



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE PREGRADO

LA CONVOCATORIA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO  
DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad de Chile

ROBERTO ALEXIS CATALÁN MICHELL

Profesor Guía: Álvaro Francisco Tejos Canales  
Santiago de Chile, agosto de 2018.



*“La Constitución debe procurar que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque – valga la metáfora – el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”*

**Jaime Guzmán Errázuriz, “El camino Político”, *Realidad 7* (1979)**

**19.**

*“por su naturaleza, todo lo concerniente al Poder Constituyente originario no pertenece propiamente al mundo jurídico”*

**Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho**

**de la Pontificia Universidad Católica de Chile,**

***El Mercurio*, 24 de agosto de 1980.**

*“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:  
Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no  
sean propias del dominio legal”*

**Artículo 32 N°6, Constitución Política de Chile de 1980.**



# ÍNDICE

Introducción. 9

Capítulo I: La Teoría del Poder Constituyente. 11

1. Origen y desarrollo político del Poder Constituyente. 11

2. Recepción del concepto en la doctrina chilena. 22

Capítulo II: Intentos por regular el Poder Constituyente originario en Chile. 34

1. Michelle Bachelet y la Reforma al Capítulo XV. 34

2. Mociones parlamentarias y el Poder Constituyente originario. 38

Capítulo III: Perspectiva jurídica de una convocatoria al Poder Constituyente originario desde la institucionalidad chilena. 42

1. El Presidente de la República y El Poder Constituyente Originario. 42

1.1. Potestad Reglamentaria Autónoma del Presidente de la República. 42

1.2. Criterios hermenéuticos de interpretación. 52

2. El Tribunal Constitucional: requerimiento parlamentario, Poder Constituyente Originario. 61

Capítulo IV: Perspectiva política de una convocatoria al Poder Constituyente originario desde la institucionalidad chilena. 69

1. Razonabilidad y prudencia como elementos de interpretación y de acción. 69

2. El diagnóstico de la “Crisis Constitucional”; de una “democracia semisoberana”; y de La crisis del sistema”. 70

3. Percepciones Ciudadanas. 75

4. La viabilidad del método escogido: realpolitik. 80

5. La derecha chilena y los depositarios de la soberanía. 83

Conclusión. 86

Anexo. 88

Bibliografía. 91

## RESUMEN

La presente tesis muestra un camino posible para la configuración del Poder Constituyente Originario en el contexto democrático del Chile actual. Para lo cual, se recurre a las Actas de las sesiones de La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, en donde quedaría plasmada la visión de constituir a la nueva institución del presidente de la República como el conductor de la vida nacional en diversos planos, uno de ellos, el plano social. Para lograr aquel objetivo, se establecería la ampliación de la potestad presidencial por intermedio del Reglamento Autónomo, el cual pasaría a comprender todas aquellas materias que no son propias del dominio legal.

Es esa nueva configuración de la autoridad presidencial y la concepción doctrinaria del Poder Constituyente, lo que permitiría crear un nexo entre ambas figuras. Y donde las concepciones doctrinarias mismas del Poder Constituyente desde su vertiente democrática, permiten configurar una serie de criterios para un uso no arbitrario de una atribución que bien podría desembocar en autoritarismos, como bien lo enseña nuestra historia nacional.

Junto a aquel análisis doctrinario, se efectúa una serie de referencias a análisis político de la actual situación democrática que viviría el país, y un análisis de las reales posibilidades de materialización de la tesis aquí propuesta.



## Introducción

Durante los últimos años ha surgido con fuerza entre los movimientos sociales y la opinión pública en general, la demanda por una nueva Constitución política para el país. Para algunos de sus impulsores, una nueva Constitución puede llegar a resultar en una nueva configuración de la institucionalidad que propicie una mejor canalización de los proyectos políticos que surjan desde la sociedad. Otros inclusive, ven en ella la oportunidad de reconfigurar otros ámbitos de la vida en sociedad, tales como los diversos tipos de prestaciones vinculadas con los derechos sociales, ya que nuestra actual Constitución habría tenido un importante rol en la tarea de moldear o configurar un tipo de práctica política que no incentiva las confrontaciones de proyectos de sociedad que sean antagónicos del modelo económico heredado de la Dictadura.

Es en este debate que se han levantado diversas propuestas para alcanzar una nueva Constitución, tales como el convocar a nuestro Congreso Nacional a la tarea de la elaboración de una nueva Constitución, otros han proclamado la idea de una Asamblea Constituyente con miembros electos para este único fin o inclusive una Asamblea Constituyente híbrida en donde los parlamentarios podrían tener un lugar de participación por derecho propio. E incluso, se ha levantado la idea de que los Concejales Municipales de los municipios del país sean convocados a la tarea de proponer al país una nueva Constitución.

En cuanto a la forma legal que permita adoptar un método de elaboración de una nueva Constitución, la más tradicional ha sido la idea de discutir el método mediante los quórum de reforma que establece la Constitución en su Capítulo XV, y la otra forma, se ha basado en la idea de que sería legal una convocatoria del Presidente de la República de un Plebiscito que consulte sobre si deseamos o no una nueva Constitución, en cuanto no sea sancionada por inconstitucionalidad por la mayoría de alguna de algunas de las cámaras del Congreso.

Es en este contexto en el que esta Tesis de pregrado, pretende en primer lugar ser parte de la línea política de que es desde una Asamblea Constituyente desde donde debe de originarse una nueva Constitución en caso de que como sociedad acordemos una nueva

Constitución. Para lo cual se pretende en primer lugar sostener la visión de que una convocatoria del Poder Constituyente Originario no puede darse por una visión meramente legalista de que en cuanto el acto no sea acusado de inconstitucionalidad por alguna de las cámaras del Congreso entonces es legal, sino que se pretende dotar de legitimidad a la autoridad presidencial por vía de la discusión de la Comisión Ortúzar, en la cual se configuró la figura del Presidente de la República para que éste sea el conductor de la vida nacional en diversos planos, entre ellos el plano social. Y en segundo lugar, interpretar en un sentido amplio la facultad presidencial de la potestad reglamentaria, en cuanto a que habría un nexo posible con el Poder Constituyente Originario gracias a la idea de *lo no propio del dominio legal*, de forma de así realizar un *Uso Alternativo del Derecho* en lo que al Artículo 32 N°6 (CPR) respecta de forma de -en palabras de Cristián Villalonga<sup>1</sup>- buscar invertir su signo supuestamente conservador del sistema legal, utilizándolo en una función progresiva del cambio social.

<sup>1</sup> Villalonga, C. (2008). *Revolución y ley: la teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa* Monreal. Santiago de Chile: Globo Editores.

## Capítulo I: La Teoría del Poder Constituyente.

### 1. Origen y desarrollo político del Poder Constituyente.

- **La teoría alternativa de la soberanía como poder constituyente en Andreas Kalyvas.**

En Kalyvas encontramos la interpretación de que sería Marsilio de Padua, en pleno siglo XIV quien introduciría “la idea general del poder constituyente como soberanía popular”<sup>2</sup>, en el contexto del conflicto entre Luis IV, el Santo, y el papa Juan XXII, respecto a quién era el depositario último de la soberanía. Ante esto, Marsilio habría destacado que “ninguno de los dos podría ser soberano, dado que ambos carecían del poder último para nombrar”<sup>3</sup>, ante lo cual establecería un nuevo sujeto político, *la multitud*, la que tendría un “derecho supremo a nombrar a sus emperadores y sus papas”<sup>4</sup>. Además de esta facultad de nombrar, le reconocería a *la multitud*, el ámbito de “la formación del gobierno, el establecimiento de sus leyes fundamentales”<sup>5</sup>.

Para Kalyvas, Masilio será el anticipador de la distinción entre *comunidad constituyente* y de *comunidad constituída*, esto debido a que sería él quien sugeriría la distinción entre el acto de hacer leyes y el acto de establecer un gobierno (en tanto momento fundacional); además de ser “el primer autor en definir la soberanía popular en términos del poder de la multitud para constituir”<sup>6</sup>.

Finalmente, en opinión de Kalyvas:

*“En esta elaborada defensa del principio de la soberanía popular; los muchos son tratados como supremos porque ellos anteceden a todas las autoridades constituidas, autosuficientes, capaces de virtud y sabiduría, y, por esta razón, los*

2 Sazo, D., Bustamante, G. (comp.). (2016). Democracia y poder constituyente. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. pp 39.

3 *Ibíd.* pp 36.

4 *Ibíd.* pp 37.

5 *Ibíd.* pp 38.

6 *Ibíd.* pp 41.

*autores de sus formas políticas*<sup>7</sup>.

En una segunda etapa, será con un grupo de escritores hugonotes franceses (monarcómanos<sup>8</sup>) quienes defendiendo su doctrina del tiranicidio, habrían aunado las ideas de la resistencia activa y del poder constituyente, sirviendo así de fundamento para teorías respecto a la rebelión, la revuelta, la insurrección y la revolución. Lo cual -en el análisis de Kalyvas- hace que el poder constituyente se vuelva revolucionario<sup>9</sup>, lo que a su vez habría implicado que “pone límites al deber de obediencia de los sujetos [...], da fundamentos a un chequeo extra-constitucional en las autoridades constituidas”<sup>10</sup>.

Por su parte, Junio Bruto (El Celta) habría introducido la idea de una *asamblea extraordinaria*<sup>11</sup>, para manifestar de esta forma al pueblo.

Ya en el periodo de la Guerra Civil inglesa (1642-1651) y de la Revolución Gloriosa (1688), de la mano con George Lawson, Algernon Sidney y John Locke, la doctrina de la soberanía popular habría emergido como el *poder de constituir*, el cual sería el poder “de formar, alterar o disolver el gobierno, es absoluto, conferido a toda la comunidad y al pueblo que actúa fuera del parlamento”<sup>12</sup>, distinción de la cual -para Kalyvas- surgiría la idea de una convención temporal y extraordinaria como expresión institucional de la soberanía popular para ir en contra de la supremacía parlamentaria.

Finalmente, Kalyvas da cuenta de la acogida de la doctrina del poder constituyente en las colonias de Norteamérica, mediante el lenguaje de la soberanía popular. Ejemplos de esto es que (1) en 1777, el patriota Thomas Young instaba a los habitantes de Vermont al autogobierno y a que se otorgaran una constitución utilizando la idea de *poder constituyente*<sup>13</sup>; (2) en 1787 en la Gran Convención de Filadelfia, se apelara a la idea del *poder constituyente* original<sup>14</sup>; (3) el hecho que James Madison defendiera la decisión de la

7 *Ibíd.* pp 41.

8 Término conceptualizado por Andreas Kalyvas como “aquellos que combaten reyes”.

9 Sazo, D., Bustamante, G. (comp.). (2016). Democracia y poder constituyente. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. pp 43.

10 *Ibíd.* pp 44.

11 *Ibíd.* pp 47.

12 *Ibíd.* pp 49.

13 *Ibíd.* pp 51.

14 *Ibíd.* pp 53.

Convención de Filadelfia se reuniera sin autorización previa, en el nombre de un poder superior a las normas positivas; (4) o el que James Wilson en esa misma Convención, sostuviera que el pueblo es siempre superior a la Constitución y que ninguna institución positiva podría privarlos del derecho de cambiarla si se le place al pueblo<sup>15</sup>.

Pero lograda ya la independencia de las ex-colonias, pese a haberse reconocido la soberanía del pueblo como poder constituyente, luego se le habría buscado circunscribirla a la norma jurídica.

- **Revolución francesa: Emmanuel Sieyès y Nicolas de Condorcet.**

“Durante la Revolución francesa, será el marqués de La Fayette, Antoine-Nicolas de Condorcet y Emmanuel Sieyès quienes propaguen la doctrina del poder constituyente<sup>16</sup>, en donde Sieyès desenvolvería la doctrina del Pueblo (de la *Nación*) como sujeto del Poder Constituyente<sup>17</sup>, inaugurando la doctrina de la soberanía nacional.

En *Teoría de la Constitución*, se presenta a Sieyès como el formulador de la teoría del “pouvoir constituant de la Nación”<sup>18</sup>, y como quien designaría la distinción entre “poder constituyente y constituido”<sup>19</sup>, siendo el año 1789 el comienzo de este nuevo principio político<sup>20</sup>. Con esta teoría de Sieyès, sería la Nación el sujeto del Poder Constituyente (“la palabra <<Nación>> [...] designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política”<sup>21</sup>.

Una caracterización en Sieyès del Poder Constituyente, sería la que nos presenta Kalyvas: “*El poder constituyente puede hacer todo en relación al hacer constitucional. No está subordinado a una constitución previa. La nación que ejercita el mayor y más importante de sus poderes, debe estar, mientras lleva a cabo esta función, libre de toda*

<sup>15</sup> *Ibíd.* pp 54.

<sup>16</sup> *Ibíd.* pp 56.

<sup>17</sup> Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos. pp 95.

<sup>18</sup> *Ibíd.* pp 96.

<sup>19</sup> *Ibíd.* pp 96.

<sup>20</sup> *Ibíd.* pp 96.

<sup>21</sup> *Ibíd.* pp 96.

*restricción de cualquier tipo, excepto aquellas que considera mejor para adoptar*<sup>22</sup>.

Mientras que según Schmitt, el vínculo entre Poder Constituyente y Constitución en Sieyès, sería que el Poder constituyente “no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución”<sup>23</sup>. A la vez que interpreta que Sieyès habría tratado al poder constituyente como un concepto jurídico, siempre mediado por la representación<sup>24</sup>.

Sin embargo, “el poder constituyente en Sieyès no queda atrapado en una lógica constituyente infinita y sin término, en la <<Revolución permanente>>”<sup>25</sup>, el destino del poder constituyente sería “su auto limitación, su institucionalización, no la insurrección perpetua de un poder exorbitante. Su fin es, en definitiva, la Constitución [...] De ahí la clave de bóveda del entero sistema del abate: el *control de constitucionalidad* y la propuesta de un tribunal constitucional en el año III”<sup>26</sup>.

De esta forma, una vez que el pueblo actúa como el único titular posible del poder constituyente, lo que sigue es la auto limitación de este poder, creándose una suerte de institución de cierre del proceso revolucionario del pueblo en donde se crea la figura control de constitucionalidad y de un tribunal constitucional, para de esta forma consagrar el régimen elaborado por el poder constituyente del pueblo.

De esta argumentación se podría afirmar que cuando hay una Constitución que es fruto del poder constituyente del pueblo, no puede levantarse ni siquiera otro poder constituyente del pueblo para obrar contra su obra anterior por esta vía esencialmente revolucionaria. De esta forma, sólo podría aparecer en escena el poder constituyente del pueblo para alzarse en contra de una institucionalidad que no sea fruto del poder constituyente del pueblo, por ejemplo, contra un régimen político de tipo monárquico,

22 Traducción de Andreas Kalyvas, desde Emmanuel Sieyès, “Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen”, en F. Furet y R. Halévie (eds.), *Orateurs de la Révolution française. Les Constituants*, vol. I (París: Bibliothèque de la Pléiade, 1989), 1.013).

