Canadá, o América Latina. Terminado el plazo para impugnar candidaturas, se inició la campaña de 45 días que terminó 2 días antes de la elección. En las urnas, Alianza País se impone con 79 de 130 cupos de asambleístas constituyentes. La Asamblea se compuso de 130 asambleístas principales y sus suplentes. 100 de ellos corresponden a circunscripciones territoriales provinciales, 24 son de elección nacional, 2 por Europa, 2 por EEUU y Canadá y 2 por Latinoamérica. El sistema electoral dentro del Ecuador fue proporcional, mientras que en el extranjero se aplicó uno mayoritario.

---

<sup>193</sup> La constitución, en su artículo 130, número 9 señalaba como atribución del Congreso Nacional “Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional [...] de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas”. Sin embargo, la sustitución del presidente del órgano electoral no era una atribución que la Constitución otorgara al Congreso Nacional.

<sup>194</sup> “Serán reprimidos con la destitución del cargo y la suspensión de los derechos políticos por el tiempo de un año [...] e) La autoridad, funcionario o empleado público extraños a la organización electoral que interfiriere el funcionamiento de los organismos electorales”.

La Asamblea se instaló en la ciudad Alfaro Parroquia de Montecristi el 29 de noviembre de 2007 y trabajó hasta el 24 de julio de 2008 -8 meses-. La “*Dirección Provisoria*” quedó a cargo de los 3 asambleístas nacionales de mayor votación, en los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario, respectivamente. Luego fueron designados los cargos de la “*Comisión Directiva*”: presidente (Fernando Cordero Cueva, quien asumió luego de la renuncia de Alberto Acosta Espinosa), primer vicepresidente (Aminta Buenaño), segundo vicepresidente (César Rodríguez), además de dos vocales y un secretario -cargo asumido por el secretario del Congreso Nacional-, todos ellos fueron ocupados por asambleístas pertenecientes al movimiento PAÍS del presidente Correa. El reglamento de funcionamiento fue presentado por la “*Mesa Directiva*” y debatido por la Asamblea durante 7 días - como mandató el “*estatuto de instalación*”-. Éste fue aprobado por 86 votos y vino a ratificar el concepto de “*plenos poderes*”, de órgano constituyente originario y la supremacía de sus decisiones frente al resto de poderes constituidos<sup>195</sup>. Incluso, interpretando sus atribuciones, la Asamblea dictó 22 mandatos legislativos de cumplimiento inmediato, el primero de ellos fue el “*Mandato Constituyente N° 1*” por el cual dispuso la cesación de las funciones del Congreso e indicó que sus resoluciones no podían ser objetadas ni recurridas ante juez o tribunal. En otras resoluciones -ejerciendo las funciones del Legislativo- reguló materias como las remuneraciones del sector público, el nombramiento provisional de ciertas autoridades, regulaciones laborales, leyes del tránsito, y la suspensión de procesos electorales. La Asamblea, en mi interpretación jurídica, pasó por sobre el Congreso en un claro acercamiento hacia una “*dictadura constituyente*”.

La aprobación del reglamento fue la guía de ruta para la Asamblea. Los órganos fueron: (a) el “*Pleno*”, como máximo organismo, (b) la “*Comisión Directiva*”, (c) las “*Mesas de Trabajo*” -integrada cada una por 13 asambleístas-, y (d) las “*Comisiones Auxiliares*”. La discusión del contenido fue sistémico, inclusivo y circular, recogiendo también las observaciones de la sociedad civil en las denominadas “*Mesas de Trabajo*”. Para temas específicos se iban creando “*Comisiones Auxiliares*” temporales. En cuanto a la participación ciudadana, se habilitaron mecanismos como: (a) correo electrónico, (b) buzón, (c) foros itinerantes, (d) las propias mesas de trabajo y, (e) veedores ciudadanos, entre otros. Las “*Mesas de Trabajo*” fueron: (1) Derechos fundamentales y garantías constitucionales, (2) Organización, participación social y ciudadana, (3) Estructura e instituciones del Estado, (4) Ordenamiento territorial y asignación de competencias, (5) Recursos naturales y biodiversidad, (6)

---

<sup>195</sup> El reglamento dictado por la Asamblea Constituyente tenía 72 artículos y 2 disposiciones finales. Entró en vigencia el 12 de diciembre de 2007. Su artículo 3° señala “Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”. Allí se establece que la Asamblea decidirá y aprobará: los “*mandatos constituyentes*”, que tendrán efecto inmediato, las leyes que serán dictadas en el ejercicio de la función legislativa -que le fueron conferidas por el mandato numero 1-, y las resoluciones, instructivos y acuerdos que sean necesarios para regular el funcionamiento de la Asamblea. Además dispuso que ejerce el control y fiscalización político de los poderes constituidos. En la práctica, la Constitución de 1998 perdía validez.

Trabajo, producción e inclusión social, (7) Régimen de desarrollo, (8) Justicia y lucha contra la corrupción, (9) Soberanía, relaciones internacionales e integración y, (10) Legislación y fiscalización - esta mesa fue la que reemplazó las funciones del suspendido<sup>196</sup> Congreso y la que proponía las leyes definitivas al pleno de la Asamblea para su aprobación-.

Tras finalizar el trabajo de debate -24 de julio de 2008-, el texto de la nueva Constitución fue aprobado por el pleno de la Asamblea por 94 votos de los 130 asambleístas. El 25 de julio se realizó la ceremonia oficial para la presentación del texto, el cual fue entregado al “*Tribunal Supremo Electoral*” para que éste convocará al plebiscito de salida, tras lo cual la Asamblea suspendió su funcionamiento. El 28 de septiembre de 2008 se realizó el plebiscito de salida -63,93% se manifestó a favor, 28% en contra, 7,23% voto nulo y 0,75% en blanco-. La nueva Constitución fue promulgada y entró en vigencia - mediante publicación en registro oficial N.º 449- el 20 de octubre de 2008. Tras ello, la Asamblea se reinstaló el 22 de octubre de 2008 para conformar la “*Comisión Legislativa y de Fiscalización*” y la “*Función Electoral*”. Terminó oficialmente su existencia legal con fecha 25 de octubre de 2008.

### **(iii) Aspectos relevantes de la Constitución de 2008 y su proyección normativa hacia el proceso chileno.**

Los lineamientos generales que inspiran el texto constitucional, y los principios rectores que deben regir su interpretación, se encuentran plasmados en el “*Preámbulo*”, donde destacan los conceptos de: (a) pueblo soberano, (b) raíces milenarias, (c) pluralidad de pueblos, (d) herederos de luchas sociales, (e) celebración de la Pacha Mama, (f) construir una nueva forma de convivencia, (g) dignidad de las personas y, (h) alcanzar el “*buen vivir*” -o *sumak kawsay*-.

La definición de un “*Estado refundado*” quedó plasmado en el artículo primero con los siguientes elementos: (a) constitucional, (b) de derechos y justicia, (c) social, (d) democrático, (e) soberano, (f) independiente, (g) unitario, (h) intercultural, (i) plurinacional, (j) laico y, (k) descentralizado.

La “*parte dogmática*” es sin duda la expresión más palpable del realismo mágico del NCL. La Constitución del Ecuador no escapa a dicha realidad y consagra “*cientos*” de derechos en sus artículos 10 a 83, por ejemplo, sólo el artículo 57, relativo a los derechos de los pueblos indígenas, consagra más de 20 sub derechos, o el artículo 66 relativo a los derechos y libertades individuales consagra 29 sub derechos -muchos de ellos a su vez con otros sub derechos-. Quiero destacar aquellos que escapan a los

---

<sup>196</sup> Se utilizó el concepto “*receso*”, en vez de “*disolución*”, para no denotar una ruptura del hilo constitucional.

catálogos de la tradición constitucional chilena, a saber: naturaleza como sujeto de derecho (art. 10 y 71 al 74), derecho al agua (art. 12), a los alimentos y la soberanía alimentaria (art 13.), ambiente sano y “*buen vivir*” (art. 14 y 340 al 342), soberanía energética (art. 15), acceso a los medios de comunicación (art. 16, 17 y 19), acceso al debate público (art. 23), al deporte (art. 24), al progreso científico (art. 25), hábitat, vivienda adecuada y digna (art. 30), disfrutar la ciudad (art. 31), trabajo como derecho/deber, con remuneración y retribución justas (art. 33), derechos de grupos prioritarios como adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, embarazadas, migrantes -tipificando que nunca una persona será ilegal-, discapacitados, privados de libertad, enfermos catastróficos, víctimas de violencia domestica y sexual, y maltrato infantil (art. 35 al 51), derechos del consumidor (art. 52 al 55), representación paritaria en cargos públicos (art. 65), matrimonio como vínculo entre hombre y mujer (art. 67) y la adopción sólo para parejas de distinto sexo (art. 68), son algunos de los temas que sin dudas serán objeto de análisis y debates en el proceso chileno.

Destaca igualmente la inclusión de un catálogo de “*deberes y responsabilidades*”, en su artículo 83, con obligaciones como: no robar, no mentir, no ser ocioso, respetar derechos de la naturaleza, practicar la justicia y la solidaridad, asistir, cuidar y alimentar a los hijos, ejercer oficio o profesión con sujeción a la ética, entre otros.

La “*participación popular*” es otro tema ampliamente regulado. Lo podemos ver en: voto obligatorio para mayores de 18 años y voluntario para personas entre 16 y 18 años, Fuerzas Armadas, Policía Nacional y discapacitados (art. 62); el derecho a participar en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas (art. 85); en todo nivel del gobierno existirán instancias de participación ciudadana (art. 100), iniciativa popular legislativa y de reforma constitucional (art. 103, 134 número 5 y 441); consulta popular convocada a solicitud del presidente de la República, los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía (art. 104). Las consultas populares pueden versar sobre materias constitucionales siempre que no alteren la estructura fundamental del Estado, su carácter y elementos constitutivos, y siempre que no restrinjan derechos y garantías ni modifiquen el debido proceso de reforma constitucional (art. 441); el mandato revocable de autoridades -incluida la figura del presidente- (art. 61 y 105); el derecho a participar en la tramitación de proyectos de ley (art. 137), y; el derecho a participar en los Consejos Nacionales de Igualdad (art. 157). En Ecuador, podemos encontrar este fenómeno de maximización de los derechos, en conjunto con mecanismo amplios de participación popular, mientras se mantiene al mismo tiempo una organización política fuertemente centralizada y vertical. El mismo Correa vulneró la Constitución mediante el llamado a la consulta ciudadana que modificó la propia participación ciudadana en los denominados “*Consejos de*

*la Judicatura*” -encargados de garantizar la intervención cívica en el nombramiento de jueces-, reemplazando, mediante consulta, el pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de la Transición, compuesta de 3 miembros, uno del Ejecutivo, otro del Legislativo y otro designado por la Función de Transparencia y Control Social. Así, mediante consulta popular se eliminó la participación popular, asegurando que la designación de jueces quedara bajo el control del oficialismo. Las consultas han tenido efectos contrarios a los deseados: se han restringido derechos como la libertad de movimiento, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, a contar con jueces independientes e imparciales, e incluso la tutela efectiva de derechos. El espíritu rousseauniano ha sido aplastado por el de Schmitt.

En Ecuador, los derechos consagrados quedan protegidos por un sistema complejo de “*mecanismos de tutela jurisdiccional*”, donde destacan los siguientes artículos: los derechos son plenamente justiciables (art. 11), se crean varias garantías jurisdiccionales para la protección de derechos (art. 86), medidas cautelares para evitar o cesar la violación o amenaza (87), acción de protección (art. 88), habeas corpus (89), acción de acceso a la información pública (art. 91), acción de habeas data sobre datos personales (art. 92), acción por incumplimiento de normas del sistema jurídico, de sentencia o informes de organismos internacionales sobre derechos humanos (art. 93), y la acción extraordinaria de protección (art. 94). Además, existe la cláusula general que da derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita en derechos e intereses (art. 75). Incluso se creó una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia -se interpone ante la Corte Constitucional-, cuando hayan violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución (art. 437).

Los derechos de los “*pueblo indígenas*” son objeto de amplia regulación. Puedo mencionar: identidad intercultural y plurinacional (art. 1 y 21), el uso oficial de idiomas ancestrales (art. 2), plurinacionalidad (art.6), comunicación intercultural, lengua y símbolos propios (art. 16), derechos colectivos sobre tierras, recursos naturales, consulta previa libre e informada sobre sus tierras (art 51), propiedad imprescriptible, inembargable, indivisible, consulta previa sobre explotación recursos naturales, limitación de actividades militares en sus territorios, aislamiento voluntario (art. 57), propiedad colectiva de la tierra (art. 60), y derecho de comunidades, pueblos y naciones indígenas a ejercer su propia jurisdicción, no siendo contra la Constitución o los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales (art. 171).

En lo orgánico, se crean los “*Consejos Nacionales de Igualdad*”, cuyo objeto es velar por la plena vigencia y ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 156 y 157). Destaca también el intento por modificar la “*sala de maquinas*” mediante la incorporación de un nuevo poder denominado “*función electoral*” (art. 217) -se destaca como nuevo ente que en la tradición constitucional chilena tenemos arraigado hace décadas-, conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Se crea un nuevo poder del Estado denominado “*Función de Transparencia y Control Social*” (art. 204 a 206) mediante el cual el pueblo puede controlar y fiscalizar al poder público, y un “*Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*” (art. 207 a 211) que promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana. Se reguló la “*Administración pública*” y los “*servidores públicos*” (art. 225 a 234). Se reguló la “*Procuraduría General del Estado*” (art. 235 a 237) encargada de defender al Estado y sus instituciones. Se reguló una “*Corte Constitucional*” (art. 429 a 440), como máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en la materia, encargada de declarar la inconstitucionalidad -represiva- de las normas jurídicas. El control preventivo de la ley sólo procede a solicitud del presidente de la República.

