



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA
CONSTITUCION CHILENA VIGENTE.

Tesis para optar al grado de
Magíster en Derecho, mención Derecho Público

JAIME ANDRÉS BASSA MERCADO

Director: Prof. Dr. D. Eric Eduardo Palma González

Santiago, mayo de 2007



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA
CONSTITUCION CHILENA VIGENTE.

JAIME ANDRÉS BASSA MERCADO

Director: Prof. Dr. D. Eric Eduardo Palma González

Santiago, mayo de 2007

A Lorena, fiel y paciente compañera de largas jornadas;
amante esposa.

A Florencia, de espíritu curioso e inquieto,
como su madre.

ÍNDICE

Introducción.	1
I. La teoría democrática del poder constituyente.	7
1. Origen y elementos del concepto.	8
2. Recepción del concepto por la doctrina chilena.	22
II. El proceso originante de la Constitución vigente.	35
1. El proceso histórico 1973-80.	36
2. La Comisión Ortúzar ante el poder constituyente.	39
3. La Comisión Ortúzar frente a la dogmática nacional.	46
III. La Constitución vigente: poder constituyente e interpretación.	57
1. La interpretación de la Constitución vigente.	58
2. Distintos modelos de interpretación constitucional.	69
3. El poder constituyente como fuente de interpretación constitucional evolutiva. El ejemplo del principio democrático.	75
4. Manifestación del poder constituyente en Chile: 1988-89.	86
5. Consecuencias jurídicas de la identificación del poder constituyente en 1989.	93
6. Interpretación constitucional: frente a la disyuntiva originalista-evolutiva.	99
Conclusiones.	107
Bibliografía.	112

RESUMEN.

La definición conceptual del poder constituyente no es neutra. Optar por una visión orgánica o por una democrática tiene hondas repercusiones, principalmente en la interpretación constitucional. En efecto, el carácter esencialmente abierto de las normas constitucionales de principio obliga al intérprete a determinar su sentido y alcance, a fijar el contenido material de la norma en un momento histórico determinado. Ante esta necesidad, el intérprete de la Constitución chilena puede identificar al constituyente en la Comisión Ortúzar, determinando el contenido material de las normas de principio según las definiciones realizadas por dicha Comisión (por ejemplo, el concepto de familia); esta es la opción mayoritaria en la doctrina constitucional chilena.

Sin embargo, el intérprete tiene una opción que deriva directamente de los principios básicos del constitucionalismo democrático: el poder soberano radica en el pueblo; en consecuencia, el poder constituyente es el pueblo. Esta concepción democrática del poder constituyente tiene una significancia especial: asume que el contenido material de la constitución, al ser indeterminado pero determinable, es esencialmente evolutivo. En consecuencia, las opciones políticas del órgano que redactó la Carta no son pétreas, sino que han de ser revisadas a la luz de la evolución que experimenta el consenso constitucional en el pueblo, en tanto poder constituyente legítimo y suficiente.

De esta manera, el ordenamiento constitucional chileno debe interpretarse a partir del consenso constitucional que actualmente lo sustenta, y no según las opciones políticas de la Comisión Ortúzar, que carece de la legitimidad necesaria para erigirse como poder constituyente. Así, normas constitucionales de principio, tales como las que aseguran derechos fundamentales, se definen a partir del contenido material que actualmente le atribuye el pueblo, con lo que es posible identificar una evolución en el criterio de fundamentalidad de estas normas. Ello no es más que la consecuencia del carácter evolutivo de la Constitución y reflejo de su doble dimensión: norma jurídica y pacto político.

INTRODUCCIÓN

“Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”.

Artículo 16, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

1. La presente tesis pretende delimitar una teoría democrática del poder constituyente y contrastarla con el proceso originado con la Comisión Ortúzar.

Busca realizar una teoría normativa del poder constituyente, conceptualizando el término desde una perspectiva teórica e histórica. Asimismo, el estudio del concepto se realiza a partir de un modelo determinado, el Estado constitucional y democrático de Derecho, estadio actual de desarrollo de la idea de Estado de Derecho, que condiciona la interpretación del ordenamiento constitucional. Considerando estas bases conceptuales, se interpretará la realidad histórica de la constitución chilena vigente.

Sin embargo, he preferido no realizar un estudio descriptivo del poder constituyente que considere la posición del pueblo y de las élites en la elaboración del ordenamiento normativo. Un estudio de esta naturaleza se aleja de los objetivos de la presente investigación, principalmente enfocada en la interpretación de la Constitución vigente. Por lo demás, la posición de las élites políticas, económicas y militares que determinan la marcha de la sociedad deja en serio entredicho el papel del pueblo en tanto poder constituyente, cuya participación ha sido reducida, en numerosas oportunidades, a la mínima expresión.

Asimismo, asumo desde ya la disparidad que se presentó en el proceso de negociación política que permitió la manifestación democrática del poder constituyente en 1988-89. Aunque en 1989 se manifestó efectivamente el poder constituyente del pueblo, el ejercicio del poder por parte de los militares impidió realizar un pacto político entre pares que se concretara en una reforma más democrática; de ello da cuenta el reforma constitucional de 2005, que avanza en una serie de aspectos previamente rechazados por la Junta Militar y sus representantes políticos. Sin embargo, a la luz de la teoría constitucional, las constituciones son la positivación del consenso constitucional de un momento histórico determinado; en consecuencia, la interpretación de la Constitución chilena ha de considerar su carácter de pacto, de decisión política del pueblo, para determinar el contenido material de sus normas de principio, ya que aunque el pacto no haya sido perfecto en 1988-89, sí lo es hoy.

2. La cuestión del poder constituyente es uno de los elementos centrales del constitucionalismo, ya que al ejercer el poder político de que es titular originario, la comunidad ordena jurídicamente sus relaciones, plasmando en su ordenamiento constitucional el consenso político que legitima las instituciones fundamentales. Asimismo, a través del concepto de poder constituyente, es posible incorporar en el ordenamiento constitucional la evolución que experimenta la realidad social, lo que puede incidir en la conformación de ciertas instituciones. En efecto, es posible que determinadas instituciones pierdan el consenso social que las justificó en su oportunidad, razón por la cual es necesario concordar la evolución de la sociedad con la evolución del ordenamiento constitucional.

Es necesario tener presente que la legitimidad de sus instituciones radica en el consenso político que presenta la sociedad. De esta manera, la idea de poder constituyente representa la estrecha relación que existe entre el derecho y la política, relación propia del derecho constitucional. El carácter artificial del poder requiere de un momento constitutivo que ordene la convivencia política, que se verifica en el amorfo y formante poder constituyente; por ello, el estudio de la Constitución se encuentra determinado por el poder constituyente.

Su referencia es obligada en un estudio de derecho constitucional, porque según la concepción que se tenga del poder constituyente, éste puede constituirse en una traba o en una herramienta para la evolución o actualización del ordenamiento constitucional conforme a la realidad constitucional de la comunidad. El binomio poder constituyente-poder constituido ejemplifica la búsqueda en el Derecho Constitucional del equilibrio entre los cambios que requiere el ordenamiento para adecuar sus normas a la realidad social y la necesaria estabilidad en la aplicación de la Constitución, actualizando el consenso en torno a ella.

3. El objeto de la presente investigación es el llamado poder constituyente originario, por cuanto me interesa estudiar la realidad histórica de la dictación de la Constitución chilena vigente, principalmente la incidencia que tiene en el presente el proceso histórico que va desde 1973 a 1980. Los elementos propios del poder constituyente, definidos a la luz del Estado constitucional y democrático de Derecho,

servirán de parámetro para examinar el trabajo realizado por la Comisión Ortúzar y la posición que tienen en dicho proceso dos actores con distinta suerte: la Junta Militar de Gobierno, autoerigida como poder político y jurídico, y el pueblo.

Sin perjuicio de lo anterior, tendré presente en el desarrollo de la investigación dos conceptos relacionados al primero, que pueden clarificar ciertas líneas de argumentación: poder constituyente derivado y reforma constitucional. Ambos conceptos permitirán comprender adecuadamente el concepto de poder constituyente originario, principalmente desde la perspectiva de la participación de las fuerzas políticas en la reforma del ordenamiento jurídico y, concretamente, de la Constitución.

Asimismo, quizá el principal vínculo entre la teoría del poder constituyente y la práctica constitucional se verifique en el plano de la interpretación constitucional, principalmente dada la tendencia de mirar a la Comisión Ortúzar como fuente fidedigna de interpretación. En consecuencia, la investigación intenta clarificar la función que compete a esta Comisión en la materia, abordando la disyuntiva que genera el cambio constitucional que acompaña al cambio social y la forma en que ha de interpretarse una Constitución cuyo marco principal o de principios evoluciona a un ritmo diferente al de su texto positivo.

En efecto, las normas constitucionales pueden tener un doble carácter, de reglas y de principios. Las normas constitucionales que positivizan principios vienen a objetivar un ideal de Derecho y de Justicia imperante en la sociedad, constituyendo un marco de contenido material que servirá de parámetro de constitucionalidad tanto para gobernantes como para gobernados. Este marco de principios es particularmente sensible a los cambios que experimenta el consenso político de la sociedad, como lo demuestra claramente la evolución experimentada por el principio constitucional de igualdad ante la ley desde su acuñamiento hasta nuestros días.

4. A la luz del constitucionalismo democrático, la Constitución surge como norma jurídica a partir de una realidad histórica y política determinada, en virtud de la cual la sociedad realiza una serie de opciones acerca de los ideales de Derecho y de Justicia que regirán sus relaciones jurídicas y políticas, las que reflejan el consenso político

que dicha sociedad alcanza en un momento histórico determinado. Estas opciones realizadas por la sociedad son objetivadas en el ordenamiento jurídico mediante su incorporación en el texto de la Constitución, objetivización que no implica absolutizar el contenido normativo de la Constitución, que bien puede ser objeto de diversas actualizaciones –o, incluso, reformas– al momento de aplicar la norma.

De esta manera, el constitucionalismo democrático entiende que la Constitución es el resultado del consenso político alcanzado por la sociedad en el momento constituyente. No obstante lo anterior, en concordancia con el carácter evolutivo y abierto de la propia sociedad, la norma constitucional no se petrifica en virtud de las opciones tomadas en el momento constituyente, sino que requiere ciertas actualizaciones en orden a su aplicación.

Así, la norma constitucional precisa, necesariamente, una etapa previa de interpretación, mediante la cual se determina el contenido material de las normas en el momento concreto de su aplicación. En este proceso de interpretación, a través del cual se determina el sentido de las normas constitucionales, se conjugan dos factores: 1. Las opciones que la sociedad, a través de su poder constituyente, positivizó en la Constitución, y 2. La actualización del contenido material de dichas opciones, por vía de interpretación o de reforma, ya que pueden haber experimentado importantes cambios, más aun considerando que la Constitución chilena tiene más de 25 años de historia –aunque no, necesariamente, de vigencia normativa.

En consecuencia, es necesario determinar el momento constituyente que representa el consenso político que lleva a la sociedad a objetivar los ideales de Derecho y de Justicia en la norma constitucional. Para ello, previamente, es necesario establecer los elementos propios de la teoría democrática del poder constituyente, la que servirá como parámetro para analizar la realidad histórica chilena.

5. La investigación que se presenta en estas páginas obedece a un objetivo transversal a la misma: determinar, a la luz de las teorías jurídicas y políticas analizadas, si existe una correspondencia efectiva entre la teoría democrática del

poder constituyente y el proceso histórico experimentado por Chile entre 1973 y 1980, que derivó en la promulgación del texto constitucional actualmente vigente.

Este objetivo general se concreta en ciertos objetivos específicos, principalmente destinados a identificar el parámetro de interpretación de la Constitución vigente, para lo cual es fundamental determinar si el proceso histórico 1973-1980 concluyó con la promulgación de una Constitución o no, identificar el concepto de poder constituyente presente en los redactores originales del texto, determinar cuál es el pacto político que da legitimidad al ordenamiento constitucional vigente y precisar la función que cada etapa del complejo proceso 1973-2005 cumple actualmente en la interpretación de la Constitución vigente.

Este estudio parte desde una revisión histórica de los acontecimientos que se desencadenaron a partir de septiembre de 1973 y que determinaron la creación de la Comisión Ortúzar y la redacción original de la Constitución hoy vigente, pero desemboca en un estudio de dogmática constitucional, centrado en la interpretación de la Carta. En efecto, a partir de la historia constitucional chilena se revisan una serie de conceptos y realidades más o menos asentadas en la doctrina nacional, para luego determinar la forma en que cada etapa histórica incide en la interpretación constitucional, a la luz de los criterios que la doctrina moderna ha determinado a tal efecto.

Tanto el estudio del poder constituyente en tanto concepto como del proceso histórico que comienza en 1973 tienen por objeto identificar los criterios de interpretación constitucional que son aplicables a la Carta vigente, desde la perspectiva del Estado democrático y constitucional de Derecho. Ambos elementos permiten identificar el pacto político que sostiene a la Constitución vigente.

CAPÍTULO I. LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE.

1. Origen y elementos centrales del concepto.

1. La teoría del poder constituyente vincula directamente el ejercicio del poder político con el principio de la soberanía popular, en el que la representatividad de la comunidad política ocupa una posición central. El pueblo asume, en determinado momento histórico, la función política de fijar el marco jurídico dentro del cual se desempeñará como comunidad estatal, en tanto sujeto activo de su regulación. En el marco de una teoría democrática del Estado, el pueblo es el único sujeto que tiene la legitimidad política necesaria y suficiente para dotarse a sí mismo de una norma fundamental; es a través del poder constituyente que el pueblo reclama para sí la posición de centro del poder originario¹, ya sea que lo ejerza en forma directa o, como es más probable, a través de los representantes que determine a tal efecto. Así, a través de este proceso se consensúan los principios básicos que regirán su vida en comunidad, estableciendo el ordenamiento jurídico fundamental que regulará sus relaciones en determinado momento histórico².

Emmanuel SIEYÈS, abate y diputado francés de finales del siglo XVIII, defendió abiertamente la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, abogando por el fin de una sociedad rígidamente organizada en estamentos. Sus teorizaciones en torno el ejercicio del poder político realzan el papel del pueblo³ en la determinación del orden jurídico, afirmando que retiene en todo momento la facultad de reformar su ordenamiento jurídico. De esta manera, todos los órganos del Estado existen en razón

¹ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, –10ª edición–, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 113. Véase, del autor, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, 214 pp.

² PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, pp. 14-15, reiterado en su *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 461.

³ Es necesario señalar que el autor utiliza, en 1789, la voz nación (*nation*) para referirse al conjunto de la población, y la voz pueblo (*peuple*) para referirse a la gente común oprimida por la relación de poder que caracterizó a la sociedad anterior a la Revolución Francesa. Si se analiza el contenido de las alegaciones de SIEYÈS, es posible advertir que su distinción entre pueblo y nación no responde a los mismos argumentos esgrimidos con posterioridad por VÁSQUEZ DE MELLA y SCHMITT, entre otros. Así, siendo esta disputa propia del siglo XX ajena al autor, utilizo la voz 'pueblo' como titular del poder político porque ella refleja de mejor manera la intención democratizadora de los escritos de SIEYÈS, destinados a incorporar nuevos grupos sociales en el ejercicio del poder. Sin perjuicio de lo anterior, he mantenido el uso de la voz nación utilizada en el original.

de la voluntad del pueblo, que les ha constituido con el fin de ejecutar lo que ésta haya determinado, ya que “el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darle; éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna a través de ellas”⁴, principio expresamente recogido en los arts. 6 y 7 de la Constitución vigente.

Para el autor francés, el pueblo es el origen de todo poder y su voluntad es la propia ley; así, los cuerpos creados en razón de esta voluntad se encuentran totalmente sometidos a las condiciones de la delegación, las que no pueden ser cambiadas por ningún poder delegado. En este sentido, las leyes constitucionales que manifiestan la voluntad del pueblo tienen el carácter de fundamentales, por lo que “todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación”⁵; es importante destacar que son fundamentales para el gobierno, pero no son indisponibles para el pueblo, quien en el ejercicio de su poder constituyente puede reformarlas o modificarlas, ya sea creando derecho *ex novo*, a sea asumiendo alguna forma preestablecida por el ordenamiento como sucedió en agosto de 2005. Por lo demás, éste es titular de sus derechos por el sólo hecho de existir, es decir, el ejercicio de su voluntad es libre e independiente de todo vínculo civil o positivo, y de su ejercicio depende el funcionamiento de todo órgano delegado.

En consecuencia, el gobierno es constitucional en la medida que es fiel a las leyes impuestas por el pueblo; por su parte, la voluntad nacional, única legitimada para determinar el marco jurídico del ejercicio del poder, no se sujeta a límite jurídico alguno, pudiendo manifestarse de diferentes maneras para dar forma al ordenamiento jurídico; en razón de ello, la doctrina señala que se trata de una instancia amorfa y formante a la vez⁶. Así, “la nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida si la suya es contestada (...) ese derecho

⁴ SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 142.

⁵ SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado?...*, p. 144.

⁶ PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, p. 464. PÉREZ SERRANO, *El poder constituyente*, p. 23.

sólo corresponde a la nación, independiente, volvemos a repetirlo, de toda forma y de toda condición”⁷.

En definitiva, la voluntad del pueblo, manifestada por todas las voluntades individuales, es la única vía legítima para delegar el ejercicio del poder y fijar las actuaciones de los cuerpos públicos, con el fin de evitar que su ejercicio se torne perjudicial para sus comitentes. Como el ejercicio de la voluntad del pueblo se mantiene libre e independiente, éste retiene en forma permanente la capacidad de reformar sus leyes fundamentales o de revocar los mandatos conferidos. Sin embargo, es importante tener presente que el poder constituyente no es constitutivo del Estado, sino que configura una estructura jurídica de ejercicio del poder⁸, según la realidad de la comunidad política.

La racionalidad del proceso constituyente y su aceptación por parte de la comunidad son elementos que determinan su legitimidad⁹; el primero impone un límite al poder constituyente, ya que el concepto de Constitución le es indisponible, ya que su soberanía no le permite obrar arbitrariamente, debiendo respetar el contenido propio de una Norma Fundamental. A su vez, el segundo elemento es un factor propio del carácter esencialmente democrático del concepto. Sin embargo, las formas no se encuentran preestablecidas, por lo que existe una amplitud de posibilidades para concretar la participación de la comunidad política: ya sea mediante una asamblea legislativa creada especialmente al efecto, en la que se representen los intereses generales de la comunidad, o bien mediante distintos sistemas plebiscitarios de ratificación, donde la comunidad se manifieste por el todo o parte del proyecto de Constitución¹⁰. Como sea, es fundamental comprender que la propia comunidad, el pueblo, retiene la titularidad del poder constituyente durante el proceso e, incluso, una vez que éste ha concluido, ya que no se agota en un acto determinado. En definitiva, los procesos constituyentes que no representen directa o indirectamente la voluntad

⁷ SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado?...*, p. 152.

⁸ STERN, Klaus, señala que el mandato político se constituye en derecho si es consentido y reconocido como vinculante por los sometidos a la norma; en su *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 316.

⁹ PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, p. 114.

¹⁰ Como ha ejemplificado Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 101-103.

del pueblo, carecen de la legitimidad democrática necesaria para imponer un ordenamiento jurídico a la comunidad.

Sin embargo, creo que el proceso constituyente no puede ser reducido al sólo momento de la votación popular final, no sólo porque ésta puede, incluso, no verificarse, sino porque se trata de un proceso democrático más complejo que abarca diferentes etapas. Aunque la doctrina ha propuesto algunos pasos mínimos¹¹, creo que dos elementos caracterizan al poder constituyente como un poder democrático y legítimo: 1. El órgano que redacte el proyecto de Constitución debe ser representativo del pueblo y reflejar el pluralismo político y social de la comunidad, aunque no haya sido elegido para tal efecto, y 2. Dicho proyecto debe contar con la aprobación indudablemente mayoritaria de la comunidad política, ya sea mediante un referéndum ratificatorio o mediante algún sistema alternativo, como una elección parlamentaria posterior. En todo caso, el proceso constituyente, cualquiera sea el mecanismo utilizado, debe intentar conocer y reflejar efectivamente la voluntad popular.

Estos elementos mínimos se encuentran en concordancia tanto con el carácter político de la legitimación del pueblo como titular del poder constituyente, como con la constitucionalización del principio democrático, elemento fundante del actual estadio de desarrollo del concepto 'Estado de Derecho'. Por estas razones, si un proceso no cumple con estos elementos, difícilmente su resultado podrá ser considerado fruto del poder constituyente, por carecer de la legitimidad política necesaria. No se trata de la mera redacción de un texto normativo; por el contrario, la trascendencia política y jurídica de la norma fundamental así como el carácter originante del poder constituyente dan cuenta de un complejo proceso político caracterizado por la estrecha relación entre la Constitución y la comunidad, relación que refleja la influencia recíproca entre Derecho y política.

¹¹ PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, pp. 120-121 señala los siguientes pasos, reconociendo una necesaria flexibilidad: 1. Poder anterior ha perdido su legitimidad; 2. Las libertades públicas deben garantizar la participación de los ciudadanos; 3. Una legislación que permita la formación de una asamblea constituyente; 4. La constitución de la asamblea y elaboración parlamentaria de la Constitución; 5. Ratificación popular del proyecto constitucional.

Ello explica que la norma fundamental tenga una vigencia temporal inferior o que pueda experimentar más modificaciones que otras normas legales, como puede ser el caso del Código Civil. PÉREZ SERRANO ha llegado a preguntarse si no se encuentran en este cuerpo legal las normas fundamentales o si éstas han de ser incorporadas a la Constitución¹². Me parece que la Constitución es esencialmente cambiante porque refleja el contenido político de la propia sociedad, a diferencia de las normas técnicas del código civil que, quizá con la excepción de familia, no requieren grandes consensos sociales para su legitimidad democrática. La norma fundamental política es más sensible a los cambios en la sociedad que las normas técnicas, precisamente por la permanente evolución del consenso político que la sustenta. Por ello me parece importante considerar la relación entre política y derecho, en la medida que la ruptura entre realidad y norma constitucional genera inseguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la determinación de los límites del poder constituyente puede influir no sólo en la concepción del poder constituyente y la extensión de su labor, sino también en la interpretación de la Constitución. Un sector de la doctrina ha clasificado los límites del poder constituyente entre heterónomos, autónomos y absolutos¹³ reservando, en realidad, a estos últimos (de carácter físico, moral o natural) el carácter de verdaderos límites; también se ha señalado como límites al poder constituyente la existencia de sistemas normativos preestatales que gozarían de una suerte de validez paralela¹⁴. Por otra parte, se ha afirmado que el poder constituyente

¹² PÉREZ SERRANO, *El poder constituyente*, pp. 30-31.

¹³ PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, pp. 466-467. PÉREZ SERRANO, *El poder constituyente*, pp. 47 y ss. El autor asume la clasificación de Jellinek sobre los límites al poder del Estado y del poder constituyente.

¹⁴ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 57: "El verdadero poder constituyente del Estado no se identifica necesariamente con el que ha dado origen a su Constitución vigente, sino que se diluye en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de constitución no pueden ya desprover de su condición de aplicables". Para el autor, existen ciertas normas preconstitucionales respecto de cuya validez la jurisdicción constitucional no puede pronunciarse, ya que ésta radica en un sistema normativo distinto de la Constitución; su pronunciamiento debe ser de pura y simple aplicabilidad. Afirma que el poder constituyente no tiene poder de disposición alguna respecto de estas normas, pues ni es el fundamento de su condición de normas ni puede afectarlas en su vigencia o validez; por tanto, a la Constitución sólo le cabe el rol de norma articuladora de los diferentes sistemas normativos (pp. 49-50).

carece de límites, en la medida que expresa la voluntad de la nación en forma autónoma¹⁵, cuyo exponente clásico es SIEYÈS, quien defiende la voluntad ilimitada de la comunidad¹⁶.

Me parece que debe existir un justo medio entre ambas posiciones: por una parte, el pueblo tiene la legitimidad para dotarse del orden jurídico que responda suficientemente a las necesidades de la realidad social en determinado momento histórico. Sin embargo, este ejercicio del poder constituyente debe reconocer como límites los mínimos políticos y sociales ya consolidados, principalmente en dos sentidos: por un lado, su labor no puede significar un retroceso en los derechos y libertades ya asegurados, por lo que los futuros procesos han de importar una mejora en la situación de la comunidad y, por el otro, no puede renunciar a ejercer en el futuro las funciones constituyentes que le son inherentes. Ambos elementos son mínimos para la garantía del sistema democrático. Sin embargo, creo que los límites externos a la comunidad e impuestos desde fuera carecen de la legitimidad propia del poder constituyente, por lo que difícilmente podrían limitar su intervención¹⁷.

Así, creo que es aceptable asumir como límite al ejercicio del poder constituyente dos mínimos materiales del constitucionalismo moderno: la (actual) separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales, ambos representativos del carácter libre e igualitario de las sociedades (occidentales) modernas. En ese sentido, concuerdo cuando se señala que “no todo poder que produce un ordenamiento jurídico estable para un Estado es poder constituyente. Únicamente lo es aquel que está en el origen de una Constitución digna de tal nombre. Y para ello el poder tiene que ser legítimo”¹⁸. Consecuentemente con el estado actual del constitucionalismo, creo razonable reconocer como límite al poder constituyente el acervo jurídico-cultural construido con el creciente grado de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, reflejados en la cada vez más valorada dignidad de la persona, hoy fuente de más derechos que antaño. El

¹⁵ PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, p. 113.

¹⁶ SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado?...*, pp. 149-150.

¹⁷ Salvo, quizá, los sistemas normativos supraestatales, aunque me parece que su legitimidad política también recae en el pueblo de cada Estado, que acepta someterse a ellos.

¹⁸ PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, p. 116.

desconocimiento de estos mínimos en futuros procesos constituyentes y reformas constitucionales puede resultar en una mera constitución semántica o nominal.

Al respecto, se ha señalado que la legitimidad del poder constituyente se fundamenta en la coincidencia de las ideas de igualdad, justicia y libertad dominantes en el pueblo, cuyo consenso debe coincidir en los principios fundamentales¹⁹. En este sentido, la evolución del contenido del Estado de Derecho ha operado como límite en los procesos legítimamente constituyentes, toda vez que se respeta su contenido; en definitiva, “si se sigue la idea de la legitimidad, no se puede aceptar una plena libertad jurídica. Pero la vinculación jurídica sólo puede extenderse a los principios jurídicos supremos, generalmente reconocidos, a las normas jurídicas fundamentales más importantes de nuestra cultura jurídica común”²⁰.

El carácter ilimitado del poder constituyente dice relación con la ausencia de límites jurídicos, especialmente en el marco de la teoría democrática del poder constituyente. Sin embargo, la ausencia de límites jurídicos no implica una carta abierta a la arbitrariedad en el ejercicio de este poder. En efecto, aunque “la Constitución jurídica surge y se legitima por un acto originario del poder constituyente, no es algo previo a este”²¹, ya que el concepto de Constitución es indisponible para el poder constituyente. Así, se encuentra determinado por lo que BÖCKENFÖRDE llama ‘una voluntad de Constitución’, entendiendo por tal una limitación y ordenación jurídica del poder, cuyo ejercicio no puede ser ni arbitrario ni absoluto, y que encuentra en los derechos fundamentales un límite infranqueable: “en el concepto mismo del poder constituyente está ya incluida y presupuesta una cierta medida de constitucionalidad, y esta representa una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder o frente al dominio puro y duro de la arbitrariedad”²².

Lo propio puede decirse respecto de los principios como límites a la labor del poder constituyente: en efecto, no se trata de normas positivas que restringen el

¹⁹ STERN, *Derecho del Estado...*, p. 319.

²⁰ STERN, *Derecho del Estado...*, p. 321; destacado en el original.

²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 176.

²² BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 176.

actuar normativo del soberano, pero son los que le otorgan o le niegan la legitimidad necesaria al resultado de su actividad. Lo relevante, a los ojos de esta investigación, es que dichos principios son esencialmente evolutivos, es decir, no se mantienen incólumes ante los cambios sociales, precisamente porque están vinculados al contexto cultural, “tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él”²³.

Dicho lo anterior, y teniendo presente que el pueblo es el único sujeto legitimado para ejercer dicho poder, así como que su actuar debe ser, necesariamente, mediatizado, creo que es fundamental identificar el órgano o la instancia que hizo las veces de poder constituyente. En razón de ello, será posible determinar la legitimidad (democrática) del proceso y su vinculación con el contexto social y cultural del momento histórico concreto en el que se manifestó. Ambos elementos son esenciales en la futura interpretación de la Constitución, ya que su determinación permitirá contextualizar su labor y así atribuirle la importancia interpretativa que le corresponda, principalmente atendiendo a la búsqueda del equilibrio entre evolución y estabilidad de la Constitución frente a la realidad social: un excesivo originalismo (o normologismo) en la interpretación del Código Político puede mellar la vigencia normativa del texto al profundizar la permanente distancia entre realidad constitucional y norma.

2. La teoría democrática del poder constituyente es deudora, como no podía ser de otra manera, de los orígenes históricos de dicha teoría, que se remontan a lo

²³ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 179. El autor cita los razonamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de los principios jurídicos: “los principios jurídicos suprapositivos, si se los toma en serio, no son (aún) parte del derecho positivo, sino precisamente pre-positivos; preceden al derecho positivo y le prestan la legitimación necesaria (...) Son ellos los que prestan a los principios jurídicos positivos la fuerza de una obligación ética, o se la niegan. Una pequeña parte de ellos tiene para Heller una naturaleza apriorista, pero en general poseen un carácter vinculado al contexto cultural, y en esa medida son algo que puede cambiar históricamente. Tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él” (de BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, pp. 178-179).

sostenido por Emmanuel SIEYÈS en el marco de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII.

El concepto de poder constituyente se encuentra ligado directamente a la justificación de la validez normativa de la Constitución, a los motivos en virtud de los cuales una comunidad acepta la Constitución como norma jurídica obligatoria. Si consideramos el origen esencialmente político de la misma, resulta fundamental comprender los motivos que llevan a la comunidad a aceptar su carácter vinculante, ya que la Carta Fundamental, en tanto norma jurídica, es decisión política, y carece de una norma previa y jerárquicamente superior que la justifique. En consecuencia, su legitimación es política.

En definitiva, estamos en presencia de un concepto que rebasa el ámbito propio del derecho positivo, aunque no por ello se encuentre al margen del Derecho en cuanto disciplina; por el contrario, los fundamentos del Derecho también pertenecen a éste, que no se encuentra ajeno a la remisión de datos pre-jurídicos. Esta realidad es particularmente sensible en materia de derecho constitucional, debido al carácter político de su norma jurídica fundamental. Ello lleva a BÖCKENFÖRDE a afirmar que “el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática”²⁴, ya que a diferencia de todas las demás normas del ordenamiento, el fundamento anterior de la Constitución no es una norma jurídica, sino una decisión política, idealmente tomada por la comunidad política, mediante un proceso que carece de una regulación jurídica previa.

En consecuencia, el primer problema que plantea el concepto de poder constituyente es su condición de fuente de legitimidad del ordenamiento constitucional, ya que es la voluntad política quien objetiva normativamente en la Constitución determinados ideales de Derecho y de Justicia, precisamente aquellos que imperan en el seno de la sociedad. Esta es la fuente de la legitimidad de la Carta, y no su sujeción a una norma jurídica, sea positiva o no, de carácter superior y previo.

²⁴ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 161.

De esta manera, el concepto de poder constituyente no se asemeja al de una hipotética norma fundamental previa a la Constitución, sino que “tiene que entenderse (...) como una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución”²⁵ y que, por tanto, la precede.

En definitiva, el fundamento normativo de la validez del Estatuto Fundamental es su condición de decisión política de una comunidad que se somete voluntariamente a ella. Es el pacto político lo que dota de legitimidad a la Constitución; el consenso que se presenta en el seno de la sociedad acerca de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico es el elemento que sustenta la fuerza vinculante de la norma constitucional, ya que ella sólo se impone a la sociedad en la medida que ella misma se ha otorgado dicha normativa.

Por ello, desde una perspectiva democrática, pueblo y poder constituyente se identifican conceptualmente a la hora de determinar el contenido de las normas constitucionales: mientras el poder constituyente genera una Constitución, el pueblo la dota de contenido material. Así, mientras el pueblo es la fuente última de legitimación democrática del trabajo de una asamblea o comisión constituyente, el pueblo es también la fuente última del consenso político que dota de contenido material a aquellos conceptos fundamentales esencialmente evolutivos.

A mi juicio, la identificación conceptual entre pueblo y poder constituyente permite comprender que la Constitución es el resultado de una decisión política del pueblo. Esta decisión refleja el consenso político que existe en el seno de la sociedad en torno a los principios fundamentales que deben regir su vida en comunidad, y es ese consenso el que se juridifica en el texto de la norma fundamental. Como veremos más adelante, la evolución de este consenso explica la evolución en el contenido material de las normas de principio de la Constitución, por lo que la interpretación constitucional debe considerar este factor.

²⁵ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 162.

3. Estableciendo que el poder constituyente es una decisión política, cabe preguntarse por el titular de dicha decisión, es decir, por el sujeto que *legítimamente* se encuentra en la posición de configurar el ordenamiento constitucional que regulará las relaciones políticas y jurídicas de determinada comunidad. Esta cuestión es muy relevante para los objetivos de la presente investigación, ya que a lo largo de la historia el poder constituyente ha sido ejercido por diversos sujetos, lo que puede introducir un elemento de distorsión en la discusión. Sin embargo, he señalado previamente que el parámetro de estudio es la teoría democrática del poder constituyente, y no cualquier concepción del poder constituyente; en consecuencia, será a la luz de esta interpretación que despejaré la presente cuestión.

Como señalara previamente, el origen de la teoría del poder constituyente radica en las teorizaciones realizadas por el abate francés Emmanuel SIEYÈS, acerca del derecho del pueblo o nación de darse a sí mismo una norma fundamental. Su desarrollo conceptual significó el traspaso hacia el pueblo de una serie de funciones que la doctrina medieval (en su intento de justificar el poder de los monarcas como derivado del poder divino) adjudicaba a Dios.

La intención del autor era terminar con la posición de dominación en la que se encontraba gran parte del pueblo frente al poder del monarca, generada en parte por la legitimación divina del poder del monarca, argumentación que los mantuvo al margen del ejercicio del poder y, principalmente, de su control. El principal instrumento utilizado por el autor en su teorización es trasladar la fuente de origen divino de legitimación del poder hacia el pueblo, con lo que cambia radicalmente la posición del monarca frente a sus súbditos; su poder pierde progresivamente su carácter absoluto y comienza a ser cada vez más responsable de sus actos, disminuyendo el espacio a la arbitrariedad; así, progresivamente, el súbdito se convierte en ciudadano.

En consecuencia, “el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en

conexión con una Teoría de la Constitución democrática²⁶, es decir, aquella en que la fundamentación última de la norma fundamental (y del ejercicio del poder político) radica en una decisión adoptada democráticamente por el pueblo soberano, en tanto es considerado el único sujeto que puede determinar *legítimamente* el contenido de la Constitución. Es decir, sólo cabe hablar de poder constituyente si la fuerza política creadora del orden constitucional es ejercida (directa o indirectamente) o bien ratificada, democráticamente, por el pueblo.

Es importante señalar que el cuestionamiento en torno a la titularidad del poder constituyente no proviene del concepto mismo, sino de una deformación que éste experimentó luego de su acuñamiento, debido a la intención de ciertos monarcas europeos del siglo XIX de atribuirse, por sí y ante sí, el ejercicio de este poder; este fenómeno se presentó en la etapa de la restauración monárquica. Sin embargo, se trata de una desviación del sentido original del concepto, que fue manipulado en atención a las circunstancias históricas concretas del siglo XIX, caracterizado por el intento de los monarcas por retener al menos parte del poder perdido luego de las revoluciones burguesas de los siglos XVII (inglesa) y XVIII (americana y francesa). En efecto, el cuestionamiento al origen divino del poder de las monarquías no permitió la plena supresión de la soberanía política del monarca.

En consecuencia, diversas casas reales europeas aparecieron compartiendo la soberanía con el pueblo (la burguesía) a través de las Cartas pactadas, o simplemente como titulares de esa soberanía, en las Cartas otorgadas²⁷. Sin embargo, los nuevos principios de ordenación política que surgen con la Revolución Francesa se han convertido en algo indiscutible. La posición de poder del monarca

²⁶ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 163.

²⁷ A este respecto, AJA señala: “muchos monarcas aceptan limitaciones políticas, siempre que se mantenga el título de legitimación tradicional y aparezcan como concesiones graciosas del rey a su pueblo. La extensión de estas limitaciones al poder monárquico depende de la fuerza respectiva de la burguesía y la coyuntura de cada país. La fuerza relativa de la monarquía y del liberalismo es, sobre todo, la clave de la posterior evolución de estos regimenes; mientras unos evolucionan hacia auténticos Estados liberales, otros padecen el poder de monarcas cuasi-absolutos y sólo pueden avanzar hacia el liberalismo mediante nuevas revoluciones” (AJA, Eliseo, “Introducción al concepto actual de Constitución”, en: LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 17). La afirmación del autor da cuenta de una situación pre-constitucional en la etapa de la restauración monárquica europea, en la que los reyes se resistieron a perder todo el poder político.

sólo podía defenderse “adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca”²⁸.

De esta realidad surgen los textos constitucionales que la doctrina califica de ‘pactadas’ y ‘otorgadas’, conceptos que desfiguran el sentido propio de una norma fundamental, por cuanto la posición asumida por el monarca relativiza y empobrece la función creadora del poder constituyente. En efecto, las constituciones pactadas son el fruto de un poder constituyente supuestamente compartido entre el monarca y el pueblo, mientras que las constituciones otorgadas representan la apropiación de todo el poder constituyente por parte del monarca, sin participación alguna del pueblo en la elaboración de la norma fundamental.

Como se aprecia, la referencia al poder constituyente ‘propriadamente tal’ sólo puede estar enmarcada en una teoría democrática en la que dicho poder es ejercido por el pueblo; conceptualmente, el poder constituyente es el pueblo. En cambio, si se plantea una alternativa, aún eventual, a la titularidad del poder constituyente por parte del pueblo, se está extrayendo el término de la ubicación conceptual que le es propia, desviando la legitimidad originaria del pueblo que representa el concepto hacia un sujeto diferente, cualquiera que sea, que carece de dicha legitimidad originaria.

Ello significa aceptar como válida la desfiguración que sufre el concepto en estudio como consecuencia de las circunstancias históricas propias del siglo XIX europeo, caracterizado por los intentos realizados por los monarcas destinados a retener (o legitimar) su poder político auto-atribuyéndose el ejercicio de todo o parte del poder constituyente, poder que los procesos revolucionarios atribuyeron al pueblo en exclusiva.

Por ello, en concordancia con la teoría democrática del poder constituyente, me parece necesario convenir que sólo es posible hablar de poder constituyente cuando es el pueblo quien se da a sí mismo un ordenamiento constitucional, directamente o,

²⁸ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 164.

como es más frecuente, por medio de sus representantes democráticamente electos; al hablar de poder constituyente, sólo puede hacerse referencia al pueblo. Por el contrario, si un sector del pueblo se arroga, por sí y ante sí, la facultad de crear una norma fundamental, desconociendo las funciones que a este respecto corresponden al pueblo y careciendo de una representación suficiente, no está ejerciendo el poder constituyente: dicha realidad histórica podrá recibir cualquier otro calificativo –como ocurre con las constituciones pactadas y otorgadas del siglo XIX europeo–, pero en ningún caso el de poder constituyente; consecuentemente, el producto de esta instancia mal puede ser identificada con una Constitución en sentido pleno.

4. Uno de los elementos, a mi juicio, más importantes que se desprende del carácter democrático del concepto poder constituyente es la retención de su titularidad por parte del pueblo, es decir, el pueblo no pierde la titularidad del poder constituyente luego del ejercicio que genera una norma fundamental.

Entendiendo que el poder constituyente reside en el pueblo, y que éste sólo delega el ejercicio del poder político en las autoridades representativas, es posible afirmar que el poder constituyente no desaparece con su primer ejercicio, aquel que determina el surgimiento de la Constitución. Por el contrario, luego de la manifestación ‘originante’ del poder constituyente, el pueblo retiene esta facultad, razón por la cual sigue actuando como fuerza política, ya sea de manera no organizada, ya sea en el marco de la Constitución (libertad de expresión, de prensa, derecho de reunión, derecho de sufragio, etc.).

En consecuencia, el pueblo puede retomar en cualquier momento el ejercicio del poder constituyente originante, poniendo término al ordenamiento que él mismo había creado y dando paso a uno nuevo. Asimismo, el pueblo ejerce en forma permanente el poder constituyente, ya sea en forma orgánica (reforma constitucional) o inorgánica (interpretación extensiva), a través de los cuales se actualiza el contenido normativo de la Constitución, mediante diversas funciones de interpretación y control.

Sin embargo, es un hecho que el pueblo es un sujeto esencialmente inorgánico, factor que puede significar una fuente constante de incertidumbre en la interpretación

y aplicación de la Constitución, toda vez que las opciones de Derecho y Justicia positivadas y objetivadas en ella deben ser actualizadas permanentemente en orden a determinar el contenido material, esencialmente evolutivo, de sus mandatos normativos (piénsese en el art. 4° CPCh), bajo el riesgo de perder su propia normatividad²⁹.

2.- Recepción del concepto por la doctrina chilena.

1. Sin duda, el teórico más influyente sobre la posición del poder constituyente en el proceso que se inicia en Chile a partir de 1973 es Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ³⁰, quien fuera designado por la Junta Militar de Gobierno, en septiembre de 1973, a cargo del estudio de la promulgación de una nueva constitución³¹. Su posición e influencia resulta determinante no sólo para la promulgación de la Constitución en 1980, sino también en la primera etapa legislativa de la Junta, inmediatamente posterior al Golpe. Por esta razón, es fundamental estudiar el desarrollo que realiza el citado autor de la idea del poder constituyente, considerando que la Junta legitimó su actuar invocando dicho poder desde el principio, en el Decreto Ley N° 1, del mismo día 11 de septiembre de 1973.

Renato CRISTI realiza una interesante interpretación acerca del uso de la idea del poder constituyente por parte de la Junta militar, utilización que se encuentra

²⁹ BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre...*, p. 168.

³⁰ A pesar de su actividad política y docente, GUZMÁN ERRÁZURIZ no publicó ningún texto que aborde en forma sistemática su pensamiento político o jurídico. Por esta razón, me remito a obras de terceros que considero altamente ilustrativas, cada una de ellas en su particular aproximación: FONTAINE ALDUNATE, Arturo, "El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán", en: *Estudios Públicos* N° 42 (1991), pp. 251-570; ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo *et al* (ed.), *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1996, 193 pp.; CRISTI BÉCKER, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago, Lom, 2000, 225 pp.; y MONCADA DURRUTI, Belén, *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, Ril Editores, 2006, 273 pp.

³¹ Acta N° 1 de la Junta de Gobierno, de 13 de septiembre de 1973, en la que se informa de la designación de GUZMÁN ERRÁZURIZ para esta tarea.

influenciada por la recepción por parte de GUZMÁN de las ideas de Carl SCHMITT³², las que habría conocido por intermedio de autores españoles como SÁNCHEZ AGESTA. En virtud de estas teorizaciones, CRISTI califica a la Junta como una dictadura soberana, ya que se atribuye, por sí y ante sí, el ejercicio del poder constituyente originario, como dan cuenta tanto los textos legales dictados luego del 11 de septiembre (DL N^{os} 1, 128 y 788), como las afirmaciones realizadas por Jaime GUZMÁN³³ y por Sergio GAETE³⁴. Aunque su interpretación es razonable, lo es en la medida que se acepta la aplicación de criterios constitucionales al período de la dictadura militar. Volveré sobre ello luego de revisar el trabajo de la Comisión Ortúzar.

Al estudiar el proceso revolucionario alemán de 1918 que termina, al año siguiente, con la promulgación de la Constitución de Weimar, Carl SCHMITT teoriza acerca del fin del poder soberano del monarca y la transferencia del poder constituyente hacia el pueblo. Para CRISTI, el proceso histórico chileno es similar, en tanto la Junta destruye el poder constituyente del pueblo que legitima a la Constitución de 1925³⁵ y lo asume para sí, en virtud del cual redacta la Constitución de 1980³⁶.

Como consecuencia de ello, el Decreto Ley N° 1 (aclarado por el DL 128) ambos de 1973, desconoce la supremacía constitucional de la Carta de 1925, desde el momento en que la Junta se permite afirmar que respetará la Constitución y las leyes en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella misma se propone (art. 3°). Claramente, ello significa legalizar formalmente el sometimiento del Derecho vigente al poder fáctico asumido

³² Principalmente expuestas en SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, pp. 93-103.

³³ "Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales", *El Mercurio*, 5 de octubre de 1975, p. 27.

³⁴ En su discurso inaugural de las *Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6 N^{os} 1-4 (1979), pp. 27-35, reiteradas en la *Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la PUC* (en *El Mercurio*, 24 de agosto de 1980).

³⁵ No entraré en el estudio de la legitimidad de la Constitución de 1925; baste señalar, por ahora, que aunque su origen es bastante oscuro y radica, en último término, en un acto de fuerza, la Carta puede entenderse legitimada durante su ejercicio, particularmente con la creciente masificación del derecho a sufragio. La Constitución de 1925, a diferencia de la vigente, es de una clara inspiración liberal-republicana, que demuestra la confianza en el sufragio universal y en el papel fundamental que cabe a la sociedad en el ordenamiento jurídico, como demostró hasta la propia reforma constitucional de enero de 1971.

³⁶ CRISTI, *El pensamiento...*, pp. 80-81.

por la Junta, lo que lleva a CRISTI a afirmar que “el Decreto Ley 1 ha sobrepasado la Constitución del 25, ha reemplazado al pueblo soberano y ha abierto de par en par la puerta para que la Junta se constituya en dictadura soberana”³⁷, lo que se demuestra con la intención de la Junta, desde el primer día, de promulgar una nueva constitución.

CRISTI afirma que cuando la Junta de Gobierno se auto atribuyó el ejercicio del poder constituyente (DL N° 1 y N° 128 de 1973), el régimen pasó a ser una dictadura soberana³⁸. Apoyándose en las creaciones doctrinarias de Carl SCHMITT, afirma que la Junta asumió el ejercicio del poder político con la clara intención de terminar (destruir, en la terminología schmitteana) con la vigencia normativa de la Constitución de 1925 e instaurar un nuevo orden institucional, para lo cual se arrogó el ejercicio del poder constituyente. Incluso, el autor se refiere a la existencia de una Constitución de 1973, ya que existe “un nuevo cuerpo constitucional que está animado por un nuevo poder constituyente”³⁹.

Jaime GUZMÁN defiende (aunque expresamente sólo a partir de 1975) que la Junta ha asumido el poder constituyente originario y que, en consecuencia, se ha ubicado por sobre la Constitución de 1925, terminando de hecho con su vigencia normativa y con su supremacía constitucional (los famosos ‘colgajos’ de la Constitución⁴⁰). Ello le permite a la Junta, que ya se presenta como dictadura soberana, *destruir* la Constitución vigente y crear una nueva Norma Fundamental, sin límite positivo alguno. De esta manera, el poder constituyente que ejercía el pueblo desde la aprobación de la Constitución de 1925, es arrojado para sí por Junta militar a partir del 11 de septiembre de 1973 y hasta el 5 de octubre de 1988⁴¹.

³⁷ CRISTI, *El pensamiento...*, p. 84.

³⁸ CRISTI BECKER, Renato, “La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. xx N° 2-3 tomo I (1993), pp. 229-250. Actas de las XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, pp. 229-230.

³⁹ CRISTI, “La noción...”, p. 239.

⁴⁰ “Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales”, *El Mercurio*, 5 de octubre de de 1975, p. 27.

⁴¹ Incluso, CRISTI propone hablar de la Constitución de 1973, en CRISTI, *El pensamiento...*, p. 239.

La concepción del poder constituyente que abraza GUZMÁN (y que ejerce la Junta) se contradice abiertamente con la teoría democrática del poder constituyente, ya que no se legitima a partir del libre e igualitario ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos (es decir, en el poder constituyente propiamente tal), sino que busca una legitimidad fáctica en el ejercicio del poder por parte de la Junta⁴². La contraposición de la soberanía nacional a la soberanía popular busca, precisamente, limitar los efectos ‘impredecibles’ del sufragio universal; a este respecto, la influencia del autor español Juan VÁZQUEZ DE MELLA⁴³ y su idea del ‘sufragio universal de los siglos’ resulta fundamental para comprender las limitaciones que, para GUZMÁN, afectan al pueblo en el ejercicio de sus derechos políticos. A este respecto, señala: “pienso que sostener que la soberanía reside en la nación, perfila una idea más nítida de la limitación que aquélla debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector, debilita ese vínculo espiritual, y facilita la tendencia antihistórica de quienes creen que el sufragio universal de un día, puede ignorar impunemente el legado obligatorio que a una nación le impone lo que un autor español llamara con singular acierto ‘el sufragio universal de los siglos’⁴⁴”.

La tradición y el común sentir histórico de una espiritualidad común de la nación constituirían límites infranqueables para las mayorías ocasionales y accidentales que permite el sufragio universal; en consecuencia, el pueblo de determinado momento histórico se encontraría impedido de realizar cambios a esta ‘herencia’ recibida de las generaciones pasadas, ni aún manifestándose democráticamente. De esta manera, la concepción de una soberanía nacional limitada por el común sentir histórico de la nación, se encuentra reñida con los valores democráticos, con el ejercicio igualitario

⁴² Claramente, esta legitimidad se encuentra tomada del concepto que Carl SCHMITT da de poder constituyente: “*es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo*”.

⁴³ Político español, líder del sector monárquico conservador denominado ‘carlismo’, teórico de la Restauración monárquica española y defensor de la existencia de una constitución histórica de la España estamental y monárquica, a principios del siglo xx.

⁴⁴ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “La Constitución política”, en: *Revista Chilena de Derecho* vol. 6 N^{os} 1-4 (1979), pp. 55-56; destacado en el original.

de los derechos políticos y, en definitiva, con el propio concepto de poder constituyente.

Prueba de lo anterior es el carácter de la democracia que intentó imponer la Junta, que fue calificada por Pinochet como una democracia protegida, de carácter autoritaria, orgánica, integradora, tecnificada y de auténtica participación social, en oficio enviado a la Comisión Ortúzar el 10 de noviembre de 1977. Con este concepto de democracia, la Junta intentó romper con la tradición liberal-democrática que, con sus imperfecciones, caracterizaba a la Constitución de 1925, que la llevaron a buscar mecanismos que contrarrestaran el libre ejercicio del sufragio universal; entre otros, cabe destacar la composición inicial del Senado (con un tercio de sus miembros designados institucionalmente) y los elementos de corporativismo subyacentes en el nuevo orden, presentes aún después de 1990, como el caso del Consejo de Seguridad Nacional y el propio Senado.

GUZMÁN reconoce que el poder constituyente radica en el pueblo o comunidad nacional, pero establece ciertos matices respecto a su ejercicio. En efecto, señala que la comunidad ejerce el poder constituyente mediante la aprobación expresa o tácita de la propuesta de ordenamiento jurídico realizado por las élites. Así, legitima la posibilidad de que un grupo minoritario –y no necesariamente representativo, como se deriva del término élites– ejerza el poder constituyente sin una participación de la población, directa o indirecta, ya que según el autor ésta puede aprobar o legitimar lo obrado por las élites incluso tácitamente⁴⁵.

2. Por su parte, Alejandro SILVA BASCUÑÁN conceptualiza al poder constituyente como “la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia ley fundamental”⁴⁶, fijando la estructura esencial de las instituciones llamadas a regir los intereses generales de la colectividad y a proteger los derechos de los gobernados. El autor no se detiene en la titularidad de esta facultad, pero la relaciona con el ejercicio de la soberanía, como la facultad de trazarse el marco básico o estatuto fundamental

⁴⁵ ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *et al* (eds.), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, p. 160.

⁴⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios, Estado y gobierno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 99.

del propio soberano. Al citar a SIEYÈS, el autor reconoce la inmediata vinculación entre el pueblo en tanto titular de la soberanía y el ejercicio del poder constituyente, en tanto manifestación de la voluntad de dicha soberanía.

Al respecto, señala que el poder constituyente encierra “lo más importante, la médula de la soberanía, lo esencial del derecho de autonomía que marca substancialmente la vida misma del Estado, aquello que, puesto en duda en su efectividad o coartado en su ejercicio, entraña desconocer la propia vida independiente de la sociedad política, desde que no puede ésta ser concebida como realidad ontológica si no dispone de función tan esencial”⁴⁷. Queda claro que para el autor el ejercicio del poder constituyente es uno de los elementos esenciales de la sociedad política, ya que es ésta quien debe determinar el marco fundamental que regulará sus relaciones políticas. De hecho, el autor vincula directamente la función constituyente con la titularidad de la soberanía, cuyo principal atributo es, precisamente, la función constituyente⁴⁸.

Señala que el poder constituyente ejerce sus funciones sin cortapisas de ningún tipo, “en forma que satisfaga del modo más fiel y eficaz la idea de derecho dominante en el grupo”⁴⁹, (que constituye uno de los límites al accionar del constituyente, junto a los derechos de la persona); así, el autor hace referencia a la totalidad de la sociedad política –cuerpo al que ya identificó en la función constituyente– y no a grupos que accidentalmente detenten el poder; (sin perjuicio de ello, anteriormente el autor señaló que el constituyente cristalizaba la idea de Derecho de la comunidad, o al menos, del imperante entre quienes aparecen como capaces de hacer imperar su voluntad en la cimentación estructural del orden colectivo⁵⁰. Esta argumentación puede aparecer como contradictoria ante la idea del pueblo como sujeto del poder constituyente).

Esta línea argumental es confirmada cuando afirma expresamente que la facultad de constituyente compete al propio pueblo, particularmente luego de la propagación del principio democrático posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sin

⁴⁷ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, t. I, p. 101.

⁴⁸ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, t. I, p. 101.

⁴⁹ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, t. I, p. 102.

⁵⁰ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, t. I, p. 100.

embargo, ambos elementos pueden aparecer algo contradictorios, ya que no queda claro si el poder constituyente debe representar a la sociedad política en su conjunto en tanto titular de la soberanía, en tanto sujeto que ejerce la facultad constituyente, o si basta con identificar al constituyente con aquellos con la posibilidad de imponer su voluntad. En definitiva, el autor no dilucida si el concepto se entiende a partir del pueblo o a partir de la fuerza para imponer una constitución.

Para el autor, existe una idea de Derecho que condiciona el actuar del pueblo constituyente, que debe respetar ese ideal en la configuración de su ordenamiento; señala que “el ideal de derecho se forma al margen de la completa arbitrariedad de la propia conciencia colectiva, y es difícil reconocer más alta juridicidad que la revestida por aquel órgano apto cabalmente para configurar los rasgos básicos del ideal espontáneamente acariciado en el grupo humano que lo concibe”⁵¹. Es necesario complementar esta afirmación con los límites que el autor reconoce al ejercicio del poder constituyente: en primer lugar, las bases de organización colectiva que derivan de la naturaleza y fin de la sociedad y del hombre, que se encuentran, en segundo lugar, en relación a las circunstancias cambiantes del cuerpo político cuyo porvenir desea orientar.