23 Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos. pp 97.

24 Sazo, D., Bustamante, G. (comp.). (2016). *Democracia y poder constituyente*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. pp 58.

25 Máiz, R. (2007). *Nación y Revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*. España: Editorial Tecnos. pp 153.

26 *Ibíd.* pp 153.

oligárquico, dictatorial o una democracia en donde las bases de su institucionalidad no sean el resultado directo del poder constituyente del pueblo.

Según el análisis de Ramón Máiz, en *Nicolas de Condorcet* (marqués de Condorcet), “el pueblo retiene un poder constituyente en latencia que, en caso de desviación de los poderes del Estado, puede reapropiarse, reformando la Constitución: pero debe hacerlo, y éste es un punto clave, mediante una Asamblea Constituyente y reglas de decisión mayoritarias que expresen la voluntad general”<sup>27</sup>.

*Nicolas de Condorcet*, tendría una postura de tipo democrática, al señalar que ninguna de las secciones del pueblo podría actuar con independencia del resto, al indicar que: <<*En fin, toda vez que el derecho de soberanía pertenece a todas las secciones del pueblo consideradas colectivamente y les pertenece con la más entera igualdad, resulta de ello que ninguna de aquéllas tiene el derecho ni de recoger, ni de expresar, ni de constatar la expresión de la voluntad nacional*>><sup>28</sup>. Con esto, Condorcet no da lugar a un poder constituyente en manos de un actos que no sea la totalidad del pueblo, no admitiendo a autoproclamados titulares de este poder que actúen a nombre de.

27 Máiz, R. (2007). *Nación y Revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*. España: Editorial Tecnos. pp 126.

28 Condorcet, N. <<Projet d´adresse au peuple francais sur l´exercice du droit de souveraineté>>, *Archives Parlementaires*, vol. XLVII, p. 616.

- **Carl Schmitt.**

En Schmitt, el Poder constituyente sería “*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*”<sup>29</sup>, siendo así un poder esencialmente fáctico, en donde éste encontrará que es poder constituyente en tanto su actuación sea políticamente exitosa en la labor de otorgar una Constitución. Es descrito además -el poder constituyente- como un <<*Ser político concreto*>><sup>30</sup>, y no como una mera abstracción conceptual para referirse al nacimiento de una Constitución.

En cuanto a su existencia, Schmitt señala que “*tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad*”<sup>31</sup>. Con esto, nos señala que el orden creado por el Poder constituyente -su constitución- no puede obrar en contra de una futura expresión de este poder para así dejarlo sólo para los libros de historia y no como un siempre potencial agente político. Y que tampoco este Poder queda consumido en la Constitución o que quede hecho Constitución, sino que sigue existiendo en una jerarquía no inferior a la de la Constitución.

Respecto a la estructura y jerarquía de este Poder, indica que: “*El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos <<poderees>>. Es la base que abarca todos los otros <<poderees>> y <<divisiones de poderees>>*”<sup>32</sup>. Reiterando de esta forma lo ya indicado, en donde el Poder constituyente es el que constituye la estructura del poder.

Al repasar la historia en torno a las manifestaciones de este Poder, da cuenta que no ha sido un solo sujeto el que en los hechos ha detentado este poder, para esto comienza por señalar que durante la Época Medieval fue Dios el depositario de este poder. Luego durante el proceso de la Revolución francesa, se habría desarrollado con Sieyès la doctrina del

29 Schmitt, C. (1996). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Universidad Textos. pp 93-94.

30 Ibíd. pp 94.

31 Ibíd. pp 94-95.

32 Ibíd. pp 95.

Poder Constituyente del Pueblo, en donde habría sido el Pueblo el depositario de este poder.

También da cuenta que este Poder tuvo su expresión en el sistema monárquico tras el periodo post Revolución francesa, esto al señalar que: *“Durante la Restauración monárquica, 1815-1830, el rey se convirtió en sujeto del Poder constituyente. Por virtud del <<principio monárquico>> permanece en él la plenitud del poder del Estado [...]”*<sup>33</sup>. De esta forma, tras la apropiación por parte del pueblo durante la revolución francesa de la idea de ser el poseedor del poder constituyente -de Dios habría pasado al pueblo- esta vez el Rey se habría hecho de la apropiación previa del pueblo francés.

Finalmente, señala Schmitt: *“También la organización de una <<minoría>> puede ser sujeto del Poder constituyente. Entonces el Estado tiene la forma de Aristocracia u Oligarquía [...] Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del Poder constituyente”*<sup>34</sup> (da el ejemplo de los consejos en Rusia y del fascio en Italia).

De esta forma, en lo que al sujeto del Poder constituyente respecta, encontramos que Schmitt da cuenta que luego de la Revolución francesa, el Poder Constituyente puede encontrar su sujeto en el pueblo, el monarca o en una minoría del tipo aristocrática u oligárquica.

Respecto a la actividad del Poder constituyente, Schmitt sostiene que: “No puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente”<sup>35</sup>, es decir, no podría haber una norma que pretenda regular la actuación de este poder.

Respecto a la actividad de este Poder cuando es ejercida por el Monarca, indica: “La actividad del poder constituyente del Monarca se regula a sí misma, sencillamente, por cuanto que la Monarquía absoluta es una institución establecida [...]. El Rey manifiesta su poder constituyente emitiendo, desde la plenitud de su poder, una Constitución, otorgada por acto unilateral. Puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y

<sup>33</sup> Ibíd. pp 98.

<sup>34</sup> Ibíd. pp 98.

<sup>35</sup> Ibíd. pp 99.

vincularse a su cooperación o anuencia. Esto no requiere renuncia al poder constituyente, ni contiene un reconocimiento del poder constituyente del pueblo”<sup>36</sup>.

Respecto a la actividad de este Poder cuando es ejercida por el pueblo, indica que: “El pueblo manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política. (a) El pueblo, como titular del poder constituyente no es una instancia firme, organizada [...]. La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento. (b) La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la aclamación. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como <<opinión pública>> [...]. (c) La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad”<sup>37</sup>.

Respecto a los métodos que se emplean en la democracia moderna para el actuar de este Poder constituyente, Schmitt menciona a:

(a) La Asamblea nacional que acuerda y despacha;

- “Una normación legal-constitucional así surgida, entra en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que pueda tener lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado”<sup>38</sup>, señalándose los ejemplos de La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919; y la Constitución francesa de 1791.

(b) “La Asamblea (Convención) que proyecta (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación, directa o indirecta, del proyecto, por los

<sup>36</sup> Ibíd. pp 99.

<sup>37</sup> Ibíd. pp 99-100.

<sup>38</sup> Ibíd. pp 101.

ciudadanos con derecho a voto”<sup>39</sup>, señalándose el ejemplo de La Convención nacional francesa de 1792.<sup>40</sup>

(c) “Especialidades en casos de Convención para una Constitución federal. Aquí, la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados-miembros”<sup>41</sup>, señalándose el ejemplo de La Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787.

(d) “Plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera”<sup>42</sup>, señalando el ejemplo de los plebiscitos napoleónicos.

Sobre la *Permanencia del Poder constituyente*, Schmitt señala: “la ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente”<sup>43</sup>, pero que “no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución”<sup>44</sup>. De forma que a diferencia de los ex-colonos norteamericanos post independencia y de Sieyès, el poder constituyente se mantendría siempre latente.

Uno de los aspectos interesantes en Schmitt es su visión respecto del caso de un cambio del sujeto del Poder constituyente:

*“En vías revolucionarias puede ser suprimida, no sólo la legislación constitucional y la Constitución, sino también la especie de Poder constituyente que existía hasta entonces, y, por tanto, el fundamento de la Constitución hasta entonces existente. Mediante una revolución democrática, por ejemplo, puede ser suprimido el Poder constituyente del monarca, y mediante un golpe de Estado o una revolución*

39 *Ibíd.* pp 101.

40 Se hace notar en el texto respecto a la expresión “convención”, que esta procede de la revolución inglesa; donde las Convenciones de 1660 y 1689 eran gobiernos provisionales para crear una situación constitucional.

41 Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos. pp 102.

42 *Ibíd.* pp 102.

43 *Ibíd.* pp 108.

44 *Ibíd.* pp 108.

*monárquica, el Poder constituyente del pueblo. Aquí tenemos un cambio del Poder constituyente y una completa destrucción de la Constitución*<sup>74546</sup>.

De esta forma, se da cuenta que en los hechos -antes de que uno adscriba a una u otra posición democrática o no del poder constituyente- mediante vías revolucionarias, en los hechos, ha acontecido un traspaso de la titularidad del poder constituyente, en tanto que quien detenta este poder debe ser capaz de imponer su voluntad en la realidad.

Caso ejemplificador resulta el Golpe de Estado de 1973 en Chile, en donde la Junta de Gobierno se arroga la titularidad y el ejercicio del Poder constituyente del pueblo<sup>47</sup>. Es decir, de un Poder constituyente que tenía por titular al pueblo, se pasa a uno en donde el titular, según la clasificación de Schmitt, se asemejaba a una de tipo oligárquica. Un segundo ejemplo en nuestra historia, habría sido el hecho de nuestra independencia nacional respecto de la Corona española, en donde podemos identificar que de un Poder constituyente de tipo monárquico, se pasaría a uno que tendría por sujeto al pueblo -elector- de Chile<sup>48</sup>.

Otro aspecto de importancia que Schmitt trata desde el apartado de “*Consecuencias de la Doctrina del Poder Constituyente y, en particular, del Poder constituyente del pueblo*”, es que:

“la doctrina democrática no conoce consecuentemente otra Constitución legítima que la que se apoye en el Poder constituyente del pueblo [...] En otro caso, según esta doctrina, no hay Estado ni unidad política, sino un absurdo aparato de Poder, un

<sup>45</sup> *Ibíd.* pp 110.

<sup>46</sup> Ejemplos que se dan en el texto son los de 1789 y 1793 en Francia (suspensión de la Monarquía absoluta del rey); 1917-18 en Rusia (suspensión de la Monarquía zarista).

<sup>47</sup> Decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991.

<sup>48</sup> Parte de la proclamación de independencia de Chile de 12 de febrero de 1818, rezaba: “La revolución del 18 de septiembre de 1810 fue el primer esfuerzo que hizo Chile para cumplir esos altos destinos a que lo llamaba el tiempo y la naturaleza; sus habitantes han probado desde entonces la energía y firmeza de su voluntad, arrojando las vicisitudes de una guerra en que el Gobierno español ha querido hacer ver que su política con respecto a la América sobrevivirá al trastorno de todos los abusos. Este último desengaño les ha inspirado, naturalmente, la resolución de separarse para siempre de la Monarquía Española y proclamar su independencia a la faz del mundo. [...] hemos tenido a bien, en ejercicio del poder extraordinario con que para este caso particular nos han autorizado los pueblos, declarar solemnemente, a nombre de ellos, en presencia del Altísimo, y hacer saber a la gran confederación del género humano, que el territorio continental de Chile y sus islas adyacentes, forman de hecho y por derecho, un Estado libre, independiente y soberano, y quedan para siempre separados de la Monarquía de España, con plena aptitud de adoptar la forma de Gobierno que más convenga a sus intereses”.

sistema de despotismo y tiranía<sup>49</sup>.

Aquí, Schmitt nos describe como se razonaría desde esta teoría respecto a circunstancias en que otros sujetos que no sean el pueblo digan actuar ejerciendo el Poder constituyente. Más parecería ingenuo atribuir como postura de Schmitt únicamente la doctrina del poder constituyente del pueblo, cuando este autor ha mostrado la validez de un ejercicio no democrático de este enorme poder, pese a que precisamente esta noción nacería desde un ejercicio democrático de apropiación de poder, en desmedro del poder absoluto del monarca.

Schmitt también efectúa la distinción entre el *Poder constituyente del pueblo* (originario), y del *Poder constituido o legal-constitucional*, siendo el segundo “una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa”<sup>50</sup>, siendo así el Poder Constituido: “todo lo que se verifica en regulación legal-constitucional a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, de naturaleza distinta a un acto del Poder constituyente”<sup>51</sup>.

De esta forma, en Schmitt nos encontramos con alguien que realiza un apropiación de un concepto que por su historia sería propio del sujeto pueblo, para así vincularlo con quien tenga la capacidad fáctica de imponer su voluntad, lo cual viene a pretender construir una legitimidad en el uso de la fuerza a sujetos que no sean el pueblo, en cuanto al establecimiento de las bases jurídicas fundamentales de una sociedad.

49 *Ibíd.* pp 111.

50 *Ibíd.* pp 114.

51 *Ibíd.* pp 114.

- **Hans Kelsen.**

En el análisis que efectúa Renato Cristi respecto a la visión de Kelsen respecto al poder constituyente, señala que en éste “la ciencia jurídica positiva no puede considerar a la norma básica como resultado de un <<acto de voluntad>> de un determinado sujeto constituyente. El *poder constituyente* es simplemente una ficción, un <<acto de pensamiento>> que le sirve al jurista para fundar lógicamente la validez de un sistema jurídico (Kelsen, 1967: 204)<sup>52</sup>. De esta forma, para Kelsen, el poder constituyente sería solamente un <<mito conceptual>><sup>53</sup>, no existiría propiamente como un poder político, sino que sólo serviría para explicar ex post la validez de un sistema jurídico y no como un instrumento político que se pueda utilizar para en un futuro saltar por sobre toda la normatividad del sistema jurídico para establecer una nueva Constitución.

## **2. Recepción del concepto en la doctrina chilena.**

- **Jaime Guzmán Errázuriz.**

La recepción del concepto en que el proceso constituyente iniciado en 1973 se debería en opinión de Jaime Bassa a “*la recepción por parte de Guzmán de las ideas de Carl Schmitt, las que habría conocido por intermedio de autores españoles como Sánchez Agesta*”<sup>54</sup>, concepción la cual habría ejercido la Junta de Gobierno, siendo a juicio de Bassa, una construcción del concepto que “*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 Junta*”<sup>55</sup>.

Según Bassa, “Guzmán reconoce que el poder constituyente radica en el pueblo o

52 Cristi, R. y Ruiz-Tagle, P. (2014). El constitucionalismo del miedo. Santiago de Chile: Lom. pp 135.

53 *Ibíd.* pp 135.