Se regulan las “*Fuerzas Armadas y la Policía Nacional*”, en los artículos 158 al 163, destacando: la formación profesional en fundamentos de la democracia y el respeto a los derechos humanos (art. 158), el ser obedientes, no deliberantes, e indicar expresamente que la orden de los superiores no exime de responsabilidad al que la ejecuta (art. 159). Se regula la “*Contraloría General del Estado*” (art. 211 a 212) encargada de controlar la utilización de recursos estatales y la consecución de los objetivos del Estado y las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Se crean las “*Superintendencias*” (art. 213) para vigilar, auditar, intervenir y controlar actividades económicas, sociales y ambientales. Se crea una “*Defensoría del Pueblo*” (art. 214 a 216) para defender y tutelar los derechos que consagra la Constitución. Los “*partidos políticos*” también son objeto de atención. En general se regulan las organizaciones políticas -partidos y movimientos políticos- (art. 108), su formación e integración (art. 109) y el financiamiento público y privado (art. 110).

Las “*atribuciones del presidente*” se ven reforzadas en lo que se denomina neopresidencialismo o hiperpresidencialismo. El presidente puede indultar, rebajar o conmutar penas (art. 147), gana facultades legislativas en épocas normales -no sólo en Estado de Excepción- (art. 164) o que antes eran delegadas por el legislador, emite reglamentos de ejecución, delegados y autónomos (art. 147), tiene iniciativa de ley, de enmienda y de reforma constitucional (art. 134 y 442), iniciativa exclusiva para crear, suprimir o modificar impuestos, aumentar el gasto público o modificar la división político

administrativa del país (art. 135 y 301), formula la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera y se instrumentaliza a través del Banco Central (art. 303), creación de aranceles (art. 305); puede calificar la urgencia de los proyectos de ley en materia económica y, frente a la omisión legislativa, puede consagrar el proyecto como Decreto Ley (art. 140), incluso puede objetar las normas aprobadas por la Asamblea Nacional, ya sea por razones de oportunidad o por vicios de inconstitucionalidad (art. 138, 139 y 438). Para contrapesar, se puede verificar la denominada “*muerte cruzada*” entre ejecutivo y legislativo, mediante una serie de controles e instituciones alternativas. La Asamblea Legislativa puede pedir la caída del ejecutivo y, aprobado por 2/3, el Consejo Nacional Electoral deberá llamar a elecciones anticipadas para ambos poderes -la Asamblea y el Ejecutivo- (art. 130), mientras que el ejecutivo puede hacer lo mismo, por graves crisis política o conmoción interna (art. 148). La Asamblea Nacional también puede enjuiciar políticamente al presidente por ciertos delitos, aunque no exista sentencia judicial condenatoria, previa admisibilidad de la Corte Constitucional (art. 129). La “*función legislativa*” queda entregada a un Asamblea Nacional unicameral con asambleístas que duran 4 años en el cargo (Art. 118), mismo plazo que dura el presidente en su cargo, con posibilidad de una reelección, consecutiva o no (art. 144).

La “*función judicial*” se regula en los artículos 167 al 189, sus principios generales (art. 172 a 176), su organización y funcionamiento (art. 177 a 179) y replica la pirámide tradicional, con la Corte Nacional de Justicia en su cúspide. Destacó la creación de los “*Consejos de la Judicatura*” (art. 179 a 181), encargados de definir y ejecutar políticas para mejorar y modernizar el sistema judicial, aprobar el presupuesto, dirigir los procesos de elección de jueces, evaluación, ascenso y sanción, administrar la carrera y profesionalización judicial (art. 181). La “*Defensoría Pública*” también tiene rango constitucional (art. 191 a 193) cuyo objetivo es la defensa legal gratuita de los ecuatorianos en todas las materias e instancias (art. 191). La “*Fiscalía General del Estado*” (art. 194 a 198) se encarga de la persecución e investigación procesal penal y ejerce la acción penal pública (195), y tiene un “sistema de protección de víctimas y testigos” (art. 198).

En cuanto a la organización territorial (art. 238 a 259) se apuesta por gobiernos autónomos descentralizados, y se divide el país en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales, con recursos financieros propios y participación en las rentas del Estado, bajo el principio de subsidiaridad, solidaridad y equidad (art 270), los gobiernos autónomos tienen derecho, al menos, a un 15% de los ingresos permanentes del Estado y, al menos, a un 5% de los ingresos no permanentes (art. 271).



La “*planificación del modelo económico y la regulación de la propiedad privada*” son preocupaciones fundamentales para el NCL, sobre todo el regular -excesivamente- la economía, limitár el libre mercado, reforzar el rol del Estado interventor y empresarial, intervenir las industrias extractivas y desarrollar una economía social, comunitaria y solidaria, en contraposición al “neoliberalismo”. Ecuador dedica un título completo a dichas materia, bajo el nombre de “*Régimen de Desarrollo*” (art. 275 al 324). Allí se busca garantizar el “*buen vivir*” y una distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo (art. 276), se creó un “*Consejo Nacional de Planificación*” (art. 279), se buscó velar por la soberanía alimentaria (art. 281), regular el uso y acceso a la tierra, mediante función social y ambiental de la propiedad, se prohíbe el latifundio y la privatización del agua y sus fuentes (art. 282); vela por la soberanía económica y energética (art. 283); reguló el endeudamiento público (art. 289); el presupuesto general del Estado (art. 292 a 299), establece los principios generales de un régimen tributario que busque redistribución (art. 300); regula la política monetaria, crediticia, cambiaria, financiera y comercial en manos del presidente (art. 302 a 312); organiza la producción y la gestión estatal de sectores estratégicos de la economía, servicio y empresas públicas -el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos-. Además, fija sectores estratégicos de decisión y control exclusivo del Estado -telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, la energía en todas sus formas, transporte, refinación hidrocarburos, biodiversidad, patrimonio genético, espectro radioeléctrico, el agua y otros determinados por ley- (art. 313); el Estado entregará los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuarias y todo otro determinado por ley. El Estado, además, regula precios y tarifas de los servicios públicos (art. 314) y puede delegar la administración de sectores estratégicos en empresas mixta donde él tenga la mayoría de acciones.

La “*planificación y regulación de los derechos sociales*” también merece atención. La educación (art. 343 a 357) se considera un servicio público; la educación estatal será gratuita -inclusive la universitaria-; la educación superior, sea estatal o particular, no tendrá fines de lucro; se les otorga autonomía a los establecimientos educacionales y sus recintos son inviolables, entre otras materias. En materia de salud (art. 358 a 366) otorga primacía a la red pública -integrada por los establecimientos estatales y proveedores del Estado- (art. 360); el Estado formula la política nacional de salud, y regulará todas las actividades relacionadas con la salud (art. 361); se reconoce a los prestadores privados y la medicina ancestral (art. 362); se establece que la salud estatal es gratuita en todos los niveles de atención -tanto procedimientos, diagnósticos, tratamientos, medicamentos y rehabilitación- (art. 362); el sistema de salud se financia con fondos permanentes del Presupuesto General del Estado (art. 366). La “*seguridad social*” (art. 367 a 374) se consagra como pública, universal, estatal y no

privatizable y se hace efectivo mediante un “*seguro universal obligatorio*” que cubre enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos laborales, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad y muerte (art. 369); se creó un “*Instituto de Seguridad Social*”, autónomo y estatal, que administra el seguro obligatorio, indicando que la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán tener un régimen especial. El “*hábitat y la vivienda*” se regulan en detalle (Art. 375 a 376) al alero de conceptos como vivienda digna, gestión del uso de suelo, catastro de viviendas, programas de financiamiento, acceso al agua potable, electricidad, escuelas, hospitales, playas, riberas. Incluso la “*cultura*”, como derecho, es regulada y regida por el Estado mediante sus organismos (art. 378 a 380). Otros derechos regulados son la “*cultura física y el tiempo libre*” (art. 381 a 383); la “*comunicación social*” (art. 384) como acceso a la información, libertad de expresión, debiendo el Estado formular la política pública de comunicación; la “*ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales*” (art. 385 a 391); el Estado incluso planificará las políticas demográficas, el desarrollo territorial, la movilidad humana y la política migratoria (art. 391 y 392). En materia de “*biodiversidad*” se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas (art. 401). En “*recursos naturales*” (art. 408 a 415) se señala que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado todos los recursos naturales no renovables, los productos del suelo, yacimiento mineros e hidrocarburos.

En materia de “*reforma constitucional*” (art. 441 a 444) se fijan mecanismos estrictos: (a) para enmendar uno o varios artículos -que no alteren su estructura fundamental, los elementos constitutivos del Estado, que no restrinjan derechos y garantías, o que no modifiquen el proceso de reforma- aplica la figura del referéndum, el cual debe ser convocado por el presidente o el 8% del padrón electoral, y la reforma vía Asamblea Nacional, a solicitud de 1/3 miembros, aprobado en 2 debates -el segundo debate tras un año de realizado el primero- y con la aprobación de 2/3 de los miembros de la Asamblea; (b) el reemplazo total de la Constitución se efectuará por Asamblea Constituyente, aprobada en plebiscito convocado por el presidente, por 2/3 de los miembros de la Asamblea Legislativa o por 12% de los inscritos en registro electoral.

Finalmente, debo señalar que en la práctica se ha verificado un aumento del presidencialismo, se ha bloqueado la participación popular, se destituye a diputados opositores y a todos los magistrados del Tribunal Constitucional por parte de congresistas afines al gobierno. Fue el mismo presidente quien puso límites a la participación popular, ya sea desalentando la organización ciudadana o directamente vetando las iniciativas legislativas ciudadanas.

## **Bolivia: Proceso constituyente 2006-2007 y la Constitución de 2009.**

El año 2002 el país era gobernado por Gonzalo Sánchez de Lozada<sup>197</sup>, miembro del partido “*Movimiento Nacionalista Revolucionario*”, por esa época ya transformado en un partido de centro derecha, alejado de sus inicios de izquierda ligado al mundo obrero -década de los 50-. Inició su mandato tras vencer en las elecciones del 30 de junio de 2002, donde, si bien no obtuvo más de la mitad de los votos, fue electo Presidente de la República por el Congreso con 84 votos a favor, contra los 43 obtenidos por el candidato del izquierdista “*Movimiento al Socialismo*” (MAS), Evo Morales. Para acceder al poder, debió generar un acuerdo político con el partido “*Movimiento de Izquierda Revolucionaria*”, de origen marxista y posteriormente de ideología social demócrata -clausurado legalmente por la Corte Nacional Electoral en 2006-, y el partido “*Nueva Fuerza Republicana*”, de centro derecha -también extinto-.

Su gobierno, como fue habitual en nuestro continente a fines del siglo XX e inicios del XXI, debió enfrentar una grave crisis social y económica, que se venía arrastrando de mandatos anteriores. El crecimiento económico descendió del 4,8% al 2% -desde el término de su primer gobierno en agosto de 1997 a 2002-, mientras que para 2002 el déficit fiscal acumulaba un 8%, el desempleo abierto era de 7,7%, más del 30% de la población residía fuera del país, el PIB había crecido apenas el 2,5% -muy por debajo del comprometido 8%-, y la deuda externa alcanzaba al 54,2% del PIB. Ante la crisis económica, el gobierno impulsa un nuevo impuesto a las remuneraciones, denominado “*impuestazo*”<sup>198</sup>, lo cual provocó una huelga general y el acuartelamiento de la fuerza policial, que venía demandando un aumento de los salarios. El conflicto escaló con un enfrentamiento entre las Fuerzas Armadas y la Policía -en La Paz-, y la renuncia de todo su gabinete -en agosto de 2003-, forzando al Presidente a dar marcha atrás en su medida de impuesto al salario. Entre septiembre y octubre de 2003 comienzan las movilizaciones en el Altiplano boliviano ante la noticia -nunca confirmada- de que el gobierno pretendía exportar gas a los EEUU, México y Chile, por intermedio de puertos chilenos en Mejillones. La denominada “*Guerra del Gas*” fue promovida por: (a) la “*Central Obrera Boliviana*”, (b) la “*Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesino de Bolivia*”, (c) el “*Movimiento al Socialismo*”<sup>199</sup> y, (d) el “*Movimiento Indígena Pachakuti*”. Como respuesta, el Presidente recurre a las Fuerzas Armadas, mediante la dictación del Decreto Supremo N.º 27.209, que

---

<sup>197</sup> Años antes, en 1994, el mismo Sánchez de Lozada había promulgado una reforma constitucional que buscaba hacerse cargo de los derechos indígenas y multiculturalismo.

<sup>198</sup> El proyecto que buscaba modificar la Ley Tributaria -que nunca fue promulgado y se quedó sólo en un anuncio- proponía un gravamen directo, progresivo y no deducible de hasta un 12,5% a las remuneraciones, con lo que se esperaba recortar el déficit fiscal.

<sup>199</sup> El MAS impulsó la campaña bajo el lema “contra la erradicación de la coca, para la estatalización de los hidrocarburos y la convocatoria de una Asamblea Constituyente”

autorizaba a las FFAA a realizar el transporte de combustibles y retomar el orden público. La acción de represión fue bautizada como “*masacre de octubre negro*”, con cerca de 63 muertos y 400 heridos.

Ante las protestas que iban en aumento, y el retiró de los partidos aliados de gobierno, el presidente, con fecha 03 de junio de 2005, ofrece realizar un referéndum el día 16 de octubre del mismo año, para resolver el tema del gas y convocar a una Asamblea Constituyente, indicando que no renunciará a su cargo, toda vez que, en sus palabras “el país vive una situación de confrontación de altísimo riesgo”. Un día después, sin haber convocado al plebiscito ni a la Asamblea Constituyente, presentó carta de renuncia ante el Congreso, el cual procede a tomar juramento al vicepresidente, Carlos Mesa, quien forma gabinete con ministros que no militaban en partido alguno. En junio de 2005 Carlos Mesa propone convocar a una Asamblea Constituyente y un referéndum para dirimir el conflicto del gas, con la meta de obtener una mayor recaudación fiscal. A esta medida se oponían los sindicatos dirigidos por Evo Morales, quienes proponían la nacionalización de toda la industria. En junio de 2005 Mesa renuncia ante la agudización de las protestas, quedando la presidencia en manos de Eduardo Rodríguez Veltzela, hasta entonces presidente de la Corte Suprema. Durante su breve mandato se fue preparando la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en especial con la dictación de la Ley 3.091 de julio de 2005, que convocó a la elección de constituyentes para junio de 2006 y creo un Consejo Nacional Pre Constituyente<sup>200</sup>. Esta ley fue un antecedente para habilitar el proceso de cambio de Constitución, sin vulnerar la Constitución vigente y sin romper el hilo constitucional.