Es decir, es posible concluir que aunque existe cierta base objetiva que deriva de la naturaleza, ella se encuentra relativizada por las circunstancias materiales de la propia comunidad quien, en definitiva, configura el ordenamiento constitucional que regirá su vida política. Con esto, el autor debilita las teorías que podríamos llamar ‘naturalistas’ de la sociedad, al reconocer el carácter esencialmente democrático del poder constituyente, es decir, no es sólo la facultad de redactar una constitución, sino que es la facultad del pueblo de darse a sí mismo una norma fundamental. Esta visión democrática del poder constituyente, que viene a relativizar la concepción ‘naturalista’ de la sociedad, se reflejó en el trabajo de la Comisión Ortúzar, como se verá en su oportunidad.

⁵¹ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, t. I, p. 103.

Lamentablemente, el autor no hace referencia a la situación del poder constituyente en la Constitución chilena vigente, eludiendo el tema en este apartado de su Tratado. Ahora bien, su participación en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, a la que fue 'invitado' en su calidad de Presidente del Colegio de Abogados, entrega algunos elementos de interpretación acerca de la idea de poder constituyente que abraza, según veré oportunamente.

3. La visión clásica del poder constituyente es su definición a partir de la facultad de redactar una constitución. EVANS DE LA CUADRA lo señala escueta y simplemente: "poder constituyente es aquel que dicta una constitución"⁵². Distingue, por cierto, entre originario y derivativo, siendo el primero aquel que radica esencialmente en el pueblo elector; la voz esencialmente da cuenta de una suerte de fragilidad democrática de la conceptualización, ya que el poder constituyente puede recaer sobre un sujeto distinto del pueblo. Ello es posible, precisamente, debido a que el término es conceptualizado a partir de la facultad de redactar una constitución, y no a partir del concepto mismo.

4. Ángela VIVANCO mantiene esta concepción del poder constituyente, reconociendo que esta facultad sólo compete al pueblo soberano⁵³; al igual que SILVA BASCUÑÁN, identifica ciertos límites propios de su naturaleza, relacionados con el bien común y la persona humana.

Como consecuencia de haber asumido el factor 'facultad' como criterio de definición conceptual, la autora se ve obligada a clasificar el poder constituyente atendiendo, precisamente, a extensión y oportunidad de las facultades que ejerce dicho poder; así, asume la distinción entre originario (facultad del pueblo) y derivado (facultad de los órganos del Estado). Sin embargo, mantener el criterio de clasificación en las facultades de los órganos en cuestión puede llevar a confusiones o, al menos, a que ciertos fenómenos queden fuera de la clasificación: por ejemplo, si los límites al

⁵² EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Teoría constitucional*, -2ª edición-, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, p. 20.

⁵³ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 385.

poder constituyente derivado “se encuentran fijados totalmente por la Constitución”⁵⁴. ¿Cómo se explica, entonces, la reforma constitucional de 2005, que introdujo reformas sustantivas que modificaron la lógica interna de la Constitución, traspasando los límites materiales fijados por la Carta?

Ciertamente, en este caso estamos en presencia de una manifestación del poder constituyente, así, a secas: una manifestación del pueblo soberano que consensuó una modificación sustantiva de la Constitución, que se manifestó a través de una de las vías contempladas por la institucionalidad vigente, como es la reforma constitucional prevista en la Carta.

No obstante lo anterior, creo interesante destacar que VIVANCO recoge la idea del concepto de constitución como límite al poder constituyente, que esgrimiera, entre otros, BÖCKENFÖRDE⁵⁵: así, el contenido material mínimo propio de una constitución debe ser respetado, incluso, por aquél que tiene la facultad de darse a sí mismo un ordenamiento jurídico, ya que el concepto de constitución es indisponible para el constituyente. En consecuencia, si el pueblo en tanto poder soberano decide regularse a través de una constitución, no puede darse cualquier cuerpo normativo, sino que debe incorporar los elementos propios de una constitución. Es en razón de este mismo argumento que no se sostiene la norma de 1980 como Constitución, ya que no cumple con los elementos mínimos de este tipo de norma, más aún si establece como límite los derechos fundamentales.

Aunque la autora no llega a una conclusión explícita a este respecto, es claro que asume que el concepto de constitución tiene un contenido material, y no sólo formal, que determina el carácter constitucional de una norma y sin el cual no es posible identificarla como tal; de hecho, afirma que el poder constituyente debe producir una constitución, “y no un documento cualquiera o un texto de orientación

⁵⁴ VIVANCO, *Curso...*, t. I, p. 388.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre...*, p. 176.

arbitraria, porque ello transformará su labor en el ejercicio de una facultad distinta y no constituyente de suyo”⁵⁶.

5. No deja de ser interesante que Hernán MOLINA GUAITA repase la idea de golpe de Estado a propósito del poder constituyente, identificando su manifestación con la ruptura institucional. Es decir, el poder constituyente se manifiesta donde no existe constitución, por lo que se define a partir de la facultad o función de crear una norma fundamental. Así, el poder constituyente originario, aquel capaz de crear una constitución, es el soberano, quien “detenta la mayor fuerza política, que le permite el control del Estado, determinando sus fines y su organización, conforme a la idea de derecho dominante en el grupo”⁵⁷.

Desde una perspectiva histórica, el autor acepta que el concepto de soberano no es unívoco y que, por el contrario, ha experimentado una serie de cambios de acuerdo a las circunstancias históricas y las ideas políticas imperantes; de esta manera, señala que el titular del poder constituyente ha variado con el tiempo, y que “la universalización de las ideas democráticas han conducido a que en nuestro tiempo se proclame como soberano al pueblo”⁵⁸.

Aún cuando la aproximación histórica permite realzar el carácter relativo de ciertos conceptos frente al devenir de las sociedades, me parece que el autor olvida que en los orígenes del concepto, el titular del poder constituyente era el pueblo, y que luego de ciertos momentos de incertidumbre durante parte del siglo XIX, el pueblo se ha mantenido en dicha titularidad.

Ciertamente la expansión en el ejercicio de los derechos democráticos ha permitido ampliar la base de titularidad popular del poder constituyente; pero no hay que perder de vista que el concepto, originariamente, identifica al poder constituyente con el pueblo, en tanto éste es el único con la legitimidad suficiente y necesaria para otorgarse una normativa que regule su vida en sociedad. Esa es la base conceptual

⁵⁶ VIVANCO, *Curso...*, t. I, p. 387.

⁵⁷ MOLINA GUAITA, Hernán, *Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 259.

⁵⁸ MOLINA, *Instituciones...*, p. 259.

del término: no es la mera facultad de redactar una constitución o la tenencia del poder suficiente para imponerla, sino la idea de que es el pueblo quien se dota a sí mismo de una normativa constitucional, determinando su contenido y la forma en que ha de ser aplicada.

6. Por su parte, VERDUGO y GARCÍA mantienen los elementos centrales que definen el poder constituyente a partir de la facultad de redactar u otorgar una constitución: “el poder constituyente se define como aquel que tiene la capacidad o facultad para establecer o dictar la constitución”⁵⁹. A juicio de los autores, es fundamental determinar la titularidad del poder constituyente, principalmente en momentos de crisis institucional; así, el breve repaso histórico sirve para ilustrar cómo el poder constituyente ha sido ejercido por diferentes entidades en distintos momentos históricos.

Los autores identifican el surgimiento del constitucionalismo clásico con el ‘traspaso’ de la titularidad del poder constituyente al pueblo; sin embargo, omiten los autores que el término poder constituyente es acuñado, precisamente, en esta época, por lo que nace desde un principio adscrito al principio de autogobierno y a la voluntad popular. No es el cambio de la titularidad, sino el surgimiento de un nuevo concepto, propiamente constitucional, de autogobierno del pueblo.

7. De acuerdo a lo visto en los párrafos precedentes, es posible concluir que la doctrina chilena relaciona, mayoritariamente, el poder constituyente con la facultad de promulgar una nueva Constitución, antes que con el pueblo como sujeto originario, perpetuando la deformación que sufrió el concepto durante el siglo XIX, durante la etapa de la restauración monárquica en Europa; además, ello implica una suerte de primacía de la doctrina de la legalidad formal del proceso constituyente que de su legitimidad democrática.

A mi juicio, luego de analizar los elementos de la teoría del poder constituyente y su recepción por la doctrina nacional, creo que es posible concluir que el término se

⁵⁹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARCELATTO, Ana María, *Manual de Derecho Político. Tomo I, Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 267.

conceptualiza a través del elemento democrático, es decir, la legitimidad del pueblo para darse una norma fundamental, y no recurriendo a la facultad de dictar una constitución o no como criterio de clasificación. En consecuencia, el poder constituyente es el pueblo y no la facultad de otorgar una constitución; el pueblo es el único con la legitimidad suficiente y necesaria para darse a sí mismo un ordenamiento constitucional, por tanto, sólo éste puede ser entendido como poder constituyente. Si entendemos al poder constituyente como facultad, sólo puede ser la facultad del pueblo; aceptar una titularidad diferente de esta facultad es retrotraer la situación propia del siglo XIX, en la que el pueblo se vio obligado a compartir su condición de constituyente con el soberano.

Ciertamente, que el pueblo ejerza directamente su poder constituyente presenta complicaciones de tipo técnico, más aún en una sociedad compleja y plural como la actual. En cambio, el pueblo puede delegar el ejercicio del poder constituyente en una asamblea o en un órgano legislativo, o bien, ratificar el trabajo realizado por estos, en la medida que representen efectivamente la pluralidad característica del pueblo. Cualquier otro acto normativo que genere una Constitución sin la participación del pueblo no puede ser considerado un poder constituyente propiamente tal, sin perjuicio de que pueda formar parte del proceso constituyente en la medida que su trabajo sea democráticamente ratificado por el pueblo.

Uno de los elementos fundamentales del poder constituyente en tanto concepto es el autogobierno del pueblo, elemento que puede ser desconocido o relegado mediante la teoría de la facultad. Siguiendo este criterio de clasificación conceptual, es posible identificar al poder constituyente con cualquiera órgano o persona que redacte un texto constitucional (v. g.: la Comisión Ortúzar), erigiéndose como un criterio que desconoce que el poder constituyente en cuanto tal surge identificado con el pueblo en tanto sujeto del poder político originario, principalmente porque es el único sujeto con la legitimidad suficiente y necesaria para darse a sí mismo un ordenamiento fundamental.

Ahora bien, es posible afirmar que el poder constituyente, entendido en tanto facultad para redactar una Constitución, puede ser ejercido por diferentes sujetos,

como lo demuestra el curso de la historia; por lo mismo, es posible afirmar que no existe un titular absoluto del poder constituyente.

Sin embargo, en el contexto del Estado constitucional y democrático de Derecho, este poder sólo reside en el pueblo, por lo que una teoría democrática del poder constituyente sólo puede entenderse en la medida que acepte que, en el contexto del Estado moderno, el poder constituyente es el pueblo.

CAPÍTULO II. EL PROCESO ORIGINANTE DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.

Las circunstancias históricas que determinaron el génesis de la Constitución chilena actualmente vigente presentan una característica particular, de la cual no es posible abstraerse del todo. En efecto, las circunstancias históricas propias de la década de 1970 son conocidas (prácticamente en su integridad) por la sociedad chilena y, a la vez, han sido ampliamente debatidas. Hay diferencias en la sociedad en cuanto a la valoración de su historia reciente, lo que da cuenta de visiones irreconciliables en diversas materias, sobre las cuales quizá nunca exista consenso. Sin embargo, esta falta de consenso en la valoración de nuestra historia reciente, no necesariamente significa una falta de consenso en torno a las instituciones fundamentales que componen el ordenamiento constitucional. Ambas realidades se mueven por cuerda separada, con un grado de convergencia más o menos importante

Esta falta de consenso de la sociedad permea, como no puede ser de otra manera, en el trabajo desarrollado por la doctrina constitucional, particularmente en el caso de los juristas, ya que las instituciones jurídicas y políticas en estudio no son pacíficas ni neutras; por el contrario, todas ellas pueden ser objeto de interpretaciones y cuestionamientos diversos. Esta diversidad de comentarios en torno a las instituciones fundamentales del ordenamiento es particularmente sensible cuando ellas son el resultado de actuaciones ampliamente controvertidas y resistidas por importantes sectores de la comunidad. En consecuencia, no intentaré escapar de esta falta de consenso, por lo que la descripción de los hechos será acompañada de una interpretación crítica de sus circunstancias, pero particularmente de su legitimidad a la luz de la teoría democrática del poder constituyente, objeto de estudio de la presente investigación.

1. El proceso histórico 1973-1980.

El gobierno del Presidente Salvador Allende fue resistido aún antes de ser ratificado como tal. Aunque el Estatuto de Garantías Constitucionales –reforma

constitucional acordada entre el Partido Demócrata Cristiano y el candidato de la Unidad Popular– es un notable avance en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, también es una muestra de la desconfianza de buena parte de la sociedad chilena hacia el gobierno electo en el 4 de septiembre de 1970.

A estas alturas, considero irrelevante discutir si era mayoritario o no; lo cierto es que fue elegido democráticamente respetando las reglas establecidas por la Constitución vigente.

La resistencia a este gobierno se mantuvo una vez que Allende asume el cargo, y se intensifica con el paso de los años. Su punto cúlmine es, ciertamente, el golpe de Estado de septiembre de 1973, que pone fin a un gobierno electo democráticamente y termina con la vigencia normativa de la Constitución de 1925. Mediante esta intervención, se desconocen las vías constitucionales para deponer al Presidente de la República (arts. 39.1.a y 42.1.a Constitución de 1925) y se recurre a un vía de hecho. Asimismo, este acto es el inicio del proceso histórico objeto del presente estudio, ya que la Junta militar de Gobierno se aboca, prácticamente el mismo día 11, al estudio de una nueva Constitución para Chile.

No tendría sentido alguno pretender exhibir al Gobierno de la Unidad Popular como modelo en lo relativo al respeto del ordenamiento jurídico y de las costumbres políticas; sin embargo, me parece que las violaciones denunciadas, y las pocas de ellas que fueron efectivamente probadas ante los órganos competentes, no justifican, por sí solas, el alzamiento del 11 de septiembre.

A partir de esta fecha, el proceso de formación de la nueva Constitución puede seguirse a través de las propias normas aprobadas por la Junta, así como en las Actas de la Comisión Ortúzar.

El mismo 11 de septiembre de 1973 se dicta el Decreto Ley N° 1, a través del cual la Junta asume el mando del Estado y se ubica desde ya por sobre el ordenamiento jurídico (art. 3°).

Esta norma marca el inicio del desarrollo normativo del ejercicio del poder constituyente que se ha atribuido la Junta, que será aclarado o explicitado mediante dos normas posteriores: el Decreto Ley N° 128, de 1973, a través del cual la Junta asume los poderes ejecutivo y legislativo; y el Decreto Ley N° 788 de noviembre de 1974, en el cual se explicita que todos los decretos leyes dictados con anterioridad al presente que sean contrarios a la Constitución de 1925, se entenderán modificatorios de la misma en atención a que la Junta ejerce el poder constituyente; a partir de esta fecha, todo decreto ley que modifique la Carta señalará expresamente que la Junta actúa en ejercicio del poder constituyente.

Asimismo, la Junta asume desde el principio el estudio de una nueva Carta. El día 13 de septiembre de 1973, la Junta designa a Jaime Guzmán Errázuriz a cargo del estudio de una nueva constitución (según consta en el Acta N° 1 de la Junta de Gobierno). El día 24 de septiembre de 1973 se realiza la primera sesión de la Comisión Ortúzar, comisionada directamente por la Junta para el estudio de una nueva constitución.

La Comisión Ortúzar realiza 417 sesiones, entre el 24 de septiembre de 1973 y el 5 de agosto de 1978. Su Proyecto de Constitución es entregado al Consejo de Estado, que entera 57 sesiones entre noviembre de 1978 y julio de 1980, revisando y modificando el texto propuesto. A continuación, la Junta de Gobierno hace lo propio con el documento que genera el Consejo de Estado, entre los meses de julio y agosto de 1980, volviendo a modificar parte del texto.

El proyecto emanado de la Junta es sometido a un cuestionado plebiscito (según veré en su oportunidad) verificado el 11 de septiembre de 1980. El texto es ratificado y promulgado por la Junta, que declara su entrada en vigor para el 11 de marzo de 1981, aspecto que también se cuestiona en estas páginas, según se verá.

En 1988 se inicia formalmente el proceso que pondrá término al régimen militar. El 5 de octubre de ese año gana la opción No en un plebiscito convocado por la autoridad política, lo que inicia el proceso de cambio de régimen y de reforma constitucional. Luego del plebiscito, oposición y gobierno negocian un importante

paquete de reformas constitucionales, las que son ampliamente ratificadas mediante referendo el 30 de junio de 1989 de 1989, con un 85,7%.

El 14 de diciembre del mismo año se realiza la primera elección presidencial desde septiembre de 1970, resultando electo Patricio Aylwin Azócar, candidato de la oposición al régimen militar, quien el 11 de marzo de 1990 jura el cumplimiento de la Constitución aprobada el año anterior. Este gobierno inicia el régimen democrático bajo una nueva Norma Fundamental, la que será objeto de una serie de reformas destinadas a profundizar su carácter democrático y a modificar (cuando no eliminar) las instituciones del régimen anterior, destinadas a controlar el ejercicio de los derechos políticos. Este proceso de democratización, como se colige del presente trabajo, tiene su punto cúlmine en la reforma constitucional de agosto de 2005; sin embargo, se encuentra aún pendiente.

2. La Comisión Ortúzar ante el poder constituyente.

1. Como sucede con todo órgano legislativo colegiado, el fruto de su trabajo es una unidad normativa determinada; en definitiva, se aprueba un solo texto. Pero esta unidad en el resultado esconde la pluralidad que se genera en el interior del órgano durante el proceso legislativo, en el cual se expresan una serie de opiniones destinadas a ejercer determinada influencia sobre el texto que será aprobado en definitiva. Como es de esperar en un proceso como este, las opiniones vertidas durante el proceso de elaboración de las normas presentan grados más o menos importantes de disenso o de desacuerdo, ya que en los cuerpos colegiados no existe unanimidad frente a los proyectos que se discuten en su interior. En definitiva, la voluntad de estos cuerpos no es equivalente a la voluntad unitaria de un solo hombre⁶⁰.

⁶⁰ Véase WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 29-60, especialmente pp. 52-58.

En consecuencia, no todas las opiniones expresadas en el seno de estos cuerpos colegiados se identifican con el resultado final; de hecho, muchas de dichas opiniones son opuestas, y hasta contradictorias, con el texto finalmente promulgado. WALDRON lo expresa con claridad: “no todo lo que se dice en el debate legislativo puede poseer autoridad legislativa”⁶¹. Por esta razón, no todas las opiniones que constan en las actas de estos cuerpos legisladores son fuente de legitimación o de esclarecimiento para explicar el sentido y alcance de las normas finalmente aprobadas; así, antes de citar un documento con la apariencia de ser la historia fidedigna del establecimiento de la norma, es necesario realizar un ejercicio de discernimiento e identificar qué opiniones sirven, efectivamente, para respaldar o explicar las normas actualmente vigentes. En otras palabras, es necesario distinguir dos momentos: por un lado, el proceso de deliberación, y por el otro, la aprobación de la norma.

Con las actas de la Comisión Ortúzar, ciertamente, sucede lo antes expuesto, ya que muchas de las opiniones expresadas en las sesiones son de carácter minoritario o disidente, especialmente frente al texto aprobado en 1980. En efecto, muchas de las opiniones vertidas en las sesiones no fueron recogidas ni en el proyecto aprobado por la Comisión Ortúzar en 1978, ni por el Consejo de Estado en 1979 ni por la Junta de Gobierno en 1980. Más aún, la amplia mayoría de las opiniones vertidas en las sesiones, no son recogidas en la Constitución actualmente vigente (que ha experimentado reformas sustanciales desde 1989), por lo que mal pueden representar la historia fidedigna de su establecimiento⁶².

En este contexto, no es posible citar todas las opiniones vertidas en el seno de la Comisión Ortúzar en un plano de igualdad. Creo que es necesario realizar un ejercicio de contextualización de las actas de la Comisión Ortúzar, relativizando su

⁶¹ WALDRON, *Derecho y...*, p. 53.

⁶² Parte de esta argumentación ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, principalmente respecto de la pertinencia de las afirmaciones sostenidas en el seno de la Comisión Ortúzar para interpretar las disposiciones constitucionales. A propósito del requerimiento formulado en el proceso de reforma al Código de Aguas en 1997, el Tribunal señaló: “*Cabe puntualizar, además, que los antecedentes de las Actas de la señalada Comisión tienen en este caso puntual un carácter meramente referencial, por cuanto el texto de la norma respectiva por ella propuesto fue modificado por la Junta de Gobierno*” (STC 260-1997, C. 13º). De esta manera, el Tribunal reconoce un importante elemento de relativización del contenido de las Actas.

función en la interpretación de la Constitución vigente, principalmente teniendo en cuenta la evolución histórica que ha experimentado el texto.

No obstante lo expuesto en los párrafos precedentes, creo necesario para la presente investigación revisar el concepto que los miembros de la Comisión Ortúzar tenían del poder constituyente, independientemente de la presencia que sus opiniones tuvieran en el texto que aprobaran en definitiva. Inmediatamente, hago una precisión: no se trata de la opinión 'de la Comisión', sino de la opinión (a veces contradictoria) de sus miembros; es decir, no se trata de establecer el contenido definitivo del concepto, sino de revisar los elementos de discusión que se generaron al interior de la Comisión, con el fin de identificar los elementos de contradicción, así como los conceptos que permearon, finalmente, en el texto propuesto.

Por otro lado, la revisión no tiene por objeto determinar el contenido material del poder constituyente en la Constitución vigente a la luz de lo expuesto en la Comisión, sino sólo identificar los componentes del proceso histórico que parte de la doctrina califica como constituyente.

2. Como era de esperar, la Comisión Ortúzar no tuvo una postura uniforme frente al tema, particularmente en sus primeros años de funcionamiento. Frente a las opiniones de GUZMÁN ERRÁZURIZ, es posible oponer las afirmaciones realizadas por SILVA BASCUÑÁN y EVANS DE LA CUADRA. Ambos autores, particularmente el primero, sostienen ideas más cercanas a la teoría democrática del poder constituyente que las sostenidas por GUZMÁN; dicha disidencia se profundizará en futuras materias y significará, junto a otros factores, su salida de la Comisión.

La Comisión no se propuso como objetivo específico pronunciarse acerca del poder constituyente ni respecto a la relación que existía entre este concepto y el que trabajo desarrollaba la Comisión. Aun cuando hay algunos comentarios preliminares al respecto, principalmente en el marco de la discusión acerca de los elementos principales de la nueva Constitución, la Comisión sólo discute abiertamente el tema luego del oficio enviado por la Corte Suprema a la Junta de Gobierno en la que planteaba sus inquietudes acerca de la constitucionalidad de los decretos leyes

dictados por la Junta. En concreto, la Corte planteaba la posibilidad de conocer la constitucionalidad de dichas normas a partir del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contemplado por la Constitución de 1925.

Sólo a partir del oficio de la Corte Suprema, el poder constituyente fue instalado como tema en el seno de la Comisión, generando un interesante debate entre los comisionados, que demostraron tener posturas contradictorias a este respecto⁶³. Sin perjuicio que hubo diversas opiniones frente al tema⁶⁴, es posible identificar dos líneas centrales de pensamiento respecto al poder constituyente y a las funciones que ejercía o se atribuía la Junta de Gobierno, encarnadas en los comisionados Jaime Guzmán ERRÁZURIZ y Alejandro SILVA BASCUÑÁN; el primero (designado por la Junta el 13 de septiembre de 1973 para estudiar una reforma constitucional), defendía que la Junta había asumido el poder constituyente derivativo; el segundo (incorporado con posterioridad al inicio de las sesiones de la Comisión, en su calidad de Presidente del Colegio de Abogados), postulaba que el poder constituyente reside en el pueblo.

Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ adelanta su postura respecto al poder constituyente en un debate sostenido con EVANS DE LA CUADRA, al afirmar que “el poder político radica en los órganos del Estado encargados de ejercer las funciones constituyente, legislativa y ejecutiva, cuyos titulares deben ser elegidos por la ciudadanía, la que también puede ejercer directamente dicho poder político a través del plebiscito o referéndum” (Sesión 9ª, 23.10.1973, p. 7); con ello, relativiza la posición de la ciudadanía en la determinación de la marcha del Estado, negándole su condición de titular del poder político originario.

⁶³ Las opiniones vertidas en la Comisión generalmente son utilizadas como historia fidedigna de la Carta, en circunstancias que muchas veces esas opiniones fueron minoritarias o derechamente descartadas en la redacción final de los informes entregados a la Junta. Por ello, citar lisa y llanamente las opiniones de los comisionados, fuera del adecuado contexto en que fueron expresadas y considerando la relevancia o importancia que les fue atribuida finalmente por el trabajo de la Comisión, puede arrojar conclusiones erróneas acerca de la verdadera función interpretativa que deben tener las Actas y las opiniones reflejadas en ellas.

⁶⁴ V. gr., mientras para DÍEZ era fundamental determinar en quién va a residir la soberanía y qué proporción de esta la corresponderá al sufragio universal, ORTÚZAR estimaba que como la soberanía reside en la Nación, una nueva Constitución debía fundarse en la vigente (Sesión 1ª, 24.9.1973, p. 8).

Por su parte, SILVA BASCUÑÁN realiza dos importantes reflexiones: en primer lugar, señala que la legitimidad del título de Presidente de la República no radica sólo en las elecciones, sino también en su ejercicio, “ajustando su conducta al sentir de las mayorías” (Sesión 11ª, 30.10.1973, p. 11); sin perjuicio de que su afirmación se encuentra condicionada por la experiencia del gobierno de la Unidad Popular, es fundamental rescatar su dimensión inequívocamente democrática, exigiendo que el gobierno se desarrolle ‘mirando’ a las mayorías, en la medida que es el pueblo quien legitima su actuar.

Esta afirmación es respaldada cuando analiza la posición de la Junta luego del golpe, al sostener que ésta ha asumido de hecho los poderes ejecutivo y legislativo, pero tiene dudas respecto al poder constituyente: “en una democracia, régimen de gobierno que la Junta ha manifestado que desea continuar, el poder constituyente en su origen corresponde a la sociedad gobernada, al común del pueblo. En ningún instante la Junta ha manifestado o pretendido que desea asumir la plenitud del poder constituyente” (Sesión 13ª, 7.11.1973, p. 4). El comisionado acepta la situación excepcional en virtud de la cual la Junta ha asumido al plenitud del poder, pero se niega a aceptar que ésta haya asumido el poder constituyente, ya que significaría reconocer que se ha ubicado por sobre la voluntad de la sociedad (íd., p. 5).

La discusión se presenta en la Sesión 14ª, el 8 de noviembre de 1973, donde ambas posiciones se ven enfrentadas, a propósito de la elaboración del futuro Decreto Ley 128, sesión en la que se discute sobre la vigencia de la Constitución de 1925 y el ejercicio del poder constituyente por parte de la Junta. En este contexto, GUZMÁN señala que la Junta asumió el poder constituyente derivativo, en atención a que los órganos llamados a ejercer el poder constituyente originario están disueltos; asimismo, se niega a aceptar que la Constitución de 1925 haya perdido su vigencia normativa, señalando que ésta mantiene su vigencia en lo que no haya sido expresamente derogada.

En consecuencia, se produce cierta contradicción en la postura de GUZMÁN, entre la vigencia normativa de la Constitución de 1925 y la situación fáctica de la Junta como núcleo que concentra todo el poder normativo. Ante ello, GUZMÁN no

puede más que concluir que “cuando el contenido de un Decreto Ley fuere contrario a un precepto constitucional, se entenderá que él ha sido dictado en ejercicio del poder constituyente” (Sesión 14ª, 8.11.1973, p. 8), dejando la vigencia normativa de la Constitución a la voluntad de la Junta, sin perjuicio de que la mayoría de la Comisión se inclina por aceptar la vigencia de la Constitución de 1925.