54 Bassa, J. (2007). La teoría del Poder Constituyente en la Constitución chilena vigente (Tesis de Magíster en Derecho, mención Derecho Público). Universidad de Chile, Santiago de Chile. pp. 22.

55 *Ibíd.* pp 25.

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”<sup>56</sup>. De esta forma, en Guzmán se aprecia una concepción del poder constituyente tremendamente desfigurada, ya que pese a que sea el pueblo en donde radicaría este poder, en la práctica este poder sería ejercido por la élite, lo cual viene a constituir una concepción enteramente oligárquica de este poder.

- **55 Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.**

Los 55 profesores y profesoras de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Señores Sergio Gaete Rojas, Fernando Rozas Vial, Víctor Vial del Río, José Joaquín Ugarte Godoy, Jorge Barahona Urzúa, César Frigerio Castaldi, Javier González Echenique, Jaime del Valle Alliende, Hernán Larraín Fernández, Arnaldo Gorziglia Baldi, Gustavo Cuevas Farren, Hernán Reyes Silva, Arturo Irrázabal Covarrubias, Sergio García Valdés, Raúl Allende Ossa, Lisandro Serrano Spoerer, Fernando Román Díaz, Mario Steffens Fortune, Manuel José Montes Cousiño, Luciano Cruz Muñoz, Blas Bellolio Rodríguez, Raúl Lecaros Zegers, Aldo Monsalves Müller, José María Eyzaguirre García de la Huerta, Víctor Delpiano Delpiano, José Bernales Pereira, César Sepúlveda Latapiat, Ramón Suárez González, Manuel Domingo Correa Opazo, Eduardo González Errázuriz, Arturo Marín Vicuña, Víctor Mukarker Ovalle, Isaac Ugarte Soto, Enrique Munita Izquierdo, Mario Correa Bascuñán, Julio García Encina, Julio Chaná Cariola, Jaime Guzmán Errázuriz, Gonzalo Rojas Sánchez, Pablo Olivares, Juan Jorge Lazo Rodríguez, Alberto Labbé V., Manuel José Vial, Álvaro Ortúzar S. M., Andrés Chadwick P., Andrés Rodríguez, Juan Arab, Jorge Carey Tagle, Jaime Carey Tagle, José Miguel Olivares Padilla, Juan Francisco Gutiérrez Irrázabal, Fernando Saenger Giaconi, y las Señoras María Cristina Navajas Urbina, Ximena Diez Silva, y María del Carmen Rozas Ortúzar, conceptualizan en 1980 al Poder Constituyente originario -a propósito de la Convocatoria a plebiscito por la Junta de Gobierno para ratificar la Constitución de 1980- como aquel que *“no reconoce limitación formal alguna en su ejercicio, ya que el ordenamiento jurídico positivo fundamental será*

56 *Ibíd.* pp 26.

*precisamente el resultado de dicho ejercicio, sin que preexista otro alguno vigente al cual deba sujeción. Es por ello que, por su naturaleza, todo lo concerniente al Poder Constituyente originario no pertenece propiamente al mundo jurídico*<sup>57</sup>.

Es decir, estos 55 académicos nos señalan que el Poder Constituyente originario no tiene limitación ni le debe sujeción en su actuar al ordenamiento jurídico positivo, vale decir, las normas positivas anteriores al actuar de este poder no lo puede pretender regular o limitar, y que de existir tales normas que lo busquen regular, este poder no les deberá sujeción a tales normas. De lo que se puede inferir que todo el proceso vinculado al ejercicio de este poder - su convocatoria, su configuración, sus normas procedimentales, su sujeción, el dar una nueva Constitución y el fin de su actuación- es algo sujeto a la voluntad de ese propio poder, no siendo posible limitarlo ex ante, y en caso de existir algún tipo de limitación ésta solo será una limitación dada por ese mismo poder, y aquí podría caber el reconocimiento de una limitación dada ex ante pero que solo vendría a ser válida en tanto es reconocida en el ejercicio del poder constituyente originario (por ejemplo en caso que un Poder Constituyente originario reconozca sujeción a alguna concepción de derecho natural, o a tratados internacionales de su Estado).

Luego, remarcan que todo lo concerniente a este poder no pertenece al mundo jurídico, aspecto clave considerando el hecho que al momento de esta declaración de los profesores ya se sabía de la nueva facultad del Presidente de la República de ejercer la potestad reglamentaria en todo aquello que no sea propio del dominio legal, aspecto que pasará a desarrollarse en el Capítulo III.

<sup>57</sup> *El Mercurio, Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la Convocatoria a Plebiscito para ratificar la Constitución. 24 de agosto de 1980.*

- **Alejandro Silva Bascuñán.**

Respecto al poder constituyente, Bascuñán señala que vendría a ser “la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia ley fundamental, de fijar, por lo tanto, todo lo que se refiere a lo esencial de la estructura de las instituciones llamadas a regir los intereses generales de la colectividad y a resguardar los derechos de los gobernados”<sup>58</sup>, mientras que de los poderes constituidos, vendrían a ser los “nacidos y trazados de acuerdo con la voluntad manifestada por el constituyente”<sup>59</sup>. Descripción más bien neutra, y meramente jurídica si consideramos todo el desarrollo que ha tenido este concepto desde Marsilio hasta Schmitt.

Sin embargo, también se puede encontrar en Silva una descripción que al contemplar la idea de imponerse por la fuerza y de la idea de ser capaz de hacer imperar su criterio, con lo cual la propia idea de Poder Constituyente puede ser capturado por grupos no democráticos para así legitimar su actuar<sup>60</sup>.

Silva reconoce que este Poder ha de actuar sin límites -respecto a alguna norma positiva- para satisfacer *la idea de derecho dominante en el grupo*<sup>61</sup>; sin embargo, en el plano concreto, reconoce que este poder en su tarea de elaborar una Constitución, “debe respetar las exigencias permanentes del fin propio de la sociedad política, los derechos de la persona humana y de los cuerpos intermedios que expresan su vida dentro del Estado, y los imperativos de justa ordenación que resultan de confrontar tales exigencias con las modalidades configurantes del momento histórico y del futuro que se desea regir mediante la ley fundamental que se dicta”<sup>62</sup>.

Respecto a los métodos de concreción popular, menciona los métodos de

<sup>58</sup> Silva, A. (1997). Tratado de Derecho Constitucional Tomo I: Principios, Estado y Gobierno. Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp 99.

<sup>59</sup> *Ibíd.* pp 100.

<sup>60</sup> “El Poder Constituyente fija los rasgos principales y permanentes del derecho prevaleciente en la sociedad política, importa la cristalización institucional del concepto predominante en el ambiente colectivo, por lo menos el que se impone en las fuerzas y sectores que se muestran capaces de hacer imperar su criterio y de expresar, con eficacia, su voluntad en lo relativo a la determinación de los cimientos estructurales de la ordenación colectiva”. Tratado de Derecho Constitucional Tomo I. pp 100.

<sup>61</sup> Silva, A. (1997). Tratado de Derecho Constitucional Tomo I: Principios, Estado y Gobierno. Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp 102.

<sup>62</sup> *Ibíd.* pp 102-103.

representantes escogidos por el electorado, o que los propios legisladores ordinarios lleven esta tarea, u otros especialmente convocados a esta tarea. Y menciona que además se ha dado “el caso de que las potencias victoriosas ejerzan el poder constituyente originario para dar base al restablecimiento democrático”<sup>63</sup>.

- **Hernán Molina Guaita.**

El poder constituyente para Molina Guaita, es “el que dicta la Constitución”<sup>64</sup>, el jurista comparte la distinción de Sieyès entre el *poder constituyente* (propriadamente tal) y *los poderes ordinarios constituidos*, también distingue entre *poder constituyente originario* y *poder constituyente derivado* o poder constituyente constituido, siendo este último -afirma- “el establecido por la propia Constitución”<sup>65</sup>, designando el órgano que lo ejercerá y el procedimiento a que se ajustará su ejercicio.

Respecto a los límites del poder constituyente originario, el autor se remite a señalar la postura de Recassen Sichés, considerando que si bien no está sometido a ninguna traba positiva, “sí está sometido a los valores jurídicos ideales y a las exigencias del bien común en una determinada circunstancia histórica”<sup>66</sup>, debiendo “obedecer a los principios de justicia y a los demás valores jurídicos y a la opinión social que lo ha originado”<sup>67</sup>. Agregando a la postura de Recassen, que según él, este poder “está limitado por el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza de la persona humana”<sup>68</sup>.

Guaita junto con señalar que el poder constituyente actúa cuando se ha producido una ruptura de la constitución (además de actuar en la creación de la primera Constitución<sup>69</sup>), pasa a enunciar cuáles serían para él estas situaciones, refiriéndose a la insurrección o sublevación; el golpe de fuerza; el golpe de Estado; la rebelión; la revolución; los gobiernos de hecho o de facto. De esta forma, Guaita reduce las posibilidades de actuación a futuro de

63 *Ibíd.* pp 105.

64 Molina, H. (2011). *Instituciones políticas*. Chile: Thomson Reuters. pp 253.

65 *Ibíd.* pp 253.

66 *Ibíd.* pp 256.

67 *Ibíd.* pp 256.

68 *Ibíd.* pp 256.

69 *Ibíd.* pp 255.

este poder, al reducirlo al acto de dictación de una primera Constitución y luego sólo a actividades producto de intervenciones en base a la violencia política. Sin dejarle lugar a posibles intervenciones no violentas de este poder en contextos no “revolucionarios” como los vistos a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Respecto de quien es el titular del poder constituyente originario, Guaita cree que es una pregunta que nos lleva a la situación en que no existe una Constitución. Y que desde el derecho positivo no se puede obtener una respuesta, pero que desde la ciencia política (los principios jurídicos y políticos), el titular no sería otro que el soberano. Y ante la pregunta por quién es el soberano, señala que en el actual contexto democrático en nuestro tiempo se ha proclamado como el soberano al pueblo, pero no sin antes indicar que esta pregunta hace remisión a las “*realidades históricas y políticas*”<sup>70</sup>, ya que -señala- “el soberano es aquél que 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”<sup>71</sup>. Con lo cual tenemos que el autor tiene una postura bastante acomodaticia respecto al contexto político -o quizás muy influenciado por Schmitt- y que no formaría parte auténtica de la tradición democrática popular que vio nacer la idea del poder constituyente. Si no que más bien tendríamos una interpretación del Poder Constituyente originario que lo relaciona mucho más con la idea de soberanía que con la idea de pueblo.

Y en lo que al poder constituyente derivado respecta, señala que “es aquel establecido en la propia Constitución”<sup>72</sup>, y que sus límites jurídicos son los que la Constitución formula.

70 *Ibíd.* pp 261.

71 *Ibíd.* pp 261.

72 *Ibíd.* pp 261.

- **Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto.**

Vergudo y García, definen al poder constituyente como “*aquel que tiene capacidad o facultad para establecer o dictar la constitución*”<sup>73</sup>; y que en cuanto a sus funciones “*el poder constituyente originario no gobierna, sino sólo expide la normatividad fundamental de los órganos constituidos*”<sup>74</sup>. Con esto, los abogados abordan esta noción desde la facticidad de este poder y no desde su original matriz democrática, y en lo que a sus funciones respecta, estarían dentro de la idea tradicional en cuanto a los propósitos de la manifestación de este poder, no arrogándose otras funciones en que han solido caer regímenes que se arrogan éste poder y que terminan capturando funciones propiamente de gobierno.

Respecto a la titularidad de este poder, se refieren a ésta respecto a diversas etapas históricas. En primer lugar, afirman que durante la Edad Media no habría habido un claro titular de este poder (ni en el Rey, ni en la Iglesia, ni en los señores feudales). Luego, desde el Renacimiento este poder tendría por titular al Rey. Y en cuanto al sujeto *pueblo* como nuevo titular, indican que “aparecerá en Inglaterra a fines del siglo XVII y con caracteres aún más nítidos en la Declaración de Virginia de 1776 y en la Constitución norteamericana de 1787”<sup>75</sup>. Y donde “con la irrupción del constitucionalismo clásico la titularidad del poder constituyente se desplaza al pueblo o a la nación”<sup>76</sup>. Con esta interpretación de los titulares del poder constituyente, Verdugo y García dejan la puerta abierta para que este concepto pueda ser incluso en circunstancias extraordinarias o autoritarias apropiadas por un sujeto que no sea el sujeto pueblo, ya que sólo atribuye este poder a quien esté en capacidades de ejercerlo y no a quien inspiraría el nacimiento de esta noción de poder.

Respecto a la interrogante de cómo expresa su ejercicio, señalan la técnica que propone “la función constituyente a una Asamblea o Convención integrada por representantes elegidos por la ciudadanía especialmente para tal efecto [cuerpo colegiado el cual] desaparece una vez que cumple su objetivo”<sup>77</sup>; luego señalan la posibilidad de “someter

73 Verdugo, M. García, A. (1996). Manual de Derecho político: instituciones políticas. Chile: Editorial jurídica de Chile. pp 267.

74 *Ibíd.* pp 271.

75 *Ibíd.* pp 268.

76 *Ibíd.* pp 268.

77 *Ibíd.* pp 270.

a consulta popular un proyecto elaborado por el detentador del poder”<sup>78</sup>.

Respecto a los límites del poder constituyente originario, indican que “la doctrina coincide en que en principio él carece de limitaciones y de actividad. Sin embargo, con mayor análisis se admiten ciertas limitaciones: a) debe reconocer los derechos fundamentales; b) debe admitir límites impuestos por el orden o convivencia internacional, y c) no puede negar su propia titularidad”<sup>79</sup>. Mientras que en lo que al poder constituyente derivado o constituido respecta, éste tendría las limitaciones que la Constitución señale.

- **Fernando Atria Lemaitre.**

Fernando Atria al abordar el concepto de *Poder Constituyente*, lo hace desde la distinción entre *Originario* y *Derivado*. Respecto al primero, ha indicado que esta idea “no puede, por definición, estar sujeta a derecho porque es lo que funda el derecho”<sup>80</sup> y que por lo tanto “es un poder al que la distinción legal/ilegal no se le aplica, porque la funda”<sup>81</sup>; que la noción del poder constituyente “está internamente vinculada a la idea democrática, porque dado lo que es el poder constituyente, este solo puede residir en el pueblo”<sup>82</sup>; y que “se trata de un poder no constituido, es decir, un poder no dado por norma anterior alguna”.<sup>83</sup> Y finalmente, respecto al poder constituyente derivado, caracteriza a éste como “el poder de dictar leyes constitucionales”<sup>84</sup>.

Respecto a la noción del poder constituyente de Atria, lo primero que debemos decir es que señala la distinción entre un poder constituyente originario y uno derivado, en donde el primero es el que funda el derecho y el segundo viene a ser el que por medio de la institucionalidad que establece el poder constituyente originario va estableciendo, modificando o derogando leyes con rango constitucional.