El 18 de diciembre de 2005, el líder cocalero Evo Morales ganó las elecciones con el 53,74% de los votos, obteniendo por primera vez en la historia de Bolivia la mayoría de las preferencias. Sus principales promesas fueron la nacionalización de los hidrocarburos y una Asamblea Constituyente - mismas promesas de campaña efectuadas de cara a la elección presidencial que perdió en 2002-. El 1 de mayo de 2006 los principales campos gasíferos -de hidrocarburos- fueron nacionalizados<sup>201</sup> y quedaron bajo el control de las Fuerzas Armadas. Se inició un proceso de negociación con las transnacionales -que debía durar 6 meses- y se firman nuevos contratos que incrementan los ingresos para el Estado por la explotación del gas<sup>202</sup>. Otra medida impulsada fue dictar 7 decretos distribuyendo

---

<sup>200</sup> El objetivo del Consejo era impulsar la realización de la Asamblea, promover la participación ciudadana, recibir las propuestas ciudadanas e influir en la opinión pública. Con la llegada de Morales al poder, el Consejo fue sustituido por la “*Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente*”, dependiente de la Vicepresidencia de la República.

<sup>201</sup> El Decreto obligaba a que las empresas explotadoras de yacimientos fueran mixtas, donde la Estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos tuviera al menos un 51% de propiedad.

<sup>202</sup> Tras asumir la presidencia, Morales tenía como uno de sus principales objetivos modificar la ley de Hidrocarburos, En mayo de 2006 expidió el decreto de nacionalización 28.701, a través del cual el Estado recupera la propiedad, posesión y el control total y absoluto de los recursos hidrocarburos. En la práctica sólo se “nacionalizaron” las acciones para que el Estado asumiera el control del 50% mas uno de las acciones de las empresas transnacionales. Esto significó que el Estado se quedará con el 82% de los ingresos por las ventas, mientras que los privados extranjeros se quedaron con el 18%.

tierras y otorgando títulos de dominio a campesinos e indígenas. Se estatizaron empresas como Entel, la cementera Francesa, las minas de Huanuni y Colquiri, y los servicios de generación y distribución de energía eléctrica.

La Asamblea Constituyente fue convocada por el Congreso -dicha atribución estaba expresamente consagrada en los artículos 2, 4<sup>203</sup> y 232<sup>204</sup> de la Constitución de 2004, y en el artículo 1° de la “*Ley Especial 3.091 del 6 de julio de 2005*”. El 4 de marzo de 2006 la ley especial de convocatoria fue aprobada por unanimidad en el Congreso y promulgada 2 días después por el presidente bajo el número 3.364 “*Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente*”. En ella se convocaba para el día 2 de julio del mismo año a elección de los delegados redactores. Dicha ley dispone, a grandes rasgos (a) artículo 3°: “la Asamblea es independiente y ejerce la soberanía del pueblo. No depende ni esta sometida a los poderes constituidos y tiene como única finalidad la reforma total de la Constitución Política del Estado. La Asamblea Constituyente no interferirá el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirán ejerciendo sus funciones constitucionales de manera sostenida”, (b) fijaba, en su artículo 5, su composición por 255 miembros<sup>205</sup>, (c) disponía que la Asamblea debía iniciar sus labores el día 6 de agosto de 2006 en la ciudad de Sucre<sup>206</sup>, (d) en su artículo 21 establecía la potestad para la Asamblea de establecer su propio Reglamento General, (e) en su artículo 22 creaba una comisión Ad Hoc encargada de preparar la instalación de la Asamblea, recibir propuestas de reformas y de reglamento, instalar la sesión preparatoria y recibir el juramento a los asambleístas, (f) en su artículo 24 fijaba el plazo mínimo de 6 meses y máximo de 1 año para redactar el nuevo texto, (g) indicaba, en su artículo 25, que el nuevo texto debía ser aprobado por los redactores con acuerdo de  $\frac{2}{3}$  de los miembros presentes, en concordancia con lo dispuesto en el Título II de la Parte IV de la Constitución vigente de 2004<sup>207</sup> y, (h) señalaba, en su artículo 26, la necesidad de que el nuevo texto sea aprobado en un plebiscito de salida denominado “*Plebiscito Constituyente*”. En síntesis, la norma fijó la composición de la Asamblea y el sistema electoral aplicable para la elección de los asambleístas, el estatuto de los mismos, el plazo de trabajo, el carácter público de las sesiones, el quórum de aprobación del texto, invistió a la Asamblea de soberanía y le prohibió interferir con otros poderes del Estado.

---

<sup>203</sup> “El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa Legislativa Ciudadana y el Referéndum, establecidos por esta Constitución y normados por Ley”.

<sup>204</sup> “La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República”. Ese artículo fue incorporado mediante Ley N° 2.631 de febrero de 2004, que reformó la Constitución vigente de 1967.

<sup>205</sup> Cada una de las 70 circunscripciones elegía 3 asambleísta, dando un total de 210 personas. Adicionalmente, cada uno de los 9 departamentos elegía cinco escaños (45 asambleístas).

<sup>206</sup> Su sede oficial en Sucre fue el Teatro Gran Mariscal Sucre

<sup>207</sup> En la práctica se requería la anuencia de 170 asambleístas para logra el acuerdo de los 2/3.

La estructura de la Asamblea merece una detención, toda vez que permite obtener lecciones de cara al proceso que vivimos en Chile. El órgano máximo de deliberación era “*El Pleno*”, conformado por 255 miembros, el cual debía aprobar: (a) en general y en particular cada una de las normas constitucionales propuestas, (b) los informes de las comisiones y (c) su reglamento interno de funcionamiento. En teoría debía sesionar 3 semanas corridas y destinar 1 semana a trabajo territorial de los asambleístas. Cada sesión de pleno debía durar máximo 6 horas, aumentable a 9 horas por día. La instancia contó con una “*Mesa Directiva*” compuesta por 11 miembros -presidencia, cuatro vicepresidencias y seis secretarías-, observando los principios de democracia, pluralismo y respeto de las minorías. El MAS se quedó con la presidencia, 1 vicepresidencia y 4 secretarías, el resto de los cargos se repartió entre 5 de las 15 fuerzas minoritarias. En total fueron 16 bancadas entre partidos, alianzas y agrupaciones ciudadanas. La Asamblea se dividió en: (a) 21 “*Comisiones Temáticas Permanentes*”<sup>208</sup>, autónomas en su gestión, pero subordinadas al pleno, donde cada asambleísta podía participar en cualquiera de ellas, pero con derecho a voto en sólo una, (b) “*Comisiones Mixtas*”, sólo con derecho a opinar en temas inherente a 2 o más comisiones -se formaron 4 que nunca funcionaron-, (c) “*Sub-comisiones*”, para cada comisiones permanente -máximo 3 por cada una-, encargadas de recibir a personas, autoridades y organizaciones de la sociedad civil en audiencias públicas, y para realizar encuentros temáticos en toda Bolivia, (d) “*Comisiones de Coordinación*”, compuesta por todos los presidentes de las Comisiones Permanente y el Presidente de la Asamblea, y; (e) “*comités*” encargados de tareas específicas: “*Ética y Justicia*”, “*Disposiciones Finales y Transitorias*” y “*Concordancia y Estilo*”.

En la elección de 2 de julio de 2006 el oficialismo obtuvo la mayoría de los escaños<sup>209</sup>, pero no logró alcanzar los  $\frac{2}{3}$  necesarios para quedarse con el control absoluto de la Asamblea, por lo que el debate fue un fiel reflejo de la polarización política y de la división geográfica del país. El diálogo entre el oficialismo y la oposición giró en torno al carácter de poder constituyente originario o derivado del órgano, y sobre el quórum de aprobación de los artículos de la nueva Constitución. El oficialismo defendió el carácter originario, que permitiría refundar el país, sosteniendo que tanto los informes de las comisiones como la aprobación de los artículos individuales debían ser acordados por la regla de la

---

<sup>208</sup> Comisiones y número de miembros: 1. Visión País (15); 2. Ciudadanía, Nacionalidad y Nacionalidades (9); 3. Deberes, Derechos y Garantías (9); 4. Organización y Estructura del Nuevo Estado (15); 5. Poder Legislativo (7); 6. Poder Judicial (11); 8. Otros Órganos del Estado (8); 9. Autonomías Departamentales, Provinciales, Municipales e Indígenas, Descentralización y Organización Territorial (25); 10. Educación e Interculturalidad (17); 11. Desarrollo Social Integral (11); 12. Hidrocarburos (17); 13. Minería y Metalurgia (7); 14. Recursos Hídricos y Energía (7); 15. Desarrollo Productivo Rural, Agropecuario y Agroindustrial (13); 16. Recursos Naturales Renovables, Tierras, Territorio y Medio Ambiente (17); 17. Desarrollo Integral Amazónico (11); 18. Coca (7); 19. Desarrollo Económico y Finanzas (15); 20. Fronteras Nacionales, Relaciones Internacionales e Integración (9); 21. Seguridad y Defensa Nacional (7).

<sup>209</sup> El MAS obtuvo el 51% de los votos, equivalente a 137 escaños, mientras que la segunda fuerza fue PODEMOS (Poder Democrático Social), de centro derecha, que obtuvo el 23,5% de los votos, con 60 escaños.

mayoría absoluta, y que sólo la aprobación del texto en su conjunto requería aprobación por  $\frac{2}{3}$ . Si no se alcanzaba dicho quórum, el oficialismo argumentaba que el texto debía ser sometido directamente a referéndum para que la ciudadanía decidiera -pese a que la ley 3.364 no contenía dicha atribución, ni tampoco la Constitución vigente de 2004-. La oposición, por su parte, fundaba el carácter derivado de la Asamblea en la norma que obligaba aprobar cada artículo por  $\frac{2}{3}$ . El debate sobre estos temas y la aprobación del reglamento paralizó la discusión durante varios meses<sup>210</sup>. Finalmente, el quórum para adoptar acuerdos sería de mayoría absoluta, pero el texto final -artículo por artículo- requería de  $\frac{2}{3}$  de los presentes en sala, además, todo aquello que no alcanzara el quórum de  $\frac{2}{3}$  sería sometido a referéndum<sup>211</sup>. Otro problema que dificultó las sesiones fueron las constantes movilizaciones de los habitantes de la ciudad de Sucre, ciudad donde funcionaba la Asamblea, los que demandaban el retorno de todos los poderes de gobierno desde La Paz hacia Sucre. Frente a ello, Morales intentó trasladar la sede de funcionamiento hacia otras ciudades, que garantizaran su normal desenvolvimiento, pero fracasó en el intento.

Al vencer el plazo de funcionamiento de un año, en agosto de 2007, y tras haber aprobado sólo unos pocos artículos del nuevo texto, el Congreso debió ampliar su plazo de funcionamiento, hasta el 14 de diciembre de 2007<sup>212</sup>. En noviembre de 2007, sin los miembros de la oposición, la Asamblea decide trasladar su sede hacia la ciudad de Oruro, donde terminó sesionando en el "*Liceo Militar Edmundo Andrade*"<sup>213</sup>, con la sola presencia de los 145 miembros del oficialismo y sus aliados, sin dejar ingresar a los miembros de la oposición, y rodeada por varios disturbios. El 24 de noviembre de 2007 se aprueban los informes de las 21 comisiones en que se organizaba la Asamblea y se procedió a la lectura del índice y los capítulos, sin detallarse el texto. El 10 de diciembre de 2007, 136 de los 138 miembros del oficialismo proceden a la aprobación del texto definitivo -lógicamente sin el ingreso a la sala de la oposición-, en un proceso que a todas luces puede ser catalogado de viciado. La regulación estableció

---

<sup>210</sup> El Reglamento General fue aprobado tras 7 meses de discusión, con 201 votos de los 255 asambleístas.

<sup>211</sup> Cuando un artículo no obtuviera los  $\frac{2}{3}$  sería remitido a una "*Comisión de Concentración*", compuesta por la Mesa Directiva de la Asamblea, los jefes de bancada y la presidencia de la comisión en cuestión, para buscar acuerdos políticos, y, para luego hacerse una propuesta al pleno para su reconsideración. De no obtenerse acuerdos, el artículo sería plebiscitado por "*el pueblo soberano*", según dispone el artículo 70 letra (d) del Reglamento General. Dicho mecanismo fue validado por la Ley 3.728 de agosto de 2007, que extendió el plazo de funcionamiento de la Asamblea, incluyó los referéndums bajo el nombre de "*Plebiscitos Dirimentes*", y reguló su mecanismo de convocatoria: cuando fuera procedente por no haber acuerdo respecto de un texto, el Congreso Nacional debía dictar una ley especial -aprobada por  $\frac{2}{3}$ -, dicha ley debía tener el texto del voto, incluyendo la propuesta que hubiera alcanzado la primera mayoría y la primera minoría. Luego de aprobado por el pueblo soberano debía volver la norma al pleno y ser incorporada al texto. Esta Comisión de Concentración nunca se formó, llevándose la discusión política a un "*Consejo Político Suprapartidario*", presidido por el Vicepresidente de la República Álvaro García, no considerado en el Reglamento ni en ninguna ley, pero que facilitó la adopción de acuerdos durante el funcionamiento de la Asamblea.

<sup>212</sup> Se amplió el plazo de funcionamiento por 4 meses mediante Ley 3.728 de 4 de agosto de 2007.

<sup>213</sup> El traslado no estaba permitido, lo que constituyó una clara ilegalidad, que fue subsanada por la Ley 3.792 que habilitó al Presidente de la Asamblea a convocarla en cualquier lugar del territorio nacional. El Liceo fue catalogado por agencias internacionales de prensa como "*un cuartel*".

que el “*Comité de Concordancia y Estilo*” presentaría un texto refundido con los artículos aprobados, el cual luego debía ser aprobado como un todo por los 2/3 de los miembros presente en el plenario, y los que no alcanzarán el quórum sería sometido a plebiscito. En los hechos, el texto final aprobado por el plenario fue sometido con posterioridad a una negociación política entre el gobierno y la oposición en el Congreso Nacional -durante todo el año 2008-, donde se acordaron 147 modificaciones al texto aprobado por la Asamblea, y sólo 1 artículo fue sometido a plebiscito dirimente -relativo a limitar la propiedad privada, en particular el latifundio- el que se realizó el mismo día del plebiscito, cuando la Ley 3.728 exigía que lo fuera antes del plebiscito final.