Por contrapartida, la postura de SILVA BASCUÑÁN se fundamenta en dos pilares: en primer lugar, que la vigencia de la Constitución de 1925 ha sido desbordada y suprimida por el golpe de Estado; en segundo lugar, que el poder político originario radica en el pueblo de Chile. Ello lo lleva a sostener que “es evidente que Chile, en este momento, no tiene Constitución escrita. Se ha producido un fenómeno de desconstitucionalización de las normas constitucionales, las cuales han pasado a tener vigencia en el mismo grado que las leyes ordinarias. Es así como los decretos leyes que vayan sustantivamente contra la Constitución que regía hasta el 11 de septiembre, podrán ser considerados como no contrarios a ninguna otra norma de derecho positivo, por cuanto no hay ninguna otra de superior vigencia a los decretos leyes” (Sesión 14ª, 8.11.1973, p. 8). Propone consignar en el Decreto Ley en discusión que ‘La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre la plenitud de los poderes Ejecutivo y Legislativo en tanto no ejerza el pueblo el poder constituyente y se establezcan los nuevos órganos conforme a su voluntad’.

El argumento de SILVA BASCUÑÁN es contundente: las normas constitucionales han quedado a merced de la voluntad de la Junta, que puede modificarlas, aún tácitamente, por sí y ante sí, desconociendo un elemento que para el comisionado es fundamental: que el poder político originario radica en el pueblo, quien debe, en algún momento, ratificar o rechazar lo obrado por la Junta, cuyo accionar tiene sólo un fundamento fáctico. El comisionado adquiere plena conciencia de que el pueblo ha perdido el poder constituyente a manos de la Junta y que ésta ha suprimido la vigencia normativa de la Constitución de 1925.

Sin embargo, la Comisión se inclina por las tesis de GUZMÁN, lo que se ve reflejado en el texto finalmente aprobado del Decreto Ley 128 de 1973. La proposición de SILVA BASCUÑÁN es rechazada; en cambio, el art. 1º señala: “La Junta de Gobierno

ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”, lo que ubica a la Junta como única fuente del Derecho, sin un contrapeso efectivo y sin el control que en un sistema democrático ejerce la ciudadanía. Es más, el art. 3º del mismo cuerpo normativo señala: “El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos”; es decir, la Junta incluso se otorga la discrecionalidad de decidir cuándo los ministros concurren en el proceso normativo, incluso en el ejercicio del poder constituyente que se ha arrogado. En suma, el Decreto Ley Nº 128, de 12.11.1973, considera que la Constitución de 1925 se encuentra aún vigente y que la Junta ha asumido el ejercicio del poder constituyente, pudiendo modificar la Constitución, incluso tácitamente, cuando lo estime conveniente, imponiéndose la tesis sostenida por GUZMÁN.

3. Creo importante consignar que la teoría del poder constituyente que defiende GUZMÁN, tiene determinados efectos jurídicos sobre el plebiscito de 1980. En efecto, al afirmar que la Junta asume el poder constituyente originario necesario para dictar una nueva constitución, legitima la posibilidad de destruir la Constitución de 1925, en concordancia con la ausencia de límites positivos a la actuación de dicho poder originante. En este contexto, el plebiscito de 1980 no se presenta como vinculante a la Junta, ya que en caso de rechazo, como mucho, se entiende rechazado el texto propuesto, mas ello no implica un cambio en el ejercicio del poder constituyente o una pérdida de dicho poder por parte de la Junta. Esta retiene, independientemente del resultado del plebiscito, el ejercicio del poder (absoluto)⁶⁵.

A este respecto, la Declaración de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, resulta esclarecedora respecto del valor de dicho plebiscito y del carácter del poder constituyente que se ha arrogado la Junta. Dicho

⁶⁵ A diferencia de lo que ocurre en el plebiscito de 5 de octubre de 1988, en el cual sí se manifiesta el poder constituyente del pueblo, poniendo fin al ordenamiento constitucional que la Junta intentó instaurar. En el proceso 1988-89, el pueblo retoma el ejercicio del poder constituyente, que había perdido de manos de la Junta en 1973; este proceso se consolida el 11 de marzo de 1990 con el juramento de la Constitución por el Presidente electo y la reinstalación del Congreso Nacional.

texto señala que el plebiscito es una mera consulta popular que carece de efecto constituyente⁶⁶. Desde este punto de vista, el carácter absoluto del poder asumido por la Junta relativiza los efectos del plebiscito (ya abordaré las otras objeciones que se formulan al plebiscito de 1980), razón por la cual no es posible atribuirle a la nueva Constitución una legitimidad democrática a partir de este plebiscito, constitución que algunos autores han calificado de otorgada, según veremos más adelante.

3. La Comisión Ortúzar frente a la dogmática nacional.

Aun cuando el trabajo de la Comisión Ortúzar no es pacífico en la doctrina, existe un consenso mayoritario en torno a aceptarlo como la instancia constituyente de la Constitución vigente y, por tanto, como la historia fidedigna de su establecimiento; en consecuencia, la doctrina recurre frecuentemente a ella a fin de interpretar la Carta. No obstante lo anterior, es posible identificar ciertos matices, que creo necesario comentar con algún detenimiento.

1. La doctrina chilena ha aceptado, mayoritariamente, el carácter constituyente de la Comisión Ortúzar, reconociendo al período 1973-80 el carácter de fuente legítima de interpretación constitucional. Asimismo, junto con reconocer en este período histórico al poder constituyente, la mayoría de la doctrina recurre a ella permanentemente al momento de interpretar la Constitución y dotarla de contenido; así, en una interpretación ampliamente originalista⁶⁷, la doctrina constitucional chilena

⁶⁶ En el mismo sentido, CRISTI, *El pensamiento...*, p. 98: la Declaración “pone de relieve el papel revolucionario que tiene la noción de poder constituyente que se arroga la Junta militar. Se confirma también la naturaleza no democrática del plebiscito, pues la convocatoria plebiscitaria hecha por la junta en ningún modo busca reactivar el poder constituyente del pueblo. La Declaración establece que se trata de una mera consulta popular adventicia sin efecto constituyente”.

⁶⁷ Sin perjuicio de que las corrientes originalistas presentan diversos matices, es posible agruparlas bajo un denominador común: la preponderancia que otorgan al momento constituyente o legislativo en la interpretación del ordenamiento jurídico, en desmedro de la evolución que experimenta el Derecho, que podría complementar o, incluso, a superar las opciones jurídicas de tiempos pasados. En consecuencia, entiendo por interpretación originalista aquella que recoge las opciones jurídicas del órgano legislativo y las traslada a la aplicación del ordenamiento jurídico interpretado. Esta interpretación entiende que la norma ha

(mayoritaria) ha perpetuado la idea de Derecho que se plasmó en las Actas de dicha Comisión.

Tal es el caso de VERDUGO y PFEFFER, quienes se limitan a realizar una descripción formal y supuestamente aséptica de los acontecimientos acaecidos desde 1973⁶⁸, intentando mostrar cierta objetividad frente al fenómeno estudiado. Sin embargo, no es gratuito realizar una mera descripción de los decretos dictados por la Junta, ya que la falta de un análisis crítico de la situación les dota de una apariencia de normalidad institucional y, por tanto, de legitimidad, que no es tal. Así, al comentar el Decreto Ley N° 128, de 1973, los autores se limitan a reiterar lo señalado por la norma, que el poder constituyente ha sido asumido por la Junta, sin cuestionar que la Junta sea, efectivamente, el poder constituyente.

Asimismo, los autores se limitan a describir las disposiciones del Decreto Ley N° 788, de 4 de diciembre de 1974, en el que la Junta clarifica el carácter derogatorio de todos los decretos leyes dictados con anterioridad que fueran contrarios a la Constitución. No hay, por parte de los autores, un esfuerzo por comentar en términos más críticos la situación constitucional en Chile, caracterizada por la subordinación de las normas constitucionales a la voluntad de la Junta.

Al comentar y analizar las disposiciones constitucionales, los autores se apoyan permanentemente en lo obrado por la Comisión Ortúzar. Particularmente en materia de derechos fundamentales, los autores afirman expresamente la necesidad de recurrir a las actas a fin de interpretar la Constitución: “el esquema y contenido definitivamente aprobado como Capítulo III de la Constitución, corresponde al anteproyecto de la Comisión. Por consiguiente, el estudio de sus actas resulta muy esclarecedor para la adecuada comprensión de esta normativa”⁶⁹. Ello se refleja en un

sido suficientemente acabada por el constituyente o legislador y defiende la necesidad de interpretar y aplicar la norma de acuerdo a lo expuesto en dicha instancia. Para una exposición de los argumentos y críticas del originalismo, véase BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 51-60 y 69-84.

⁶⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario et al, *Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, tomo I, pp. 45-72.

⁶⁹ VERDUGO et al, *Derecho...*, t. I, p. 186.

permanente reenvío en la exégesis de la Constitución hacia las actas de la Comisión Ortúzar, con lo que prácticamente toda la Norma Fundamental es explicada a la luz de las consideraciones y opciones de la Comisión.

VERDUGO, esta vez en coautoría con GARCÍA BARZELATTO, nos presenta la Constitución vigente como una norma fundamental aprobada democráticamente en el plebiscito de 1980. En efecto, al repasar la idea de la titularidad del poder constituyente, los autores afirman que la Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente del pueblo: “la actual Constitución también hace referencias al plebiscito efectuado el 11 de septiembre de 1980, en el cual la voluntad soberana nacional mayoritariamente manifestada en un acto libre, secreto e informado, se pronunció aprobando la Carta Fundamental que le fuera propuesta”⁷⁰. Lo curioso es que los autores omiten toda consideración a la situación extraordinariamente excepcional que vivía el país cuando se verificó el plebiscito. Con ello, revisten de normalidad democrática al acto de 1980, en circunstancias que la realidad dista de ello.

Lo propio sucede con CEA EGAÑA, que recurre a las actas de la Comisión Ortúzar para interpretar la Constitución, explicando el sentido y alcance de sus disposiciones mediante este recurso. Aunque el autor ha establecido ciertos elementos de relativización de las actas⁷¹, identifica las referidas actas como la historia fidedigna de la Constitución vigente; en consecuencia, transcribe sistemáticamente diversos pasajes de las actas a fin de desentrañar el espíritu de la norma: “permítasenos transcribir la historia fidedigna de nuestra Carta Fundamental en que se confirma lo expuesto”⁷². En su libro sobre derechos y deberes, el autor recurre sistemáticamente a las actas de la Comisión Ortúzar como historia fidedigna de las normas constitucionales que comenta: para cada derecho se reproducen las

⁷⁰ VERDUGO MARINKOVIC y GARCÍA BARZELATTO, *Manual de Derecho Político*, 2004, tomo I, p. 269.

⁷¹ A propósito del disenso que se generó en la Comisión Ortúzar en torno a la penalización del aborto, CEA relativiza la función de las actas en la interpretación de la Constitución, señalando que se trata de “anales oficiales de un organismo sólo de estudio y no resolutivo”, CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno, tomo II, Derecho, deberes y garantías*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 97.

⁷² CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional...*, t. II, p. 66.

actas para complementar la exégesis del texto constitucional, aunque sin mayores comentarios; ocasionalmente, el autor también recurre a las actas del Consejo de Estado⁷³.

Por su parte, los dos comisionados que pudiéramos llamar disidentes, SILVA BASCUÑÁN y EVANS DE LA CUADRA, recurren al trabajo de la Comisión Ortúzar para aclarar el sentido de las normas constitucionales o para profundizar o respaldar las explicaciones que formulan de ellas. Del mismo modo que CEA, los autores recurren permanentemente a las actas de la Comisión a lo largo de sus respectivas publicaciones, por lo que resulta imposible citar cada una de sus referencias; baste, por ahora, algunas enunciaciones meramente avía de ejemplo.

A propósito de las bases de la institucionalidad, SILVA BASCUÑÁN aborda en su *Tratado* el concepto de familia que recoge la Constitución en el artículo 10⁷⁴. A lo largo de las páginas en que estudia tan sensible cuestión, el autor recurre cerca de once veces a las actas de la Comisión Ortúzar, principalmente para reproducir las intervenciones de los comisionados. Así, busca dilucidar el contenido material del concepto familia que rige, a su juicio, en la Constitución, recurriendo al espíritu de la Carta y a la historia de su gestación, que el autor sitúa en la Comisión Ortúzar⁷⁵.

A su vez, EVANS DE LA CUADRA⁷⁶ realiza un importante estudio de los derechos consagrados en la Constitución y, del mismo modo que CEA, recurre sistemáticamente a las actas de la Comisión Ortúzar para complementar sus comentarios y explicaciones a las normas constitucionales que analiza: prácticamente el comentario de todos los derechos constitucionales termina con la transcripción de una selección de las actas en las que consta la discusión de tales materias en la Comisión. Éstas

⁷³ CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional...*, t. II, pp. 249-250, 338.

⁷⁴ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de...*, t. I, pp. 33-42.

⁷⁵ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de...*, t. I, p. 42.

⁷⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 3 tomos.

son transcritas en tanto constituyen la historia del establecimiento de las normas fundamentales comentadas por el autor⁷⁷.

Excepcionalmente, más allá de la transcripción de las actas, el autor hace referencia al trabajo de la Comisión Ortúzar para complementar el comentario que realiza de las normas constitucionales; así, por ejemplo, a propósito del concepto de familia –para mantener el ejemplo anterior–, recurre a las actas para señalar que no hay en ellas “ningún antecedente que permita concluir que al proponer la preceptiva que hemos reseñado se tuvo presente algún criterio definido frente a una eventual legislación sobre divorcio vincular”⁷⁸, para luego reproducir las actas en las que se trataron los temas estudiados por el autor, entre ellos, la familia⁷⁹.

2. Por su parte, CRISTI⁸⁰ realiza un interesante análisis sobre el trabajo de la Comisión Ortúzar, la que presenta dos ventajas: por una parte, permite revisar las posturas adoptadas por Jaime GUZMÁN a partir de su propia fundamentación teórica; por otra, sincera la realidad, objetando la idea de una dictadura comisaría, es decir, que recibió un mandato por parte del pueblo⁸¹. Sin embargo, se mantiene en la lógica schmitteana que justifica desde una perspectiva constitucional la dictadura de Pinochet, que califica de dictadura soberana.

A mi juicio, el que la Junta se haya arrogado el ejercicio del poder constituyente (DL N^{os} 128 de 1973 y 788 de 1974) no la hace titular de dicho poder; por el contrario, la constatación de este hecho da cuenta de su carácter ilegítimo, ya que revestirse de legalidad no significa superar su ilegitimidad. A partir del 11 de septiembre de 1973, el pueblo pierde la capacidad de ejercer el poder constituyente, así como el ejercicio de muchos otros derechos, pero ello no implica que pierda su titularidad. Asimismo, la

⁷⁷ EVANS, *Los derechos...*, t. I, p. 130.

⁷⁸ EVANS, *Los derechos...*, t. I, p. 118.

⁷⁹ EVANS, *Los derechos...*, t. I, pp. 130-209.

⁸⁰ CRISTI, *El pensamiento...*, pp. 115 ss.

⁸¹ Entre otras, la principal objeción a este argumento la presenta el resultado de la elección parlamentaria de marzo de 1973, en la que el gobierno de la Unidad Popular aumentó en más de 10 puntos porcentuales respecto de la elección presidencial de 1970. Aunque este respaldo no es mayoritario, en el escenario político propio de la época refleja un alza significativa que, al menos, da cuenta de la inexistencia de un ‘clamor popular’ por el fin del gobierno de Allende.

Junta no será soberana, ni aun cuando se atribuya formalmente, por sí y ante sí, el ejercicio del poder constituyente.

CRISTI afirma que el 11 de septiembre de 1973 la Junta terminó con la vigencia normativa de la Constitución de 1925 y, con ello, suprimió el poder constituyente del pueblo; de esta manera, el golpe de Estado pone fin al orden constitucional vigente. De ello, el autor concluye que la Junta asume el poder constituyente que ha abrogado al pueblo, quien lo retoma en 1988-89 (y no en el plebiscito de 1980). Comparto, en gran medida, estas conclusiones, ya que efectivamente la Junta terminó con la vigencia de la Constitución de 1925, primero con el golpe, y luego al permitirse modificar aún tácitamente su contenido, ubicándose por sobre la Constitución; pero difiero del autor en un punto importante: calificar a la Junta como soberana y reconocer, de paso, su carácter de sujeto constituyente. Con esta afirmación, el autor reconoce algún grado de legitimidad a una situación fáctica que se dotó a sí misma de una legalidad casuística, inestable y excepcional, mediante la cual la Junta intentó ocultar su falta de legitimidad y perpetuarse en el ejercicio del poder; así, la vigencia de estas normas (legales y constitucionales) queda sometida a las necesidades de la propia Junta.

Considero que el poder constituyente no pasa del pueblo a la Junta en 1973 y de vuelta al pueblo en 1988-89. Por el contrario, la Junta impide el ejercicio del poder constituyente (así, a secas), del mismo modo que impide el ejercicio de otros derechos. En consecuencia, entre 1973 y 1988-89 no hay ejercicio alguno del poder constituyente, ni por el pueblo ni por la Junta, del mismo modo que no hay una Constitución vigente; recordemos lo señalado por SILVA BASCUÑÁN en el seno de la Comisión Ortúzar referente a la desconstitucionalización de las normas constitucionales ante el poder normativo de la Junta⁸².

Aceptar que la Junta es soberana, aún una dictadura soberana (siguiendo la nomenclatura de SCHMITT), implica aceptar que la Constitución hoy vigente lo es desde 1980, cuestión que pugna con los principios básicos del constitucionalismo

⁸² En Sesión 14ª, 8.11.1973, p. 8.

contemporáneo. Una constitución sólo puede emanar del, o ser democráticamente ratificada por, el pueblo soberano; ésta es su única fuente de legitimidad suficiente. En efecto, el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo se suspende en 1973, luego de que fuera ejercido por última vez en 1971 (reforma constituyente que aprueba el llamado Estatuto de Garantías Constitucionales), y se reanuda en el proceso 1988-1989: por tanto, es a partir de este momento que el pueblo se da a sí mismo una Constitución, reformando la Carta otorgada por el régimen militar y creando un orden diferente al proyectado por la Junta. Sólo a partir de este momento es posible hablar de una Constitución propiamente tal.

Siguiendo el razonamiento de la STC 46-1987, CRISTI introduce un concepto de legitimidad que puede, a mi juicio, complicar innecesariamente la discusión en torno a la posición de la Junta frente al poder constituyente y el fruto de su ejercicio (las normas que dictó). En efecto, el autor afirma que la Constitución de 1980 se funda en el poder constituyente de la Junta y que, en razón de ello, goza de legitimidad; aunque puntualiza que no se trata de una legitimidad democrática, sino de otra especie, sin especificar qué tipo de legitimidad⁸³.

Creo que en esta materia, la legitimidad de las autoridades que ejercen el poder político sólo puede venir del pueblo, que es reputado por la doctrina moderna como titular originario de dicho poder. En consecuencia, el concepto *legitimidad* sólo puede, a mi juicio, relacionarse con el ejercicio de los derechos políticos, con el funcionamiento de la democracia.

Parte de estos elementos los recoge CRISTI cuando señala que la Constitución actualmente vigente ya no se sostiene por su (eventual) legitimidad originaria, en atención a que el ejercicio del poder constituyente se ha trasladado de la Junta al pueblo luego del plebiscito del 5 de octubre de 1988, fecha a partir de la cual sí goza de legitimidad democrática. Sin embargo, me parece que hablar de la legitimidad de la Constitución de 1980 basado en la consecuente legitimidad de la Junta, es introducir

⁸³ CRISTI, *El pensamiento...*, p. 145.

una confusión innecesaria en los términos, al conceder alguna especie de legitimidad a una realidad fáctica represiva y ejercida al margen del pueblo.

Por tanto, estimo pertinente limitar el uso del término legitimidad sólo para hacer referencia a la legitimidad que otorga el ejercicio de los derechos políticos que deriva en la representación política; por lo demás, esta definición resulta más adecuada a la teoría democrática del poder constituyente.

3. Parte de la doctrina nacional ha calificado la Constitución de 1980 como una Carta otorgada, siguiendo la terminología originada en el constitucionalismo del siglo XIX.

Para Eric Eduardo PALMA, el texto aprobado en 1980 por la Junta es una Carta otorgada, por cuanto constituye un nuevo orden diseñado sin participación alguna del pueblo, con los partidos políticos proscritos, el derecho de reunión restringido, en el período de mayor represión contra la oposición y sin la concurrencia de elementos democráticos que lo legitimen; en efecto, recuerda que las tres instancias que participaron en la redacción del texto carecieron de toda representatividad.

El autor recuerda que el plebiscito de 1980 se realizó sin la regulación jurídica de los efectos del triunfo del No, a diferencia de lo que ocurrió, por ejemplo, con la Constitución de 1925⁸⁴. En consecuencia, se trata de un acto unilateral por parte del régimen cívico-militar que codificó en 1980 el trabajo realizado entre 1973 y 1980; sin embargo, el proyecto no perduró ni entró en plena vigencia, ya que no resistió el escrutinio democrático en 1988-89⁸⁵.

⁸⁴ PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, *Historia del Derecho chileno contemporáneo. Tomo V. 1925-2003*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2004, p. 105.

⁸⁵ PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de veinticinco años de historia constitucional", en prensa, revista *Derecho y Humanidades*: "en efecto, las reformas introducidas por la ley 18.825 de 17 de agosto de 1989, aprobadas por plebiscito de 30 de julio de 1989, significaron que la publicitada "nueva democracia" no soportó el escrutinio público lo que tuvo por consecuencia que jamás se aplicó en su totalidad el articulado definitivo de la Constitución promulgada por el Decreto Supremo Número 1.150 de 14 de octubre de 1980.

Para el autor, no es posible identificar a la Constitución vigente como la Constitución de 1980, ya que las sucesivas reformas experimentadas por el texto a partir de 1989 reformaron aspectos fundamentales del diseño original de la Junta y sus asesores; en consecuencia, el modelo constitucional que la Junta intentó implementar nunca entró en vigencia, “por lo tanto si hubo alguna legitimación en 1989 no fue, en ningún caso, la legitimación de la “nueva Constitución” que proclamó el régimen, ni tampoco de la “nueva democracia””⁸⁶.

Por su parte, Francisco ZÚÑIGA URBINA resalta el carácter de pacto político de las constituciones, fuente de su legitimidad democrática; pero es claro en señalar que el problema que arrastra la Constitución vigente “es su origen otorgado y autoritario, por lo que no existe tal pacto, y la legitimidad ganada en los últimos años, merced a las reformas, no han saldado la deuda de origen de la Carta. Luego, la rigidez tiene un sentido garantista en una Constitución democrática, en una Carta otorgada y autoritaria, es un freno o resguardo de un antiguo régimen”⁸⁷.

Para el autor es claro que el texto aprobado en 1980 por la Junta no cumple con los elementos mínimos para calificarlo como una constitución. Por el contrario, la ausencia de los elementos mínimos del Estado de Derecho sólo permiten calificar este cuerpo normativo como una carta otorgada, que sólo puede ser considerada una Constitución en sentido semántico. En efecto, “una Constitución en un Estado autocrático, sólo puede ser una Constitución otorgada (también alejada de los modelos históricos de Constitución liberal garantista o social) y una Constitución “semántica” o “nominal”, un disfraz que difícilmente podrá ocultar la realidad del poder. La legitimidad democrática sólo se configura en un sistema político y forma de Estado en que haya distribución de las funciones del poder, control del poder político,

“Por lo dicho resulta complejo llamar al texto hoy día vigente Constitución Política de 1980, sobre todo si consideramos que las reformas de agosto de 1989, así como las que ha venido experimentando el texto en los últimos años, han reformado aspectos que los fundadores consideraban como esenciales al orden constitucional”.

⁸⁶ Palma, “De la carta otorgada...”, p. 35.

⁸⁷ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Reformas constitucionales para un Estado social y democrático de Derecho”, en: *Colección Ideas* año 4 N° 33 (2003), p. 278; destacado en el original.

responsabilidades y protección de los derechos fundamentales”⁸⁸. Estos son los elementos mínimos del Estado de Derecho, de los que una constitución no se puede desentender.

En la misma línea de pensamiento, Jorge Mario QUINZIO FIGUEIREDO en su Tratado de Derecho Constitucional afirma: “El texto constitucional aprobado se promulgó el 21 de octubre de 1980 y se publicó en el Diario Oficial mediante Decreto Supremo número 1.150, de 24 de octubre de 1980. Considerando el origen directo del Poder Constituyente y que no guarda relación con un procedimiento democrático, la Constitución de 1980 en realidad es una Carta Otorgada”⁸⁹.

Renato CRISTI analiza la realidad desde una perspectiva similar. El fundamento de la pretendida Constitución no es el poder constituyente del pueblo, sino el poder monocrático de la Junta, que se ha arrogado para sí el ejercicio del poder constituyente, según se señaló previamente. Para el autor, el poder constituyente se trasladó de la Junta al pueblo recién en 1989 al reformar la Constitución, y no en 1980. Entre los argumentos esgrimidos por CRISTI, destaca el efecto jurídico del plebiscito de 1980, ya que para el autor “el plebiscito tendrá la validez que el poder constituyente [la Junta] quiera otorgarle”⁹⁰, independiente de cuál sea la opción de la ciudadanía.

En definitiva, el poder político asumido por la Junta es absoluto, lo que relativiza la función del plebiscito. Apoyándose en la Declaración de los profesores de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, afirma que un resultado negativo del plebiscito de 1980 no tiene efectos jurídicos vinculantes para la Junta: su poder constituyente no se extingue ni cambia de titular, del mismo modo que no se establecen consecuencias para el triunfo de la opción No. CRISTI concluye que un resultado positivo del plebiscito tiene la misma intrascendencia: no tiene un efecto

⁸⁸ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Derecho humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-1989. El pluralismo político e ideológico en Chile”, en: *Ius et Praxis* vol. 9 N° 1 (2003), p. 257-279.

⁸⁹ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I Fundamentos*, Santiago, Universidad La República, 1993.

⁹⁰ Cristi, *El pensamiento...*, p. 99.

democratizador del proceso de redacción de la Constitución y, por tanto, no tiene efectos jurídicos como expresión de democracia.

4. Ciertamente, la gran mayoría de los autores nacionales consideran que la Comisión Ortúzar es el constituyente de la Carta, otorgando a sus actas el carácter de historia fidedigna de su establecimiento; aun cuando es posible advertir que ciertos sectores del constitucionalismo chileno han realizado un cuestionamiento de fondo al contexto no democrático en que obró dicha Comisión y a la legitimidad de su trabajo, no es posible afirmar que se trata de una corriente mayoritaria en el seno de la doctrina. Por el contrario, entre la mayoría de los autores nacionales, la Comisión Ortúzar goza de la legitimidad suficiente para interpretar la Constitución vigente, incluso luego de casi treinta años.

Sin embargo, no existe un consenso acerca del carácter legítimo de la Constitución de 1980. Así se aprecia, por ejemplo, en las obras de Francisco CUMPLIDO y otro (Teoría de la Constitución, pp. 117 y ss., 1985), en Hernán MOLINA GUAITA (Derecho Constitucional, pp. 27-33, 1993, 1998); de Germán URZÚA VALENZUELA (Manual de Derecho Constitucional pp. 71-81, 1991); de Emilio PFEFFER URQUIAGA (Manual de Derecho Constitucional. Tomo I, pp. 161-188, s.f) y de Mario VERDUGO MARINKOVIC, Emilio PFEFFER URQUIAGA y otro, Derecho Constitucional, Tomo I, pp. 75-108, 1994, 1999)⁹¹.