78 Ibid. pp 270.

79 Ibid. pp 272.

80 Atria, F. (2014). *La Constitución tramposa*. Santiago de Chile: Lom. pp 91.

81 Ibid. pp 91.

82 Sazo, D., Bustamante, G. (comp). (2016). *Democracia y poder constituyente*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. pp 346.

83 Ibid. pp 363.

84 Ibid. pp 362.

En un segundo punto, por tratarse de un poder que es fundante del derecho, nos señala Atria que no viene al caso aplicarle la distinción entre ilegal o legal, ya que precisamente su actuación viene a fundar el derecho (una nueva legalidad). De lo cual, si no ahondara más en el concepto se podría pensar que nunca podríamos acusar que el ejercicio del poder constituyente por grupos armados; por grupos militares; o por pequeños grupos de la sociedad que no den cuenta del sentir nacional no se les podría acusar de un actuar abiertamente ilegal, ya que precisamente, el actuar en nombre del poder constituyente originario vendría a blanquear el accionar al no serle aplicable en la teoría la distinción entre legalidad/ilegalidad.

Sin embargo, Atria vincula a la idea de poder constituyente con la idea democrática, ya que según su postura este poder sólo puede residir en el pueblo. A partir de esto, podríamos deducir que todo sujeto que no sea el pueblo mismo, por más que diga actuar ejerciendo el poder constituyente -por derecho propio o a nombre del pueblo- no podría estar acorde con esta concepción del poder constituyente originario del profesor Atria. Pero que el poder constituyente originario resida en el pueblo, deja el problema de cómo traducir ese poder (que reside en la totalidad del pueblo) en alguien que pueda ejercer ese poder, siendo esto un aspecto -el de su ejercicio- un punto que Atria trata en *La Constitución Tramposa (2013)* en donde defiende como una de las opciones la creación de una Asamblea Constituyente.

Finalmente, Atria señala que este es un poder que no es dado por norma anterior alguna, de lo cual se podría advertir que se trataría que es un poder el cual se configuraría a sí mismo en su actuar, en su configuración, en sus normas procedimentales y todo lo que rodea a su actuar.

- **Francisco Zúñiga Urbina.**

En Francisco Zúñiga encontramos que aborda el concepto del poder constituyente originario desde la perspectiva de su ejercicio, señalando: “el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos [...], escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio sólo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento Nogueira Alcalá señala: ‘la actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...’ (Nogueira A. Humberto. Ob. Cit. pp.547). [...] la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles”<sup>85</sup>.

A diferencia de lo mostrado respecto a Atria, quien hacía sobretodo el punto del poder constituyente originario desde la perspectiva de su residencia (el pueblo), aquí en Zúñiga el foco está directamente en su ejercicio, en quien a fin de cuentas termina por ejercer ese poder. Zúñiga al igual que Atria, inserta el ejercicio del poder constituyente originario dentro de una visión democrática al señalar que su ejercicio será a través de procedimientos democráticos, con lo cual podemos descartar de plano un ejercicio del poder constituyente originario en versiones autoritarias, como sería la acontecida desde 1973 por la Junta de Gobierno en Chile.

Un segundo aspecto en la concepción de Zúñiga, es que el poder constituyente originario no podría ser regulado por normas previas, al indicar que este poder escaparía a la competencia de la competencia, por lo que las acciones políticas que realice este poder (la dictación de una nueva constitución y las normas que dicte para facilitar este fin) no podrían estar afectas al paso previo por órganos de control de la juridicidad de los poderes constituidos (como vendría a ser el caso, por ejemplo, de La Contraloría General de la

<sup>85</sup> Zúñiga, F. (2014). Nueva Constitución y momento constitucional. Santiago de Chile: Thomson Reuters. pp 123.

República o El Tribunal Constitucional).

Esta idea luego es reafirmada pero para señalar que los únicos controles que este poder tendrá -en su ejercicio- serán los *controles sociales y políticos imperantes y no los controles de juridicidad*, control el cual ha de ser dotado de contenido, para que así a la hora en que se ejerza el poder constituyente originario en Chile, compartamos qué tipo de control social habremos de considerar válido (ej. manifestaciones callejeras, mandatos revocatorios de los representantes) y cuales no (ej. violencia política).

Por otra parte, Zúñiga al señalar que en ocasiones este poder puede contar con eslabones con el orden constitucional que fenece, pasa de señalarnos su concepción de este poder a pasar a describirnos cómo ha operado este poder en los hechos en la experiencia comparada, con lo que no queda claro cuál es su concepción teórica del ejercicio de este poder. Ya que si su ejercicio no tiene vinculaciones en su actuar con órganos del sistema que fenece puede ser visto como algo auténticamente constituyente, pero si su actuar se vincula en su actuar con parte del sistema que fenece, será más propiamente un órgano híbrido, una transacción entre lo nuevo y lo viejo, algo ni propiamente constituyente, ni tampoco algo propiamente constituido, ya que nos señala que aunque su actuar involucre a parte del orden que fenece no implicaría someter a los controles de juridicidad.

- **Jaime Bassa Mercado.**

Por su parte Jaime Bassa, desde una teoría democrática del poder constituyente, indica que:

*“[...] 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.*<sup>86</sup>

En Bassa nos encontramos con que por una parte da cuenta del hecho histórico de que el poder constituyente en tanto facticidad, no ha tenido un titular absoluto para su actuación, y que en el actual contexto del Estado constitucional y democrático de Derecho este poder sólo puede residir en el pueblo. Con lo cual, pareciera que entra en cierto relativismo de que según las circunstancias políticas del ciclo histórico en concreto, este poder se ejercerá por tal o cual sujeto -el pueblo, el monarca, un grupo pequeño y organizado de la sociedad-, y no por un determinado sujeto por derecho propio. Lo cual pareciera ir en contra del origen de la idea misma de poder constituyente y de reconocer cierta validez (al menos en lo fáctico) en la apropiación de esta noción por parte de regímenes para así actuar en forma soberana, validados por una construcción teórica de este concepto.

En un paralelo entre esta postura y la postura de Schmitt en su etapa democrática<sup>87</sup>, nos encontramos con que Schmitt indica que la Constitución legítima es la que se apoya en el poder constituyente del pueblo (Schmitt, 1982: 111), mientras que en Bassa el poder constituyente no se apoyaría en el pueblo a modo de legitimación, sino que el poder constituyente es propiamente el pueblo, quien actuaría por sí. Por lo que desde la tesis de Bassa no se da lugar a que un régimen no democrático, por ejemplo, actúe en nombre del pueblo y luego consulte al pueblo si está de acuerdo o no con lo obrado, posibilidad que sí cabría dentro de los márgenes de una definición del poder constituyente de Schmitt - aún desde lo que él afirma- en un contexto de Estado constitucional y democrático de Derecho.

<sup>86</sup> Bassa, J. (2007). La teoría del Poder Constituyente en la Constitución chilena vigente (Tesis de Magíster en Derecho, mención Derecho Público). Universidad de Chile, Santiago de Chile. pp 33.

<sup>87</sup> En el constitucionalismo del miedo (2014) Renato Cristi nos da cuenta que Schmitt tanto en su libro *La Dictadura*, como en *Teología Política*, niega que el pueblo pueda ser sujeto soberano legítimo, y luego en su *Teoría de la Constitución* aceptará al pueblo como sujeto legítimo del poder constituyente, y ya no en solo una dictadura soberana como en un comienzo.

## Capítulo II: Intentos por regular el Poder Constituyente originario en Chile.

### 1. Michelle Bachelet y la Reforma al Capítulo XV.

El día 3 de abril de 2017, por el mensaje N°022-365 (boletín N° 11173-07) de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, se envió a la Cámara de Diputados el proyecto de reforma constitucional del Capítulo XV de la Constitución Política, en donde se pretende adicionar un nuevo artículo a dicho Capítulo (Artículo 130), y agregar la disposición VIGÉSIMO NOVENA transitoria.

Dicho mensaje Presidencial, en lo medular y sin entrar en las normas más procedimentales, estipula que:

(1) por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, se *“podrá convocar a una Convención Constitucional para la elaboración de una Nueva Constitución”*;

(2) Será una Ley Orgánica Constitucional (LOC) la que regulará respecto de esta convención, la convocatoria de ésta, su integración, el nombramiento y elección de sus integrantes, su organización, sus funciones, sus atribuciones, y de los mecanismos de participación ciudadana;

(3) Aprobado el proyecto de Nueva Constitución, será remitido al Presidente de la República para que éste consulte a la ciudadanía mediante plebiscito, con el sistema de voto obligatorio.

Mientras que en la disposición VIGÉSIMO NOVENA transitoria, establece que:

(1) *“La forma de integración de la Convención Constitucional, así como el sistema de nombramiento y elección de sus integrantes, requerirá el voto conforme de las tres quintas partes”* de los parlamentarios (inciso segundo);

(2) que *“La Convención Constitucional aprobará las materias de que trate la Nueva*

*Constitución*” de acuerdo a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 127 de la Constitución Política, y que;

(3) “La Convención Constitucional conocerá y tramitará los proyectos de Nueva Constitución” presentados ante el Congreso Nacional o ante la propia Convención Constitucional.

Es decir, este mensaje presidencial lo que pretende es que se reforme el capítulo XV -lo cual exige un quórum de dos tercios- para así agregar un mecanismo que pueda cambiar la actual Constitución por otra, y no una mera reforma, lo cual en la lógica de los estándares de quórums que establece el proyecto, se podría canalizar por los actuales mecanismos de reforma.

El problema que veo sin embargo, es que en primer lugar al pretender establecer este nuevo procedimiento dentro del Capítulo XV de la Constitución, se pone como umbral para llegar a acuerdos en la aprobación de este mensaje el quórum de dos tercios de los Diputados y Senadores en ejercicio, es decir, se le establece el quórum más alto que actualmente existe a un procedimiento que según el mensaje presidencial, no tenía regulación alguna, por lo que a primera vista hace dudar de la necesidad de intentar hoy un acuerdo por dos tercios para crear un mecanismo con el mismo quórum que requiere una modificación de la Constitución (dos tercios).

Un segundo problema, es que a la *Convención Constitucional* se le establecen determinados quórums para adoptar acuerdos en ciertas materias, los cuales corresponden a los mismos quórums regulados en la actual Constitución -específicamente en los incisos segundo y tercero del artículo 127 de la Constitución Política- es decir, estaríamos creando un órgano que se ciñe a las mismas reglas para la adopción de acuerdos que los establecidos para adoptar acuerdos de reforma según los preceptos del Capítulo XV (dos tercios para los capítulos de: Bases de la Institucionalidad; Derechos y Deberes constitucionales; Tribunal Constitucional; Fuerzas Armadas, De Orden y Seguridad Pública; Consejo de Seguridad Nacional; Reforma de la Constitución. Tres quintos para los capítulos de: Nacionalidad y Ciudadanía; Gobierno; Congreso Nacional; Poder Judicial; Ministerio Público; Justicia Electoral; Contraloría General de la República; Banco Central; Gobierno y

Administración Interior del Estado).

Un tercer problema identificado, es que esta *Convención Constitucional* no podría proponer contenidos por iniciativa propia, ya que de lo que se comprende del mensaje presidencial, es que ésta conocerá los proyectos de reformas que se presenten ante el Congreso Nacional o ante esta *Convención Constitucional*, de lo que se podría entender que solo por moción parlamentaria o por mensaje presidencial se podría iniciar un debate en la *Convención Constitucional* y desde ese momento, modificar la propuesta de acuerdo a los intereses que estén representados en este futuro ente. A no ser que la LOC encargada de regular esta *Convención* señale que ella podrá proponer materias para su envío al Presidente de la República.

De esta forma, siendo el espíritu de esta reforma constitucional el de crear un mecanismo para reemplazar una Constitución Política por otra, tarea propia de un *Poder Constituyente Originario*, se utiliza la figura del Poder Constituyente Constituido, ya que en lo formal, pese a que se crea un nuevo organismo, éste se ciñe por las mismas reglas en materia de quórum para adoptar acuerdos. E incluso, es el último Congreso con una configuración del sistema electoral binominal el encargado de regular y configurar este nuevo ente, y no el nuevo Congreso de 2018 que será fruto de un sistema más proporcional en materia de representación, por lo que además de la pretensión de regular por grandes acuerdos al Poder Constituyente Originario, se incurre extrañamente en encomendar a un Congreso de configuración binominal -heredado de la Dictadura y reformado en parte en 2005- en sus últimos 11 meses de existencia, la labor de regular la configuración de un organismo que tiene las pretensiones de elaborar un texto Constitucional que represente de mejor manera la futura configuración de la democracia. Cuando en una línea más consecuente con la reformas - particularmente con el cambio al sistema binominal por uno de tipo proporcional- habría sido encomendar al futuro Congreso esta labor tan relevante, para así seguir una suerte de ruta democratizadora, ya que de esta otra forma, incluso la reforma del sistema binominal carece ahora de toda relevancia hacia el futuro.

➤ **Análisis del mensaje.**

En el punto II del mensaje (*FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY*) se indica que:

*“El texto -la Constitución- no contempla un mecanismo específico para su reemplazo total, como tampoco una sede constituyente para éste.*

*La reforma constitucional aquí propuesta, establecerá una norma que permite elaborar una nueva Constitución en una sede constituyente convocada para tal efecto, en el marco de la institucionalidad vigente.*

*A través de esta nueva norma contaremos con un mecanismo específico que habilite el total reemplazo de la Constitución vigente.”*

El anterior fragmento del mensaje del proyecto nos señala algo que todos sabemos, y que es el hecho de que la Constitución no tiene un mecanismo para su total reemplazo por otra Constitución, ¿y qué Constitución tiene algo como eso? cuando toda Constitución es creada con un ánimo de perdurabilidad y capacidad de adaptarse en el tiempo. En seguida, no anuncia que lo que busca el proyecto es precisamente eso, crear un mecanismo de reemplazo de una Constitución Política por otra, regulándose en la propia Constitución que se pretende reemplazar, toda una innovación en materia democrática.

Sin embargo, el diablo -veto- está en los detalles, y es que toda esa innovación inspirada por un espíritu democratizador termina por establecer los mismos umbrales a nivel de quórum para la toma de acuerdos como ya fue señalado anteriormente. Y es que la contradicción vital de este proyecto de ley reside fundamentalmente en la frase: *“una norma que permite elaborar una nueva Constitución en una sede constituyente convocada para tal efecto, en el marco de la institucionalidad vigente”*, lo que se nos plantea es básicamente pretender reglamentar un Poder Constituyente Originario, bajo las lógicas que rigen a las modificaciones regulares a la Constitución, es decir, el establecimiento de determinados quórum supra mayoritarios para la aprobación de determinadas materias.