El 25 de enero de 2009 se realiza el referendo para ratificar el texto de nueva Constitución<sup>214</sup>. Con una participación superior al 90% del padrón la opción “*si*” se impone con el 61,43% de los votos, siendo promulgada definitivamente la nueva Constitución por el Presidente con fecha 9 de febrero de 2009.

**(i) Aspectos relevantes de la Constitución de Bolivia 2009 y su proyección normativa hacia el proceso chileno.**

Al igual que en Ecuador, podemos ver los lineamientos generales en el “*preámbulo*”, donde destacan los conceptos de pluralidad de pueblos, sublevación indígena anticolonial, luchas sociales, construcción de un nuevo Estado Social de Derecho, igualdad, dignidad, pluralidad, soberanía, búsqueda del “*vivir bien*”, superación del Estado colonial, republicano y neoliberal. Además, en el artículo 8 se consagran los valores que sustentan al Estado, esto es igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para “*vivir bien*”.

La definición del “*nuevo Estado*” queda consagrada en el artículo 1, donde se lo definió como unitario, de Derechos, Plurinacional, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía. Además, la República adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria (art. 11).

En cuanto al “*catálogo de derechos*” también es extenso -del artículo 13 al 124-. Éste reproduce aquellos derechos de primera generación tradicionales -civiles y políticos similares a los consagrados

---

<sup>214</sup> La Ley 3.728, en sus artículos 6 y 8, estableció que el nuevo texto debía ser aprobado por mayoría absoluta de votos.



en la tradición constitucional chilena-, y suma varios de segunda generación -económicos, sociales y culturales-. Destacan los derechos consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos que prevalecen sobre el orden interno (art. 13), el derecho al agua y la alimentación (art. 16); el sistema único de salud universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social (art. 18); el hábitat y vivienda adecuada (art. 19); el acceso universal y equitativo al agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones a través de entidades pública, mixtas, cooperativas o comunitarias. Electricidad, gas y telecomunicaciones se podrán prestar por privados. Agua y alcantarillado no son sujeto de concesiones ni de privatizaciones (art. 20). Se establece el voto obligatorio (art. 26), el derecho al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, con acción pública de su defensa y ciertas obligaciones estatales (art. 33 y 34); derecho a la salud gratuita, con servicios públicos y privados bajo el control y regulación del Estado, y seguro universal de salud (art. 35 a 44); derecho a la seguridad social, que incluye protección ante enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas, maternidad y paternidad, riesgos profesionales, discapacidad, desempleo, orfandad, invalidez, viudez, vejez y muerte. No podrán ser privatizados ni concesionados, y son de administración estatal (art. 45), el derecho a la negociación colectiva (art. 49), a sindicarse -sin titularidad sindical- (art. 51), el derecho a huelga (Art. 53). Se consagra el interés superior de niñas, niños y adolescentes -con derecho a la autonomía progresiva- (art. 60). Se regulan los derechos de las familias como núcleo fundamental de la sociedad (art. 62 a 66), el matrimonio entre hombre y mujer (art. 64), los derechos de las personas adultas mayores -en especial renta vitalicia de vejez- (art. 67 a 69), los derechos de las personas con discapacidad (art. 70 a 72), los derechos de los privados de libertad (art. 73 y 74), el derecho de los consumidores (art. 75 y 76), la educación pública y privada (art. 77), la educación fiscal gratuita hasta el nivel superior (art. 81), el derecho de los padres a participar en el sistema educativo y elegir la educación de sus hijos (art. 84 y 90), el derecho a la ciencia, tecnología e investigación (Art. 103), el derecho al deporte y la recreación (Art. 104) y el derecho a la comunicación e información (Art 106).

Al igual que en Ecuador, se consagra un catálogo de “*deberes*” (art. 108), donde destacan el deber de cumplir la ley, trabajar, tributar, denunciar, educar a los hijos, de asumir el servicio militar obligatorio y proteger el medio ambiente, entre otros.

El catálogo de derecho igualmente está protegido con extensos, complejos y reiterativos “*mecanismos de tutela jurisdiccional*”. Para garantizar la libertad personal se crea la “*acción de libertad*”, que permite acudir ante cualquier tribunal competente en lo penal cuando la persona considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, indebidamente procesada o privada de libertad (art. 125).

Se crea la “*acción de amparo constitucional*”, ante actos u omisiones, ilegales o indebidos, de servidores público o privados, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos constitucionales (Art. 128). Se crea la “*acción de protección de la privacidad*”, para eliminar o rectificar datos que afecten su derecho a la intimidad y privacidad personal o familiar (art. 130). La “*acción de inconstitucionalidad*”, la puede presentar toda persona para que se decrete la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier resolución no judicial contraria a la Constitución (art. 132). La “*acción de cumplimiento*”, en caso que un funcionario público incumpla disposiciones constitucionales o de ley, para la ejecución de la norma omitida. La “*acción popular*” contra todo acto u omisión de autoridades o personas individuales que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, y el medio ambiente (art. 135).

Respecto de los derechos de los “*pueblos indígenas*” y su reconocimiento a nivel constitucional, podemos mencionar la consagración del Estado Plurinacional (art. 1); la libre determinación y autogobierno en el marco de la unidad del Estado; el dominio ancestral sobre sus territorios y reconocimiento a sus instituciones (art. 2); que se declare idioma oficial es el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas (art. 5); el buen vivir o Sumak Kawsay (art. 8); formas de gobierno comunitarias y designación de autoridades según normas y procedimientos de las naciones y pueblo originario campesino (Art. 11); autodeterminación de los pueblos y preservación del medio ambiente y el patrimonio cultural (Titulo II); auto identificación cultural (Art. 21); titularidad colectiva de tierras y territorios; consulta sobre medidas que los afecten y derecho a participar en órganos e instituciones del Estado (art. 30); aislamiento voluntario (art. 31); medicina tradicional (art. 42); educación descolonizadora (art. 78), y; la diversidad cultural como base del Estado Plurinacional Comunitario (Art. 98). Además, se establece que existirán circunscripciones -para elegir parlamentarios- especiales “*indígena originaria campesina*” y se garantiza la participación proporcional de las naciones y pueblos indígenas (Art. 147); se reconoce la jurisdicción indígena originaria campesina (art. 179 y 190 a 192); el derecho a presentar candidatos a los órganos de representación popular (art. 209); la organización territorial indígena originaria campesina (art. 269); la autonomía indígena originaria campesina -autogobierno- (art. 289 a 296); el respeto a la organización económica comunitaria según la visión propia de las naciones y pueblos indígena originario campesino (art. 307); se reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el indígena originario campesino; las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesina son indivisibles e inembargables y no pagan impuestos a la propiedad agraria (art. 394); la repartición de tierras fiscales en favor de grupos indígenas, campesinos, comunidades originarias,

afrobolivianos, y comunidades campesinas que no posean propiedad o posean propiedad insuficiente (Art. 395). Además se consagra un capítulo completo -cuarto- a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino.

La “*propiedad*” es objeto de una fuerte regulación. Se consagra el derecho a la propiedad individual o colectiva- siempre que la primera no perjudique el interés colectivo (art. 56); se regula la expropiación por ley y con justa indemnización (art 57 y 401); se reconoce y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o económica social (art. 393); se declara que la pequeña propiedad es inembargable y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria (art. 394); se regula la función social de la propiedad, su aprovechamiento sustentable, y su utilización para asegurar las subsistencia y bienestar de sus titulares (art. 397), se prohíbe el latifundio definiéndolo -no retroactivamente- como aquel que consiste en la tenencia de tierras improductiva, la tierra que no cumple función social, la explotación de la tierra asociada a un sistema de explotación laboral de servidumbre, esclavitud o semiesclavitud o supera las 5.000 hectáreas (art. 398); el incumplimiento de la función económica social o la tenencia latifundista serán causales de “*reversión*”, sin expropiación (art. 401). El pueblo boliviano es dueño de todos los recursos naturales -minerales, hidrocarburos, agua, aire, suelo y subsuelo, bosques, biodiversidad, espectro electromagnético y todo elemento susceptible de aprovechamiento- y los administra el Estado. Sin embargo, se reconoce la propiedad privada sobre tierras (art. 349).

En cuanto a la “*participación popular*” (art. 241 a ), se reconocen el referendo, la iniciativa legislativa ciudadana (art. 162), la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa.

En la “*parte orgánica*” se reconocen cuatro poderes. Esto es, el órgano Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral (art. 12). La “*Asamblea Legislativa Plurinacional*” será bicameral (art. 145), los miembros duran 5 años en sus cargos y pueden ser reelectos por una sola vez continua (art. 156). La misma destaca por tener iniciativa en materia de gasto público e inversión, pero previa consulta al ejecutivo (art. 321) y en autorizar la contratación de deuda pública (art. 322). El “*Ejecutivo*” es dirigido por el presidente, dura 5 años en su cargo y puede ser reelecto por una sola vez de manera continua, (art. 168). El mismo tiene potestad reglamentaria, administra las rentas estatales, presenta el plan de desarrollo económico y social, tiene iniciativa exclusiva respecto del presupuesto de la nación, decreta amnistías e indultos, nombra al Contralor, al presidente del Banco Central, a la máxima autoridad del órgano de regulación de bancos y entidades financieras, designa y destituye a los comandantes en jefe de Fuerzas Armadas y de la Policía (175). En el “*poder judicial*” reconoce a los tribunales ordinarios -sumando

justicia militar-, los tribunales agroambientales, la jurisdicción originaria campesina, el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Consejo de la Magistratura. Tanto los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Consejo de la Magistratura, como los del Tribunal Constitucional Plurinacional se eligen en votación universal. El “*poder electoral*” se regula desde los artículos 205 a 208.

En cuanto a los “*órganos constitucionales autónomos*” regula: “*Contraloría General de la República*” (art. 213 a 217) para el control de las entidades publicas; la “*Defensoría del pueblo*” (art. 218 a 224) para la defensa de los derechos humanos y los derechos de las naciones y pueblos originario campesinos; el “*Ministerio Público*” (art. 225 a 228) que ejerce la acción penal pública; la “*Procuraduría General del Estado*” (Art 229 a ) para defender los intereses del Estado, y; regula a los “*servidores públicos*” (art. 232 a 240). También regula a nivel constitucional las “*Fuerzas Armadas*” (art. 243 a 250) y la “*Policía Boliviana*” (art. 251 a 254). El “*Banco Central*” (art. 327 a 330) no es autónomo, actúa dentro de la política económica fijada por el Estado, y debe velar por la estabilidad del poder adquisitivo interno de la moneda (art. 327).

La Constitución de Bolivia, al igual que la de Ecuador, tiene una preocupación fundamental por regular la estructura y organización económica del Estado, a fin de reemplazar el modelo económico “neoliberal”, por uno plural, comunitario, estatal, con actores privados, social y cooperativo, que garantice el “vivir bien” (art 306). El concepto clave es la “*economía social y comunitaria*”, pero respetando la iniciativa privada y la libertad de empresa (art. 308). El rol preponderante del Estado se puede ver en que administra los derechos sobre los recursos naturales, administra los servicios básicos - agua potable y alcantarillado- mediante empresas publicas, comunitarias, cooperativas o mixtas, con participación de los trabajadores en las decisiones y beneficios (Art. 309), ejerce la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación, los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y los administra el Estado, el que podrá intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos para garantizar el abastecimiento y conseguir la “*soberanía alimentaria*” (art. 312). No se permitirá la acumulación privada de poder económico que ponga en peligro la soberanía económica del Estado (art. 312). El Estado planifica la economía, con una ley de planificación integral estatal, dirige la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, ejerce la dirección y control de los sectores estratégicos, determina el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales por necesidad pública (art. 316). El Estado determinará una política productiva industrial y comercial que garantice una oferta de bienes y servicios suficientes para cubrir las necesidades básicas internas (art. 318). La inversión boliviana se privilegiará sobre la extranjera (art. 320). El Estado

determina los objetivos de la política monetaria y cambiaria, en coordinación con el Banco Central (Art. 326). El Estado regulará el sistema financiero, además, las operaciones financieras de la Administración Pública serán realizadas por un banco público creado por ley (art. 330). Los recursos naturales -de propiedad del Estado- serán explotados por empresas públicas, cooperativas o comunitarias (art. 351). Los hidrocarburos son monopolio estatal (art. 359 a 368).

Finalmente, en cuanto a los “*mecanismos de reforma*”, se distinguen 2 (art. 411): (a) reforma parcial, la que se inicia por iniciativa popular -firma 20% del electorado- o por la Asamblea Nacional; debe ser aprobada por 2/3 miembros presentes en Asamblea Legislativa Plurinacional, y por un referendo aprobatorio de salida, (b) reforma total, o aquella que afecte sus bases fundamentales, los derechos, deberes y garantías, la primacía o reforma constitucional, la que será efectuada por una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria a referendo será efectuada por iniciativa ciudadana -firma 20% del electorado-, por mayoría absoluta de la Asamblea Legislativa o por el presidente. La Asamblea deberá aprobar el texto por 2/3 y requerirá un referendo constitucional aprobatorio.