Esta falta de consenso en la doctrina constitucional chilena obedece, en definitiva, a la falta de consenso que existe en la sociedad en torno a la valoración de los acontecimientos históricos iniciados en 1973. Por tanto, estas diferencias obedecen más a diferencias de tipo político entre los autores que a diferencias de tipo dogmático-constitucional. O quizá, las diferencias dogmático-constitucionales tienen un fundamento último en las opciones políticas de la propia sociedad.

⁹¹ Véase PALMA, “De la Carta otorgada...”, pp. 2-3.

CAPÍTULO III. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Y EL PODER CONSTITUYENTE.

1. La interpretación de la Constitución vigente.

1. Como se vio, ha sido común en la doctrina constitucional chilena aceptar la denominación de poder constituyente para referirse a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución que se constituyó días después del golpe de Estado, en septiembre de 1973. A este fenómeno político, que termina con la promulgación de la Constitución en 1980, se le ha denominado genéricamente poder constituyente.

En tanto fuente de interpretación de la Constitución, estas deliberaciones carecen de toda legitimidad, tanto desde el punto de vista de la representatividad política de la Comisión Ortúzar, como desde la teoría constitucional propiamente tal.

La etapa predemocrática de la Carta actualmente vigente no puede ser considerada como integrante de la norma fundamental, la que no surge sino hasta la consolidación del proceso de 1988-89 con la elección del primer gobierno democrático en diciembre de 1989.

De esta manera, mal puede considerarse el trabajo de dicha Comisión como historia fidedigna del texto constitucional: en tanto norma fundamental propiamente tal, la Constitución de 1980 no existe sino hasta marzo de 1990, con la ascensión del primer gobierno democrático y el retorno de la plena vigencia del Estado de Derecho.

A mi juicio, la interpretación y aplicación de la Carta ha de ser consecuente con esta realidad, situando en su justa medida el trabajo de la Comisión Ortúzar, que se encuentra relativizado frente al carácter propiamente constitucional del período que se inicia en 1990. Ante la Constitución vigente, y en consideración al poder constituyente del pueblo, ello implica subordinar el período no democrático de la norma fundamental, principalmente en su interpretación y aplicación, al período propiamente constitucional.

En consecuencia, la Constitución vigente puede ser clasificada atendiendo al carácter constitucional (democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales) o no de las diferentes etapas de su historia; así, tendremos un período no constitucional

entre 1973 y 1990, y un período propiamente constitucional (de vigencia de la democracia, del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales), a partir de 1990, luego de que el electo Presidente de la República jura el cumplimiento de la Constitución.

Junto al carácter no democrático de este proceso, existen otros cuestionamientos al trabajo de la Comisión Ortúzar que, aunque son vicios de menor entidad material, le restan total fiabilidad técnica como fuente interpretación de la Constitución. Entre estos vicios, es posible señalar los siguientes: 1. Las actas de la Comisión no constituyen una reproducción fiel de lo expresado en las sesiones, sino sólo una exposición de las presentaciones de los comisionados, redactadas en tercera persona, razón por la cual las Actas no dan plena fe de las precisas palabras y expresiones utilizadas por los comisionados⁹²; y 2. El proyecto aprobado por la Comisión fue sometido a una revisión general por parte del Consejo de Estado y de la Junta de Gobierno, instituciones no democráticas que modificaron el texto, de cuyo trabajo tampoco se conocen públicamente actas fieles. Ciertamente, las tres instituciones (Comisión, Junta de gobierno y Consejo de Estado), surgen de una situación de hecho, no democrática e impuesta por la fuerza, carentes de toda legitimidad política; ello sitúa a los tres organismos redactores de la Constitución al margen del concepto de poder constituyente.

En consecuencia, la Constitución no es el resultado de un consenso global sobre los principios fundamentales de la comunidad, mucho menos viene a objetivar los ideales de Derecho y de Justicia presentes en la sociedad; por el contrario, el texto resultante sólo expresa la opción política de determinado sector minoritario y no representativo de la sociedad.

Finalmente, la votación plebiscitaria destinada a ratificar o rechazar el proyecto de Constitución presentado por la Junta de Gobierno tampoco es fuente suficiente de legitimidad, ya que el plebiscito de 1980 no cumplió con las mínimas exigencias

⁹² Los ejemplos de ello abundan a lo largo de las actas: “*en seguida se produce un intercambio de opiniones entre los miembros de la Comisión acerca de la conveniencia de discutir...*” (Sesión 11^a, 30.10.1973, p. 21).

democráticas: el proceso se desarrolló bajo un estado de excepción, no hubo un registro electoral en regla, bastaba la sola presentación de la cédula de identidad (vigente o no) para votar, la información fue manejada por el aparato comunicacional del régimen, el orden del acto electoral mismo fue custodiado por las fuerzas militares, la composición de las mesas fue determinada por los alcaldes, el recuento de votos fue secreto, las urnas y cámaras de votación no contaron con las garantías mínimas... Ciertamente, en un marco de desprotección de los derechos fundamentales, el ejercicio de los derechos políticos y de representación también se encontraba en entredicho.

2. Sin embargo, la doctrina chilena mayoritaria ha asumido el proceso comentado como fuente legítima y suficiente de interpretación de la Constitución, recurriendo a las actas de la Comisión para determinar el sentido de las normas constitucionales. El recurso a dichas actas no sólo impone artificialmente la pervivencia de un ordenamiento no democrático, sino que además limita el desarrollo del derecho constitucional chileno, principalmente en materia de derechos fundamentales, impidiendo una evolución hacia estadios más garantistas que los previstos por la Comisión.

El constante recurso al trabajo de la Comisión sólo ha logrado perpetuar una concepción minoritaria y no democrática de la Carta Fundamental, concepción que ni es representativa de la sociedad a la que regula ni mucho menos consensuada. Cuando se afirma que los ideales del constituyente “resultan determinantes al momento de interpretarla de buena fe para llevarla a la práctica”⁹³, la doctrina prácticamente prohíbe una interpretación extensiva o más garantista de la Constitución, obstaculizando un mayor desarrollo teórico de aquellos elementos constitucionales desestimados por el constituyente. En definitiva, la visión de la Comisión se impone en la aplicación de la norma, “sea que el intérprete esté o no de acuerdo con su contenido, comparta o disienta de lo preceptuado en él, haga o no suyos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico articulados en su texto. La buena fe, entonces, quiere decir aquí aceptación transparente de lo mandado por la

⁹³ CEA EGAÑA, *Derecho constitucional ...*, t. I, p. 101.

Carta Fundamental, actitud que lleva a respetarla o acatarla, a cumplir fiel y celosamente sus mandatos, sin caer en resquicios, manipulaciones o tergiversaciones movidas por designios ideológicos, partidistas, sectarios, de oportunidad o conveniencia, etc.”⁹⁴.

Junto con los vicios que presenta el mal llamado poder constituyente de la Constitución de 1980, afirmar que determinado constituyente histórico deba ejercer una influencia permanente sobre el derecho constitucional puede significar un quiebre entre realidad constitucional y norma. Las opciones políticas propias de un momento histórico determinado no son pétreas, sino que evolucionan junto con la comunidad; estos cambios han de ser incorporados en el ordenamiento ya que, en definitiva, la Constitución debe ser el reflejo del consenso político que alcanza la comunidad.

Las opciones políticas propias de quienes promulgaron la Constitución en 1980 no pueden ser impuestas en futuras interpretaciones y aplicaciones de la norma, más aun considerando que ellas no fueron consensuadas en su origen por la comunidad.

Perpetuar dichas opciones significa renunciar a cualquier interpretación de la Constitución que permita adaptar su aplicación a la cambiante realidad de la sociedad. Por ejemplo, si aceptamos estas afirmaciones como verdaderas, no sería posible considerar la evolución del contenido material del principio democrático del artículo 4° CPCh, debiendo aplicarse el contenido adjudicado en 1980, es decir, el de una democracia orgánica, de carácter autoritaria y protegida. Claramente, son atributos que no se condicen con la democracia contemporánea.

En efecto, el contenido material de la Constitución ha evolucionado sustancialmente desde su promulgación, constituyéndose en un elemento clave para la interpretación y aplicación de la Carta. Esta argumentación ha sido parcialmente recogida por parte de la doctrina chilena, al señalar que “al órgano legislativo le corresponde, en cada momento histórico, ir actualizando la idea de derecho conforme a la voluntad del cuerpo político de la sociedad”⁹⁵. Pero es importante comprender que

⁹⁴ CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional...*, t. I, pp. 169-170.

⁹⁵ VERDUGO *et al*, *Derecho...*, t. I, p. 132.

desde que el pueblo retiene el poder constituyente y este se ubica por sobre la Constitución, la interpretación debe tener como parámetro de referencia no sólo el texto constitucional, sino también el contenido que el constituyente le da a la Carta – principalmente a las normas de principio– en el momento histórico particular en que se realiza la interpretación.

Por lo demás, la constitución contemporánea se erige como un marco abierto en el cual han de desarrollarse las diferentes concepciones que componen la sociedad, ya que en el legítimo ejercicio de la democracia, cualquiera de ellos puede llegar a ejercer el poder político. De esta manera, la constitución no puede significar una pétrea opción por valores que representen a un determinado sector de la sociedad, ya que ello impediría el libre e igualitario ejercicio de los derechos políticos.

Recordemos que HÄBERLE postula la apertura de los intérpretes de la Constitución hacia la sociedad, rompiendo con el monopolio estatal⁹⁶; por su parte, ZAGREBELSKY afirma que “ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución. No interesa ya, entonces, cuál es la voluntad constituyente que las fórmulas escritas expresan, porque se ha hecho dudosa la existencia de un deber de fidelidad que nos ligue a esa voluntad; interesa más bien si, en esas fórmulas, podemos encontrar la respuesta o al menos un inicio de respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo. No es la constitución la que manda, sino que somos nosotros los que la interrogamos y nos reconocemos el poder decisivo, el de formular las preguntas que nos interesan”⁹⁷, vinculando a la interpretación constitucional directamente con el contexto cultural de aplicación de las normas.

En definitiva, los problemas de interpretación que actualmente presenta la norma fundamental no pueden ser resueltos atendiendo a los criterios de 1980, por dos motivos principales: 1°. en más de veinticinco años, la realidad a la que ha de aplicarse la norma fundamental ha evolucionado en forma sustancial,

⁹⁶ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 149 ss.

⁹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 87-88.

fundamentalmente debido a la democratización del régimen de gobierno y de la propia sociedad; y 2°. porque la norma promulgada originalmente responde a una concepción autoritaria y no democrática de la sociedad, articulada al amparo de un régimen militar impuesto y sostenido por la fuerza, y generada en ausencia de un verdadero poder constituyente, por cuanto la Junta se arrogó su ejercicio no representativo.

La realidad social actual y el régimen democrático que determina la aplicación de la Carta –es decir, su contexto de aplicación–, han generado una teoría constitucional completamente diferente a la original, que es necesario consolidar mediante la interpretación jurisprudencial y la labor de la doctrina.

Para que esta nueva teoría de la Constitución se consolide, es necesario flexibilizar los rígidos mecanismos interpretativos a los que generalmente recurren tanto la doctrina como la jurisprudencia, desestimando de plano el período no democrático de la Carta.

Una de las primeras consideraciones es situar en su justa medida el proceso 1973-80 que, en tanto realidad histórica de la Constitución, puede tener alguna función interpretativa; pero en ningún caso esta realidad puede ser considerada como una historia fidedigna que permita desentrañar la intención de un constituyente democrático. Lo propio sucede con el período de vigencia parcial y no democrática de la Constitución, entre 1980 y 1990. Ambos han sido irremediablemente desbordados por el período democrático de vigencia propiamente constitucional de la Carta.

3. Lo propio ha ocurrido con la jurisprudencia constitucional, que ha identificado casi sin cuestionamientos al proceso 1973-80, y concretamente a la Comisión Ortúzar, como el poder constituyente de la Constitución vigente. De esta manera, ha recurrido sistemáticamente al trabajo realizado por la Comisión para interpretar las normas constitucionales, otorgándole a dicha instancia el carácter de historia fidedigna del establecimiento de la norma.

A propósito del requerimiento que el Ministro del Interior de Pinochet presentó en contra de Clodomiro Almeyda ante el Tribunal Constitucional en 1987, el recurrido cuestionó la legitimidad de la Constitución, objetando su aplicación. Al respecto, el Tribunal declaró carecer de jurisdicción y facultades para pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución (Considerando 33º), argumentando que declarar la ilegitimidad de la Carta también significaría aceptar su propia ilegitimidad, toda vez que el Tribunal ha sido “establecido y dotado de facultades por la Carta Fundamental que se cuestiona” (C. 36º). Asimismo, a juicio del Tribunal, “la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las competencias establecidas en la Constitución de 1925” (C. 35º).

En efecto, para el Tribunal Constitucional de la época, la Constitución no sólo es plenamente legítima, sino que ha sido redactada conforme a la efectiva manifestación del poder constituyente originario de la Junta de gobierno, producto de una situación de crisis institucional. Es razonable que el Tribunal haya aceptado esta afirmación, teniendo presente que el fallo fue redactado en 1987 por ministros designados por la Junta. Sin embargo, esta concepción se mantendrá en el tiempo, permeando la identificación del poder constituyente con la Comisión Ortúzar en el Tribunal posterior a 1990.

En general, es posible advertir que el Tribunal Constitucional no cuestiona el carácter constituyente de la Comisión Ortúzar, por lo que es posible presumir que cada vez que hace alusión al constituyente en la argumentación de sus sentencias, está haciendo alusión a dicha Comisión. El Tribunal no realiza la distinción teórica de la manifestación del poder constituyente en 1988-89, sin perjuicio de que, efectivamente, la Constitución que legitima el actuar del Tribunal, a la vez que sirve de medida para la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, sólo es tal a partir de 1990, y no en el período que va desde 1980 a 1990. A mi modo de ver, CRISTI acierta al señalar que el Tribunal Constitucional (TC) post 1990 se somete a una Constitución

diferente al Tribunal de la década de los '80⁹⁸; sin embargo, no creo que el organismo sea conciente de ello⁹⁹.

De la lectura de algunas sentencias, queda de manifiesto que cuando el TC dice 'constituyente' la mayoría de las veces dice 'constitución': es la Constitución la que entrega determinadas funciones o establece ciertos criterios, en definitiva, la que fija el ordenamiento; en consecuencia, el TC no siempre distingue Constitución de poder constituyente, por lo que cuando quiere hacer hablar a uno, cita a la otra (SSTC 146 C. 11º; 226 C. 11º; 301 C. 3º; 346 C. 52º; 410 C. 26º; 480 C. 11º).

Sin embargo, cuando el Tribunal requiere determinar el sentido y alcance de alguna disposición constitucional –interpretar–, recurre directamente a las Actas de la Comisión Ortúzar e, incluso, a las publicaciones de sus comisionados. En este caso, dichas actas pueden ser consideradas como un antecedente de la Constitución, o bien, como la historia fidedigna de su establecimiento, como se constata en una serie de sentencias (v. g.: SSTC. 220 Cs. 2º, 19º y 20º; 260 C. 13º; 309 C. 14º; 392 C. 10º; 346 Cs. 37º y 40º; 478 C. 14º; 480 C. 9º; 481 C. 7º; 499 C. 11º; 529 C. 11º; 533 Cs. 4º y 14º). En ellas, el Tribunal ha dilucidado el sentido de determinadas normas constitucionales siguiendo lo señalado por los comisionados en el seno de la Comisión, otorgándoles el carácter de poder constituyente: es en base a las opiniones vertidas en el seno de la Comisión Ortúzar que se determina el sentido de las normas constitucionales o la intención del constituyente.

Este argumento queda claramente establecido en la STC 272-1998, donde el Tribunal Constitucional afirma categóricamente que la Constitución de 1980 es fruto del poder constituyente originario. De esta manera, el Tribunal legitima el quiebre institucional de 1973 y el actuar de la Junta y de la Comisión Ortúzar al margen del

⁹⁸ Cristi, *El pensamiento...*, pp. 142-147.

⁹⁹ Cabe hacer notar que en la STC 346, TPI, C. 63º, el Tribunal se refirió a la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 1989, que reformó la Constitución, como 'constituyente', lo que podría interpretarse como una toma de conciencia del cambio constitucional que se produce en 1989, en el ejercicio democrático del poder constituyente por parte del pueblo. Sin embargo, me parece que no es posible extraer dicha conclusión, no sólo porque la referencia es a la propia Junta, sino porque no es posible percibir una orientación permanente en este sentido en la jurisprudencia posterior.

pueblo. El Considerando 11º señala: “la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma”.

Como consecuencia de ambas líneas de argumentación, queda claro que para el Tribunal Constitucional chileno, el poder constituyente es quien, simplemente, redactó la Constitución vigente, en concordancia con la teoría clásica que he denominado funcionalista, que lo caracteriza atendiendo a la facultad de redactar una constitución o modificar un texto ya vigente.

Sin embargo, es posible encontrar ciertas contradicciones en la doctrina del TC respecto a la teoría del poder constituyente. En efecto, aunque la gran mayoría de las veces éste se identifica con la Comisión Ortúzar, existen algunos indicios de contradicción a este respecto. A modo ejemplar, la STC 309-2000, sobre pueblos indígenas, analiza el contenido material del término ‘pueblo’ en sus Considerandos 37º a 47º. Para esclarecer su contenido conceptual, el TC recurre a una serie de tratadistas nacionales y extranjeros; uno de ellos, LUCAS VERDÚ, señala que “en el ámbito estatal, el elemento personal, humano, el pueblo, se manifiesta jurídica y políticamente como titular del poder constituyente, que en los países democráticos se da con procedimientos y criterios democráticos una Constitución” (C. 37º).

El TC asumió esta definición en la argumentación de su sentencia aunque, claro está, buscando la conceptualización de ‘pueblo’ y no de ‘poder constituyente’; no obstante ello, es posible advertir en la doctrina del TC una pequeña pero interesante contradicción, ya que el poder constituyente ha sido permanentemente conceptualizado a partir de la facultad de redactar una constitución y no con el pueblo o con la comunidad. Como consecuencia de ello, el Tribunal siempre ha considerado como poder constituyente a la Comisión Ortúzar y no al pueblo en tanto titular originario de la soberanía, alejándose de la teoría democrática del poder constituyente y aceptando el criterio de la facultad. En todo caso, resulta interesante notar que el TC sabe que el poder constituyente es el pueblo, a partir de la cita a autores extranjeros,

pero pareciera que se resiste a abandonar la idea de que la Comisión Ortúzar es el poder constituyente.

4. Ahora bien, esta posición del TC no es, en absoluto, minoritaria ni se encuentra al margen del sentir político de la sociedad. En efecto, la clase política, en su gran mayoría, no tiene inconvenientes en reconocer en la Comisión Ortúzar al poder constituyente. Ciertamente, la derecha política, que trabajó directamente en la Comisión Ortúzar y en la redacción del texto promulgado por la Junta en 1980, (casi) no se cuestiona el carácter constituyente de dicha Comisión; aunque desde una perspectiva democrática sería deseable un planteamiento crítico al respecto, es entendible que el sector defienda sus propios intereses.

Sin embargo, aún en el sector opuesto es posible encontrar afirmaciones que asumen el carácter constituyente de la Comisión Ortúzar. Sin perjuicio de que se han formulado una serie de críticas al modelo constitucional diseñado en 1980 e, incluso, luego del proceso de reformas aprobado en 2005, todavía es posible advertir que la Comisión Ortúzar sigue siendo identificada con el poder constituyente.

En efecto, incluso desde la propia Presidencia de la República se ha afirmado en sede jurisdiccional el carácter constituyente de la Comisión, recurriéndose a ella para interpretar la Norma Fundamental. Así, en la STC 260-1997 el Presidente de la República recurre directamente a la Comisión Ortúzar a fin de aclarar el sentido y finalidad de una norma constitucional, al formular observaciones al requerimiento presentado contra la reforma al Código de Aguas (citado por el Tribunal en C. 13º).

Con el fin de incorporar elementos de juicio a favor de su argumentación, el Presidente de la República interpreta la Constitución aclarando la intención del constituyente, al señalar que “en el seno de la Comisión Constituyente, y por boca de su Presidente, Enrique Ortúzar, podemos apreciar que el objetivo cierto fue el de...” (C. 13º). Para el Ejecutivo, la Comisión Ortúzar es fuente necesaria para la interpretación de las normas constitucionales, a la que le otorga la condición de constituyente.

Lo propio sucede con la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: en informe al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado contra algunas disposiciones de la LOC del servicio, defiende el sentido de la potestad reglamentaria que establece la Constitución, argumentando que no es posible “desconocer la tesis del dominio legal máximo contemplada por el Constituyente de 1980” (STC 480-2006, Vistos). Así, el organismo intenta respaldar su interpretación de la Carta recurriendo a un constituyente claramente identificado en el período no democrático.

Por su parte, el ex Subsecretario del Interior y actual miembro del TC, CORREA SUTIL, también recurre a la Comisión Ortúzar para interpretar ciertas disposiciones constitucionales. En la prevención particular formulada en la STC 479-2006, luego de citar a dos autores de la Constitución (puntos 4º y 6º), recurre a las Actas de la Comisión a fin de dilucidar la intención o espíritu del artículo 19 de la Carta; aunque sin identificarlo expresamente a la Comisión como el poder constituyente, señala que “al revisar las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en que se discute el contenido de esta norma, resulta claro el propósito de los comisionados de...” (punto 9º).

En concreto, lo que hace el ex Subsecretario es recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la norma ya que, aunque no lo diga expresamente, lo que hace es interpretar la norma constitucional a la luz de los argumentos esgrimidos por los comisionados, tanto en el seno de la Comisión como en sus publicaciones particulares. Con ello, dota de autoridad suficiente al trabajo de la Comisión en tanto poder constituyente y fuente de interpretación.

En las tres muestras utilizadas a vía ejemplar (Presidente de la República, ex Subsecretario del Interior y Superintendencia de Electricidad y Combustibles), es posible advertir que el sector político más crítico y contrario a lo realizado por la Junta sigue recurriendo a la Comisión Ortúzar para interpretar las normas constitucionales.

Resulta paradójico que autoridades políticas y técnicas de gobiernos democráticos interpreten la Constitución a la luz de un proceso realizado al alero de

una dictadura, que desconoció uno de los elementos mínimos de todo proceso constituyente, como es la representación democrática del titular originario del poder político¹⁰⁰.

Desde el punto de vista de los criterios de argumentación constitucional y lógica jurídica y considerando lo anteriormente expuesto, es posible concluir que los operadores del Derecho Constitucional en Chile basan sus alegatos más en el argumento de autoridad que en los principios democráticos. En efecto, no hay un mayor cuestionamiento, por parte de los operadores, de la legitimidad de la Comisión Ortúzar; por el contrario, sus razonamientos son utilizados en la interpretación del ordenamiento constitucional, sin reparar en su origen no democrático. Basta con su carácter formal de Comisión redactora del proyecto original.

2. Distintos modelos de interpretación constitucional.

1. Visto lo anterior, es necesario revisar la norma fundamental vigente a la luz del actual estadio de desarrollo del derecho constitucional, principalmente recurriendo a los nuevos métodos de interpretación que ha propuesto la doctrina contemporánea, con el fin de interpretar la Carta en concordancia con el principio democrático y el pluralismo propio de la sociedad. La interpretación del ordenamiento constitucional debe incorporar todas las opciones de la comunidad dentro del marco de la Constitución.

¹⁰⁰ La literatura política a este respecto es amplísima. Desde diversos puntos de vista, los políticos han abordado el conflicto de la legitimidad del régimen militar y del texto aprobado por la Junta en 1980. Ciertamente, las opiniones a este respecto varían según la vereda política del autor, pero es claro que ésta materia ha sido más discutida por políticos que por juristas y constitucionalistas. Puede verse, a manera de ejemplo: AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El reencuentro de los demócratas. Del Golpe al Triunfo del No*, Santiago, Ediciones B, 1998, 412 pp. ARANCIBIA CLAVEL, Patricia *et al*, *Jarpa. Confesiones políticas*, Santiago, La Tercera-Mondadori, 2002, 489 pp. SUBERCASEAUX, Elizabeth, *Gabriel Valdés. Señales de historia*, Santiago, Aguilar, 1998, 209 pp. SCHNAKE, Erick, *Un socialista con historia. Memorias*, Santiago, Aguilar, 426 pp. BOENINGER, Edgardo, *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, Santiago, Andrés Bello, 1997.

Existen dos visiones contrapuestas de interpretar la Constitución: originalismo y lo que podríamos llamar evolucionismo o sociologismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la norma. Mientras la primera busca desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales recurriendo a la intención original de quienes redactaron el texto primario, la segunda entiende que la realidad social que justificó determinadas decisiones en el proceso constituyente es evolutiva, lo que puede significar, a su vez, que el consenso político que genera la Constitución es también evolutivo. Así, a la postura que busca desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma fundamental, se contrapone aquella que busca dotar de sentido a dicha norma, atendiendo más a la realidad actual que al pasado.

A mi juicio, interpretar en forma extensiva el contenido material de la Constitución para adecuarla a las nuevas realidades a las que rige no implica mellar la vigencia normativa de la Carta ni cuestionar su aplicación directa. Por el contrario, significa legitimar su aplicación ante la propia sociedad y actualizar su contenido normativo; no hacerlo implica rigidizar la aplicación de la norma, consolidando la brecha que permanentemente se genera entre la norma constitucional y la realidad constitucional –que debe ser reducida en forma permanente–, escenario que sí pone en riesgo la vigencia normativa de la Constitución.

Esta situación se presenta con particular intensidad en las normas constitucionales de principio. En efecto, en tanto éstas son directa manifestación del consenso político que debe representar la Constitución, son las normas que mayor influencia reciben de la evolución de la sociedad. Así, la rigidez constitucional, concepto derivado de la supremacía constitucional, no debe llegar al punto de congelar el contenido material de las normas de principio (v. g., normas de derechos fundamentales, positivación del principio democrático, entre otras), precisamente porque es a través de estas normas que la comunidad actualiza el contenido de su pacto político.

Una serie de ejemplos y prácticas provenientes del derecho comparado buscan superar una interpretación excesivamente formal de las normas constitucionales, que

ha alejado su interpretación y aplicación de los fines que la sociedad buscaba con su promulgación; ello permite respaldar la necesidad de abrir los clásicos métodos de interpretación, complementándolos con las actuales tendencias en la materia (unas nuevas, y otras no tanto). Repasaré, sólo a modo ilustrativo, algunos ejemplos.

Me interesa destacar el aporte que dos autores han realizado a la interpretación constitucional. El pluralismo político y social propio de las sociedades modernas impide a la constitución actual el desarrollo de un proyecto rígidamente ordenador; la coexistencia de valores y principios en el marco de la constitución obliga a considerar las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto a la hora de determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales, especialmente, de las normas de principio, dado el carácter evolutivo que presenta el Derecho y su directa vinculación con la sociedad.

Así, Gustavo ZAGREBELSKY señala que si la conexión presupuestada por el derecho positivo entre una acción y su resultado social ha experimentado un cambio profundo en la sociedad, la presión del caso, categorizado de distinta forma que en el pasado, impone la transformación de las reglas jurídicas mediante un esfuerzo de adecuación que comprende tanto a la jurisprudencia, como a la legislación y la ciencia del Derecho. Ello lleva al autor a afirmar que “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como un sistema normativo independiente y autosuficiente”¹⁰¹, porque la norma jurídica no busca una justicia abstracta e inmóvil –como sí lo hace la norma moral–, sino que se encuentra permanentemente sometida a fuerzas de transformación e interpretación.

En consecuencia, la interpretación no se puede presentar en abstracto, desconociendo la influencia del caso; la combinación de la naturaleza práctica de la ciencia del Derecho y la pluralidad social actual, han puesto fin a un derecho por reglas propio de un contexto político y social homogéneo, donde el cuestionamiento de los valores fundamentales no llegaba al punto de provocar un problema jurídico. La pluralidad de la sociedad actual genera la explosión subjetivista de la interpretación

¹⁰¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, –5ª edición–, 2003, Madrid, Trotta, p. 138.

del Derecho, ya que se ha agotado un cuadro de principios compartidos por la generalidad. Pero el Derecho debe ser razonable y no cerrarse a esta coexistencia pluralista, sino someterse a la exigencia de composición y apertura. La equidad viene a caracterizar al Derecho actual a través de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia, así como del correctivo final de la omnipotencia de la ley.