## 2. Mociones parlamentarias y el Poder Constituyente Originario.

Estas mismas pretensiones nos las encontramos en dos mociones parlamentarias, la primera de ellas en el boletín N° 7792-07<sup>88</sup> (en tramitación) y en el N° 8562-07<sup>89</sup> (archivado).

En el primero de ellos, al igual que en el mensaje de la Presidenta Bachelet, se señala que la actual Constitución no contempla un mecanismo para una reforma total de la Constitución; se remarca que el ejercicio de la soberanía reside en la Nación y lo realiza el pueblo a través de los mecanismos que señala la Constitución.

Se remarca que el ejercicio de la soberanía lo realiza el pueblo a través de los mecanismos que la Constitución señala, para luego establecer que se podrá convocar a una Asamblea Constituyente la cual tendría el carácter de autónoma, la cual, podría ser convocada vía ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, pudiendo iniciarse esta ley por la iniciativa de al menos quinientas mil firmas de ciudadanos. Y finaliza señalando que la nueva Constitución para poder entrar en vigencia, deberá ser aprobada mediante plebiscito por la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos.

De lo anterior, se puede decir que esa Asamblea que se crea sería propiamente un Poder Constituyente Originario, sin embargo no hay mención alguna en ese proyecto respecto de la forma en que se conformará -la elección de ésta- o al menos quien tendrá la potestad para decidir cómo se podría conformar, de lo cual se podría pensar que el método de elección de ésta quedaría entregado a la misma ley de mayoría absoluta, el establecimiento del método electoral para la elección de sus miembros. Lo cual podría dar lugar a distritos electorales al interés de quien convoque a la Asamblea, o a la creación de cuotas que sobre representen a sectores de la sociedad.

Como punto positivo, tiene que respetar la autonomía que es propia del Poder Constituyente originario, no estableciéndose plazos; procedimientos de aprobación de las

<sup>88</sup> Autores: Sergio Aguiló Melo (IC); Osvaldo Andrade Lara (PS); Pepe Auth Stewart (PPD); Aldo Cornejo González (DC); Alfonso De Urresti Longton (PS); Marcelo Díaz Díaz (PS); Marcos Espinosa Monardes (PRSD); Marcelo Schilling Rodríguez (PS); Alejandra Sepúlveda Orbenes (PRI); Guillermo Teillier Del Valle (PC).

<sup>89</sup> Autores: Guido Girardi Lavín (PPD); José Antonio Gómez Urrutia (PRSD); Alejandro Navarro Brain (MAS); Jaime Quintana Leal (PPD); Fulvio Rossi Ciocca (PS).

materias; vetos para discutir materias; o quórum para aprobar determinadas materias

Mientras que el segundo, también señala que la Constitución no contiene un procedimiento destinado a sustituir la Constitución por otra; en segundo lugar, indica que *“como ha sostenido la doctrina sobre la materia, el cambio de la actual Constitución por una nueva, no se puede realizar a través del procedimiento establecido en ella”*; luego afirmar que *“En esta situación sostenemos que el único camino legítimo de superación de la condición o dificultad señalada -los quórum- , es el ejercicio del poder constituyente originario por su exclusivo titular: la ciudadanía”*. Hasta este punto, esta tesis está en plena coincidencia con estos presupuestos, y es que incluso en esta moción los Senadores van más allá, y citan<sup>90</sup> extensamente al constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá para así hacer referencia al poder constituyente originario:

“el poder constituyente originario es siempre un poder que reside en el pueblo como titular, sin que nunca pueda ser enajenado del mismo, el que, en cualquier momento, tiene el derecho de cambiar la Constitución si estima que ello es indispensable, siendo un poder extra-ordinem respecto de la Constitución anterior, el cual se fundamenta en la idea de derecho vigente en la sociedad en ese momento histórico y en los límites de oportunidad que posibiliten la legitimación de su obra por el cuerpo político de la sociedad, sin perjuicio de los límites impuestos por el derecho internacional en sus diversas fuentes: Principio de Ius Cogens, Derecho Consuetudinario y Derecho Convencional Internacional.”

Sin embargo, luego establece la conclusión de que “es evidente que la Constitución actual debe ser reformada para que esto sea posible”, lo que a esta tesis es a todas luces innecesario por cuanto la figura del Poder Constituyente Originario puede encontrar perfecto punto de conexión en la actual Constitución.

Luego el proyecto detalla que mediante una urna extra en la elección de noviembre de 2013 se pregunte sobre la realización de una Asamblea Constituyente para una nueva constitución, en que en el caso de aprobarse el presidente deberá enviar un proyecto de ley

<sup>90</sup> La referencia efectuada a Humberto Nogueira por los Señores parlamentarios en la moción presentada fue sin referencia al texto del cual extrajeron el fragmento del texto.

al Congreso en que se establezca el mecanismo de elección de los representantes; además se establece la autonomía de esa asamblea, no ciñéndola a quórum de aprobación como sí hizo el mensaje presidencial de la Presidenta Bachelet, por lo que pese a hacer el intento de constitucionalizar una vía de acción del Poder Constituyente Originario, sí logra a diferencia del mensaje presidencial de Bachelet hacer que esta Asamblea no se ciña en su accionar a normas anteriores -en materia de quórum- precisamente gracias al consagrar su autonomía. Sin embargo, esta moción parlamentaria entrega a la discusión parlamentaria el mecanismo de elección de los representantes, haciendo de esta forma depender la configuración de este Poder Constituyente Originario de lo que decida un Poder Constituido y no en último lugar la ciudadanía, al ser ésta -según la propia moción parlamentaria- los depositarios del Poder Constituyente Originario.

Luego, el texto que de allí emanado es sometido a plebiscito para su aprobación o rechazo, y en caso de ser aprobatorio, se estipulan los plazos para su entrada en vigencia, lo cual no va en la línea de una auténtica expresión del Poder Constituyente Originario, por cuanto debería ser éste quien conduzca los tiempos de la implementación del nuevo ordenamiento. Una segunda crítica, es que en la estructura de este proyecto, se está reduciendo el accionar del pueblo a un voto afirmativo o de rechazo, tanto en el primer plebiscito como en el final, no entregándole la oportunidad de decidir otra forma de elaboración de una nueva Constitución, como bien puede ser una Convención Constituyente, o la opción de que la asamblea proponga en plebiscito a la ciudadanía diferentes opciones en caso de no llegar a acuerdo en determinadas materias. Finalmente, otra crítica a este proyecto, es que no estableció el voto obligatorio, cosa que sí hace el mensaje de la Presidenta Bachelet, factor de gran importancia por cuanto se evita que en escenarios de gran abstención a la participación, sea una mayoría de votantes y no de la ciudadanía toda la que determine o no determinada Constitución.

Al momento de los balances, hay que ser justos y señalar que ambas mociones parlamentarias cumplen con estándares óptimos en cuanto a perseguir que el Poder Constituyente originario se exprese auténticamente, sin someterlo a las reglas de los poderes ya constituidos. Por el contrario, el mensaje presidencial de Michelle Bachelet va justamente en la línea opuesta al espíritu de estas dos mociones y de la noción de Poder

Constituyente (Emanuel Sieyès) en cuanto a que “la existencia de un poder constituyente (...) no está sometido a la Constitución, pues, en tanto que soberano, no cabe encerrarle en fórmulas positivas”<sup>91</sup>, cosa que el mensaje presidencial no hace sino que subordinar al mismo estándar de acuerdos (quóruns) a que actualmente se somete una reforma ordinaria vía tramitación parlamentaria. Constituyéndose de esta forma no el poder constituyente originario en la forma en que a éste se le concibe, sino constituyéndose en los hechos un poder constituido sometido a las mismas reglas procedimentales para la adopción de acuerdos que el actual Congreso Nacional.

<sup>91</sup> Ayuso, M. (2012). El problema del poder constituyente: constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones. Madrid: Marcial Pons.

### **Capítulo III: Perspectiva jurídica de una convocatoria al Poder Constituyente originario desde la institucionalidad chilena.**

En el presente capítulo se expondrá una posible convocatoria del Poder Constituyente originario desde la actual institucionalidad chilena, mirado desde el prisma jurídico y teniendo como sustento tanto la propia normativa, la historia de la actual Constitución de 1980, como también la jurisprudencia constitucional. Para lo cual se analizará desde la historia del texto constitucional, tanto de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República como a la figura del Presidente de la República. En segundo lugar se realizará un análisis interpretativo, para así justificar un vínculo entre el Presidente de la República desde su potestad reglamentaria autónoma, respecto a la noción del Poder Constituyente originario. Para finalmente considerar sentencias del Tribunal Constitucional de Chile en donde se ha referido a la noción del Poder Constituyente.

#### **1. El Presidente de la República y El Poder Constituyente Originario.**

##### **1.1. Potestad Reglamentaria Autónoma del Presidente de la República.**

El texto constitucional de 1980 viene a acrecentar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por contraposición a la establecida en el texto de 1925, ya que, a la potestad reglamentaria de ejecución ya presente, se vino a adicionar la potestad reglamentaria autónoma, contemplando ésta “todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, con lo cual se crea una regla de clausura en nuestro ordenamiento jurídico, en donde todo lo no entregado a la competencia del legislador en el actual artículo 63 cabe dentro de las potestades de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente. Y que según Pablo Ruiz-Tagle, con ello “se consolida el neopresidencialismo legislativo y se aleja el derecho de la voluntad popular que se expresa en el Congreso”<sup>92</sup>.

92 Ruiz-Tagle, P. (2016). Cinco Repúblicas y una tradición. Santiago de Chile: Lom. pp 200.

Constitución Política de 1925	Artículo 72. Son atribuciones especiales del Presidente: <i>2ª Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;</i>
Constitución Política de 1980	Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: <i>6º.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;</i>

Para ejemplificar la presencia de este criterio, cabe mencionar el Dictamen N° 7.497 del 30 de enero de 2014 de la Contraloría General de la República, en donde para definir el concepto de *reglamentos autónomos* recurre a la definición dada por el profesor de Derecho Administrativo Don Eduardo Cordero Quinzacara<sup>93</sup>, quien la define como “*aquellas normas que fuesen dictadas por la Administración en materias no reguladas por las leyes y sin autorización, remisión o apoderamiento alguno por parte de éstas*”. Y el mismo Dictamen de Contraloría pasa a recordar que “*la Carta Fundamental actualmente vigente cambió el sistema de dominio legal mínimo que reconocía la Constitución Política de 1925, por el dominio legal máximo que consagra el mencionado artículo 63, el cual enuncia de manera taxativa la únicas materias que son propias de ley*”.

A su vez, en la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>94</sup> de veintisiete de julio de dos mil siete del requerimiento Rol 480-06, respecto a esta materia se encarga de señalar: “*Respecto del alcance de la reserva legal, el Constituyente amplió el radio de la potestad reglamentaria autónoma, dejándola como norma de clausura, que reserva al legislador determinadas materias*”; “*la ley sólo puede regular ciertas materias taxativamente señaladas en su artículo 60 y(...) respecto de las materias no contempladas en el artículo 60, tiene*

<sup>93</sup> Cordero, Eduardo. (2009, junio). El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100012&script=sci_arttext)

<sup>94</sup> Integración: presidida por Don José Luis Cea Egaña, e integrada por los ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltran y la ministra señora Marisol Peña Torres. El ministro señor Marcos Libedinsky Tschore no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por haber cesado en sus funciones antes de la expedición de esta sentencia.

*cabida la llamada potestad reglamentaria autónoma*”; finalmente, en su considerando DÉCIMO TERCERO, respecto de los decretos autónomos, señala que son *“llamados a regular todas aquellas materias que no sean del dominio legal”*.

En la misma línea, la sentencia Rol 254-97 del Tribunal Constitucional, su página 15 señala que: “el constituyente reforzó la potestad reglamentaria del Presidente de la República a través del establecimiento de un dominio legal máximo, de las leyes de bases y de la potestad reglamentaria autónoma”<sup>95</sup>.

E incluso, con una lectura más literal y atendiendo a su vez a su espíritu como ya pasaremos a ver, se le entrega al Presidente de la República la potestad de regular lo que no es propio de regulación legal, siendo ésta, una norma que ha de ser leída no según una concepción positivista, sino que más bien teológica. Esto en atención a la discusión ocurrida en la Sesión N°345 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, del 4 de Abril de 1978, en cuya acta se señala:

*“El señor GUZMAN advierte que el debate sobre la soberanía nacional y la soberanía popular ha perdido importancia, inclusive dentro de la teoría del derecho político, en razón de que la soberanía ha sido perfilada como una cualidad del Estado cuyo ejercicio compete a las autoridades estatales establecidas en la Constitución. Expone que, básicamente, esta cualidad del Estado consiste en que las normas dictadas por la autoridad estatal no derivan su fuerza obligatoria de ninguna norma jurídica superior en el orden del derecho positivo y, al mismo tiempo, no están subordinadas a ninguna norma superior en el campo del mismo derecho positivo, sino que están subordinadas a las normas del derecho natural.”*

Respecto de la potestad reglamentaria, la discusión en aquella misma sesión sería la siguiente:

*“El señor Bertelsen (...) indica que (...) sería preciso resaltar la potestad*

<sup>95</sup> Integrado por su Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, y los Ministros señores Marcos Aburto Ochoa, Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell y Mario Verdugo Marinkovic.

*reglamentaria amplia que tendrá el Presidente de la República y precisar el deslinde entre el campo propiamente legislativo y el reglamentario; ver que la norma pertinente a las materias propias de la Ley esté señalada en el capítulo de la formación de las leyes, e indicar, por exclusión, que el resto cae en el ámbito de la potestad reglamentaria”.*

Para luego continuar en la Sesión N° 355 del 20 de abril del mismo año, señalando:

*“El señor Bertelsen (...) afirma que habrá dos tipos de reglamentos que conceptualmente pueden distinguirse, aún cuando no sea necesario hablar de ello en la Carta Fundamental, como son los reglamentos autónomos, que regulan materias que no son de ley, y los reglamentos de ejecución, que desarrollan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del Poder Ejecutivo, de donde emana su denominación.”*

*“El señor Guzmán estima de gran trascendencia la materia, y considera interesante hacer una detallada fundamentación de ella en el memorándum recalcando la congruencia que existe entre ese criterio y la concepción del Gobierno moderno en cuanto ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social. Piensa que ésta es una de las innovaciones más trascendentes que se introducen en la nueva Carta.”*

*“El señor Ortúzar (Presidente) recuerda que durante muchos años el legislador penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria, lo que viene a reforzar el planteamiento.”*

*“Se aprueba.”*

De lo que se desprende que esta amplia potestad reglamentaria que tendría el Presidente de la República, sería uno de los elementos de la concepción de “Gobierno Moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos (...) social”. Apreciándose esta nueva facultad -según consta en el Acta- como “una de las

innovaciones más trascendentes que se introducen en la nueva Carta”.