## Conclusiones.

El proceso de cambio constitucional chileno -surgido del Acuerdo Político por la Paz y la Nueva Constitución, que decantó en la reforma constitucional al capítulo XV del texto vigente, mediante ley 21.200- tiene características propias que lo hacen tomar distancia del denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, según analice en particular respecto de dos ejemplos tangibles, como lo fueron Bolivia y Ecuador. En esa particularidad, materias que han sido objeto de debate durante los últimos 200 años volverán a estar bajo escrutinio público. Adicionalmente, algunos elementos propios del NCL buscarán ser incorporados en la propuesta de nuevo texto, a fin de propender un giro refundacional del país. Habiendo realizado un análisis de los principios básicos de la teoría constitucional, de nuestra propia tradición constitucional republicana -que no puede ser borrada de un día para otro-, y de la experiencia comparada de países vecinos -tanto en sus textos normativos como de los procesos que les dieron origen-, planteo los siguientes elementos que permitirán enriquecer el debate actual:

1. La Constitución es norma suprema de un Estado y regula aspectos fundamentales de la vida política. En ella, la comunidad encuentra su soporte normativo. El constitucionalismo, por su parte, siempre debe velar por limitar el poder político y garantizar los derechos fundamentales -en especial de las minorías-. En ese sentido, la protección de los derechos fundamentales -en cualquiera de sus generaciones- debe ser hilo conductor de todo el proceso, con pleno respeto a la libertad individual, sin generar falsas expectativas en la población en lo que he denominado “*realismo mágico constitucional*”, en un parangón respecto de la categoría de Loewenstein denominada “*constituciones semánticas*”, tan ampliamente replicadas en el NCL, y sus extensos textos constitucionales.

2. Las modernas democracias constitucionales -cuyo sustento se encuentra en el iusnaturalismo y la función limitadora del poder para la defensa y respeto de los derechos de las personas- se sustenta en dos pilares: (a) el concepto de soberanía popular y, (b) la representación política. Hay, por un lado, un sujeto -fundador de la política y del poder que “*da*” la Constitución- que en democracia no puede ser otro que el pueblo mismo y, por otra parte, un cuerpo representativo que administra la voluntad del pueblo expresada en elecciones -radicado en el ejecutivo y legislativo-. Llevado al caso chileno, la conclusión a la que arribo es caracterizar a la “*Convención Constitucional*” chilena como un mero órgano encargado de redactar una propuesta de nuevo texto constitucional, toda vez que la soberanía y el poder constituyente siguen radicados en el pueblo, quien lo ejercerá en el denominado “*plebiscito de salida*”.

3. En el proceso chileno nos enfrentamos a la pregunta sobre el país que aspiramos construir, con difíciles posibilidades de lograr acuerdos respecto de los mínimos comunes del pacto constitucional. Nuestro proceso presenta una antonimia evidente entre oposición y oficialismo, idéntico al proceso boliviano de 2009, que nos obliga a tener bajas expectativas respecto de resultados prometedores -en el acotado plazo fijado de un año-. Alcanzar grandes acuerdos en torno a los 2/3 requerirá de voluntad política de todos los sectores, lo que se avizora difícil ante la evidente polarización política por la que atraviesa nuestro país.

4. El proceso de cambio constitucional debe su origen a la movilización social violenta y disruptiva - que instaló el discurso de la insatisfacción frente a los gobernantes- y colocó ciertos tintes revolucionarios mediante actos delictuales. Dable es recordar la portada de la revista “*Times*”, del año 2011, donde el personaje del año fue “*el manifestante social encapuchado*”. Ese elemento lo podemos reconocer en todos los procesos de cambio refundacional acaecidos durante la vigencia del NCL, con especial énfasis en el proceso ecuatoriano, donde la violencia también fue piedra angular.

5. Nuestra clase política -frente a una oleada de movilizaciones y violencia- decidió ser parte del proceso y dar una salida institucional a la grave crisis social, habilitando un mecanismo de cambio constitucional que puedo catalogar de “*sui generis*”, toda vez que se fijaron límites claros al órgano encargado de redactar el nuevo texto, pero con una hoja en blanco propia del constituyente originario. Pese a estar frente a una “*hoja en blanco*”, la Convención no fue investida de “*plenos poderes*”, por lo que escapa al concepto de constituyente originario. Si bien nuestro proceso tiene similitudes con el NCL, la falta de una asamblea con plenos poderes nos diferencia sustancialmente del mismo.

6. Revisando los mecanismos de control jurisdiccional que se pueden aplicar a la Convención -una vez en funcionamiento- puedo distinguir: (a) Mecanismo de control procedimental, caracterizado por la creación de un tribunal adhoc, compuesto por cinco ministros sorteados de la Corte Suprema, que se activa a solicitud de un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención y sólo frente a causales expresamente señalados por la Constitución, a saber, infracción a las normas procedimentales fijadas en el propio texto constitucional y la infracción de normas procedimentales que emanen de acuerdos generales adoptados por la propia Convención -deben los convencionales indicar el vicio que se reclama, el que deberá ser esencial e indicar el perjuicio que causa el vicio-. La sentencia que acoja el reclamo sólo puede anular el acto, y contra dicha resolución no procederá acción ni recurso alguno; (b) Respecto del control de las normas de fondo -texto en elaboración- sostengo que no procederá ningún

mecanismo de control, sin perjuicio de ser un tema bastante debatido por los juristas. La conclusión a la que arribo se desprende de tres normas del artículo 136 de nuestro texto: (b.1) la parte final del artículo 136, inciso segundo, que señala “En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración”, (b.2) el inciso viii “Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la convención, fuera de lo establecido en este artículo” y (b.3) el inciso ix “No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución”, el que a su vez mandata respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En contra juristas sostienen que son procedentes, por aplicación general, el recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público.

7. Este proceso nos involucra a todos -miembros de la sociedad civil y políticos de profesión- toda vez que no hay algo más político que un texto constitucional. En general nos obliga: (a) tomar posturas frente a principios y valores en pugna -ej. Subsidiaridad, Solidaridad o Estado Social y Democrático de Derechos-, (b) dichas decisiones sobre principios y valores, -en particular las relativas a nuestros derechos y deberes fundamentales- serán aplicables a todos los miembros de nuestra sociedad, (c) en la Constitución delineamos el poder -origen, titulares y límites, en lo que se denomina la “*sala de maquinas*” o “*parte orgánica*”-, y esos nos afecta a todos en el día a día. En palabras de Loewenstein, el texto puede ser normativo, nominal o semántico, y ello dependerá en gran medida de su ajuste a la realidad social o, como dicen los escritores italianos, la Constitución material prevalece por sobre la formal. El adoptar las decisiones correctas va a determinar que el texto tenga legitimidad social y aplicabilidad práctica. Esa decisión esta en mano de los convencionales electos y también de nosotros, en el plebiscito de salida.

8. A mi parecer, la historia de nuestra Constitución ha sido objeto de 5 hitos significativos: (a) reforma constitucional de 1989, (b) reforma constitucional de 2005, (c) movilizaciones 2011 -estudiantes, Magallanes, HidroAysén, “*marca tu voto AC*” y “*Bancada transversal AC*”-, (d) proceso constituyente de Michelle Bachelet (2014-2018), denominado “*Diálogos Ciudadanos*” y (e) estallido social de 2019 y reforma constitucional al capítulo XV que habilitó el actual proceso denominado “*Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República*”. Lo relevante es señalar que en Chile no se rompe el hilo constitucional, ni se origina un quiebre entre el actual texto y el futuro, distinguiéndose nuevamente del NCL.



9. El mundo, y en particular Latinoamérica, atraviesa una profunda crisis de legitimidad en las instituciones políticas, sus representantes y la estructura misma del Estado Liberal moderno. Con una baja participación electoral, un descrédito de los Partidos Políticos -como vehículos válidos de representación-, y el clientelismo político, han surgido nuevas formas de representación y acción política al alero de los denominados “*movimientos sociales*”, que defienden consignan particulares como: medioambiente, género, matrimonio igualitario, nuevo trato social, pueblos originarios, feminismo territorial, etc., ejerciendo la soberanía y la representación de una manera no convencional o auto gestionada, por fuera de la política tradicional y en contraposición al Estado y su Constitución. Los grupos alter -en contraposición a los Partidos Políticos tradicionales- se articulan y legitiman bajo la consigna del poder constituyente originario y el nuevo comienzo -la refundación del Estado-. Esta evidente tensión de representación entre las formas clásicas y las “*alter*”, debe tener una salida institucional en el nuevo texto, incorporando mecanismos de democracia directa, donde la experiencia del NCL nos puede dar algunas luces, tales como: (a) plebiscitos y referéndums, (b) mandato revocable, (c) voto programático, (d) iniciativa popular de ley.

10. Estamos frente a una extensión semántica del concepto igualdad, mediante un aumento de los derechos subjetivos, tanto políticos como sociales. Inclusive la Pacha Mama es sujeto de derechos en el NCL. Desafío primordial será evitar el *neopopulismo constitucional latinoamericano*, velando al mismo tiempo por generar una justicia social efectiva que ratifique el sistema de la democracia representativa evitando sobrecargar de demandas al Estado al punto que le impidan cumplir con las mismas. El aumento del catálogo de derechos sociales con tutela jurisdiccional aumenta las atribuciones del poder judicial -rama menos electiva/democrática del poder- y disminuye las atribuciones del poder ejecutivo, quien debiera dar solución a las demandas sociales mediante normativas que regulen las políticas públicas, no transformar a los tribunales en legisladores de políticas públicas. Deber fundamental de cara al proceso actual es aterrizar las expectativas que se van generando en la sociedad, sin mencionar la necesidad de recordar la falta de efectividad de la norma transformada en mera poesía o “*cláusulas dormidas*”.

11. En cuanto a los derechos fundamentales, estos actúan como límite a la decisión democrática del constituyente originario y derivado, son un elemento contra mayoritario, de tutela anterior al Estado mismo -en la concepción ius naturalista racional que defiende-. La Convención chilena deberá aplicar plenamente el principio de progresión, donde el Estado no puede privar a las personas de los derechos fundamentales, sino solo propender a la ampliación. La propiedad privada debe ser un eje central dentro de los derechos protegidos. Como sostuvieron de forma similar los 4 juristas más influyentes de

la historia latinoamericana, Andrés Bello, José María Mora, Alberdi y Samper, no puede existir orden y seguridad sin la consagración del mismo.

12. Remontándome a los Padres Fundadores de los Estados Unidos, cada generación debería tener la posibilidad de escribir su propio texto. Sin perjuicio de ello, someterse a las reglas del juego y respetar la institucionalidad vigente es piedra angular en un Estado de Derecho funcional y consolidado. En esa construcción, el desafío de cara al actual proceso constituyente es moldear un texto que sea formalmente adecuado en los términos conceptuales descritos en la primera parte de este trabajo, pero que, al mismo tiempo, en su perspectiva material se pueda ir adaptando a las nuevas demandas que se van impulsando desde la sociedad civil, a objeto de tener un texto que se considere un verdadero cuerpo vivo, que se desarrolle, evolucione y se renueve con el paso de los años.

13. En cuanto al mecanismo de reforma que se adopte en el nuevo texto constitucional, éste debe dar cuenta de una legitimidad y consenso por parte de las mayorías, siendo la instancia natural el Congreso de la República. Sostengo que el mecanismo de reforma debe ser supra mayoritario, de 3/5 como regla general, con un apego irrestricto al principio de la supremacía constitucional por sobre la democracia mayoritaria transitoria.

14. En Latinoamérica, en nuestros últimos 40 años de historia, sólo 10 mujeres han detentado el cargo de Presidentes de sus respectivos países. El rol de las mujeres en este espacio será fundamental para equiparar la cancha. El feminismo igualitario será un eje central para el debate, en la superación de la exclusión de las mujeres dentro de los espacios de poder y en la demanda de una democracia paritaria. Aspecto que podrá diferenciar a Chile del NCL -el cual no toca en parte alguna la parte orgánica del poder- será precisamente éste. La Convención Constitucional sin duda debatirá mecanismos de discriminación positiva para asegurar la participación de las mujeres en los órganos de representatividad colegiados.

15. La elección del régimen de gobierno será sin duda uno de los principales debates. Me manifiesto favorable a un régimen de gobierno bajo la figura del presidencialismo, en una señal de respeto a nuestra tradicional constitucional cuya fuente se puede encontrar en la figura del “*monarca indígena*” -del mundo pre colonial- y del “*virrey*” -del reparto colonial-. Empero, relevante es evitar, a toda costa, las democracias populistas -plebiscitarias y autoritarias-, donde la figura del presidente queda reafirmada al alero de un presidencialismo reforzado, que decanta en los caudillismos propios del NCL, en lo que se conocen como “*dictaduras de facto*”. Con este objetivo, se deben consagrar dos figuras, a

objeto de garantizar el respeto a los DDHH, la democracia y el Estado de Derecho: (a) la imposibilidad de reelección inmediata o consecutiva, a fin de evitar “*monarcas republicanos*” -el fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional de 28 de noviembre de 2017 en Bolivia, que habilitó una cuarta reelección para Morales es un mal ejemplo de ello-, (b) *impeachment* o acusación en juicio político -esta última figura muy complicada en la conjugación con golpes de Estado parlamentarios, blancos o suaves-, teniendo presente que en nuestra Latinoamérica 23 presidentes fueron sometidos a *impeachment* forzados o a renunciaciones mediante actos de fuerza entre 1980 y 2020.

16. Debate obligado, pero quizás menos conflictivo, será mantener la tradición chilena de la forma de gobierno bajo un Estado unitario, descentralizado y/o desconcentrado, frente a una minoritaria vertiente de carácter liberal republicana que pretende volver a retomar e impulsar el fracaso federal de 1826.

17. En cuanto a la denominada “*deuda histórica*” para con nuestros pueblos originarios, debate obligado será el reconocimiento constitucional -perspectiva indígena-, el carácter plurinacional, multicultural o intercultural y el reconocimiento de derechos colectivos especiales, propios de la cosmovisión de los pueblos originarios -como la lengua, cultura, justicia, tradiciones y costumbres-. El conflicto entre el derecho propio y el Estatal deberá ser zanjado en la “*sala de máquinas*”, velando siempre por socavar cualquier intento separatista -en especial impulsado por grupo paramilitares y comunistas de la Araucanía-, similar a lo sucedido en Bolivia (Media Luna), Ecuador (Guayaquil), Venezuela (Zulia, Táchira y Mérida).