A su vez, Peter HÄBERLE teoriza en torno a la idea de constitución abierta y al carácter, consecuentemente abierto, de la interpretación constitucional. El autor expande los clásicos métodos de interpretación constitucional, incorporando a la sociedad en dicho proceso y cuestionando el monopolio estatal a este respecto; entre otros métodos, considera la comparación jurídica como método de interpretación de las normas de derechos fundamentales. Mediante esta nueva técnica, busca incorporar en la interpretación del ordenamiento jurídico los elementos positivizados en otras constituciones, permitiendo que éstas puedan 'comunicarse' entre sí¹⁰².

De esta manera, el intérprete podrá dar soluciones concretas a determinados problemas de aplicación del ordenamiento constitucional recurriendo, legítimamente, a la forma en que dicha situación ha sido normada en otros ordenamientos. Principalmente respecto de los derechos fundamentales, el autor aduce dos argumentaciones: primero, que las normas de derechos se han erigido como principios generales del derecho, según es posible advertir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, y segundo, que algunas nuevas constituciones hacen remisión expresa a los grandes textos de derechos fundamentales, como es el caso del art. 10.2 de la Constitución española, que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, existen dos interesantes ejemplos de modelos jurisprudenciales, en virtud de los cuales se ha extendido la aplicación de las normas constitucionales para garantizar el cumplimiento de los fines que la sociedad espera de dichas normas.

¹⁰² HÄBERLE, *El Estado...*, pp. 162-165.

El primero de ellos lo encontramos en la Corte Constitucional italiana y la interpretación del artículo 32 de la Constitución italiana que reconoce una pluralidad de situaciones relacionadas con el derecho a la salud. El derecho es reconocido no sólo como un derecho subjetivo del individuo, sino como un interés de la colectividad, recibiendo tutela en reconocimiento a esa doble calidad. En tanto derecho subjetivo, el texto de la Constitución reconoce el derecho a recibir prestaciones de salud, garantizando la gratuidad sólo a los indigentes. Sin embargo, aunque dicha disposición no ha sido modificada, la Corte Constitucional la interpretó en forma extensiva, ampliando el objeto del derecho a la salud; así, la gratuidad de las prestaciones es garantizada en forma universal a toda la población y no sólo a los indigentes, como preveía la Carta¹⁰³. Se produjo, de esta manera, una suerte de actualización de la norma constitucional mediante una interpretación de la misma, sin que el tenor literal de la disposición haya sido reformado.

A su vez, el doble carácter del derecho a la salud –en tanto derecho individual y en tanto interés de la colectividad– obedece al carácter social del Estado italiano. Por mandato constitucional, el Estado debe realizar una política social destinada a satisfacer ambos fines del derecho, por lo que el ejercicio del derecho no podría quedar condicionado a los recursos públicos existentes en determinado momento, ya que su núcleo esencial es insuprimible¹⁰⁴. Asimismo, la falta de desarrollo legislativo del derecho no impide el ejercicio del mismo, afirmación extensiva al aspecto prestacional del derecho: una omisión legislativa puede lesionar el bien protegido por el derecho, por lo que es posible que el individuo obtenga una satisfacción del derecho por parte de la autoridad jurisdiccional¹⁰⁵. Así, la jurisprudencia constitucional ha extendido el contenido del derecho por vía interpretativa, señalando que se trata de un derecho subjetivo exigible ante la justicia ordinaria y estableciendo una suerte de

¹⁰³ ROLLA, Giancarlo, *La tutela costituzionale dei diritti*, –2ª edición–, Milán, Giuffré, 2005, p. 57.

¹⁰⁴ ROLLA, *La tutela...*, p. 56.

¹⁰⁵ MORANA, Donatella, “Prime riflessioni sul diritto alla salute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, en: D’ATENA, Antonio y GROSSI, Pierfrancesco, *Tutela dei diritti fonamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffré, Milán, 2004, p. 124.

derecho a reembolso contra el servicio sanitario nacional por los gastos realizados en laboratorios particulares¹⁰⁶.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁷ ha interpretado el Convenio en forma finalista, extendiendo su aplicación a derechos que no se encuentran expresamente reconocidos en él, mediante la protección indirecta de derechos que sí contempla. De esta forma, ha protegido derechos de inmigrantes a pesar de no estar reconocidos en el Convenio: en forma indirecta e interpretando el texto en forma finalista, ya sea con el fin de proteger el derecho a no recibir tratos inhumanos o degradantes (*Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989), o bien, para proteger el derecho a la vida familiar (*Berrehab c. Países Bajos*, 21 de junio de 1988), el Tribunal ha denegado la extradición de inmigrantes. Lo propio ha sucedido con el derecho al medio ambiente, que ha sido protegido en forma indirecta mediante el recurso a la vida familiar (*López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994).

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos asume el Convenio como un texto abierto y en constante proceso de adaptación a las cambiantes realidades a las que debe ser aplicado. En *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, el Tribunal afirma que no es posible desconocer la dimensión social y económica de los derechos protegidos por el Convenio, reconociendo que el ejercicio de derechos sociales o económicos puede constituir un impedimento para el efectivo ejercicio de otros derechos, por lo que no es posible separarlos en forma absoluta. Así, el Tribunal acepta que los derechos sociales y económicos dan contenido a la estructura formal externa de los derechos y libertades clásicos.

¹⁰⁶ MODUNGO, Franco, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, G. Giappicheli, 1995, p. 44.

¹⁰⁷ Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, especialmente pp. 94-110, donde recoge lo expuesto en sus publicaciones previas: "Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad ente derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", en: *Revista de Instituciones Europeas*, v. 18 N° 2 (1991), pp. 431-451 y en "El Convenio Europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales", en: *Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 9-51. Sobre la protección finalista de los derechos sociales, véase SUDRE, Frédéric, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de jurisprudence-fiction?", en: *Reveu Trimestrielle des droits de l'homme* (2003), pp. 755-779.

Por lo demás, mediante una interpretación teleológica del texto en inglés del artículo 1° del Convenio (*shall secure*), el Tribunal ha extendido el contenido de las obligaciones que impone el Convenio, señalando que la protección efectiva de los derechos protegidos por el Convenio impone a los estados obligaciones positivas, en virtud de las cuales deben adoptar medidas destinadas a garantizar el goce efectivo de los derechos protegidos por el Convenio (*Oneryildiz c. Turquía*, 18 de junio de 2002, que extendió el contenido de la libertad de información al deber de informar). Así, a pesar de no estar contemplado por los estados firmantes del texto, el Tribunal incorpora nuevos elementos en el contenido de los derechos, con la finalidad de garantizar un efectivo ejercicio de los mismos, entendiendo que, de la misma forma que los derechos no forman categorías estancas, ellos no imponen solamente obligaciones de abstención. Lo propio ha sucedido con la horizontalidad de los derechos, ya que el Tribunal ha interpretado que sí tienen vigencia entre particulares, aunque el Convenio no lo señale expresamente.

Ambos elementos, tanto la protección de derechos que no figuran en el Convenio como la extensión de las obligaciones de los estados miembros, dan cuenta de una concepción evolutiva del ordenamiento jurídico, que ha de adaptarse permanentemente a las nuevas condiciones de vida que influyen en el ejercicio de los derechos; así, prima una interpretación finalista, destinada a dar una efectiva protección de los derechos garantizados, por sobre una interpretación formal que rigidice la aplicación de las normas.

3. El poder constituyente como fuente de interpretación constitucional evolutiva. El ejemplo del principio democrático.

El recorrido que hemos realizado hasta ahora a través del concepto de poder constituyente y de la interpretación constitucional, es fundamental para enfrentar aquellas normas constitucionales de contenido material evolutivo¹⁰⁸. En efecto, un

¹⁰⁸ A este respecto, véase la clasificación que ALEXY hace de las normas de derechos fundamentales, entre normas con estructura de reglas y normas de principio. Así, mientras las

sistema más o menos rígido de reforma constitucional no es un impedimento para la evolución de los contenidos de las normas. Frente a esta situación, en la que el tenor literal de un artículo de la Constitución puede mantenerse inalterado, en contraste con el inevitable cambio en su contenido, es necesario determinar cómo se ha de interpretar esta (nueva) norma. En este contexto, la definición del poder constituyente y de su legitimidad es fundamental, ya que puede condicionar la interpretación de la Constitución.

Ante esta situación cabe preguntarse quién posee la legitimidad suficiente para interpretar aquellas normas constitucionales cuyo contenido material ha evolucionado, cuestión que en el caso de la Constitución chilena vigente está cargada de una complejidad adicional, ya que el génesis de la Carta carece de la legitimidad democrática necesaria.

En definitiva, la cuestión es la siguiente: ante el cambio en el contenido material de las normas constitucionales, ¿a quién debe recurrir el intérprete para determinar el sentido o alcance de este nuevo contenido normativo?, ¿cuál es la fuente suficiente para la interpretación de una normativa que es posible calificar de nueva y que, por tanto, escapa a las consideraciones que se tuvieron presentes al redactar la Constitución? Ciertamente, la respuesta es muy distinta si entendemos al poder constituyente como una facultad o si, por el contrario, lo identificamos con el pueblo; esta distinción es fundamental para identificar el consenso político que, en el seno de la sociedad, sostiene a la norma. Volveré sobre ello luego de revisar la situación del artículo 4° de la Constitución vigente.

primeras se presentan como acabadas y se aplican en términos de todo-nada, las segundas se presentan como abiertas y, por lo mismo, requieren de una interpretación y ponderación previa a su aplicación, la que se verifica en términos de más-menos. Esta clasificación es aplicable a todas las normas constitucionales y no sólo a las que positivizan derechos fundamentales, principalmente debido al doble carácter de las constituciones políticas: norma jurídica y pacto político. Este doble carácter de toda Constitución explica la presencia de normas reglamentarias y de normas de contenido político, las que se aplican e interpretan de diferente manera. Para la clasificación de las normas de derechos fundamentales, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 81-172.

1. El principio democrático recogido en el art. 4° CPCh es, a mi juicio, uno de los elementos claves del actual ordenamiento constitucional chileno, que permite ejemplificar cómo la Constitución vigente no puede ser interpretada a la luz de las directrices esbozadas en la Comisión Ortúzar, ya no por las objeciones democráticas que se le formulan, sino por el carácter evolutivo de las normas constitucionales de principios.

En efecto, el principio democrático se encuentra reconocido en la Constitución desde 1980; aún cuando el tenor literal de este artículo no ha experimentado ninguna modificación, no es posible señalar que el principio normativo se ha mantenido inalterable en los más de 25 años de existencia (que no de vigencia) de la norma, ni que ha sido interpretado siempre de la misma manera. En efecto, estando este artículo vigente, se han sucedido un régimen dictatorial, un proceso constituyente (1988-90), cuatro gobiernos democráticos a la fecha y un importante proceso de reforma constitucional que culminó con su promulgación en agosto de 2005. Durante estos años, el principio democrático ha experimentado una evolución considerable, que ha permitido la construcción de importantes consensos políticos y sociales que han democratizado considerablemente tanto la Constitución como el régimen de gobierno.

Recordemos que el modelo de democracia que intentó imponer la Junta era el de una democracia protegida, tecnificada y orgánica. Muy crítico del modelo de democracia liberal representativa (que la Junta sindicaba como causa mediata del mismo Golpe), el modelo propuesto busca garantizar la pervivencia de los valores propiamente nacionales ante los vaivenes accidentales del sufragio universal. Con esta democracia protegida, se buscaba garantizar la representación política de los grupos intermedios de la sociedad, aplicando un modelo más bien gremialista o corporativista que representativo; ello permitiría corregir las desviaciones que, a juicio de la Junta, produce la democracia liberal representativa, que se encontraba a merced

de las mayorías de turno. Es, en definitiva, un modelo basado en una profunda desconfianza hacia el modelo de partidos políticos¹⁰⁹.

Este concepto permeó, como no podía ser de otra manera, en el trabajo de la Comisión Ortúzar; sin embargo, es impensable afirmar que dicho concepto de democracia forma parte de la historia fidedigna de la Constitución o que es una manifestación del poder constituyente y que, en razón de ello, debe ser considerado en la interpretación de la norma constitucional hoy vigente.

Claramente, el concepto actual de democracia es completamente diferente, como ha quedado demostrado tras el complejo proceso de reforma constitucional iniciado luego del plebiscito de 1988 y cuya más reciente manifestación, aunque no la última, es la reforma constitucional de 2005. En ella, el contenido material que el poder constituyente le atribuye al principio democrático es considerablemente diferente al atribuido por la Junta en el proceso 1973-80, así como al contenido que se aplicó en la vigencia parcial de la Carta entre 1980 y 1990. Por lo demás, el contenido del principio democrático que intentó imponer la Junta nunca llegó a aplicarse a cabalidad (suspendido entre 1980 y 1990 y reemplazado a partir de 1990); en consecuencia, mal puede considerarse como un elemento de interpretación del actual principio democrático.

Por otra parte, el principio democrático constituye una decisión política de carácter fundamental, que se encuentra positivizada en una norma de rango constitucional; en razón de ello, tiene plena vigencia normativa y puede ser directamente aplicado como cualquier precepto constitucional, vinculando tanto a gobernantes como a gobernados (art. 6° inc. 2° CPCCh). De esta manera, en tanto principio normativo, el principio democrático informa todo el ordenamiento jurídico, erigiéndose sobre éste en una triple dimensión: 1. Fijación teleológica del Estado, es decir, determinación de sus fines, 2. Valor interpretativo sobre el resto del

¹⁰⁹ PALMA, "De la Carta otorgada...", pp. 19-20.

ordenamiento jurídico, 3. Parámetro de constitucionalidad de las normas jurídicas¹¹⁰. El principio en comento constituye un elemento de interpretación del ordenamiento jurídico, ya que su constitucionalización significa el reconocimiento de una serie de componentes (pluralismo, autogobierno, representación y soberanía) que informan el sistema constitucional en su conjunto y que deben reflejarse en la interpretación y aplicación de las normas. Ellos se desprenden directamente de la vigencia normativa del principio democrático y su presencia influye considerablemente en la interpretación de las normas de derechos fundamentales.

Para las tres hipótesis señaladas, será necesario determinar el contenido concreto del principio democrático, ya que los componentes clásicos del principio (pluralismo, autogobierno, representación y soberanía) pueden tener una determinación específica diferente según el contexto histórico y cultural de aplicación.

2. Aun cuando el tenor literal del artículo 4° CPCh no fuera reformado desde 1980, no es posible señalar que su contenido material se haya mantenido inalterable tras los últimos dieciséis años de régimen democrático. Por el contrario, el plebiscito de 1988 que puso término al régimen militar inició un importante proceso de democratización de la Carta, acompañado de una gradual transformación de la propia sociedad.

La oposición democrática decide aceptar la Constitución de 1980, utilizando el propio ordenamiento jurídico para actualizar la Carta e introducir en ella los elementos necesarios para su democratización. De esta manera, tres son los aspectos principales que permiten afirmar la evolución del principio:

En primer lugar, el contenido del principio democrático en 1980 era, paradójicamente, antidemocrático. En efecto, el principio no tenía ninguna vigencia normativa: su proclamación semántica en el marco de una institucionalidad de facto no significó siquiera el establecimiento de los elementos mínimos del Estado de

¹¹⁰ Sobre la triple dimensión de la cláusula social, ámbito en la que ha sido más desarrollada por la doctrina, véase, entre otros, GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 99 ss.

Derecho, como son la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales¹¹¹. En dicho contexto¹¹², es imposible reconocer a dicho principio un contenido concordante con la teoría constitucional moderna.

En segundo lugar, desde la vigencia democrática de la Constitución –única vigencia posible, por lo demás– ésta ha experimentado un importante proceso de democratización. Durante este proceso, el contexto de aplicación de la Constitución cambió considerablemente, tanto en su dimensión normativa como en su dimensión social, lo que incide, directamente, en el contenido del principio, principalmente debido al significado que éste adquiere para la sociedad.

Finalmente, la Constitución comienza un proceso de legitimación a partir del acto constituyente de 1988-89. Aun cuando ciertas reformas no se concretaron sino hasta 2005 y otras se encuentren aún pendientes, la Constitución, en tanto norma jurídica fundamental de la organización política que la sociedad se da a sí misma, resulta legitimada como conjunto normativo a través del ejercicio democrático. La sociedad decide, mediante un acto normativo y solemne que puso fin a un complejo proceso de negociación política, dotarse de una ordenación jurídica que refleja, en mayor o menor medida, las diferentes opciones políticas de los sectores que conforman a la sociedad.

3. El principio democrático es desarrollado por la Constitución en una serie de disposiciones, entre las cuales es posible señalar las siguientes relacionadas con los derechos fundamentales: el derecho de los ciudadanos de participar con igualdad de oportunidades de la vida nacional (art. 1° inc. 5° CPCh), así como en las decisiones de los asuntos públicos, mediante el desarrollo de elecciones periódicas (art. 5° inciso 1° CPCh), el libre acceso a las funciones públicas (art. 19 N° 17 CPCh) o el derecho

¹¹¹ Véase PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, *El Estado de Derecho en la doctrina y práctica constitucional chilena*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1993; el autor pone de manifiesto el uso de ciertas expresiones destinado a provocar efectos políticos pero no normativos, ello, con el fin de atemperar las críticas formuladas desde el extranjero al Gobierno Militar.

¹¹² En el período que va desde septiembre de 1980 a marzo de 1990, el Parlamento no se encontraba en funciones y la Junta de gobierno retenía los poderes legislativo y constituyente (18ª y 19ª disposiciones transitorias CPCh, actualmente derogadas); asimismo, los alcaldes eran designados y removidos libremente por el Jefe de Estado general Augusto Pinochet (15ª disposición transitoria CPCh, actualmente derogada).

de petición (art. 19 N° 14 CPCh). Asimismo, la Constitución asegura la libre manifestación del pluralismo, ya sea político (libertad de emitir opinión, art. 19 N° 12 CPCh; derecho de reunión, art. 19 N° 13 CPCh; derecho de asociación, art. 19 N° 15 CPCh) o social (libertad de conciencia y de culto, art. 19 N° 6 CPCh; el derecho a sindicación, art. 19 N° 19 CPCh).

Estas normas constitucionales fueron promulgadas en 1980, por el régimen militar; sin embargo, durante todo el período preconstitucional, estas disposiciones carecieron de vigencia normativa y efectividad, conformando declaraciones meramente semánticas, que coexistían con la concentración de los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente en la Junta de Gobierno y las graves restricciones a los derechos fundamentales y las libertades públicas. La plena vigencia normativa de estas disposiciones no es efectiva sino hasta el inicio de los gobiernos democráticos en 1990, la que fue complementada con sucesivas reformas constitucionales. Ello permite comprender la sustancial transformación que experimentó este principio desde su proclamación en 1980, ya que su contenido durante el período preconstitucional de 1980-1990 no tiene relación alguna con su contenido actual, el que ha sido desarrollado por la propia Constitución.

Asimismo, el principio se encuentra desarrollado por otras disposiciones constitucionales destinadas a regular el funcionamiento institucional del Estado, cuya modificación da cuenta de la transformación del principio democrático de la Constitución. Entre ellas, cabe destacar las normas de composición del Parlamento, especialmente respecto del régimen electoral y la composición del Senado, las normas referentes a la composición y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional, así como las normas referentes a la posición de las fuerzas armadas en el orden institucional.

Todas estas normas fueron sustancialmente modificadas en la reforma constitucional de 2005, según lo comentado previamente, transformando completamente el contenido constitucional del principio democrático, que deja de obedecer a la concepción que tuvo el régimen militar para pasar a reflejar efectivamente al pluralismo que compone la sociedad.

Las normas constitucionales que hoy desarrollan el principio democrático obedecen a una realidad constitucional completamente diferente a la de 1980, no sólo por el régimen político de cada momento histórico, sino por la forma en que la propia Constitución desarrolla el principio.

4. Finalmente, la actual posición del principio democrático en el ordenamiento constitucional implica ciertas consecuencias que han de ser consideradas con algún detenimiento.

a. Una interpretación acorde con el contenido actual del Estado de Derecho debe eliminar las diferencias materiales que impidan un igual ejercicio de los derechos fundamentales. El principio democrático, recogido por la Constitución chilena, debe interpretarse en armonía con los elementos del actual Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra la cláusula social. Aun cuando la Carta no reconoce expresamente dicha cláusula, existen diversas disposiciones que la incorporan normativamente, lo que permite afirmar que la teoría que hoy permite la Constitución vigente incluye el principio social.

b. El reconocimiento constitucional del principio democrático y del pluralismo impiden a la Constitución imponer determinado proyecto político; por el contrario, el reconocimiento de la diversidad social y política que compone la sociedad permite la concurrencia de diferentes programas que compiten democráticamente por hacer valer sus proyectos mediante el ejercicio del poder. La Constitución pasa a ser el marco dentro del cual encuentran cabida las diferentes visiones políticas presentes en la sociedad, cada una con legitimación suficiente para ejercer el poder político. Así, el principio democrático y el pluralismo condicionan el ordenamiento jurídico y a la propia actividad del Estado al pleno respeto de las diferencias existentes entre los ciudadanos propio del pluralismo.

c. Considerando la vigencia normativa de todos los preceptos de la Constitución, y aceptando este cambio en el contenido material del principio democrático, es posible concluir que el ordenamiento constitucional en su conjunto obedece, actualmente, a una teoría constitucional diferente a la que le sustentó originalmente. Los principios

que constituyen el Estado de Derecho cumplen la función, entre otras, de herramienta de interpretación del ordenamiento. Así se ha afirmado por la doctrina, principalmente respecto de la cláusula del Estado social y así creo que debe suceder con todos los principios fundantes del Estado de Derecho.

La interpretación del ordenamiento constitucional ha de respetar el principio de unidad y coherencia, en virtud del cual “todas las normas deben interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales, produciendo, por el contrario, la armonía con todos los restantes preceptos constitucionales”¹¹³; por su parte, el aspecto negativo de este principio señala que “no puede ser correcta la interpretación de la Constitución que anule la posible aplicación de algún precepto”¹¹⁴. Así, la interpretación del ordenamiento deberá ser armónica con el actual contenido material del principio democrático que ha sido desarrollado por la Constitución.

El ordenamiento jurídico no puede ser indiferente a la evolución de los principios que lo sustentan; debe, por el contrario, mantener una suerte de permeabilidad que le permita incorporar dicha evolución, pero sin que ello signifique poner en riesgo la vigencia normativa de la Constitución. Sin embargo, tampoco puede mantenerse inmóvil ante tal situación ya que, en definitiva, es el reflejo de una opción política adoptada por el poder soberano, en tanto sujeto del poder constituyente (art. 5° inc. 1° CPCh).

En este orden de cosas, la evolución que experimenta el Estado de Derecho es determinante para la aplicación de todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Tal como sucedió con la crisis del Estado liberal de Derecho, que determinó el surgimiento de un nuevo paradigma jurídico completamente diferente, lo propio ocurre con la actual Constitución.

La constitucionalización de diferentes principios, en concordancia con el pluralismo de la sociedad, impone que estos sean relativizados entre sí para su

¹¹³ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 198.

¹¹⁴ ALONSO, *La interpretación...*, p. 199.

armónica aplicación; esta situación también significa un cambio en la concepción del Derecho¹¹⁵.

d. A este respecto, discrepo de lo que FERNANDOIS denomina derecho constitucional 'hipotético', por oposición al 'real'; señala que "mientras para el constitucionalismo hipotético la Constitución es un mero parámetro, flexible y mutable, que sirve de simple referencia al ejercicio del poder estatal, para nosotros el precepto constitucional es una norma jurídica propiamente tal, dotada de todos sus atributos: vinculante, coercitiva, que exige o permite conductas más o menos precisas del Estado, y cuyos alcances resultan posibles de desentrañar con objetividad mediante un sistema de interpretación. Creemos que la norma constitucional puede ser dinámica, pero es, en definitiva, Derecho, aún tratándose de las disposiciones de aquellas llamadas programáticas, que formulan ideales más amplios de acción para el Estado"¹¹⁶.

El autor califica negativamente el carácter flexible de la Constitución, olvidando que ella es el fruto del pluralismo que compone a la sociedad, en la medida que obedece a las opciones políticas consensuadas por el constituyente. La rigidez constitucional que el autor disfraza tras la vigencia normativa de la Constitución y la supuesta verdad objetiva de su interpretación, son incompatibles con la realidad actual de la sociedad, en la que coexisten diferentes proyectos políticos y personales; por lo demás, este pluralismo se encuentra reconocido por la Constitución, que entrega al Estado el deber de proteger, según señala el art. 1° incs. 4° y 5° CPCh, entre otras.

Por lo demás, ni la interpretación constitucional puede ser objetiva, ni las normas constitucionales pierden el carácter de Derecho por positivizar principios. La forma en que estos principios se concretizan varía permanentemente, por cuanto atienden a una serie de factores que son, en sí mismo, variables, comenzando por la especialidad del caso al que se apliquen. No todas las normas de la Constitución se

¹¹⁵ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, pp. 34 y 95-97.

¹¹⁶ FERNANDOIS V., Arturo, "La píldora del día después. Aspectos normativos", en: *Estudios Públicos* N° 95 (2004), p. 92.

encuentran estructuradas en términos de todo o nada, es decir como reglas, que permiten una objetividad en su aplicación. Por el contrario, las normas de principio han de ser concretadas según el caso al que se aplican, cuyas circunstancias jurídicas y fácticas resultan determinantes.

La positivización de principios y el cambio en su contenido no mella la normatividad de la Constitución; por el contrario, actualiza el mandato constitucional del pueblo soberano según su contexto de aplicación. Me parece que el valor de la norma ni puede ser objetivo ni puede extraerse mecánicamente de ella, sino que depende de su contexto normativo; éste dice relación tanto con el ordenamiento jurídico dentro del cual se inserta la norma, como con el contexto socio-político, en la medida que la interpretación jurídica incorpora la permanente relación entre derecho y política, conceptos que se condicionan recíprocamente. Aceptar lo contrario significa absolutizar las opciones políticas propias de un momento histórico pasado, que no satisface adecuadamente las exigencias de una sociedad en permanente transformación; ello implica negar la vigencia normativa del principio democrático, por cuanto impide que sea la propia comunidad la encargada de dotarse de un ordenamiento constitucional.

5. Visto el carácter evolutivo de ciertas normas constitucionales, especialmente las de principio, es necesario entrar en la relación existente entre esta realidad y el poder constituyente en tanto factor de interpretación constitucional.

En esta materia, la opción mayoritaria de la doctrina constitucional chilena, en el sentido de definir al poder constituyente a partir de la facultad de redactar una Constitución y su consecuente identificación con la Comisión Ortúzar, choca con dos elementos centrales: en primer lugar, la ilegitimidad de origen del texto aprobado por la Junta, especialmente frente a la evolución de las normas aprobadas en 1980; en segundo lugar, la facultad de redactar una Constitución se explica por determinadas circunstancias históricas, cuya realidad se agota en ellas; pero si entendemos que el pueblo es el poder constituyente, su realidad es permanente y paralela a la Constitución, lo que permite recurrir a él, legítimo depositario del consenso político

que refleja la Constitución, para determinar el sentido de las normas cuyo contenido ha evolucionado.

4. Manifestación del poder constituyente en Chile.

1. La realidad del proceso que comenzó con la designación de la Comisión Ortúzar y que acabó con la discutida promulgación de la Carta en 1980, dista de ser un proceso constituyente propiamente tal. Una serie de factores, tanto materiales como formales, desacreditan completamente el trabajo de esta Comisión, cuyo carácter no democrático impide identificarlo como poder constituyente.