De esta forma, se estructura una democracia de tipo presidencialista, ya que el Presidente no es visto como un mero legislador del Congreso, al que sólo le cabe el “dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes” como bien establecía la Constitución de 1925, sino que además es concebido como una autoridad propiamente legisladora e incluso con caracteres *monárquicos*<sup>96</sup> -sometido a contrapesos- en la materia de la potestad reglamentaria autónoma, ya que en el ejercicio de aquella función esta sólo podría ser limitada directamente mediante la Contraloría General de la República, o a requerimiento del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), del Congreso Nacional o de la misma Contraloría al Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie sobre la legalidad del acto. Con lo cual, se establecía una importante cuota de poder en el Presidente de la República, como bien se advierte en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Pero a la vez se establecen diversos contrapesos para que esa facultad no se desboque irresponsablemente, contrapeso que incluye al ámbito militar con una importante presencia en el COSENA (militares que por cierto ejercían en cierta forma un rol de garantes de la institucionalidad a través de aquel organismo), en donde mediante la representación de los actos del presidente de la República, podrían crear cierto “veto” político en contra que podría de resultar en la frustración de la voluntad Presidencial (*el soberano civil* sin contrapesos en materias que no sean propias del dominio legal) por parte de la institucionalización política de las fuerzas armadas, quienes fueron por casi dos

96 Renato Cristi en el ensayo “La lección de Schmitt: poder constituyente, soberanía y principio monárquico” del libro *El Constitucionalismo del miedo* (2014), señala que: “se podría afirmar que, en Chile, el monarquismo pervive en la figura exaltada que han adquirido los Presidentes a partir de la Constitución de 1925, y ello por la posible influencia del esquema constitucional weimariano. Coincido con Pablo Ruiz-Tagle cuando detecta <<el desequilibrio manifiesto de atribuciones que nuestro sistema establece a favor del Presidente de la República en desmedro del Congreso Nacional>> (en Cristi y Ruiz-Tagle, 2006: 209). Y coincido con él también cuando afirma que <<el excesivo poder Presidencial es un obstáculo a la democracia porque frente a los órganos legislativos la figura presidencial se erige como un verdadero órgano autócrata que dificulta dar legitimidad democrática al sistema como un todo>> (ibíd:201)”. Ruiz-Tagle considera que en “los aspectos orgánicos de la Constitución vigente [se] mantiene un rasgo de presidencialismo autoritario exacerbado” (Cinco Repúblicas y una tradición).

Cabe agregar a lo anterior, que el pensamiento carlista del cual Guzmán desarrolla su corporativismo o gremialismo (cf. Blinkhorn, 1975: 163-182) tiene por finalidad esencial la restauración de la sociedad feudal. Y que del fenómeno político que desarrolló el carlismo en España, Victor Pradera en su libro *El Estado Nuevo* (1937), afirma que <<En este estudio del Estado nuevo... hemos descubierto que el nuevo Estado no es otro que el Estado español de los Reyes Católicos>> (Pradera, 1941: 247). “Estado nuevo” no sería un término desconocido -al menos por la fecha- con todo su significante para Jaime Guzmán en 1978 al momento de participar en la ya comentada sesión N°345 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución a propósito de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando Guzmán hace referencia a la idea de “Gobierno Moderno” en cuanto a ser el conductor de la vida social, idea que según él sería congruente con la innovación de los reglamentos autónomos. Con lo cual, leer la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República de Chile desde una perspectiva monárquica no sería nada de absurdo, o al menos no para Jaime Guzmán.

décadas los soberanos en Chile y ahora (hasta la reforma constitucional de 2005) los únicos garantes de la institucionalidad.

Sin embargo, el uso de esta facultad presidencial no ha sido frecuente, lo cual se expresa de buena forma por Pedro Cabieses Valdés y Luis Mena Moreno<sup>97</sup>:

*“Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 el uso de esta potestad normativa ha sido escaso, tal como señala un autor:”*

*‘(...) el constituyente, al mismo tiempo que consagró la potestad reglamentaria autónoma presidencial, se encargó de hacer imposible su ejercicio, al convertirla en una potestad inocua, estéril en razón de falta de espacio desde el instante mismo en que se agotó, con usura, la descripción de las materias reservadas a la ley. El estrangulamiento de la nueva potestad normativa se terminó de ejecutar con la incorporación del número 20 en el artículo 60 de la Constitución Política’. (CALDERA Delgado, Hugo. Tratado de Derecho administrativo. Ediciones parlamento Ltda. Tomo II. 2001)*

*“Por otro lado, Carlos Carmona justifica la escasez de los reglamentos autónomos en las siguientes consideraciones:”*

*‘(...) En primer lugar, cabe señalar que la ausencia de un número elevado de estas disposiciones, obedece a razones muy simples. Por de pronto, casi siempre es posible reconducir el reglamento a alguna ley, por remoto o genérico que sea el vínculo. Con ello, se evita justificar la existencia de un reglamento autónomo. Enseguida, el hecho que una misma coalición ocupe el gobierno y tenga una mayoría relativa en el Congreso, torna menos dramática la decisión sobre si regular un asunto por ley o reglamento. Si, en cambio, el gobierno estuviera en minoría en el Congreso, la tentación por usar el reglamento sería mayor. En segundo lugar, existen ejemplos de reglamentos*

<sup>97</sup> Cabieses, P., Mena, L. (2012). Tribunal Constitucional, potestad reglamentaria y control de constitucionalidad de los decretos supremos. Estado actual de la discusión (Tesis de grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Santiago de Chile. pp 68.

*autónomos. Por ejemplo, la comisión de comisiones asesoras presidenciales, el decreto que regula el pase escolar, etc. (...)'.* (CARMONA Santander, Carlos. *El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 72 (2010).*

Con el examen anterior, se advierte que esta potestad fue fuertemente acotada por la incorporación del numeral 20 al artículo 60 de la Constitución Política. Sin embargo, si quisiéramos dar una utilidad a aquella norma atendiendo a su espíritu para su introducción, no es absurdo el considerar que al ser todo lo relacionado con el Poder Constituyente Originario, una materia que escapa por definición a la regulación legal (Emanuel Sieyès señala respecto del Poder Constituyente que: “para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. Basta que la Nación quiera”<sup>98</sup> ya que de ser regulado no será otra cosa que un poder constituido y no originario), es dable considerar que *son atribuciones especiales del Presidente de la República: Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias vinculadas con el Poder Constituyente Originario.* Más aún considerando que este texto constitucional y particularmente el artículo 32 N°6 que es originario del texto de 1980, el cual lo que hizo fue concentrar en la figura del Presidente de la República un poder de grado significativo como ya se expuso. Con lo cual, estaríamos frente de una Constitución que entroniza a la figura del Presidente de la República, gracias a una técnica legislativa que adoptó el dominio legal máximo y a la introducción de la figura del Poder Constituyente en el proceso de gestación de la Constitución de 1980 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A la conceptualización de Emmanuel Sieyès, respecto de un Poder Constituyente que no es propio del dominio legal, debemos agregar las conceptualizaciones de los juristas Fernando Atria, Francisco Zúñiga y de Nogueira Alcalá, que a continuación se pasan a reproducir:

*“es importante recordar que la idea de poder constituyente no puede, por definición,*

<sup>98</sup> Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución.* España: Alianza Universidad Textos. pp 96.

*estar sujeta a derecho porque es lo que funda el derecho*<sup>99</sup>.

*“Sin embargo, el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucionalidad” o juridicidad in fieri, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio sólo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento Nogueira Alcalá señala: “La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...” (Nogueira Alcalá, Humberto.: “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, Revista Estudios Constitucionales, Año 4, Nº2, 2006, CECOCH, pp. 547). Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa o de recepción normativa, del derecho anterior; la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles”<sup>100</sup>.*

*Ya analizada la configuración de la figura del Presidente de la República y de la creación de la Potestad Reglamentaria Autónoma, es necesario agregar lo que establece el Artículo 5° de la Constitución Política, el cual señala el ejercicio de la soberanía se realiza por: (1) el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas; y (2) por las autoridades que la Constitución establece. Es decir, como primera conclusión en lo que a esta tesis interesa es que: el Presidente de la República al ser una de las autoridades que la Constitución establece puede ejercer la soberanía.*

*Luego, la misma norma agrega una prohibición, al establecer que “ningún sector del*

<sup>99</sup> Atria, F. (2014). *La Constitución tramposa*. Santiago de Chile: Lom. pp 91.

<sup>100</sup> Zúñiga, F. (2014). *Nueva Constitución y momento constitucional*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. pp 123.

pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. Con lo cual, la norma prohíbe que una parte del pueblo o individuo (del pueblo) pueda atribuirse el ejercicio de la soberanía. Y al ser esta hipótesis prohibitiva tan reducida, no se prohíbe que una autoridad establecida por la Constitución Política permita el ejercicio de la soberanía a la totalidad del pueblo.

De esta forma, con las potestades y limitaciones hasta aquí defendidas, es que la convocatoria por parte del Presidente de la República vía decreto en ejercicio de la *Potestad Reglamentaria Autónoma* al Poder Constituyente Originario ha de ser de forma tal que sea lo menos configurador de este poder. Lo cual implicaría por ejemplo: (1) la imposibilidad de introducir cuotas en su configuración de cualquier tipo, ya sean cuotas de género, de etnia, de gremios, de regiones extremas, etcétera; (2) la imposibilidad de fijarle potestades, límites de acción, plazos para actuar. Por tanto, no puede caerse en el absurdo de terminar regulándolo de tal forma que termine por asemejarlo a un Poder Constituido o un mecanismo más de modificación constitucional como los consagrados en el actual Capítulo XV de la Constitución. Una auténtica convocatoria al Poder Constituyente Originario debería hacer precisamente eso, convocarlo, pero no regularlo, ya que en un intento por reglamentarlo desde el poder constituido éste dejaría de ser tal.

Bastará así con que el Presidente de la República convoque a todos los ciudadanos -habilitados o no para votar- a una elección (el Presidente tendría la potestad para configurar el mecanismo electoral y la legislación que regulará su elección) para configurar un ente que encarne al Poder Constituyente Originario, de forma similar a como La Junta Militar en 1973 se autoproclamó depositaria del Poder Constituyente, sólo que esta vez configurar a un ente colegiado conformado en forma democrática<sup>101</sup>.

Como siguiente paso inevitable, este ente colegiado se pronunciaría sobre si nos queremos dar o no una nueva Constitución Política. De ser negativa la respuesta se auto disolvería en el acto, y de ser afirmativa la respuesta, tendría que pasar a regular aquello que no es propio del dominio legal, tendría que auto regularse en tanto ser él -el *Poder*

<sup>101</sup> Algo no muy distinto a lo que el profesor de Derecho Constitucional Arturo Fermandois, razona en *Derecho Constitucional Económico (2010)*, en donde afirma que *solo puede considerarse como ente constituyente a la Junta de Gobierno, órgano que sí detentaba esa función suprema del Estado por obra del decreto N° 788, de 4 de diciembre de 1974*, solo que en lugar justificar el ejercicio la Dictadura Militar encabezada por Pinochet como lo hace el profesor, justificar esta vez una apertura democratizadora.

*Constituyente Originario*- algo que no es propio del mundo jurídico y mucho menos de una autoridad establecida por la Constitución Política, debiendo ser el propio Poder Constituyente Originario el que tiene que regularse mientras hace la tarea que le es propia, la cual es el establecer una Constitución Política.

De igual manera, bien podría adoptarse una tercera opción, como puede llegar a ser la de tomar por texto base de la discusión el texto constitucional vigente al 10 de septiembre de 1973, o bien el texto vigente al día de hoy, en donde uno u otro pueda hacer las veces de texto por defecto en caso de no lograrse algún acuerdo por el quórum que nos auto imponamos para la discusión.

De esta forma, será este ente colegiado quien decida si dar él mismo una nueva Constitución con o sin consulta; convocar o no a una Asamblea Constituyente para que redacte una nueva Constitución, teniendo por texto base o no, la Constitución Política de 1925 o de 1980; convocar o no a una Convención Constitucional que proponga a la ciudadanía un nuevo texto constitucional. Siendo de esta forma, este ente -un ente colegiado- el encargado de dirigir el proceso de darnos como país una nueva Constitución Política y no una autoridad Presidencial de turno.

## 1.2. Criterios hermenéuticos de interpretación.

### a) Principio de la Unidad de la Constitución.

*“la Constitución es un todo orgánico y que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a alguno de sus preceptos. La razón de ser de este principio de hermenéutica es muy simple: Es inadmisibles aceptar que la Constitución contenga normas sin sentido y sin aplicación práctica. (Rol N° 33, de 1985; Rol N° 43, de 1987, y Rol N°279, de 1998)”<sup>102</sup>*

Como ya se analizó anteriormente, la potestad reglamentaria autónoma se estableció bajo el ideario de establecer la concepción de un “Gobierno moderno en cuanto ser el conductor de la vida nacional” especialmente en el plano social, norma que desde un comienzo convivió a su vez con el Artículo 60, N°20, que establece: “sólo son materias de ley: Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.” Vale decir, por una parte dentro de las acotadas materias que son propias de ley, se incluyó dentro de éstas las normas bases de un ordenamiento jurídico, mientras que por otra parte al construir la institución presidencial, Jaime Guzmán -como ya advertimos- en la Sesión N°345 advierte que la soberanía en tanto “*cualidad del Estado consiste en que las normas dictadas por la autoridad estatal no derivan su fuerza obligatoria de ninguna norma jurídica superior en el orden del derecho positivo y, al mismo tiempo, no están subordinadas a ninguna norma superior en el campo del mismo derecho positivo, sino que están subordinadas a las normas del derecho natural*”.

Es decir, la introducción de esta facultad autónoma del Presidente de la República debe por una parte no inmiscuirse en las materias propias de ley que se establecen en la Constitución Política, mientras que a la vez debiera aparentemente derivar su fuerza obligatoria en el ejercicio de esta facultad a las normas del derecho natural.

¿Pero qué derecho natural? ¿Uno trascendente o uno inmanente?

<sup>102</sup> Sentencia Rol 282-98 del Tribunal Constitucional de Chile.