18. El endeudamiento y la responsabilidad fiscal debieran ser objeto de especial detención. Las normas de Orden Público Económico y en especial de derecho tributario -distribución de la riqueza-, son fundamentales para evitar el aumento progresivo de la deuda pública a objeto de financiar derechos sociales. Los ingresos de la nación dependen del derecho tributario, y el gasto del derecho administrativo. Todo tiene un costo en la vida, para lo cual debemos reafirmar la economía social de mercado como único sistema económico que logra generar riqueza, sacar gente de la pobreza y disminuir, paulatinamente, las desigualdades sociales. Fundamental será consagrar: (a) el principio de capacidad contributiva, económica o progresividad de los tributos, (b) la legalidad de los tributos, (c) la igual repartición de las cargas públicas, (d) el principio de no confiscatoriedad o no expropiatorio, (e) el deber de contribuir y pagar impuestos, (f) la iniciativa exclusiva del presidente en materias de ingreso y gastos públicos -responsabilidad fiscal-, (g) la posibilidad de fijar impuestos cuyo destino

sean las comunas donde se gravan dichas actividades productivas o fin de fomentar la descentralización financiera.

19. Si bien analicé 2 procesos constituyentes particulares, Ecuador y Bolivia, que decantaron en las constituciones de 2008 y 2009, respectivamente, estos pueden ser incluidos dentro del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano -junto a los procesos de Colombia en 1991 y Venezuela en 1999, sumando algunos la Constitución de Brasil de 1988-, cuyos elementos -comunes y diferenciadores- me sirven para analizar el proceso chileno. Desde ya, la primera aproximación me inclina a sostener que de “nuevo” tiene poco -mas allá de la ampliación de derechos-, y representa una continuidad del constitucionalismo regional. El enfoque, para el NCL está puesto en la parte dogmática, en especial en la consagración de infinitos derechos, sin cuestionar o modificar la estructura tradicional de la distribución y limitación del poder de los últimos 200 años de la historia republicana de nuestro continente -parte orgánica o “sala de maquinas”-. Preocupaciones fundamentales son la inclusión de grupos vulnerables e históricamente discriminados, de fuerte componente indígena, feminista y ecologista. En definitiva, estamos frente a un constitucionalismo mestizo, que mezcla liberalismo, socialismo y democracia, y que decantó en constituciones semánticas. Lo “nuevo” es más bien continuación y evolución en el desarrollo de los Derechos Humanos, en especial la consagración de derechos sociales iniciada, en nuestro continente, por la Constitución Mexicana de 1917.

#### Elementos diferenciadores de los procesos de Bolivia y Ecuador respecto de Chile:

Como elemento diferenciador destaco la “naturaleza jurídica del órgano” encargado de redactar la propuesta de nueva Constitución -quizás el debate de fondo más importante-. Mientras el NCL se caracteriza por tener 3 etapas marcadas -plebiscito de ingreso, asamblea constituyente con plenos poderes y plebiscito de salida- el proceso chileno se diferencia radicalmente de los anteriores, toda vez que no se habilitó una Asamblea Constituyente -como poder originario- que actúa por sobre los demás poderes del Estado, y sin límites, sino que se instauró una Convención, sin soberanía, sin plenos poderes, con límites claros y mecanismos de control ante vulneración de aspectos procedimentales, que se insertó dentro del orden constitucional vigente como un organismo autónomo sometido a la supremacía constitucional. Comparto, además, la visión de aquellos juristas que argumentan que tampoco nos encontramos frente a la figura de un constituyente derivado, sino mas bien frente a un órgano encargado de redactar una “propuesta de texto”, que no ejerce poder constituyente alguno, toda vez que la aprobación de la norma depende de los ciudadanos chilenos, en cuya nación sigue recayendo la soberanía y el poder constituyente, que se ejercerá en un eventual plebiscito de salida. Dicha

diferencia, relativa a la naturaleza del constituyente, marca una diferencia sustancial entre el proceso chileno y el NCL.

#### Elementos comunes de Bolivia y Ecuador replicados en Chile:

Elemento común fueron los “*antecedentes políticos y sociales*”, que impulsaron en todos ellos los procesos constituyentes. Allí se repiten -casi de forma calcada- la consigna de la “*necesidad del cambio constitucional*”, basado en una crítica -muchas veces infundadas- a los textos constitucionales vigentes, por ejemplo: (a) crisis políticas que detonan a raíz de descontentos sociales, con protestas violentas -en Chile bautizado como “*estallido social*”; (b) imposibilidad de los ciudadanos de participar activamente en la toma de decisiones políticas y demandas por mecanismos de democracia directa y deliberativa; (c) crítica hacia el manejo tecnócrata de la política económica; (d) proliferación de la corrupción en la esfera de la actividad estatal e inestabilidad política, y; (e) como elemento transversal al continente, la influencia que tuvieron las crisis políticas y de Derechos Humanos derivadas del paso de dictaduras y gobiernos autoritarios.

Respecto de los “*discursos legitimadores*” de los procesos refundacionales, como ya anticipe, éstos se van repitiendo cual libreto. A modo ejemplar: (a) el conflicto político se caricaturiza como una lucha de clases entre el pueblo oprimido y una élite empresarial, ricos contra pobres y buenos contra malos; (b) se argumenta una refundación del Estado y la sociedad; (c) existe una crítica al periodo colonial y la represión hacia los pueblos indígenas -se reivindica el carácter plurinacional y los derechos colectivos y ancestrales de los pueblos indígenas-; (d) se arguye la transformación de la sociedad para alcanzar la dignidad humana, la justicia social, la consagración de derechos sociales privatizados por el Estado y la tan anhelada igualdad -social, política y económica-; (e) se enarbola la necesidad de descentralizar el poder político y democratizar las instituciones -concepto per se vacío de contenido-; (f) se sostiene la necesidad de construir un texto constitucional y una “*nueva sociedad*” basada en un carácter ecocéntrico -superando el antropocéntrico-; (g) finalmente, el elemento principal en todos estos procesos, incluido el chileno, es la crítica hacia el modelo neoliberal, cuya característica principal -para la izquierda refundacional- es la “*privatización de los derechos sociales*” que decanta en la histórica desigualdad que proviene desde el colonialismo, el carácter subsidiario del Estado y la concesión de los recursos naturales a capitales extranjeros -triada infaltable en el NCL-.

Elemento común es el surgimiento -post dictación de los textos- de “*presidentes de claros tientes populista-caudillistas*”, incluyendo líderes que hacen de la dictadura su sistema político: Ecuador

(Correa), Bolivia (Morales), dictadura venezolana (Chávez y Maduro), bajo el denominado neopresidencialismo o hiperpresidencialismo, de gobiernos abiertamente autoritarios.

Elemento común también fueron los “*plebiscitos de entrada y salida*”. En los 3 procesos se puso a la ciudadanía en el centro del debate constitucional, consultando su voluntad para dar curso al proceso, para elegir a los miembros del organismo encargado de redactar el texto, como también para aprobar o rechazar el nuevo texto propuesto.

20. Analizando el desarrollo de los procesos de cambio constitucional -Ecuador y Bolivia-, puedo concluir que surgen elementos que conectan el proceso chileno con el NCL, y otros que van diferenciando nuestro propio “*momento constitucional*”. Éstas diferencias me inclinan a rotular nuestro proceso chileno como “*sui generis*”. Veamos algunos temas procedimentales relevantes.

En cuanto al “*origen del proceso*”, podemos analizar si el mecanismo de cambio constitucional estaba autorizado por el texto vigente o si éste es fruto de una ruptura del hilo constitucional. En Bolivia, el mecanismo de cambio constitucional -reemplazo del texto en su conjunto- fue expresamente introducido por la “*Ley N.º 2.631 de febrero 2004*”, que modificó la Constitución de 1967, incorporando un nuevo artículo 232, el cual señaló que la reforma total de la Constitución es privativa de una Asamblea Constituyente, que deberá ser convocada mediante ley especial aprobada en el Congreso por 2/3, la cual fijará las formas y modalidades de elección de los asambleístas. La Asamblea fue convocada por “*Ley N.º 3.364, Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente*”. En Ecuador, el mecanismo de reemplazo total del texto constitucional no estaba regulado. Para convocar a la Asamblea, el presidente Correa dicta el “*Decreto Ejecutivo N.º 2 de 2007*”, el cual convocó a consulta ciudadana respecto de aprobar o rechazar la instalación de una Asamblea Constituyente -con plenos poderes- acompañando el “*Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente*”. Dicho acto fue objetado por el Tribunal Supremo Electoral, el cual mandató que previamente fuera aprobado por el Congreso. Para cumplir con ello, el presidente dicta “*Decreto Ejecutivo N.º 54 de 2007*”, para ser visado por el Congreso. Éste último manifiesta su conformidad, pero modificando la naturaleza jurídica de la Asamblea, eliminando los “*plenos poderes*”. Acto seguido, Correa desconoce lo acordado y dicta “*Decreto Ejecutivo N.º 148*” -aprobado por el Tribunal Supremo Electoral-, otorgando plenos poderes a la Asamblea, dando curso a un proceso viciado en su origen y abiertamente contrario a la norma expresa de la Constitución de 1998. En Chile, el mecanismo de cambio constitucional total no estaba regulado en el capítulo XV de la Constitución de 1980, la que sólo permitía reformas parciales. Para habilitar un mecanismo de reemplazo total se requirió de un

acuerdo político transversal, que alcanzará más de 2/3 -quórum requerido para modificar el capítulo XV-, lo que se concretó mediante “*Ley N.º 21.200, del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República*”, con lo que no se rompió el hilo constitucional y se habilitó un proceso dentro del marco jurídico vigente.

En cuanto a los “*poderes de la Asamblea*”, como ya adelanté, gran debate existió en Bolivia y Ecuador, ante la ambigüedad del texto constitucional y de las leyes especiales. En Bolivia, la “*Ley Especial de Convocatoria*”, en su artículo 3, señaló expresamente que ésta ejercía la soberanía del pueblo, no dependía ni estaba sometida a los poderes constituidos, y no podía interferir con los trabajos de los demás poderes. Sin embargo, el artículo 25, indicó que el texto debía ser aprobados por 2/3 de los miembros presentes, lo que originó disputas sobre la naturaleza originaria o derivada de la misma. En síntesis, tras 7 meses de debate, se decantó por un constituyente originario -con hoja en blanco-, pero respetuoso de los poderes constituidos mientras ejercía su función. En Ecuador, el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*”, en su artículo 1, indicó que la Asamblea Constituyente era convocada por el pueblo ecuatoriano y estaba dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional, respetando los Derechos Humanos de los ciudadanos. Además, el artículo 11, señaló que los acuerdos de la Asamblea se debían adoptar por mayoría absoluta de sus miembros. Estamos frente a un originario con hoja en blanco, que además suspendió las labores del Congreso como primera resolución adoptada por la Asamblea. En Chile la “*Ley 21.200 de reforma constitucional*” indicó claramente que la Convención no ejercería soberanía, la cual sigue radicada en la nación, y fijó límites tanto de forma como de fondo a su funcionamiento, eliminando la posibilidad de habilitar un constituyente originario, pero sí dotándola de una hoja en blanco.

Otro elemento de vinculación entre ellas fueron los “*requisitos fijados para ser miembro del organismo*”. En todos se buscó eliminar al máximo las barreras de entrada para ser candidato. En Bolivia los requisitos fueron fijados en el artículo 7 de la “*Ley especial de convocatoria*”: ser boliviano; 18 años de edad; varones mayores de 21 deberes militares cumplidos; ser postulado por partido político, agrupación ciudadana o Pueblo Indígena -o alianzas entre ellos-; y no haber sido condenado a pena corporal. En Ecuador el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*” fijó los requisitos en su artículo 6: mayores de 20 años, estar en goce de los derechos políticos, y acreditar nacer en la provincia o residencia de 3 años -sólo los de circunscripción provincial-; los domiciliados en el exterior debían estar inscritos en consulado respetivo y acreditar residencia de 2 años. En Chile la situación fue similar, el artículo 132 remitió al 13 de la Constitución, a saber: mayores de 18 años y no haber sido condenado a pena aflictiva.

En cuanto a la “*composición de la Asamblea o Convención*”, y las fuerzas políticas representadas dentro de ellas, igualmente vemos diferencias. En Bolivia, la Asamblea estaba compuesta por 255 miembros, el MAS se quedó con 137 cupos, mientras que la centro derecha de Podemos alcanzó los 60 escaños. El resto de los cupos fueron obtenidos por diversos movimientos, a saber: Movimiento Bolivia Libre (8), Movimiento Nacionalista Revolucionario (8), Frente Revolucionario de Izquierda (8), Frente Unidad Nacional (8), Alianza Social (6), Concertación Nacional (5), Autonomía para Bolivia (3), Movimiento Originario Popular (3), Movimiento Nacionalista Revolucionario A3, (2), Alianza Social Patriótica (2), Movimiento AYRA (2), Alianza Andrés Ibáñez (1), Movimiento Ciudadano Regional San Felipe de Austria (1) y Movimiento de Izquierda Revolucionaria – Nueva Mayoría (1). En Ecuador, la Asamblea estuvo compuesta de 130 miembros, con amplio dominio de la izquierda refundacional, a saber: PAIS (79), Pachakutik (4), Movimiento Popular Democrático (4), RED (3), Izquierda Democrática (3), UNO (2), Partido Roldosista (1), MHN (1), Movimiento Ciudadano Independiente (1); el centro fue representado por el Partido Sociedad Patriótica (18); mientras que la centro derecha por el Partido Social Cristiano (6) y el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (8). En Chile, la situación igualmente fue desfavorable para la derecha, que obtuvo 37 de los 155 cupos, quedando el resto en manos de la izquierda y centro izquierda, incluyendo los 17 cupos reservados para Pueblos Originarios.

Los “*quórum de aprobación de las normas*” también marcan diferencia. En Bolivia, la “*Ley especial de convocatoria*”, en su artículo 25, fijó el quórum de aprobación en 2/3 de los presentes en sala (170 miembros). En Ecuador el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*”, en su artículo 10, fijó el quórum de aprobación en mitad mas uno de los miembros en ejercicio (66 miembros). En Chile la “*Ley N.º 21.200 de reforma constitucional*”, fijó en el artículo 133 de la Constitución que el quórum de aprobación sería de 2/3 de los miembros en ejercicio (103 miembros), tanto para la norma, como para la adopción del reglamento de votación.