Es determinante considerar el contexto histórico de elaboración de la Constitución de 1980. El proceso se inició a los pocos días del golpe de Estado, en total ausencia de protección de los derechos fundamentales, sin la garantía de los mínimos elementos de la democracia: los exilios, las detenciones ilegales y las torturas constituyeron la realidad inmediata del nuevo régimen. Los primeros años fueron los más duros en la represión de la comunidad, que vivió en un permanente estado de excepción constitucional; ciertamente, el ordenamiento vigente a septiembre de 1973 fue desconocido y progresivamente reemplazado por la legalidad que la propia Junta se otorgó, cuya aplicación dependía de ella misma.

De esta manera, la Junta se ubica por sobre la Constitución y por sobre el Derecho, ya que de ella depende su generación y aplicación, sin que exista un mínimo de control sobre sus actos (baste recordar que ya en el DL N° 1 de 1973, la Junta señala que respetará la Constitución vigente sólo en la medida que la situación del país lo permita). Esta falta de alteridad entre génesis y aplicación del Derecho significa una grave infracción a dos de los tres pilares básicos del Estado de Derecho: separación de poderes y principio de legalidad. En este contexto, ningún derecho fundamental se encontraba efectivamente garantizado; ciertamente, los derechos políticos formaron parte de esta desprotección, con lo que cae el tercer pilar del Estado de Derecho.

La completa ausencia de los mínimos elementos democráticos del poder constituyente es una de las principales características de este proceso. Una Comisión impuesta y sostenida por la fuerza, sin legitimidad política alguna y, ciertamente, no representativa de la comunidad, fue la que dio inicio a este proceso, que terminó con la revisión final del proyecto por parte de la Junta militar, antes del cuestionado referéndum de septiembre de 1980.

En efecto, la Comisión Ortúzar no tiene su origen en una votación popular ni recibe la representación del pueblo en cuanto legítimo titular del poder constituyente; por el contrario, se trata de un cuerpo dependiente de un gobierno de facto que se impuso y se sostiene por la fuerza, razón por la cual carece de toda legitimidad política. Ciertamente, este proceso no aprueba los requerimientos mínimos de legitimidad política necesaria en un poder constituyente representativo de la comunidad. Recordemos lo señalado previamente: la Junta suprimió el poder constituyente del pueblo y se arrogó su ejercicio, por sí y ante sí, a través de actos normativos que intentaban cubrir su falta de legitimidad con un manto aparente de legalidad.

Se trata, en definitiva, de un proceso no democrático, cuyo resultado inmediato, la Constitución, sólo puede considerarse como tal en sentido semántico. En efecto, no cumple con los tres elementos mínimos de una norma fundamental, los que forman parte del constitucionalismo desde 1789: no divide efectivamente el ejercicio del poder, ya que la Junta concentra los poderes constituyente, legislativo y ejecutivo, no consagra efectivamente el principio de legalidad, ya que los actos de la Junta – principal órgano de poder– se encuentran autorregulados, y no garantiza en forma real y efectiva el ejercicio y protección de los derechos fundamentales más elementales.

Durante los años de historia no democrática de la Carta –entre 1980 y marzo de 1990–, no es posible hablar de un régimen constitucional, por lo que mal puede hablarse de un poder constituyente¹¹⁷.

2. El plebiscito de 1980. El 11 de septiembre de 1980 se verificó una consulta popular destinada a obtener la ratificación de la ciudadanía del trabajo realizado por la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, sometiendo el texto de la Constitución al escrutinio popular. Ciertamente, la Junta buscaba legitimar el pretendido proceso constituyente. Ese día, la Constitución fue aprobada por el 67,04% de los votos escrutados.

Sin embargo, no es posible entregar simplemente este dato sin considerar que esta consulta generó una serie de cuestionamientos, debido a la ausencia de los elementos mínimos que permiten garantizar la libre manifestación de los electores y el control del proceso electoral. Este acto fue cuestionado por sectores afines al Régimen¹¹⁸ e impugnado por la oposición de centro y de izquierda, pero sin obtener ningún resultado: la actividad opositora del Grupo de Estudios Constitucionales pasó de exigir la conformación de una asamblea constituyente a la reconstitución de los

¹¹⁷ Lo propio entienden CRISTI y RUIZ-TAGLE, quienes al clasificar las etapas republicanas en Chile omiten el período 1973-1990, que no es considerado por los autores como una República (CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile. Teoría práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, Lom, 2006, p. 130).

¹¹⁸ En 1979 la revista *Qué Pasa* se hacía eco de la demanda de los sectores afines al Régimen Cívico Militar de que el texto constitucional fuera sometido a un *plebiscito con garantías*, así como a debate público.

Así por ejemplo en la semana del 1 al 7 de febrero de 1979, pág. 11, se señalaba: “En lo que la mayoría de aquellos que siguen el tema constitucional coincide es en buscar una fórmula que permita un plebiscito que dé plenas garantías. Hay quienes piensan que un buen sistema podría ser el de formar una Alta Comisión Electoral, compuesta por gente indubitada, para que ella, a su vez, proponga las normas que reglamentarían la consulta. Al mismo tiempo, la Comisión estaría encargada, por un lado, de establecer un régimen provisional de inscripción electoral que funcionara el día del plebiscito, y, por otro lado, de resolver las reclamaciones que se presentaran después de la consulta. Los partidarios de esta idea creen que si, a pesar de esta fórmula, hay sectores que se negaran a confiar o participar en esa Alta Comisión, significaría que en este país ‘estamos todos locos’”.

El tema siguió preocupando (Qué Pasa, 5 al 11 de julio de 1979, 9): “...la interrogante se abre sobre la forma en que será canalizado el debate constitucional, previo al plebiscito. Debate que puede ser anterior o paralelo al estudio del informe del Consejo de Estado por parte del Presidente y de la Junta de Gobierno.

Véase PALMA, “De la Carta otorgada...”, p. 13.

registros electorales destruidos en 1974; ambas exigencias, claramente democráticas, fueron desoídas por la Junta.

Las irregularidades que presentó el plebiscito de 1980 impiden considerarlo como una manifestación libre y democrática de la voluntad popular, consignándose, entre otras, las siguientes irregularidades: el plebiscito se realizó durante la vigencia del estado de emergencia y en la época más dura de la represión política, encontrándose proscritos los partidos políticos y con importantes restricciones a los derechos de asociación y reunión, lo que impidió una adecuada información de la población acerca del plebiscito al restringir al máximo la expresión de la oposición; asimismo, el plebiscito se realizó sin registros electorales y no contó con un recuento electoral independiente (de hecho, las mesas electorales y el recuento de votos estaba a cargo de los alcaldes, todos designados por la Junta quienes, a su vez, debían designar los vocales de mesa para la votación y supervisar la votación¹¹⁹). Para votar, bastaba la sola presentación de la cédula de identidad, vigente o no, en cualquier sede de votación, independientemente de su lugar de residencia, y el control se realizaba mediante una marca de tinta indeleble en el pulgar derecho. Asimismo, el sistema de recuento también presenta irregularidades, entre otras, que los votos en blanco fueron contabilizados como votos Sí.

Aunque no se sabe a ciencia cierta cuál habría sido el resultado del plebiscito si se hubiesen respetado las exigencias propias de un acto democrático como este, existe un estudio basado en un trabajo de campo realizado el 11 de septiembre de 1980, que da cuenta de una serie de irregularidades del proceso electoral propiamente tal: contabilización de votos No como nulos o Sí, diferencias entre el número de votos y el número de firmas, recuentos secretos, entre otras. Eduardo HAMUY, autor del estudio, afirma que en Santiago podría haber ganado la opción No,

¹¹⁹ A mayor abundamiento, el Subsecretario de la Secretaría General de Gobierno distribuyó la circular N° 112/6 entre los funcionarios públicos, en la que instruía acerca de su proceder en la preparación y ejecución del plebiscito. Véase CAVALLLO et al, *La historia oculta del régimen militar. Memoria de una época. 1973-1988*, Santiago, Mondadori, 1997, pp. 444-445. Los autores dejan constancia de la extraña conformación de las mesas y de los listados de sus presidentes, en los que es posible identificar familias enteras y altos ejecutivos de diferentes empresas, p. 446.

lo que permite cuestionar la legitimidad del plebiscito desde un nuevo punto de vista¹²⁰.

Por lo demás, es necesario señalar que el plebiscito es convocado en virtud del poder constituyente de la Junta, según consta en el Decreto Ley 3.464 de 1980, en el que la Junta somete a aprobación el texto del proyecto, pero sin contemplar las consecuencias jurídicas de un eventual triunfo de la opción No. Es decir, el resultado del plebiscito no significaba ninguna consecuencia jurídica, ya que, como mucho, podría caer el texto del proyecto, pero no la Junta ni su régimen.

Por todo lo ya señalado, el plebiscito puede ser calificado como un montaje, destinado a maquillar de legitimidad a un régimen que careció de ella desde el origen. BARROS lo señala de la siguiente manera: “Así, la ratificación plebiscitaria tenía lugar bajo condiciones de imparcialidad muy cuestionables, lo que llevaba a la oposición a descalificar el acto como una prueba válida de apoyo a la nueva Constitución. Tanto en sus orígenes como en su forma de ratificación, la Constitución de 1980 aparece nada más que como una imposición a la fuerza, un acto coercitivo que, de acuerdo a los principios del derecho público, era jurídicamente nulo y vacío”¹²¹.

3. Las consideraciones anteriores deslegitiman completamente el proceso histórico que comienza en 1973 con la designación de la Comisión de Estudios, poco después del golpe de Estado, y que termina con el plebiscito de septiembre de 1980. Este proceso y su realidad histórica ya comentada contradicen completamente lo que el derecho constitucional entiende por poder constituyente. Por esta razón, y a fin de evitar que los términos utilizados por la doctrina generen confusiones conceptuales, creo que es más coherente desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucional contemporáneo, asumir que se trata de una realidad histórica de la Constitución vigente, no democrática y de carácter preconstitucional, por lo que presenta muy poca utilidad para interpretar y aplicar sus disposiciones. Por lo ya

¹²⁰ HAMUY, Eduardo, “El plebiscito de 1980. Un problema de legitimidad”, en: *Primer Congreso Chileno de Sociología, 1984*, Santiago, Colegio de Sociólogos de Chile. Otras irregularidades durante el escrutinio de los votos en CAVALLO *et al*, *La historia oculta...*, p. 456.

¹²¹ BARROS, Robert, *La Junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, Santiago, Sudamericana, 2005, p. 212.

señalado, me parece que bajo ningún punto de vista, el proceso 1973-80 puede ser considerado como manifestación auténtica de poder constituyente.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado desde la perspectiva democrática y constitucional del régimen actual, y no bajo el prisma de un período que carece de ambos elementos: ni es democrático ni es constitucional.

Sin embargo, y en consecuencia con la afirmación inicial de la íntima relación entre el derecho constitucional y el poder constituyente, no es posible avisar la falta de legitimidad del proceso de redacción constitucional chileno sin reafirmar la existencia de un poder constituyente en plena regla; ello significaría, prácticamente, eliminar el objeto de estudio del derecho constitucional chileno.

Previamente, he conceptualizado al poder constituyente como un proceso político mediante el cual un pueblo determinado se da a sí mismo una ley fundamental política, es decir, se dota de un ordenamiento constitucional. Asimismo, he señalado como elementos imprescindibles su carácter democrático, representativo del pluralismo propio de la sociedad moderna, y la legitimidad política de la comunidad que construye un consenso respecto a los principios fundamentales sobre los cuales se ordena jurídicamente la convivencia en comunidad. De esta forma, el poder constituyente chileno debe cumplir con dichas exigencias.

En 1988-89 se inició el proceso que puso fin al régimen militar; utilizando el cronograma previsto por la propia Junta, la oposición democrática ganó el plebiscito de octubre de 1988, que dio inicio a un largo proceso de democratización de la Constitución. En él, los partidos políticos consensuaron una serie de importantes reformas a la Carta, que significaron el inicio de la desmantelación del sistema tutelado que pretendía mantener la Junta. La norma fundamental resultante es representativa de un amplio sector de la sociedad, y aunque su democratización puede considerarse pendiente, la comunidad participó directamente de su redacción. En definitiva, esta reforma significó el inicio de un proceso a través del cual se incorporan a la Constitución los principios y modelos de sociedad que fueron excluidos en 1980. Así, el pluralismo propio de la sociedad actual permite flexibilizar la

interpretación y aplicación de la Carta, ya que surge la necesidad de consensuar la convivencia de diferentes visiones en el marco de la Constitución.

En virtud de este consenso, se modificó sustancialmente la Constitución aprobada en 1980, eliminando una parte importante de los elementos no democráticos y más representativos del régimen saliente (el resto de estos elementos han sido eliminados progresivamente). Se orientó la Constitución hacia interpretaciones originalmente ausentes, principalmente respecto de los derechos fundamentales con la incorporación del inciso 2° al artículo 5° CPCh; asimismo, se modificó el sistema de reforma constitucional, disminuyendo la excesiva rigidez inicial. Es importante tener presente que todo este proceso se desencadenó mediante una votación democrática, libre e informada, con registros electorales nuevos y transparentes y sometida a la observación de los organismos internacionales.

Es en virtud de este proceso histórico que la sociedad chilena se dota a sí misma de una Constitución, reemplazando el régimen dictatorial por un régimen democrático. Este proceso es el génesis de la Constitución chilena en tanto constitución democrática, que inicia el período propiamente constitucional, suspendido desde 1973. Así, el actual Estado constitucional y democrático de Derecho vigente en Chile no puede ser interpretado según los cánones de una realidad preconstitucional y no democrática, ya que la Constitución, en tanto norma fundamental que la comunidad se da a sí misma, sólo nace luego del proceso de 1988-89.

Por lo demás, la actualización de la Constitución, especialmente con la reforma de 2005, no sólo ha permitido mantener cierto equilibrio entre realidad constitucional y derecho constitucional, sino que ha permitido una progresiva democratización de la Carta, superando la concepción de una democracia tutelada que pretendía imponer el régimen militar. La doctrina constitucional debe incorporar la evolución de los consensos al interior de la comunidad y su especial posición como fuente de Derecho, aceptando la total inaplicabilidad de las opciones políticas y los criterios interpretativos sostenidos durante el período preconstitucional que acaba en 1988-89.

Por lo anteriormente expuesto, entenderé por poder constituyente chileno al proceso político que terminó en un acto legislativo extraordinario de 1989, que reflejó la voluntad de toda la comunidad estatal, caracterizado por una plena legitimidad política y que implementó en Chile un régimen constitucional y democrático. En virtud de estas argumentaciones, hablaré de la Constitución Política de Chile de 1989, aquella que se encuentra legitimada por el poder constituyente, reflejo de un amplio consenso político y ratificada democráticamente.

5. Consecuencias jurídicas de la identificación del poder constituyente en 1989.

1. Antes del golpe de Estado de 1973, el poder constituyente se había manifestado por última vez en la reforma constitucional de 1971, en la aprobación del llamado Estatuto de Garantías Constitucionales. Después del golpe, la Junta se arrogó el ejercicio de este poder, pero lo cierto es que nunca lo ejerció, ya que el pueblo no delegó democráticamente su ejercicio, ni ratificó suficientemente lo obrado en sus años de gobierno.

Cierto es que la Junta generó un ordenamiento jurídico, más o menos estable, que rigió al país entre 1973 y 1990. Sin embargo, en ningún caso, como se dijo, dicho orden obedece a la manifestación del poder constituyente, esencialmente porque siempre careció de la legitimidad democrática que requiere una Constitución en tanto decisión política de la comunidad, quien determina el ordenamiento que le rige.

En definitiva, no cualquier poder que genera una Constitución es poder constituyente, de la misma forma que no toda norma fundamental puede recibir el nombre de constitución¹²².

No debemos olvidar que la constitución es, esencialmente, un pacto político que refleja el consenso al que ha llegado la sociedad sobre los asuntos fundamentales de su convivencia; de aquí que el principio de autogobierno del pueblo es fundamental en

¹²² PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, p. 116.

el constitucionalismo, ya que es el pueblo quien, en tanto poder constituyente, determina el contenido material de su norma fundamental. GARCÍA DE ENTERRÍA lo señala con claridad: “en la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivativo de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales”¹²³.

En consecuencia, estamos en presencia de la manifestación de un poder, que ni es legítimo ni dio origen a una constitución; por lo tanto, es posible concluir que el poder constituyente se mantuvo silente en el pueblo luego del golpe, y sólo se manifestó en el proceso 1988-89. Mediante esta manifestación, el poder constituyente dio paso a los gobiernos democráticos e inició un largo proceso de reforma constitucional, destinado a democratizar el texto.

Siguiendo esta línea argumental, la Constitución chilena vigente sólo es una constitución propiamente tal a partir de la ratificación democrática de las reformas de 1989 y su efectiva puesta en marcha en 1990, al asumir el primer gobierno democrático y el Congreso Nacional. En consecuencia, como no es posible desconocer que el texto de la Norma Fundamental vigente tiene una realidad previa, su historia se divide en dos períodos claramente diferenciables: el primero, va desde el 11 de septiembre de 1980 hasta el 10 de marzo de 1990; el segundo, comienza el 11 de marzo de 1990 y sigue hasta nuestros días. Hacer esta distinción es fundamental para interpretar y aplicar la Constitución, ya que ambos períodos son absolutamente contrapuestos, por lo que los elementos de uno no pueden ser trasladados al otro. En efecto, mientras sólo es posible hablar de una Constitución propiamente tal a partir de 1990, el período previo ni siquiera reúne los elementos

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, –4ª edición–, Madrid, Civitas, 2006, p. 50.

mínimos del Estado de Derecho, por lo que mal se puede hablar de la vigencia de normas constitucionales¹²⁴.

Por otro lado, durante el primer período señalado, la llamada Constitución no es la norma fundamental del Estado, ya que ésta depende directa y exclusivamente de la voluntad de la Junta de gobierno, que la ha redactado por sí y ante sí. De esta manera, tal como ocurrió entre 1973 y 1980 con la Constitución de 1925, la Carta queda sometida a la voluntad de quien ejerce el poder y no es el poder, como mandan los principios del Estado de Derecho, quien se somete a la Constitución. Por tanto, no se cumple uno de los requisitos básicos de control del ejercicio del poder (elemento propio del Estado constitucional de Derecho), cual es la alteridad entre quien genera las normas, quien ejerce el poder y quien controla dicho ejercicio, ya que la Junta genera las normas en virtud de las cuales ejerce el poder, a la vez que se encuentra por sobre la norma fundamental.

En definitiva, la historia de la Constitución chilena hoy vigente presenta una interesante contradicción: su período de vigencia normativa no concuerda con su período de existencia histórica. En efecto, aun cuando la Constitución existe desde 1980 –aceptando una concepción amplia del término–, sólo goza de vigencia normativa desde el 11 de marzo de 1990.

Sincerando la aplicación de los elementos del constitucionalismo moderno a la realidad chilena, sólo es posible afirmar que la Constitución vigente es una constitución propiamente tal, a partir del 11 de marzo de 1990; en consecuencia, entre el 11 de septiembre de 1973 (día del fin de la vigencia normativa de la Constitución de 1925) y el 11 de marzo de 1990 (día en que el Presidente democráticamente electo jura la Constitución) Chile no tiene constitución.

En efecto, el primer período se encuentra determinado por dos situaciones paradigmáticas: a partir de 1973, la Junta se arroga el ejercicio del poder

¹²⁴ Recordemos la expresión de SILVA BASCUÑÁN, sobre la desconstitucionalización de las normas constitucionales ante el poder omnímoto de la Junta; Actas de la Comisión Ortúzar, Sesión N° 14, 8.11.1973, p. 8.

constituyente, permitiéndose modificar en forma expresa o tácita la Constitución de 1925 (Decretos Leyes N^{os} 1 y 125 de 1973, y 788 de 1974), situándose por sobre la propia norma constitucional. Luego, el texto promulgado en 1980 nunca entró en vigor, ya sea por la suspensión de los órganos constitucionales, por la aplicación de las disposiciones transitorias¹²⁵ o el permanente estado de excepción (en sentido genérico).

La vigencia normativa efectiva de la Constitución comienza con el segundo período de su existencia, es decir, a partir del 11 de marzo de 1990. En efecto, sólo a partir de esa fecha, en la que el electo Presidente de la República jura el cumplimiento de la Norma Fundamental, se pone término a la situación imperante desde septiembre de 1973, en la cual la voluntad de la Junta se impuso por sobre el ordenamiento jurídico, ya sea respecto de la Constitución de 1925, ya sea respecto del propio ordenamiento aprobado por la Junta. Con el juramento del Presidente electo, se inicia la vigencia normativa de una norma fundamental del Estado constitucional de Derecho, el artículo 6° incs. 1° y 2° de la Carta: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dicho órganos como a toda persona institución o grupo”¹²⁶.

Sólo a partir de este momento se consolida el principio de la supremacía constitucional, instaurando a la Constitución como la norma fundamental del Estado, a la cual se someten todas las autoridades, incluso la máxima magistratura. Ello constituye un cambio fundamental en la realidad constitucional chilena, ya que el período anterior (1980-1990) se caracterizó por la dualidad constitucional que acusa

¹²⁵ En efecto, luego de 1980, las disposiciones transitorias se erigieron como una ‘constitución paralela’ que dejó sin efecto ni aplicación el articulado permanente: “al momento de ser promulgada, no obstante, el dualismo de los artículos permanentes y transitorios hacían que las disposiciones permanentes de la Constitución de 1980 fueran en gran medida nominales y declarativas: el marco normativo del régimen civil y los pasos que llevarían a él no eran más que promesas –y promesas no demasiado creíbles– puesto que la constitución semántica contenida en los artículos transitorios no sólo reafirmaba el status quo de la dictadura, sino que también le otorgaba al Presidente nuevas facultades represivas, disponibles sin importar si estaba vigente o no el estado de excepción”, BARROS, *La Junta militar...*, p. 210.

¹²⁶ Texto aprobado en el referéndum de 1989. La reforma constitucional de 2005 modificó el inciso 1°, que hoy dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, y garantizar el orden institucional de la República”.

BARROS¹²⁷, en la cual el articulado transitorio se impone sobre el permanente, posicionando a Pinochet por sobre el ordenamiento constitucional, es decir, al poder por sobre el Derecho.

Sin embargo, no es posible desconocer una realidad histórica: la existencia de la Comisión Ortúzar y la escrituración original de la Constitución hoy vigente. Pero, en concordancia con lo expuesto en las páginas precedentes, principalmente con los elementos propios del constitucionalismo democrático, es imprescindible relativizar ambas realidades y contextualizarlas debidamente frente a la Constitución hoy vigente, especialmente en materia de interpretación constitucional. En efecto, no es posible trasladar al período propiamente constitucional, los criterios interpretativos utilizados en el período anterior, carente de legitimidad democrática y de lo que podríamos llamar suficiencia constitucional.

2. Esta situación obliga a dividir aguas en materia constitucional, distinguiendo el ordenamiento previo al proceso 1988-89 que finaliza con el juramento a la Constitución en 1990, del ordenamiento propiamente constitucional que se inicia el 11 de marzo de 1990.

CRISTI aprecia claramente la diferencia sustancial que se produce en materia de vigencia normativa de la Constitución luego de 1990 (aunque para el autor el cambio sustancial se produce en la titularidad del poder constituyente, que pasa de la Junta al pueblo, cuestión de la que disiento, como ya se ha señalado). Ejemplifica esta situación a través de la jurisprudencia constitucional. Para el autor, correctamente a mi juicio, resulta claro que el ordenamiento previo a 1990 no puede ser definido como una república democrática (aunque el artículo 4° de la Constitución así lo señale), a diferencia del período que se inicia en marzo de 1990, que sí lo es.

Aunque CRISTI persiste en fundamentar su argumentación en el cambio del poder constituyente, llega a una conclusión que comparto plenamente: “la Constitución chilena actual, y las instituciones que valida, no corresponden a la

¹²⁷ BARROS, *La junta militar...*, pp. 207-213.

Constitución de 1980”¹²⁸. En consecuencia, mientras la Constitución actual condiciona y determina el trabajo del Tribunal Constituyente, ya que debe someter su actuar a la Constitución vigente, a la vez que utilizarla como parámetro en el control del constitucionalidad, el texto escriturado entre 1980 y 1990 no constituye limitación alguna al trabajo del Tribunal. CRISTI lo afirma apoyado en que se trata de textos aprobados por poderes constituyentes diferentes; yo afirmo que se debe al carácter propiamente constitucional del texto hoy vigente, elemento del que carece el texto entre 1980 y 1990.

Sólo a partir de 1990, la norma fundamental es una Constitución propiamente tal; y sólo entonces ésta se erige como parámetro de constitucionalidad del ordenamiento jurídico y como marco principal de la sociedad. Por lo tanto, tanto el Tribunal Constitucional como toda institución y persona, se encuentra sometido a las normas y principios fundamentales contenidos en la Constitución vigente, pero no desde 1980, sino desde 1990. Este es el ámbito material de la supremacía constitucional: el marco normativo y principal de la Constitución se define a partir de 1990, ya que el poder constituyente rechazó el modelo diseñado por la Junta.

Recordemos que el art. 6° de la Carta sólo se encuentra vigente a partir de que el Presidente electo jura la Constitución, haciendo aplicable el principio de la supremacía constitucional, y de su fuerza normativa, para toda la comunidad, desde entonces. Sin embargo, ello no es aplicable al primer período histórico del texto, que va de 1980 a 1990, no sólo porque su fuente de legitimidad no es el poder constituyente, sino porque su efectiva vigencia se encontraba sometida a la voluntad de quien ejerció el poder en dicho período.

En virtud de estos razonamientos, el Tribunal Constitucional está habilitado para juzgar y cuestionar la validez o legitimidad de las disposiciones del texto aprobado en 1980 por la Junta, en atención a que ha dejado de encontrarse sometido a él luego del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo en 1988-89, fuente de sus facultades constitucionales actuales. Así, el Tribunal Constitucional sólo se encuentra

¹²⁸ CRISTI, *El pensamiento...*, p. 147.

limitado por el poder constituyente que actualmente sostiene a la Constitución, es decir, el pueblo soberano manifestado a partir del plebiscito de 1988.

6. Interpretación constitucional: frente a la disyuntiva originalista-evolutiva.

Es necesario determinar qué valor se le debe atribuir al trabajo realizado por la Comisión Ortúzar en la elaboración del texto original de la Constitución, teniendo presente que: 1. Su proyecto fue revisado y modificado por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno antes del plebiscito; 2. El texto promulgado en 1980 nunca tuvo una vigencia efectiva (constantes estados de excepción, desprotección de los derechos fundamentales, instituciones constitucionales sin funcionamiento efectivo, articulado transitorio); 3. Ausencia de legitimidad democrática de su trabajo y del origen de su mandato; 4. El inicio de la vigencia normativa del texto está marcado por el proceso constituyente de 1989 y las reformas constitucionales que comienzan en 1991.

Teniendo presente que no es posible desconocer la existencia histórica de la Comisión Ortúzar y del trabajo que realizó en la redacción de los primeros borradores del actual texto constitucional, es necesario relativizar su trabajo y contextualizarlo en cada momento histórico concreto. Por lo ya señalado, el papel que cumple hoy el trabajo de la Comisión Ortúzar en la interpretación de la Constitución vigente no puede ser equiparable a la historia fidedigna de la norma, más aun si consideramos los casi 30 años transcurridos desde que terminó su labor, en 1978.

1. La historia demuestra que la interpretación del ordenamiento jurídico se encuentra determinada por la evolución que experimentan sus instituciones, las que, a su vez, obedecen al consenso político que presenta la sociedad. El Derecho no es una realidad estática cuya aplicación se mantiene inalterable en el tiempo; por el contrario, experimenta periódicamente importantes procesos de transformación, ya sean violentos, o bien, pacíficos e imperceptibles. Así, la dinámica de la sociedad determina la estructura del ordenamiento jurídico, cuya evolución puede implicar un

cambio en el sistema jurídico, en su interpretación y aplicación, o en ambas instancias a la vez.