Respecto a este conflicto respecto de qué utilizar a lo que derecho natural respecta, Ayuso señala que:

*“El constitucionalismo clama, en todo caso, por una ley natural de rango racional, no tan sólo en cuanto a su cognoscibilidad sino también en cuanto a su sanción; es decir, una ley natural que tenga al hombre como autor. Hobbes, por lo mismo, declara que la ley natural <<es un precepto o norma general, establecida por la razón>> (...) Es decir, es una norma general establecida por la razón en orden a la preservación de la vida; también Locke afirma que el estado de naturaleza tiene una ley natural, que es la razón”<sup>103</sup>.*

*“El derecho natural racionalista se elabora sobre bases antimetafísicas. A partir de Hobbes es evidente que el derecho positivo (especialmente el constitucional), no dice de un orden anterior, natural, engarzado en el divino, sino que se presenta como obra humana, como creación artificial de la razón”<sup>104</sup>.*

En el caso de querer aceptar que está el límite del derecho natural inmanente, la pregunta será sobre el contenido de éste, para lo cual, Ayuso recurre a Locke, señalado que: “<<El estado de naturaleza -afirma Locke- tiene una ley de la naturaleza por la que se gobierna, la que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a la humanidad que quiere consultarla, que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones>>”; y: “Por el límite que la ley natural establece a la libertad individual, el estado de naturaleza es un estado <<moral>>, al menos en ese sentido mínimo ya señalado: no podemos dañarnos ni dañar a los demás.”

Vale decir, estaríamos frente a un soberano que tendría por límite el respeto por los derechos más fundamentales de las personas, como serían la vida, la salud, la libertad y las posesiones. Una concepción muy distinta del soberano a la que se habría impuesto en los hechos en Chile durante el período 1973-1989. Y que a su vez se han concretizado en la práctica en la constitucionalización de derechos que han significado la prohibición del aborto, la libertad individual para desarrollar una serie de actividades económicas, y en la protección del derecho de propiedad.

<sup>103</sup> Ayuso, M. (ed). (2012). El problema del poder constituyente: Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones. Madrid: Marcial Pons. pp 76.

<sup>104</sup> *Ibíd*, p 78.

Es necesario agregar a todo lo anterior, que Ayuso nos recuerda que hay limitaciones en el poder constituyente que serían de la esencia de éste, al indicar que: “el proceso constituyente tiene como meta la protección de la libertad y de los derechos de los asociados, sin necesidad de un contrato o pacto expreso”<sup>105</sup>, para luego adherir a lo expresado por Sieyès en *Escritos y Discursos de la Revolución (1794)*, en cuanto a que basta *una convención tácita o formal de reconocer todos como ley, la voluntad de la mayoría de los asociados*.

Con todo, podemos afirmar que es posible concebir que es compatible la configuración del Poder Constituyente originario desde la institucionalidad, teniendo como uno de sus límites un derecho natural del tipo inmanente que encuentre su contenido en la razón de las personas, esto al ser propio de un proceso constituyente -según quien acuñaría y desarrollaría el término en la Revolución francesa, Emmanuel Sieyès - el respeto por la libertad y los derechos de los asociados. Mas no olvidemos que el concepto de Poder Constituyente surgiría en el contexto de una revolución impulsada por la burguesía que deseaba obtener mayores derechos políticos y no tan solo poseer bienes.

<sup>105</sup> Ayuso, M. (ed). (2012). El problema del poder constituyente: Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones. Madrid: Marcial Pons. pp 71.

## **b) Interpretación finalista o teleológica.**

*“En la determinación del sentido de una norma de la Carta Fundamental, sobre su tenor literal debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de sus disposiciones tiene su “ratio legis” y su propia finalidad.”<sup>106</sup>*

Ya analizada la intención que se tuvo al momento de establecer la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal (Sesión N°345 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, del 4 de Abril de 1978), es importante analizar cómo fue concebida la figura del Presidente de la República durante el proceso de discusión de la Nueva Constitución. Ya que así se tendrá una mejor comprensión de la potestad reglamentaria autónoma, analizando esta vez a quien cabe dictar tal acto.

Para esto, resulta de gran utilidad lo discutido en la Sesión 11ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el 30 de noviembre de 1973, en donde se discutió entre otros temas, sobre la figura del Presidente de la República, siendo el siguiente fragmento importante para comprender en mejor forma el instrumento de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República:

“El señor SILVA BASCUÑAN hace presente la necesidad de distinguir, en las actuaciones del Presidente de la República, aquellas en que debe ajustarse necesariamente a la voluntad mayoritaria del pueblo.”

[...]“El señor GUZMAN expresa que no es una declaración teórica la de decir que es un deber del Presidente de la República el someter su acción, en lo fundamental, al sentir de las mayorías nacionales.

Más que declaración teórica, explica, es una declaración de principios la que como tal, debe ubicarse al comienzo del documento que se prepara, y que podría llegar a

<sup>106</sup> Valenzuela, E. (2006). Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 31: Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el tribunal constitucional. Santiago de Chile: Lom. pp 28.

tener efectos prácticos importantes.

El señor ORTUZAR (Presidente) propone consagrar como principio general el que las autoridades de Gobierno deben encuadrar su acción de conformidad a la voluntad mayoritaria del pueblo que es esencialmente democrática.”

Vale decir, la facultad de la potestad reglamentaria autónoma, que en su formulación es concebida como uno de los elementos de la concepción de “Gobierno Moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos (...) social”. Se debe complementar a su vez con que el Presidente de la República debe de actuar conforme al sentir de las mayorías del pueblo, es decir, no se trataría de una conducción de la vida nacional que prescindiera del sentir de las mayorías del pueblo, sino que se trataría de una facultad de conducción que debe de reflejar aquella voluntad popular.

**c) Principio de la Razonabilidad.**

*“La razonabilidad se sustenta en el bien común, finalidad del Estado que, como lo dispone la Carta Fundamental, éste ha de promover con pleno respeto de los derechos fundamentales.”*  
(Sentencia Rol 226-95 del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 37º).

Según Eugenio Valenzuela<sup>107</sup> tres son las ideas que describen y fundamentan este método hermenéutico:

A. *“La razonabilidad constituye un principio que, intrínsecamente, se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el de Bien Común.”*

B. *“Este método, según las circunstancias en que se ha empleado, se identifica con la justicia, tanto en su aspecto formal como material, con lo sensato, lo prudente, lo oportuno, lo proporcional y, en fin, lo equitativo, y”*

C. *“Su aplicación nunca debe traducirse en una simple apreciación subjetiva del intérprete, pues, por esencia, es contrario al mero arbitrio o discernimiento de quien lo invoca. Lo anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad.”*

De la primera idea, se advierte que la utilización del artículo 32 N°6 para propiciar la creación de una nueva institucionalidad, debe sustentarse en conceptos y valores básicos, expresados en este caso en forma subyacente al ordenamiento constitucional, como lo serían para este caso conceptos como *Democracia* y *Poder Constituyente Originario*.

Respecto a la segunda idea, cabe decir que el cumplimiento de esta dependerá de la maniobra política que lleve a cabo quien ocupe la Presidencia de la República para la

<sup>107</sup> Valenzuela, E. (2006). Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 31: Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el tribunal constitucional. Santiago de Chile: Lom.

utilización del artículo 32 N°6 de forma tal de lograr cierto consenso en una mayoría política y social de que al momento de utilizar esa norma sea precisamente el momento más oportuno (en cuanto a que no hayan inconvenientes tales como un conflicto bélico, un desastre natural, etcétera), y la maniobra más sensata (en cuanto a que de otra forma, al permanecer en la actual institucionalidad y sus mecanismos no excepcionales no sea posible dar cabal respuesta a las exigencias del actual momento político).

En cuanto a la tercera idea, esta nos recuerda que la utilización de esta interpretación no deberá ser por un simple instinto del primer mandatario para encauzar un proceso democratizador en el país, sino que el accionar deberá de ser lo suficientemente sólido en cuanto deberá de contar con una argumentación que de suficiente razonabilidad al accionar.

Respecto a este principio, no ya respecto de la interpretación del artículo 32 N°6 sostenido en esta tesis, sino que respecto del Poder Constituyente en sí, resulta del todo interesante agregar que el Tribunal Constitucional de Chile en sus considerandos 11° y 27° de la sentencia ROL N°325<sup>108</sup> de 2001 manifieste que debemos de atribuir sabiduría al Poder Constituyente, sea originario o derivado, y que la sabiduría le es propia al Poder Constituyente. Establecido el criterio anterior, la pregunta a hacernos es ¿resulta razonable convocar a un Poder -el Constituyente Originario- al cual nuestro Tribunal Constitucional le atribuye como cualidad la “sabiduría”? ¿resulta razonable convocar a un Poder al que la jurisprudencia describe como sabio? Sin duda la respuesta pareciera ser que sí, siempre sería razonable convocar al Poder Constituyente Originario para que delibere sobre el otorgarnos o no una nueva Constitución.

Con lo cual, el desafío de la razonabilidad ya pareciera cumplido respecto de la noción de Poder Constituyente Originario, mientras que el desafío de la razonabilidad respecto a la idea de convocar a esta figura desde la potestad reglamentaria autónoma debe ser algo que debe estar en constante revisión, ya que no se deben descartar otros medios más idóneos en determinada circunstancia para configurar al Poder Constituyente Originario.

<sup>108</sup> Integrado por su Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, y los Ministros señor Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell, Hernán Álvarez García y Juan Agustín Figueroa Yávar.

Sin embargo, ya que no se trata de si resulta o no razonable -ya que siempre lo sería- la verdadera pregunta parecería ser si resulta prudente o no el convocar a este poder y si la utilización de la potestad reglamentaria autónoma presidencial es el medio idóneo.

**d) La prudencia como elemento de interpretación (y de acción).**

*“Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security.”*

(The unanimous Declaration of the thirteen United States of America, July 4, 1776)

*“en todo el desarrollo de la sociedad hay principios que orientan el desarrollo del Derecho, que es una ciencia moral y como tal y no como ciencia exacta está regulada por la virtud de la prudencia; por lo tanto, no se puede invalidar un principio jurídico por el hecho de que no haya una manera automática y exacta de determinar las cosas, porque siempre queda sujeta a la prudencia de los seres humanos, quienes son los titulares de los derechos.”*

(Jaime Guzmán, Sesión 54ª de la Comisión Constituyente, celebrada en 16 de julio de 1974)

En el apartado anterior, se señaló que la razonabilidad respecto de utilizar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, era un criterio de interpretación que cabía contrastar con la realidad de forma constante. Mientras que en este apartado, se pasará a solamente enunciar (un análisis más pormenorizado se realizará al final de esta tesis) la prudencia, no respecto de utilizar la potestad reglamentaria, sino respecto a convocar o no al Poder Constituyente Originario, ya que la convocatoria de este último puede ser siempre justificable mediante un mecanismo explícito o implícito, pero el que sea prudente el convocarlo no dirá relación necesariamente con la perfecta justificación del mecanismo utilizado para su constitución sino que respecto de la situación fáctica del país; vale decir, de un análisis profundo de qué es más conveniente para la sociedad, por una parte el buscar soluciones a las necesidades del país con una institucionalidad que no ha servido de instrumento para responder a las demandas y necesidades de la sociedad; o bien, la opción de optar por una instancia de reconfiguración de la institucionalidad para que ésta sea un

instrumento que sea más útil para la construcción de una sociedad fruto de la construcción de mayorías.

## **2. El Tribunal Constitucional: requerimiento parlamentario, Poder Constituyente Originario.**

En primer término, se pasará a mencionar el criterio establecido por el Tribunal Constitucional respecto del quórum necesario para que alguna de las Cámaras del Congreso pueda requerir frente a un Decreto Presidencial en virtud de la Potestad Reglamentaria Autónoma. Para luego en un segundo lugar, mencionar algunas sentencias del Tribunal en donde se hacen referencias respecto de la noción de Poder Constituyente y del (no) lugar de este Tribunal respecto a aquel poder.

En la Sentencia Rol 325-01 del Tribunal Constitucional de Chile, en su considerando 27º establece respecto del requerimiento parlamentario sobre los actos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria Autónoma:

*“Que, [para] impedir que una cuarta parte de los parlamentarios de una rama del Congreso, entorpecieran injustificadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma por la vía de cuestionar su constitucionalidad mediante permanentes requerimientos al Tribunal Constitucional invocando el artículo 82, N° 5º, de la Carta Fundamental, el Poder Constituyente, con la sabiduría que le es propia, confirió una nueva atribución a esta Magistratura, distinta y ajena de la señalada en el N° 5º, y estableció en el número 12º, que esta clase de conflictos se resolviera por este Tribunal; pero para asegurarse de que su empleo fuera más razonable, dispuso que esta atribución sólo podría ejercerla a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, apartándose completamente del criterio que había seguido en otras atribuciones respecto de las cuales, también, se permite requerir por la cuarta parte de sus miembros e incluso en un caso por sólo diez parlamentarios en ejercicio”.*

Luego en su considerando 28º pasa a reafirmar la distinción entre la Potestad Reglamentaria Autónoma y la Potestad Reglamentaria de Ejecución, en donde los vicios para requerir del primero (la autónoma) serán que versen sobre materias que pudieran estar reservadas al dominio legal, mientras que los vicios de la segunda (de ejecución) habrán de ser vicios de inconstitucionalidad.

*28º Que, ante esta evidente realidad es inaceptable sostener que la atribución conferida en el Nº12º del artículo 82 es especial o excepcional respecto de la contenida en el numeral 5º. Esto no es jurídicamente efectivo, porque ellas regulan dos situaciones o institutos enteramente distintos que obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades. La primera, la del Nº 12º, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma que versen sobre materias que pudieran estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del Nº 5º, en lo pertinente, rige para los decretos emanados del Jefe del Estado, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, que adolezcan de un vicio de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Es por ello que quienes pueden requerir en estos dos casos diversos son titulares constitucionales distintos”.*

En el supuesto que el Tribunal Constitucional, en la línea interpretativa del profesor Arturo Fermandois<sup>109</sup>, en donde frente a un requerimiento de una minoría de algunas de las Cámaras del Congreso declare que es admisible el requerimiento de inconstitucionalidad de un Decreto Supremo ejerciendo la potestad reglamentaria autónoma. O inclusive, del requerimiento de una mayoría en alguna de las Cámaras del Congreso, conviene tener a la vista algunas sentencias en que el Tribunal Constitucional se ha referido al Poder Constituyente Originario, que a continuación se pasan a mencionar, además de referirnos al criterio de interpretación del Tribunal:

<sup>109</sup> Véase: Atria, F. (2014). La Constitución tramposa. Santiago de Chile: Lom. Página 145. Allí Fernando Atria se refiere a la postura del profesor Fermandois expresada en El Mercurio, el 1 de junio de 2013, C6, bajo el título de “Mecanismo para asamblea constituyente divide a asesores del comando de Bachelet”.