El “*plazo de funcionamiento*” fue diverso. En Bolivia, se autorizó un proceso continuo y no interrumpido de mínimo 6 meses y máximo 1 año -sabemos que no se cumplió y se amplió por 4 meses más-. En Ecuador, el artículo 2 del “*Decreto Ejecutivo N.º 148*” fijó el plazo en 180 días (6 meses) ampliable por ella misma en 60 días (2 meses). En Chile, el artículo 137 de la Constitución fijó el plazo en 9 meses, prorrogable por 3 meses más, a solicitud de la presidencia de la Convención o de un tercio de los miembros en ejercicio.



La “*facultad normativa interna*” también marca diferencias entre los procesos. En Bolivia, la Asamblea fue facultada para adoptar un Reglamento General interno -artículo 21 de la “*Ley especial de convocatoria*”-, pudiendo en el intertanto utilizar el de la Cámara de Diputados, sin fijar plazo ni quórum para su aprobación que, como ya he señalado, los tuvo discutiendo 7 meses. En Ecuador, la situación fue diametralmente distinta, el artículo 9 del “*Decreto Ejecutivo N.º 148*”, mandató aprobar el reglamento en un plazo máximo de 7 días, a contar de la presentación de la propuesta de la Comisión Directiva, la que debía ser aprobada por mayoría absoluta -PAIS contaba con una amplia mayoría, por lo que la probación no fue objeto de debates prolongados-. En Chile, la situación fue similar al caso boliviano. Por mandato del artículo 133 de la Constitución, introducido por la “*Ley N.º 21.200 de reforma constitucional*”, se fijó que el reglamento de votación interno debía ser aprobado por 2/3 de los constituyentes en ejercicio -se demoraron 3 meses en aprobar sus 4 reglamentos de funcionamiento, a saber: el general, el de consulta indígena, el de participación ciudadana y el de ética-.

La “*paridad de genero*” es otro elemento que marcó diferencias. En Bolivia, por el artículo 15 de la “*Ley especial de convocatoria*”, se estableció que en la postulación de los constituyentes debería existir alternancia. Es una paridad de ingreso, de postulación, más no de salida o efectiva, sin normas claras respecto de los porcentajes de cada genero. En Ecuador, el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*” señaló en su artículo 13 que la conformación de las listas debería respetar la cuota de género establecida en la Constitución y la Ley, la que hoy lo consagra en 50% para cada genero, pero sólo de ingreso, vale decir, de presentación de candidaturas. En Chile, la paridad de genero fue objeto de un cambio rotundo. La disposición transitoria trigésima de la Constitución señaló que la presentación de candidaturas debía ser igualitaria -misma cantidad de candidatos hombres y mujeres y, si lista de candidatos es impar, un sexo no podrá superar a otro en mas de uno-, además siempre las listas debían ser encabezadas por mujeres. Adicionalmente, la disposición transitoria trigésima primera fijó una paridad de salida. En distritos con convencionales a elegir pares, se deben proclamar electos igual numero de hombres que mujeres. En los que se elijan convencionales impares, máximo una persona de genero por sobre el otro. Misma regla de paridad de genero se siguió para los cupos reservados de pueblo originarios, los que debían acompañar sus candidaturas con un suplente de genero distinto, a fin de asegurar la paridad.

La “*forma de elección de los redactores*” también merece análisis. En Bolivia, se estableció que 210 constituyentes serían electos en 70 circunscripciones territoriales, mientras que 45 constituyentes serían electos en cinco circunscripciones plurinominales departamentales. Bolivia permitió a las agrupaciones ciudadanas -sin personalidad jurídica- presentar listas, adjuntando listado de firmas de respaldo, según las siguientes reglas: (a) para territoriales, 2% de los votos válidos de última elección presidencial a

nivel nacional, y (b) para departamentales, 2% en última votación elección presidencial en departamento. En Ecuador, de los 130 miembros, 100 serían elegidos en circunscripciones electorales provinciales, 24 por circunscripción electoral nacional y se sumaron 6 constituyentes domiciliados en el exterior -único ejemplo de ello en el NCL-. Además, se permitió la presentación de candidaturas por movimientos ciudadanos y partidos políticos, según las siguientes reglas: (a) dentro de Ecuador, adjuntado el 1% de firmas de los ecuatorianos inscritos en la circunscripción correspondiente, (b) fuera de Ecuador, adjuntando el 1% de firmas del padrón electoral de Europa, EEUU y Canadá o América Latina, según corresponda. En Chile, se fijaron igualmente reglas especiales. De los 155 miembros, por mandato de la disposición transitoria cuadragésima tercera, se reservaron 17 escaños para Pueblos Originarios, electos en distritos especialmente creados -lo que no existe en ninguno de los procesos del NCL-. El resto de los 138 convencionales fueron elegidos en los 28 distritos en que está dividido electoralmente el país. En Chile, también se autorizó la presentación de listas de independientes, bajo la siguiente regla, establecida en la disposición transitoria vigésimo novena: (a) candidatos independientes, fuera de lista, deben adjuntar el patrocinio -firmas- del 0,2% de los electores que hubieran sufragado en el distrito para la última elección de diputados, pero siempre con un mínimo de 300 firmas; (b) listas de independientes, adjuntar el 0,5% de firmas de los electores de la última elección de diputados, siempre con un mínimo de 500 firmas por lista, más un lema y programa común, (c) además, las firmas se podían recibir por medio de una plataforma electrónica levantada por el Servicio Electoral, sin la presencia de notarios.

La “cesación, pérdida y reemplazo del cargo” también fue objeto de regulación. En Bolivia, la “*Ley especial de convocatoria*” reguló la materia en su artículo 11, señalando que se pierde el cargo por muerte, renuncia, inhabilitación permanente y sentencia ejecutoriada en materia penal, mientras que el cupo vacante sería ocupado por el siguiente no electo de la lista correspondiente. En Ecuador, el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*”, en su artículo 11, indicó que el asambleísta sería reemplazado por el respectivo suplente, y a falta de éste, por el candidato que le siga en votación, sin importar su afiliación u origen partidistas. En el caso de listas, por el compañero de la misma que le siga. En Chile, el cargo vacante será reemplazado por la persona que designe el partido político en que hubiera militado o por el partido que hubiere designado el candidato independiente dentro de pacto. Los independientes, fuera o dentro de lista de independientes, no podrán ser reemplazados.

Finalmente me gustaría resaltar la figura de los “*plebiscitos dirimientes*”. Estos no fueron contemplados ni en la reforma chilena al capítulo XV de la Constitución del 80, ni en la “*Ley Especial de convocatoria*” en Bolivia, ni en el “*Decreto Ejecutivo N.º 148*” de Ecuador. Sin embargo, fueron

impulsados por la Asamblea boliviana y la Convención chilena. En Bolivia, se debió dictar una ley que fijará el mecanismo para implementarlos -en la práctica sólo se plebiscitó 1 artículo relativo al latifundio-, mientras que en Chile, los plebiscitos dirimientes quedaron sujetos a una “reforma a los cuerpos normativos pertinentes” -según dispone el artículo 51 del reglamento de Participación Ciudadana- que, en mi interpretación, requieren de una modificación al capítulo XV de la Constitución, toda vez que no están autorizados expresamente por el texto vigentes, y su convocatoria, sin modificación constitucional, sería contraria al principio de la legalidad o juridicidad.

21. Si bien el análisis normativo de los textos surgidos en Ecuador (2008) y Bolivia (2009) no fueron el eje central del presente trabajo, sino más bien los procesos que les dieron origen, el marco normativo para el trabajo de Asambleas y Convenciones, y los discursos legitimadores impulsados en dichos procesos, me gustaría trazar algunas líneas respecto del contenido constitucional, donde vemos amplias modificaciones a los catálogos de derechos -“*el derecho a tener derechos*”-, y una mantención de la parte orgánica, donde finalmente se terminan reforzando las atribuciones del presidente.

Atrás quedaron esos discursos que planteaban una Constitución liberal-minimalistas, como fruto del proceso constituyente chileno. Al alero del NCL fácil resulta replicar una de sus primeras consecuencias normativas: “*la extensión de los textos constitucionales*”. Ecuador presentó su Constitución con 444 artículos y 30 disposiciones transitorias, mientras que Bolivia siguió la senda con 411 artículos y 10 disposiciones transitorias.

Ambas se encabezan con un “preámbulo”, donde se delinearán las ideas generales que guían la interpretación del texto en su conjunto. En Bolivia destacan los conceptos de: pluralidad de pueblos, sublevación indígena anticolonial, luchas sociales, construcción de un nuevo Estado Social de Derecho, igualdad, dignidad, pluralidad, soberanía, búsqueda del “*vivir bien*”, superación del Estado colonial, republicano y neoliberal. En Ecuador los conceptos se reiteran: pueblo soberano, raíces milenarias, pluralidad de pueblos, herederos de luchas sociales, celebración de la Pacha Mama, construir una nueva forma de convivencia, dignidad de las personas y alcanzar el “*buen vivir*” -sumak kawsay-.

La “*refundación del Estado*” es punto común. En Bolivia se define como: unitario, de Derechos, Plurinacional, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. En Ecuador se define como: constitucional, de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, laico y descentralizado.

La “*extensión en los catálogos de derechos*” es tema común en todo el NCL. En Ecuador, el Título II se aboca a los “*Derechos*” -regulando cientos de ellos-, de los cuales puedo destacar algunos que serán objeto de debate en el proceso chileno: naturaleza como sujeto de derecho, derecho al agua, la soberanía alimentaria, ambiente sano y buen vivir, soberanía energética, regulación a los medios de comunicación, acceso al debate público, al deporte y al tiempo libre, al progreso científico, hábitat, vivienda adecuada y digna, derecho a disfrutar la ciudad, trabajo como derecho/deber con remuneración y retribución justa, derechos de grupos prioritarios como adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, embarazadas, migrantes, discapacitados, privados de libertad, enfermos catastróficos, víctimas violencia domestica y sexual, maltrato infantil, derechos del consumidor, representación paritaria en cargos públicos, matrimonio como vínculo entre hombre y mujer o la adopción sólo para parejas de distinto sexo. En Bolivia se reconocen derechos de similar naturaleza, como: Estado Plurinacional, libre determinación y autogobierno, dominio ancestral sobre sus territorios y reconocimiento a sus instituciones, reconocimiento a formas de gobierno comunitarias y designación de autoridades según normas y procedimientos de las naciones y pueblo originario campesino, auto identificación cultural, titularidad colectiva de tierras y territorios, consulta sobre medidas que los afecten y derecho a participar en órganos e instituciones del Estado, medicina tradicional, circunscripciones especiales indígena originaria campesina y se garantizara la participación proporcional de las naciones y pueblos indígenas, reconoce la jurisdicción indígena originaria campesina, repartición de tierras fiscales en favor de grupos indígenas, campesinos, comunidades originarias, afrobolivianos, y comunidades campesinas que no posean propiedad, o posean propiedad insuficiente, entre otros. En general estas regulaciones son voluntaristas, demasiado extensas, innecesariamente detallistas, en muchos casos contradictorias y exageradamente aspiracionales.

Los “*derechos son plenamente justiciables*”, bajo diferentes vehículos jurídicos donde destacan acciones de protección, medidas cautelares, procedimientos orales, no necesidad de abogado patrocinador. En general, se busca facilitar el acceso a la justicia, disminuyendo las formalidades tradicionales del derecho a objeto de otorgar una tutela jurisdiccional efectiva.

El rol de los “*pueblos indígenas*” es uno de los elementos característicos del NCL Así como a principios del siglo XX la agenda constitucional fue marcada por la “*cuestión social*”, el NCL del siglo XXI esta marcado por la “*cuestión indígena*”. Los temas que marcan el conflicto son: (a) autonomía, (b) auto organización, (c) auto control (d) diversidad de demandas (lengua, tierra, cultura) y su confrontación con la consagración liberal de derechos, y la formas en que estos serán “*injetados*” en el texto constitucional. Pionero fue el Convenio 169 de la OIT (1989), que velaba por garantizar el

respeto a sus culturas, formas de vida, instituciones y asegurar el derecho a consulta indígena efectiva a pueblos indígenas cuando se tomen decisiones que les afecten; y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007), detallando derechos colectivos e individuales (cultura, educación, empleo, desarrollo económico). Estos textos internacionales influyeron sustancialmente en el NCL y en especial en los textos de Ecuador y Bolivia -las constituciones con mejores esfuerzos para garantizar derechos indígenas-. Tanto en Ecuador como en Bolivia podemos ver elementos comunes: la plurinacionalidad, libre determinación, autogobierno, respeto a sus tradiciones, lengua, cultura, derechos colectivos y regulación de la propiedad, descolonización, jurisdicción indígena.

La “*participación popular*” es otro elemento común en ambas constituciones. Destacan las iniciativas populares legislativas y de reforma constitucional, la consulta popular, el mandato revocable de autoridades -incluida la figura del presidente-.

El “*hiperpresidencialismo*” es otro factor común, con figuras como la reelección y concentración de poder. Entre 1978 y 2009 se dictaron 16 constituciones en Latinoamérica. De ellas, 10 modificaron las reglas de elección, con 16 modificaciones totales -9 para flexibilizar la reelección y 7 para restringirlas-. En 12 países se fortalecieron los poderes del presidente y solo en 7 se restringieron. En Ecuador la Constitución de 2008 no sólo no reduce el poder presidencial -favoreciendo la reelección-, sino que aumenta y disminuye las atribuciones del parlamento, sobre todo en el nombramiento de funcionarios.

Otros elementos comunes, no deseables de cara al proceso de Chile son: (a) disminución del rol de los partidos políticos, (b) sumisión de las FFAA al gobierno de turno, (c) carácter rígido de los nuevos textos, (d) ampliación rol del Estado en la economía.

Elemento común en el NCL, y quizás el segundo corazón del movimiento -juntó a la ampliación del catálogo de derechos- es la necesidad de volver a una economía socialista planificada, donde el Estado intervenga y participe activamente de la economía, en materias tan sensibles como la salud, educación, vivienda, comercio, mercado financiero, política monetaria, recursos naturales, agua potable, regulación del uso del suelo, planificación demográfica, bancos centrales sin autonomía, entre muchas otras materias que grafican el deseo del NCL por anteponer el Estado por sobre la personas humanas y su dignidad, las familias y las agrupaciones de la sociedad civil, limitando fuertemente la subsidiaridad y la iniciativa particular. Existe un intento por dotar al Estado de mayores atribuciones en materias económicas, entregando incluso monopolios y la prohibiendo concesiones a privados como el agua, la electricidad o el alcantarillado. La propiedad se ve fuertemente limitada en atención a su función social

y económica. En Bolivia, se estipula a nivel constitucional que se puede “revertir” la propiedad para que esta retorne al Estado sin derecho a indemnización, cuando se incumple con la función social o se sobrepasan los límites fijados para el “latifundio”.