Esta relación entre el Derecho y la dinámica de la sociedad se explica, en parte, por el principio de soberanía popular y la posición que ocupa el pueblo en cuanto sujeto activo en la creación de derecho, que se concreta en dos perspectivas recíprocamente complementarias: por una parte, como titular del poder constituyente, fija políticamente el marco jurídico de la comunidad; por la otra, el pueblo sostiene el consenso que dota de contenido material a las instituciones del ordenamiento, especialmente los principios constitucionales: la evolución de dicho consenso puede alterar el contenido de estas instituciones, constituyéndose en un importante factor que puede incidir sustancialmente en la interpretación del ordenamiento.

Esta doble perspectiva del pueblo relativiza la posición de la instancia histórica considerada constituyente en tanto parámetro de interpretación de la Constitución, ya que las opciones políticas que dicha instancia juridifica obedecen a la realidad de determinado momento histórico y responden, por lo tanto, a necesidades propias de dicho momento. A su vez, el poder constituyente no se agota en un único acto; por el contrario, el pueblo retiene su soberanía y la ejerce en forma continua, por sí y a través de sus representantes. De esta manera, su importancia en la interpretación del ordenamiento es permanente y dinámica y no se limita a una consideración atemporal de lo dispuesto en el momento constituyente, sino que se actualiza constantemente.

Así, el contenido de las instituciones creadas originariamente por el poder constituyente obedece a las necesidades propias de dicho momento histórico, las que no necesariamente pueden responder en forma satisfactoria a las cambiantes necesidades de la población. Las soluciones a los problemas de determinado momento histórico no siempre pueden ser aplicadas a una realidad diversa, por lo que el Derecho debe ser lo suficientemente flexible en orden a no perder su vigencia normativa, debiendo adaptarse permanentemente a la realidad que regula. El cambio en el contenido material de los principios constitucionales y la permanente evolución de la sociedad generan, inevitablemente, una brecha entre realidad constitucional y

norma. Por ello, una extremada rigidez en la aplicación del ordenamiento frente a esta brecha puede significar una merma en la vigencia normativa de la Constitución.

Por esta razón, una interpretación originalista de la Constitución va contra el concepto mismo de poder constituyente. Considerando que éste juridifica opciones políticas que responden a un consenso político históricamente determinado, y que dicho consenso es esencialmente variable por cuanto depende de la evolución de las opciones políticas de la comunidad, no es posible extrapolar las opciones de la instancia constituyente y aplicarlas en un momento histórico diferente. Es necesario actualizar las decisiones originarias del poder constituyente con el contexto de aplicación de las normas, ya que el pueblo retiene la soberanía que ejerció en el momento constituyente.

Así, el cambio en los consensos políticos significa un cambio en la posición del poder constituyente, puesto que la existencia del pueblo en tanto poder constituyente no se agota en la instancia constituyente; en consecuencia, esta evolución puede significar un cambio en la interpretación del ordenamiento.

2. Asimismo, esta realidad se encuentra reforzada por el estadio actual de desarrollo del Estado constitucional de Derecho, construido sobre una norma jurídica jerárquicamente superior, cuya supremacía se impone sobre el ordenamiento jurídico tanto formal como materialmente. La Constitución, en tanto norma fundamental, constituye un cuadro de principios dentro del que ha de desenvolverse la comunidad y sus representantes. Este marco principal se encuentra conformado por principios juridificados por el poder constituyente, que presta el consenso político que sostiene a la Carta, por lo que son el reflejo de la composición diversa y plural de la sociedad.

En consecuencia, a partir de la vigencia normativa del principio democrático, los principios constitucionales pueden encontrarse en una aparente contradicción, dada la pluralidad y diversidad de sus respectivos orígenes en el seno de la sociedad pero han de convivir en el marco de la Constitución, de la misma forma que conviven las diferentes opciones políticas.

El contenido de estas normas no se mantiene invariable en el tiempo; la actual conformación plural de la sociedad impide que la Constitución sea un marco rígido e inflexible que imponga determinadas opciones políticas; por el contrario, debe dar cabida, como la da actualmente, a la concurrencia democrática de diferentes opciones, lo que obliga a revisar periódicamente el contenido de las normas fundamentales del ordenamiento.

En consecuencia, como los principios constitucionales son el reflejo del pluralismo que caracteriza a la sociedad contemporánea y han sido juridificados por el poder constituyente, no es posible establecer una regla de jerarquía entre ellos sin que ello implique desconocer el principio democrático en sí mismo. Por el contrario, los principios constitucionales se relativizan entre sí, permitiendo su coexistencia pacífica en el marco de la Constitución. Esta relación de relativización que se genera entre los principios constitucionales consagrados con igual valor normativo, lleva a una apertura de la interpretación constitucional a la evolución que experimenta el consenso constitucional de la sociedad, ya que en virtud de dicha evolución puede cambiar el contenido material de las normas de principio, como sucede con el ya comentado artículo 4° de la Constitución.

Asimismo, ha de integrar los nuevos elementos que ha incorporado la doctrina constitucional respecto de las normas de derechos fundamentales, dando en forma definitiva un paso adelante respecto de las doctrinas sostenidas a partir de la Comisión Ortúzar. De esta manera, se ha de aceptar la recíproca relativización de los principios constitucionales, reflejo de la heterogénea conformación de la sociedad, permitiendo la reubicación de principios que han sido aplicados desbordando sus propios ámbitos de aplicación, como es el caso del principio de subsidiariedad.

3. Ahora bien, el paso de un gobierno dictatorial a un gobierno democrático significó la recuperación, por parte del pueblo, del ejercicio efectivo de su soberanía, por lo que las instituciones del ordenamiento jurídico deben volver a ser el reflejo de sus opciones políticas. Este cambio en el régimen de gobierno significa la reimplantación del Estado de Derecho (suspendido tras el golpe de Estado de 1973), recuperando la efectiva vigencia normativa de sus elementos básicos: la división de

poderes (y el consecuente control en su ejercicio) y la garantía de los derechos fundamentales. Como consecuencia de las transformaciones experimentadas por el ordenamiento constitucional chileno desde el fin del régimen militar –ya sea mediante reformas constitucionales o mediante su metamorfosis menos perceptible–, es posible extraer una nueva teoría de la Constitución que permita superar las interpretaciones originalistas del período predemocrático.

Esta nueva teoría obedece a criterios inexistentes en el período preconstitucional (1973-1990), principalmente por el actual contenido normativo del principio democrático, lo que significa una nueva interpretación de la Carta. La función de la doctrina y de la jurisprudencia será determinante para el desarrollo de esta nueva teoría, pues permitirá la efectiva actualización de la norma fundamental; este proceso debe ser realizado no sólo desde el texto formal de la Constitución, sino considerando la estructura principal que la dota de contenido. Me parece que el actual marco de principios de la Constitución impone una apertura de este proceso a las posiciones e interpretaciones de la propia comunidad, cuya ponderada consideración permitirá una mayor flexibilidad en la aplicación de la Carta.

Durante el período predemocrático de la Constitución, ésta sólo puede ser considerada como tal en sentido semántico, ya que carece de los elementos mínimos de una norma fundamental. Así, las meras proclamaciones retóricas contenidas en el texto de la Carta no tuvieron validez jurídica alguna, ya que nunca permitieron ni un efectivo control del poder, ni una efectiva protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, el período predemocrático es, a la vez, un período preconstitucional: sólo es posible hablar de una Constitución propiamente tal luego del plebiscito de 1988, cuando el pueblo comienza a ejercer efectivamente la soberanía de la que es titular, y el Presidente electo jura la Constitución en 1990.

El inicio del régimen democrático da comienzo a un proceso a través del cual se dotó a la Constitución de un ‘contenido constitucional’ propiamente normativo, que transformó radicalmente el contenido material de las instituciones y principios constitucionales, lo que impide identificarlos con la realidad anterior a 1990.

En consecuencia, la interpretación constitucional ha de considerar que el poder constituyente prestó su consentimiento al nuevo ordenamiento en 1989, definiendo el consenso político mínimo a partir del cual se desarrolla la Constitución. Este consenso político determina el marco de principios de la Carta, que ninguna relación tiene con el marco principal propuesto por la Junta y la Comisión Ortúzar, ya que aún cuando el tenor literal de diversas disposiciones se hayan mantenido inalterado, tanto su contenido material como el contenido principal de la propia Carta ha experimentado importantes transformaciones.

4. La interpretación de la Constitución busca determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, para lo cual se vale de una serie de reglas que sobrepasan las clásicas propuestas por SAVIGNY, pensadas para un sistema de reglas y no de principios. Considerando que la Constitución es el reflejo del principio de autogobierno del pueblo, en tanto poder constituyente, su interpretación debe realizarse conforme a los consensos políticos que sostienen a la Norma Fundamental, los que pueden ser identificados a partir del proceso 1988-89, concretamente luego de que el pueblo ratificara en referéndum la reforma constitucional en 1989.

En consecuencia, el consenso político que fundamenta y sostiene a la Constitución no radica en el proceso que encabeza la Junta y que se inicia en 1973, por lo que sus opciones políticas mal pueden ser consideradas al momento de determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales. En efecto, dichas opciones no son el reflejo de un consenso político en el seno de la sociedad, en el seno del poder constituyente, sino que reflejan las opciones políticas de determinada minoría política que, ilegítimamente, accedió al poder.

El texto aprobado originalmente en 1980 es el reflejo de una opción política que se impuso por intermedio del régimen militar. En consecuencia, el contenido del texto aprobado en 1980 es el reflejo de dichas opciones, las que se entienden en el contexto socio-político del momento; son el resultado de un proceso destinado a perpetuar en el poder a determinado sector de la sociedad, en desmedro de una participación igualitaria y democrática.

Sin embargo este modelo y la opción minoritaria que representa, fue rechazado por el poder constituyente, en 1988-89, que reformó tanto el texto propuesto originalmente como la lógica interna de la norma, dando paso a un orden constitucional basado en la vigencia normativa del principio democrático, la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

Ahora bien, aun cuando es el consenso político de 1988-89 el que sustenta y legitima a la Constitución, es importante reiterar que dicho consenso no es inmutable ni absoluto. Por el contrario, dadas las características propias de la sociedad contemporánea, compleja, diversa y plural, dicho consenso es esencialmente evolutivo, razón por la cual el marco principal de la Constitución cambia junto con la evolución de consenso político que la sustenta. Es decir, a medida que evoluciona la sociedad, el contenido material de las normas de principio positivadas en la Constitución, cambia.

Ello es así porque el parámetro de interpretación de la Constitución, el poder constituyente, es un elemento esencialmente evolutivo, ya que el consenso político que representa a una generación, puede no sostenerse en el tiempo: aunque la comunidad mantiene cierta continuidad temporal, los individuos que la componen cambian constantemente.

En definitiva, el contenido material de las normas constitucionales evoluciona porque también lo hace el consenso político presente en el poder constituyente, el que determina el carácter de fundamental de dichas normas. Tal es el caso, a mi juicio, de las normas de derechos fundamentales, que de un criterio formal de constitucionalidad propio de la Comisión Ortúzar (en virtud del cual se entiende fundamental al derecho protegido por el recurso de protección) a un criterio material de fundamentalidad, caracterizado por la actual importancia que la comunidad está otorgando a ciertos derechos sociales, especialmente salud y educación, reflejado en nuevas regulaciones. Por lo tanto, a la hora de interpretar el art. 19 de la Carta, los criterios de la Comisión Ortúzar carecen de toda relevancia, ya no sólo por su ausencia de legitimidad democrática, sino porque no son el reflejo del consenso político que el poder constituyente, el pueblo, presta para la fundamentalidad de las

normas constitucionales. Por lo demás, su inmovilidad es incompatible con el carácter esencialmente evolutivo del pueblo y de los consensos que éste genera.

A mi juicio, la Constitución debe ser interpretada a partir de una concepción democrática del poder constituyente, en la que dicho concepto se identifica con el pueblo, criterio que se encuentra en concordancia con dos de los principales elementos del Estado constitucional de Derecho: el principio de autogobierno y el principio democrático.

CONCLUSIONES.

1. El concepto de poder constituyente surge a fines del siglo XVIII, esencialmente ligado al principio democrático del autogobierno del pueblo. En consecuencia, su principal elemento, aquel en virtud del cual se conceptualiza el término, es la legitimidad que tiene una comunidad para dotarse a sí misma de un ordenamiento iusfundamental; esta realidad constituye la única instancia en el mundo del Derecho, en virtud de la cual un organismo o comunidad puede dotarse a sí mismo de un ordenamiento jurídico, sin referencia a normativa previa alguna. Es decir, independientemente de quien redacte, en la práctica, el proyecto de constitución, ésta sólo tendrá validez en la medida que su legitimidad provenga de un consentimiento libre y democrático por parte del pueblo, en tanto poder constituyente.

En consecuencia, el poder constituyente se explica y define a partir del pueblo, y no a partir de la facultad de redactar u otorgar una constitución. Es decir, es un concepto de carácter democrático, por cuanto se encuentra indisolublemente unido al pueblo, y no un concepto de carácter funcional, vinculado a la facultad de redactar una constitución. Más allá de que en ciertas épocas históricas los gobernantes hayan otorgado cartas constitucionales al pueblo (fenómeno principalmente observado en la etapa de la restauración monárquica, en la Europa del siglo XIX), lo fundamental del concepto, aquello que lo define en cuanto tal, es su inmediata vinculación al pueblo en tanto último titular de la soberanía, en tanto titular originario del poder político.

2. Con el golpe de Estado de 1973, la Junta suprime el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo, al suprimir el principio democrático del autogobierno de la comunidad. Mediante diversos mecanismos teóricos iluminados por SCHMITT, la Junta afirmó haber asumido la plenitud del poder constituyente, en virtud del cual no sólo se permitió reformar y derogar la Constitución de 1925 (expresa y tácitamente), sino también pretendió imponer un proyecto de ordenamiento constitucional a la comunidad.

Sin embargo, del mismo modo que durante la restauración monárquica del siglo XIX en Europa, la Junta pretendió ejercer un poder que corresponde,

conceptualmente, al pueblo. Mediante una declaración formal contenida en un decreto ley, la Junta pretendió haber asumido el poder constituyente; sin embargo, en concordancia con los elementos esenciales del concepto, no es posible entender al poder constituyente seccionado del pueblo. Por tanto, aun cuando la Junta se arrogó el ejercicio del poder constituyente, sólo logró suspender su ejercicio por parte del pueblo.

Ahora bien, el proyecto constitucional presentado por la Junta fue ampliamente rechazado por el poder constituyente, manifestado durante el proceso 1988-89. En virtud de esta manifestación, y de los importantes vicios de fondo y de forma presentes en el plebiscito de 1980, es posible concluir que el pueblo retuvo la titularidad del poder constituyente, cuyo ejercicio se vio drásticamente suspendido en 1973. Al retomar su ejercicio, en 1988-89, da su aprobación a un nuevo proyecto constitucional, completamente diferente al diseñado en 1980, que comenzará a regir el 11 de marzo de 1990 con el juramento a la Constitución por parte del electo Presidente de la República. Es este proyecto constitucional, ratificado democráticamente por el poder constituyente, por el pueblo, el que se transforma en la Constitución hoy vigente.

Por otra parte, se ha señalado que el concepto de constitución es indisponible para el constituyente, significando uno de los principales límites materiales a su actuar. Pues bien, aún cuando se aceptara que el articulado permanente del texto de 1980 cumplía con tal requisito, ello es francamente imposible respecto del articulado transitorio, vigente entre 1980 y 1990, de carácter claramente autoritario y antidemocrático, que desconoció los elementos básicos del Estado de Derecho.

3. La doctrina constitucional chilena, mayoritariamente, comparte una visión funcional del poder constituyente, es decir, conceptualiza el término a partir de la facultad para otorgar o redactar una constitución, y no a partir del pueblo en tanto titular originario del poder político. Esta concepción relativiza el papel que cumple el pueblo en el proceso constituyente, privilegiando el proceso de redacción del texto por sobre la legitimidad democrática del mismo proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la doctrina constitucional, mayoritariamente, identifica a la Comisión Ortúzar como el poder constituyente de la Constitución vigente, sin cuestionar la legitimidad del mandato que ella recibe, proveniente de la Junta y no del pueblo. En efecto, entendiendo el poder constituyente desde una perspectiva funcional, el tema de la legitimidad democrática es completamente secundario, ya que lo relevante es determinar la autoría del texto constitucional; así, para la doctrina es perfectamente posible aceptar el trabajo de la Comisión Ortúzar, aunque no provenga del poder constituyente.

El trabajo realizado por la Comisión es utilizado por la doctrina en la interpretación de la Carta como la historia fidedigna de su establecimiento, lo que le permite determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales a la luz de lo expuesto por su redactor originario. Sin embargo, en dicho proceso no sólo olvida la dificultad de desentrañar la voluntad de un organismo colegiado, con diversos grados de disidencia en su interior, y que toma sus decisiones por mayoría simple, sino que, lo que es más serio desde la perspectiva del poder constituyente, también pasa por alto la ausencia de legitimidad democrática de dicho proceso.

Esta opción metodológica de interpretación constitucional presenta, en síntesis, un problema serio de carácter técnico-jurídico y un problema aun más serio de legitimidad democrática. Existiendo diversos métodos de interpretación constitucional, puede ser hora que la dogmática constitucional chilena se abra a nuevas perspectivas en la materia.

4. Asimismo, el recurso a la Comisión Ortúzar para interpretar la Constitución impide a la dogmática constitucional actualizar debidamente el contenido material de las disposiciones constitucionales de principio. La Constitución es el resultado de una decisión política, tomada por el pueblo, que positiva el consenso que existe en la comunidad en torno a los fundamentos mínimos de la convivencia democrática. Es, en definitiva, el reflejo de un consenso político propio de un momento histórico determinado.

Dicho consenso positiva una serie de reglas y principios, erigiéndose como el marco principal para la actividad jurídica y política futura. Sin embargo, dicho marco no es absoluto ni inmutable, precisamente porque obedece a las decisiones políticas tomadas por una sociedad compleja, diversa y plural, a la vez que dinámica, características propias de la sociedad contemporánea. En este contexto, no es posible pretender que el consenso constitucional de la sociedad permanezca inalterado y sea impermeable al paso del tiempo. Por el contrario, el tema de fondo es qué tan sensible es el consenso constitucional a la evolución que experimenta la sociedad, y no si éste es sensible o no.

Dada dicha sensibilidad, la dogmática constitucional debe enfrentarse a la disyuntiva rigidez-flexibilidad-vigencia. Uno de los problemas más relevantes para el Derecho constitucional es la conciliación entre el texto normativo y la realidad constitucional, ya que una radical separación entre ambos puede provocar un quiebre en la vigencia normativa de la Constitución, desestabilizando al sistema jurídico en su conjunto. El texto de la Carta no puede mantenerse tan rígido como para hacer peligrar su aplicación a la realidad que regula, pero tampoco puede someterse a un constante proceso de revisión y reforma, ya que puede generar inseguridad en la aplicación e interpretación del Derecho y en la vigencia de la propia Constitución.

Sin embargo, ambas realidades deben ser ponderadas con equilibrio. Así como la Constitución debe mantener la estabilidad en la aplicación del Derecho, también debe ser capaz de adaptarse a la evolución de la sociedad a la que regula; el contexto de aplicación debe ser considerado a fin de dar estabilidad a la Carta. En ambos supuestos, la vigencia normativa de la Constitución puede encontrarse en entredicho, ya sea por una petrificación de sus disposiciones, ya sea por un permanente cambio en las mismas, generando, en definitiva inseguridad en la aplicación de la norma.

En este contexto, las técnicas de interpretación constitucional son fundamentales, ya que pueden ser un medio para rigidizar o flexibilizar el contenido material de la Constitución. A mi juicio, considerando que la Constitución es una decisión política del pueblo en tanto poder constituyente, y que su contenido material es esencialmente variable según varía el consenso constitucional en la base de la

sociedad, una interpretación rígidamente originalista no sólo constituye un riesgo para la vigencia normativa de la norma fundamental, sino que también atenta contra el principio democrático del autogobierno del pueblo.

En el caso de la Constitución chilena vigente, este atentado contra el principio democrático es doble: en primer lugar, impide la realización del consenso constitucional que actualmente sostiene la sociedad, perpetuando las opciones de la Junta y de la Comisión Ortúzar; en segundo lugar, posterga la decisión del poder constituyente de 1988-89 al desconocer las serias objeciones democráticas que presenta el proceso 1973-1980. De esta manera, parte de la doctrina interpreta el actual ordenamiento constitucional siguiendo criterios no democráticos propios de un período preconstitucional, criterios que fueron rechazados por el poder constituyente en 1989, que desde entonces sustenta un consenso constitucional diferente al proyecto de 1980.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 607 pp.
2. ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, xxx, 568 pp.
3. AVETIKIAN, Tamara (ed.), “Acuerdo nacional y transición a la democracia”, en: *Estudios Públicos* N° 21 (1986), pp. 1-93.
4. BARROS, Robert, *La junta militar, Pinochet y la Constitución de 1980*, Santiago, Sudamericana, 2005, 421 pp.
5. BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, 120 pp.
6. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 138 pp.
7. _____, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, 201 pp.
8. CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 346 pp.
9. CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, 330 pp.
10. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, 157 pp.
11. _____, “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad ente derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, en: *Revista de Instituciones Europeas*, v. 18 N° 2 (1991), pp. 431-451.
12. _____, “El Convenio Europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales”, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 9-51.

13. CASCAJO CASTRO, José Luis, "El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23 N° 69 (2003), pp. 115-138.
14. CAVALLO, Ascanio, SALAZAR, Manuel y SEPÚLVEDA, Óscar, *La historia oculta del régimen militar. Memoria de una época. 1973-1988*, Santiago, Mondadori, 1997.
15. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2 tomos, 2002-2003.
16. _____, *Derecho Constitucional chileno. Tomo II, derechos, deberes y garantías*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 733 pp.
17. CRISTI BECKER, Renato, "La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. xx N° 2-3 tomo I (1993), pp. 229-250. Actas de las XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público.
18. _____, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago, Ediciones Lom, 2000, 223 págs.
19. CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, Lom Ediciones, 2006, 431 pp.
20. "Documentos. Antecedentes de la Constitución de 1980", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8 N°s 1-6 (1981), pp. 137-493.
21. ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 381 pp.
22. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, 157 pp.
23. _____, *La crisis del Estado liberal de Derecho. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, 274 pp.
24. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Teoría constitucional*, -2ª edición-, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, 136 pp.
25. _____, *Los derechos constitucionales*, -3ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 3 tomos.
26. FERMANDOIS, Arturo, "La píldora del día después. Aspectos normativos", en: *Estudios Públicos* N° 95 (2004), pp. 91-118.

27. FERRANDO BADÍA, Juan, *Teoría de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, 223 pp.
28. FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, 307 pp.
29. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, 170 pp.
30. _____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, – 4ª edición–, Trotta, Madrid, 2003, 165 pp.
31. FONTAINE ALDUNATE, Arturo, “El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán”, en: *Estudios Públicos* N° 42 (1991), pp. 251-570.
32. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12 N° 35 (1992), pp. 97-109.
33. GAETE ROJAS, Sergio, “Discurso inaugural (de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Público)”, en: *Revista Chilena de Derecho* vol. 6 N°s 1-4 (1979), pp. 27-35.
34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, –4ª edición–, Madrid, Civitas, 2006, 325 pp.
35. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, 224 pp.
36. GODOY ARCAÑA, Óscar, “La transición chilena a la democracia: pactada”, *Estudios Públicos* N° 74 (1999), pp. 79-106.
37. GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “La Constitución política”, en: *Revista Chilena de Derecho* vol. 6 N°s 1-4 (1979), pp. 53-78.
38. HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional en la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, 295 pp.
39. _____, *El Estado constitucional*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2003, LXXXVII, 339 pp.
40. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Granada, Editorial Comares, 2004, XLIX, 238 pp.
41. JELLINEK, George, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, LXXX, 91 pp.

42. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, –3ª edición–, Madrid, Marcial Pons, 2005, 221 pp.
43. KALYVAS, Andreas, “Soberanía popular, democracia y el poder constituyente”, en: *Política y gobierno*, vol. XII N° 1 (2005), pp. 91-124.
44. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2002, 82 pp.
45. LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Introducción de Eliseo Aja Fernández, Barcelona, Ariel, 2002, 188 pp.
46. MODUNGO, Franco, *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*, G. Giappicheli, Turín, 1995, 111 pp.
47. MOLINA GUAITA, Hernán, *Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006, 385 pp.
48. MONCADA DURRUTI, Belén, *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, Ril Editores, 2006, 273 pp.
49. MORANA, Donatella, “Prime riflessioni sul diritto alla salute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, en: D’ATENA, Antonio y GROSSI, Pierfrancesco, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffré, Milán, 2004, pp. 113-138.
50. NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, 303 pp.
51. PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años de historia constitucional”, artículo en prensa, revista *Derecho y Humanidades*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco al autor la gentileza de proporcionarme el original del texto.
52. _____, *Historia del Derecho chileno contemporáneo. Tomo V. 1925-2003*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2004, 176 pp.
53. _____, *El Estado de Derecho en la doctrina y práctica constitucional chilena*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1993, 90 pp.
54. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, –9ª edición–, Madrid, Tecnos, 2005, 659 pp.

55. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, –10ª edición–, Madrid, Marcial Pons, 2005, 1.111 pp.
56. _____, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, 214 pp.
57. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 461.
58. _____, *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, 87 pp.
59. POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004, xxxviii, 193 pp.
60. QUINTANA BENAVIDES, Augusto, “Reformas a las bases de la institucionalidad: entre lo superfluo, el contrabando y la inocencia”, en: *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 68 (2005), pp. 160-185.
61. República de Chile, *Actas de las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, Santiago, Imprenta de Gendarmería de Chile. Sesiones 1ª de 24 de septiembre de 1973; 6ª de 9 de octubre de 1973; 9ª de 23 de octubre de 1973; 10ª de 25 de octubre de 1973; 11ª de 30 de octubre de 1973; 13ª de 7 de noviembre de 1973; 14ª de 8 de noviembre de 1973.
62. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 165 pp.
63. ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *et al* (eds.), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, 147 pp.
64. ROLLA, Giancarlo, *La tutela costituzionale dei diritti*, –2ª edición–, Giuffrè, Milán, 2005, 242 pp.
65. RUIPÉREZ, Javier, “Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España”, en: *Revista de Estudios Políticos* N° 116 (2002), pp. 25-84.
66. SALAZAR, Manuel, *Guzmán. Quién, cómo, por qué*, Santiago, Ediciones Bat, 1994, 294 pp.

67. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20 N° 58 (2000), pp. 105-135.
68. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, 377 pp.
69. SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, 179 pp.
70. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios, Estado y gobierno*, -2ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 588 pp.
71. STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 909 pp.
72. SUDRE, Frédéric, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de jurisprudence-fiction?", en: *Reveu Trimestrielle des droits de l'homme* (2003), pp. 755-779.
73. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, 311 pp.
74. VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, 309 pp.
75. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 2 tomos.
76. VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARCELATTO, Ana María, *Manual de Derecho Político. Tomo I. Instituciones políticas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 389 pp.
77. VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, 447 pp.
78. WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 395 pp.
79. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005, 91 pp.

80. _____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, –5ª edición–, Madrid, Trotta, 2003, 156 pp.
81. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-1989. El pluralismo político e ideológico en Chile”, en: *Ius et Praxis* vol. 9 N° 1 (2003), pp. 257-279.
82. _____, “Reformas constitucionales para un Estado social y democrático de Derecho”, en: *Colección Ideas* año 4 N° 33 (2003), 28 pp.
83. _____, “Democracia y Estado de Derecho”, en: ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 33-63.