Finalmente, destacan los “*mecanismos reforzados para reformar el texto y la habilitación de Asambleas Constituyentes*” para reemplazarlos completamente. Tanto en Bolivia como en Ecuador se fijan mecanismo de quórum supra mayoritarios para proceder a la reforma de los texto. En Bolivia, la reforma parcial debe ser aprobada por 2/3 de los asambleístas presentes, y se suma un referéndum aprobatorio de salida. La reforma total de texto procede sólo mediante Asamblea Constituyente, la cual debe aprobar el texto por 2/3, a lo que se suma un referéndum aprobatorio de salida. En Ecuador, para la reforma parcial se puede optar por dos mecanismos, por un lado, un referéndum de reforma constitucional y, por otro, la reforma vía Asamblea Legislativa, la cual requiere aprobación de 2/3, en dos debates diferidos, debiendo el segundo de ellos realizarse 1 año después de finalizado el primero. El reemplazo total del texto se puede verificar sólo por Asamblea Constituyente, la cual debe aprobar el texto por 2/3 de los miembros en ejercicio, sumado a un plebiscito de salida.

22. El desafío del proceso chileno según aquellos que lo impulsan y defienden desde la izquierda refundacional -quizás su principal característica diferenciadora con el NCL- será la búsqueda por transformar la organización, distribución y limitación del poder, en una modificación de la parte orgánica del texto, bajo el argumento que la consagración de derechos sociales requiere la modificación de las estructuras del poder -en sus palabras concentrada y vertical-. Así, el proceso chileno buscará remediar el problema de fondo del NCL -señalado por Gargarella- consistente en las “*contradicciones interseccionales*”, a saber, la falta de diálogo entre la parte orgánica y la dogmática, verificado por la mezcla de instituciones que proviene de modelos constitucionales diferentes y que generan tensiones entre ellos, por ejemplo, un fuerte resguardo de la propiedad privada -conforme la visión liberal- conjugada con un firme compromiso con los derechos sociales -como el modelo radical-. Me atrevo a proyectar que, para solucionar las “*contradicciones interseccionales*”, se impulsarán -en nuestro proceso de cambio constitucional- las siguientes ideas: (a) una fuerte discriminación que favorecerá a pueblos indígenas mediante la inclusión de cupos reservados en órganos de representación política y organismos autónomos de carácter técnico, sumado a un fuerte debate sobre la inclusión de una cláusula a nivel constitucional que establezca el deber de realizar una consulta indígena toda vez que se quiera explotar recursos naturales en territorios indígenas -unos argumentarán que bastará con realizar la consulta indígena, mientras otros sostendrán que la explotación deberá quedar supeditada a la aprobación por parte de las comunidades indígenas-; (b) grandes catálogos de derechos, al estilo del

NCL, otorgando tutela jurisdiccional directa a ellos mediante recurso de protección u otros mecanismo, lo que decantará en una judicialización extrema de los derechos sociales y un activismo judicial poco deseado; (c) una inclusión de la naturaleza como sujeto de derechos; (d) fuertes enfoques feministas, de derechos humanos, y sobre derechos de niñas, niños y adolescentes -consagración de la autonomía progresiva sobre el derecho de los padres a educarlos-; (e) una incorporación de mecanismo de participación popular radical -democracia directa en los órganos políticos- y, en casos extremos, la revocatoria de autoridades electas y del mismo presidente de la República; (f) incorporación transversal del concepto “*democracia deliberativa*” como antagónica del concepto “*democracia liberal*” que se enfoca en la supremacía de los Derechos Humanos y libertades individuales, por una lado, y “*republicanismo igualitario*”, por otro, cuyo acento está puesto en la soberanía popular; (g) ligado a lo anterior, el concepto “*desigualdad*” será hilo transversal en todas las reformas que se impulsen, buscando una modificación en las condiciones materiales -económicas- que garanticen la redistribución de la riqueza a fin de asegurar un “*igualitarismo*” -la propiedad privada será criticada como base de la organización económica y social, y no es de extrañar que se sigan caminos como el adoptado por Bolivia respecto de limitar el latifundio-; (h) en general, el proceso chileno tendrá la intención de modificar la distribución del poder, atando temporalmente de manos a las mayorías y limitando su capacidad de actuar en política, para favorecer la inclusión de las minorías, mediante la reforma de la parte orgánica.

23. En síntesis, estamos frente a una combinación terrible de líderes que velan sólo por su ambición personal de poder y una ciudadanía mayoritaria con desidia y desinformada. Desde ya soy pesimista, pues nada se solucionará con un mero cambio constitucional, si no existe un cambio en la calidad de la política y de los políticos. La tradición democrática representativa debe retomar sus cualidades esenciales, a saber -en palabras de Hobbes-, producir orden y paz; procesar sistemáticamente y sin muchos traumas los diversos disensos sociales; y crear bienestar social equitativo -en la máxima medida de lo posible-. Debemos mirar con buenos ojos el modelo de la democracia estadounidense, donde se empodera a la sociedad civil -del gobernarse a si mismo-, dejando de lado la tradición europea-francesa, del aumento del aparato central administrativo. El cambio constitucional, si un objeto debe cumplir, es legitimar el sistema de la democracia representativa mediante metas claras en torno a la justicia social y el bien común, reafirmando el sistema de pesos y contrapesos diseñado por Madison, que en nuestro continente choca de forma constante con la visión schmittiana.

## Referencias bibliográficas:

1. ACKERMAN, Bruce. El futuro de la revolución liberal, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.
2. ATRIA, Fernando. La constitución tramposa, Santiago, Ediciones LOM, 2013.
3. BARBER, Nick. The Principles of Constitutionalism. Oxford, Published to Oxford Scholarship, 2018.
4. BERTELSEN REPETTO, Raúl. En defensa de la Constitución, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2020.
5. BORJA, Raúl (Editor). Análisis Nueva Constitución, Quito, ILDIS; Friedrich Ebert Stiftung, La Tendencia, Revista de análisis político, 2008.
6. BREWER-CARÍAS, Allan. El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia Venezolana de 1999. Digital en [www.allanbrewecarias.com](http://www.allanbrewecarias.com)
7. BUSTAMANTE, Gonzalo., y SAZO, Diego (Comp.). Democracia y poder constituyente, Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2016.
8. CAMPOS HARRIET, Fernando. Historia constitucional de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956.
9. CARBONELL, Miguel. Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2008.
10. CARRASCO, Sergio. Alessandri, su pensamiento constitucional. Reseña de su vida privada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
11. CARRION, María Fernanda. La Asamblea Constituyente, su legitimación y deslegitimación. El caso de Ecuador y de Chile, Santiago, Editorial Hammurabi, 2020.
12. CEA EGAÑA, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980, Santiago, Editorial Jurídica, 1988.
13. CEA EGAÑA, José Luis. El nuevo derecho público en la doctrina chilena, Cuadernos del Tribunal Constitucional N.º 30, Santiago, 2006.
14. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, Santiago, Ediciones UC, 2015.
15. COLLIER, Simon. Ideas y políticas de la independencia chilena. 1808-1833, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1977.
16. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. El Nuevo Constitucionalismo en América Latina, Quito, Editora Nacional, 2010.
17. DE PADUA, Marsilio. El defensor de la paz (Defensor Pacis 1324), Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
18. ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. 45 Duke Law Journal, 1995.
19. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías, la ley del más débil, Madrid, Ediciones Trotta, 1999.



20. FERMANDOIS, Arturo. Derecho constitucional económico. Regulación, tributos y propiedad. Tomo II, Santiago, Ediciones UC, 2010.
21. FONTAINE, Juan Andrés. Transición económica y política en Chile, Estudios Públicos N° 50, 1993.
22. GAJARDO, Jaime y ZUÑIGA, Francisco (Coordinadores y editores). Constitucionalismo y procesos constituyentes. Vol. 1. Aspectos generales y mitos fundacionales, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2018.
23. GAJARDO, Jaime y ZUÑIGA, Francisco (Coordinadores y editores). Constitucionalismo y procesos constituyentes. Vol. 2. Una revisión crítica al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2019.
24. GARGARELLA, Roberto. La sala de maquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Katz Editores, 2015.
25. GONZÁLEZ, Luis y VALADÉS, Diego (Coordinadores). El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo, México D.F., Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
26. SALGADO, HERNÁN. El proceso constituyente ecuatoriano. Algunas reflexiones. Revisar en línea <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>
27. KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho, México, Editorial Porrúa. 1991.
28. LOEWENSTEIN, Karl. The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law, en University of Chicago Law review, V, 1938.
29. LOEWENSTEIN, Karl. Political System, Ideologies, and Institutions and the Problem of their Circulation, en western Political Science Quarterly, VI, 1953.
30. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Barcelona, Editorial Ariel, 2018.
31. MARITAIN, Jacques. El Hombre y el Estado, Phoenix Books, The University of Chicago Press, 1951.
32. MONTESQUIEU. Del Espíritu de las leyes, 1748.
33. NEGRETTO, Gabriel. La política del cambio constitucional en América Latina. Fondo de la Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.  
a La reforma política en América Latina, Desarrollo Economico, vol 198
34. NEGRI, Antonio. El poder constituyente, Madrid, Editorial Traficante de Sueños, 1994.
35. NIALL, Ferguson y LANSBERG-RODRÍGUEZ, Daniel. Constituciones desechables, Santiago, Fundación Para el Progreso editores, 2017.
36. NOGUEIRA, Humberto., y CUMPLIDO, Francisco. Instituciones Políticas y Teoría Constitucional, Talca, Editorial Universitaria. 2001

37. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016.
38. PISARELLO, Gerardo. Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo anti democrático, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
39. PISARELLO, Gerardo. Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática, Madrid, Editorial Trotta, 2016.
40. RIBERA NEUMANN, Teodoro. Reflexiones sobre el fetichismo constitucional en Latinoamérica, Asunción, Paraguay, 2018.
41. RUIZ-TAGLE, Pablo., y CRISTI, Renato. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano, Santiago, LOM ediciones, 2008.
42. SALAZAR, Gabriel. Construcción del Estado en Chile (1800-1837), Santiago, Editorial Sudamericana, 2005.
43. SALAZAR, Gabriel. En el nombre del Poder Popular Constituyente (Chile, Siglo XXI), Santiago, LOM ediciones, 2011.
44. SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, México, Fondo de la Cultura Económica, 1994.
45. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, Madrid, Editorial Alianza, 2019.
46. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
47. SOTO, Francisco., BRITO, Sofía., KLENNER, Maximiliano., LEDESMA, José., y NUÑEZ, Alexander. La Constitución en debate: Un texto que se propone democratizar los saberes en torno a la Constitución y te informará ante las decisiones que se avecinan, 2da edición, Santiago, LOM ediciones, 2020.
48. SOTO, Sebastián. La Hora de la Re-Constitución: Una guía para la Convención, Santiago, Ediciones UC, 2020.
49. SQUELLA, Agustín. Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios. Selección y prólogo de Agustín Squella, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005.
50. SUNSTEIN, Cass. Designing Democracy: What Constitutions Do, Oxford, Editorial Oxford University Press, 2002.
51. VIAL CORREA, Gonzalo. Historia de Chile Tomo III, Santiago, Editorial Santillana, 1998.
52. VICIANO, Roberto (Editor). Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2012.
53. VICIANO, Roberto., y MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Edición Crítica y Derecho N.º 2, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
54. VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional. Madrid, Editorial Reus, 1985.

55. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La casa de todos. La Nueva Constitución que Chile merece y necesita, Santiago, ediciones UC, 2015.

**Constituciones y normas legales:**

56. Acta de Hábeas Corpus, Inglaterra, 1679

57. Bill of Righth, Inglaterra, 1688.

58. Carta Magna, 1215.

59. Carta de Derechos, Estado de Virginia, 12 de junio de 1776

60. Carta de Derechos, Estado de Pensilvania, 11 de noviembre de 1776.

61. Constitución de los Estados Unidos de Norte América, 1787.

62. Constitución de Francia, 1793

63. Constitución de Francia, 1795

64. Constitución Política del Estado de Chile, 1822.

65. Constitución Política del Estado de Chile, 1823.

66. Constitución Política de la República de Chile, 1828.

67. Constitución de la República de Chile, 1833

68. Constitución de Francia, 1848.

69. Constitución Alemana, 1849.

70. Constitución Prusiana, 1850.

71. Constitución Alemana de Bismarck, 1871

72. Constitución Federal Suiza, 1874

73. Constitución República Socialista Federativa Soviética de Rusia, 1918.

74. Constitución Alemana de Weimar, 1919.

75. Constitución Soviética, 1924.

76. Constitución de la República Federal Alemana de Bonn, 1949.

77. Constitución Política de la República de Chile, 1980.

78. Constitución de Brasil, 1988.

79. Constitución de Colombia, 1991.

80. Constitución de Venezuela, 1999.

81. Constitución de Ecuador, 2008.

82. Constitución de Bolivia, 2009.

83. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, 1969.

84. Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norte América, 1776.

85. Derechos de Derecho de Virginia, Estados Unidos, 1776.
86. Declaración Universal de Derechos del Hombre y el Ciudadano, 1789.
87. Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, 1948.
88. Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, El Mercurio, 24 de Agosto de 1980.
89. Instrument of Government, de 1653.
90. Proyecto de Constitución provisoria para el Estado de Chile, 1818.
91. Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, 1811.
92. Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile suscrito por el de la capital, presentado para su subscripción a las Provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas, de 1812.
93. Reglamento Constitucional para el Gobierno Provisorio, 1814

**Sentencias judiciales:**

94. Sentencia Tribunal Constitucional N.º 46-1987
95. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 272-1998.
96. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N.º 2935-2015.