Sentencia Rol N° 46-87<sup>110</sup>

34°. *Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por los medios de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2a Edic. tomo 3, pág. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;*

*De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos” fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;*

35°. *Que la Carta Fundamental de 1980 constituyen 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;*

36°. *Que, en consecuencia, al tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que al hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente Originario.*

<sup>110</sup> Integración: José María Eyzaguirre Echeverría; Enrique Ortúzar Escobar; Eugenio Valenzuela Somarriva; Julio Philippi Izquierdo; Luis Maldonado Boggiano; Marcos Aburto Ochoa; Eduardo Urzúa Merino.

Sentencia Rol N°272-98<sup>111</sup>

10°. *(Reproduce íntegramente el considerando 34° de la ST ROL N° 46).*

11°. *Que 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;*

12°. *Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4° y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario.*

Sentencia Rol N°304-00<sup>112</sup>

18°. *Que sin embargo, esta interpretación literal del precepto no resulta razonable seguirla por dos motivos: 1) porque ha sido una conducta invariable de este Tribunal indagar sobre el contenido teleológico de la Carta Fundamental para determinar el auténtico sentido de su preceptiva a fin que las disposiciones constitucionales sobren flexibilidad, debiendo estarse siempre más a su contenido sustantivo que a lo meramente formal; y 2) porque igualmente ha sido una constante en la actuación de este Tribunal seguir el principio de buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución;*

De las sentencias anteriores del Tribunal Constitucional es posible llegar a ciertas conclusiones:

1.- Que el Tribunal Constitucional se ha vedado de situarse por sobre el Poder Constituyente Originario.

Esto debido a que una institución que forma parte del Poder Constituido no podría

<sup>111</sup> Integración: Osvaldo Faúndez Vallejos; Eugenio Valenzuela Somarriva; Luz Bulnes Aldunate; Mario Verdugo Marinkovic; Hernán Álvarez García.

<sup>112</sup> Integración: Osvaldo Faúndez Vallejos; Eugenio Valenzuela Somarriva; Osvaldo Jordán López; Juan Colombo Campbell; Mario Verdugo Marinkovic; Hernán Álvarez García.

analizar la validez o no del Poder Constituyente originario que le da validez para su existencia. Agregar a lo anterior, que en la defensa que se ha hecho en las sentencias citadas respecto a la noción del Poder Constituyente Originario, se hace precisamente una defensa a la noción de Poder Constituyente Originario y no a la manifestación específica del Poder Constituyente Originario ocurrida desde el 11 de septiembre de 1973 en Chile. Con lo cual, se instauraría en nuestra jurisprudencia nacional la idea del *Poder Constituyente Originario* en tanto una manifestación de la soberanía a la cual el Tribunal Constitucional no podría imponerse por sobre ésta para realizar algún juicio de legalidad o legitimidad.

2.- Que la Constitución Política de 1980 fue creación del Poder Constituyente Originario, el cual se manifestó en septiembre de 1973 mediante un quiebre-ruptura institucional, y que ese quiebre-ruptura fue una manifestación de aquel Poder debido a que habría surgido al ser al margen de las competencias de la Constitución de 1925 para su reforma.

De este segundo punto, sería posible sostener que para el Tribunal Constitucional de Chile existirían otras manifestaciones del Poder Constituyente Originario, por oposición a un *Poder Constituyente No Democrático*, sería posible afirmar así que sería configurable un *Poder Constituyente originario del tipo democrático*. El cual, sin embargo, debería de configurarse a la vez –pese a ser democrático- en forma de quiebre-ruptura institucional, y además, debiendo ser una expresión que esté al margen de las competencias expresas y regulares que se encuentran de la Constitución Política vigente.

Y ya que ninguna Constitución podría pretender configurarse como reglamentadora del Poder Constituyente Originario (y de pretenderlo, lo único que establecería es una regulación del Poder Constituyente Derivado o Instituido, estableciendo así sólo una forma de reemplazo del texto constitucional establecido por el constituyente anterior), el Poder Constituyente Originario del tipo democrático, deberá de encontrar su expresión mediante un mecanismo que no encuentre su regulación en la legalidad de los textos legales.

Esta idea es expresada por Carl Schmitt, al señalar que:

*“tampoco puede la emisión de una Constitución, agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder Constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad.*

*“El poder Constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos “poderes” y “divisiones de poderes”.”<sup>113</sup>*

En el mismo orden de ideas, Emmanuel Sieyès señala respecto de “la decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de existencia, el acto a través del cual el pueblo se da una constitución”, que:

*“para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. Basta que la Nación quiera”.*

3.- Que el Tribunal Constitucional, para determinar el sentido de la norma y para que ésta cobre flexibilidad, busca indagar sobre el contenido teleológico de la Carta Fundamental.

Con lo cual, la tarea hermenéutica del Tribunal Constitucional no es la lectura literal del texto, sino que su lectura se realiza conforme al sentido que se tuvo para el otorgamiento de la norma, ante lo cual el Tribunal Constitucional en el caso de que llegue a conocer sobre esta materia, habrá de indagar la discusión que llevó a cabo el constituyente para dar la actual Constitución.

<sup>113</sup> Schmitt, C. (1996). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial S.A.. pp 94-95.

- **Interpretación del TC: poder constituyente originario.**

Analizado el punto anterior, debemos recapitular y volver a recordar que estamos frente a una Constitución que se le erigió para reducir los márgenes de acción de una democracia en los términos que se venía dando hasta el 11 de septiembre de 1973, es decir, del tipo institucional revolucionaria (ya que habrían estado los espacios para dentro de sus reglas construir el socialismo) y que amenazaba principalmente el derecho de la propiedad privada.

Un segundo aspecto a considerar, es que en el nacimiento de la Constitución esta se gestó teniendo como fundamento la concepción de un Poder Constituyente Originario, el cual se manifestó en su vertiente militar no democrática. Sin embargo, ya en un régimen democrático y con elecciones libres, ha sido el Tribunal Constitucional, quien ha reafirmado que la actual Constitución que rige al país, tiene por fundamento el ser la expresión del Poder Constituyente Originario (Sentencias ROL N° 46 y 272), sin entrar a distinguir en sus sentencias entre un Poder Constituyente Originario de tipo autoritario o del tipo democrático. De forma que es perfectamente razonable que, ante la ausencia de distinciones por el Tribunal Constitucional respecto a un Poder Constituyente Originario democrático u autoritario, sea en el momento actual, plenamente válida (1) una defensa del Tribunal Constitucional respecto de un Poder Constituyente Originario del tipo democrático originado por intermedio del Artículo 32 N°6 de la Constitución, frente a (2) la ya efectuada defensa sin distinciones del Tribunal Constitucional de la noción de Poder Constituyente. Lo anterior debido a que ya que en el pasado habría sido este Tribunal quien realizó una defensa del Poder Constituyente Originario en tanto género (en donde cabe una expresión democrática como una no democrática).

Producto de la construcción teórica anterior, y del hecho que la actual Carta Fundamental se encuentra en un régimen de tipo democrático, y que se le han introducido sustantivas reformas que apuntan a su democratización (sobre todo en el año 2005), no es descartable poder sostener que por la vía del Artículo 32 N°6 de la Constitución Política que nos rige (“Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6°. - Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”)

se pueda dar lugar a la convocatoria del Poder Constituyente Originario, ya que éste, por definición no se encuentra dentro de las materias regulables por la ley positiva, al ser éste un poder que la trasciende, que la origina.

## **Capítulo IV: Perspectiva política de una convocatoria al Poder Constituyente originario desde la institucionalidad chilena.**

*“El arco se tuerce, la madera cruje. En la cima de más alta tensión surgirá el impulso de una recta flecha, del tiro más duro y más libre.”*

(Albert Camus, *El hombre rebelde*)

Sin lugar a dudas para convocar al Poder Constituyente originario además de una perspectiva jurídica, habrá que analizar la perspectiva política, ya que ante todo se tratará de una decisión ante todo política que jurídica. Para lo cual a continuación se pasa a analizar una justificación desde el diagnóstico por parte de algunos académicos de que estaríamos frente a una *Crisis Constitucional*, ante lo cual -dicen- sería necesaria una nueva constitución para así establecer una institucionalidad que no tenga como consecuencia negativa de que las mayorías no logren imponer sus intereses. En segundo lugar, se pasa a exponer una serie de encuestas en que mayoritariamente en la ciudadanía está la opinión de establecer una nueva constitución vía Asamblea Constituyente, y en donde se advierte que ésta traería mejoras en la situación política del país, como en una mejora en los aspectos individuales de los encuestados.

### **1. Razonabilidad y prudencia como elementos de interpretación y de acción.**

*“Se ha dicho, que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional que están sujetos al control, los siguientes: (d) Control de razonabilidad de la decisión, esto que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que se ha de perseguirse”<sup>114</sup>.*

<sup>114</sup> Considerando Séptimo, Sentencia Rol N° 3598-2017 de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile (19 de junio de 2017).

En el extracto de la sentencia de la Corte Suprema citado, en donde se pronuncia sobre la destitución de la Rectora Roxana Pey Tumanoff vía Decreto Supremo, el término *razonabilidad* es entendido -por referencia al profesor Luis Cordero- como lo que tiene por base “*motivos que deben explicarse [...] mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y [coherencia] con el fin público que se ha de perseguirse*”. De esta forma, se pasará a continuación a exponer una serie de diagnósticos [los fundamentos de la decisión expuesta en esta tesis] los que pasan a mostrar los hechos determinantes de una decisión política como es la de convocar al Poder constituyente originario y que a su vez llevan implícita el fin público que ha de perseguirse. Para luego pasar a exponer una serie de muestras de opinión pública en la ciudadanía de demuestran lo acertado de ciertos diagnósticos y nos muestran cuáles son las salidas políticas desde el actual estado de cosas que la ciudadanía prefiere.

## **2. El diagnóstico de la “*Crisis Constitucional*”<sup>115</sup>; de una “*democracia semisoberana*”<sup>116</sup>; y de *La crisis del sistema*”<sup>117</sup>.**

- **La Crisis constitucional.**

La conclusión esgrimida por los académicos Atria, Salgado y Wilenmann de que estaríamos en una *Crisis Constitucional*, parte de la premisa de que las reglas neutralizadoras de la Constitución política actual -quóruns de supra mayorías, Tribunal Constitucional, Sistema electoral binominal- ha pasado a configurar una cultura política neutralizada. Cultura política en donde se estaría mirando la discordia democrática de opiniones como algo negativo y en que se estaría negando una de las dimensiones fundamentales de la democracia, como es la idea de que a la deliberación pública le sigue la decisión por mayoría, lo cual se manifestaría en la búsqueda por alcanzar acuerdos transversales en todos los sectores políticos del Parlamento para así evitar posibles “vetos” por el Tribunal Constitucional.

<sup>115</sup> Atria, F. Salgado, C. Wilenmann, J. (2017). *Democracia y neutralización: Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago de Chile: Lom.

<sup>116</sup> Huneeus, C. (2014). *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Chile: Taurus.

<sup>117</sup> Idea acuñada por Manuel Antonio Garretón en *La Gran Ruptura* (2016).

Siendo la neutralización del ejercicio del poder político democrático, por medio de reglas jurídicas que dificultan que las mayorías se impongan, el responsable del problema del “abuso”, el cual pasaría a expresarse en ámbitos tales como los derechos sociales (educación, salud, seguridad social), por medio del endeudamiento de las personas para acceder a estos servicios y en prácticas que están fuera de la legalidad, como son el obtener lucro en la prestación de educación superior y en la práctica de las Isapres de establecer los costos de sus servicios en base a criterios discriminatorios (género; edad fértil).

Con todo esto, sin embargo los académicos pasan a afirmar que -con todo- esta crisis tiene su origen en la práctica política misma. Es decir, si estamos en frente de una supuesta crisis constitucional, es ante todo porque ésta ha configurado un accionar político neutralizado, el cual se manifiesta en último término en que no prime la búsqueda del interés de las mayorías a secas, sino que prime el interés de las mayorías en tanto no afecte los intereses de la oposición, de lo contrario estará la instancia del Tribunal Constitucional en donde las fuerzas políticas están casi en perfecto equilibrio.

Finalmente, sostienen la solución de esta crisis constitucional no es “condición suficiente para la solución de todos los problemas de la gente, pero es condición necesaria para la reestructuración de la vida política chilena, hacia una forma en que la política realmente tenga capacidad de acción para enfrentar el poder fáctico”<sup>118</sup>. Es decir, saben advertir que para establecer una democracia al servicio de las mayorías, es necesaria una reestructuración de las reglas del poder, pero una reestructuración a secas no asegura por sí sola que se enfrenten en mejor forma los desafíos que afectan al país.

- **Una democracia semisoberana.**

El académico Carlos Huneeus en 2014 sostiene que la democracia en Chile sería una democracia de tipo semisoberana, esto debido a que tendríamos “limitaciones institucionales y políticas que han restringido el poder de los ciudadanos”<sup>119</sup>, por el hecho que se “*mantuvo instituciones, élites y políticas de la dictadura de Pinochet que acotaron la profundidad del*

<sup>118</sup> Atria, F. Salgado, C. Wilenmann, J. (2017). Democracia y neutralización: Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional. Santiago de Chile: Lom. pp 28.

<sup>119</sup> Huneeus, C. (2014). La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet. Chile: Taurus. pp 15.

*cambio de régimen y porque los gobiernos democráticos tomaron decisiones que no favorecieron el desarrollo político y han limitado el poder de las instituciones elegidas por el pueblo*<sup>120</sup>. Para llegar a esta afirmación, Huneeus emplea lo que él llama un enfoque de análisis que se inspira en el “nuevo institucionalismo”<sup>121</sup>.

Este fenómeno de una *democracia semisoberana*, tendría por consecuencia el hecho de haber producido “un debilitamiento en el desarrollo político, que se manifiesta en el desplome organizativo de los partidos, la debilidad de las asociaciones voluntarias y los grupos de interés de los chilenos -con la excepción de las organizaciones empresariales-, la caída de la participación electoral, la baja confianza en las instituciones y en las élites y la mala imagen de la política y los políticos”<sup>122</sup>.

Entre los hechos post régimen militar que Huneeus identifica como causantes de esta democracia con apellido, identifica (1) “la consolidación democrática a través del desempeño económico, que impuso la supremacía de las tareas económicas sobre las exigencias políticas de la democratización y se buscó más la continuidad que la reforma del sistema económico heredado del autoritarismo”<sup>123</sup>; (2) “una práctica de acuerdos con la oposición y los empresarios para definir las principales políticas económicas, conocida como política del consenso [en donde] su contenido estuvo más cerca de las demanda de los empresarios que las del conjunto de la sociedad”<sup>124</sup> y en que por su duración no transitoria, terminó por no diferenciar a las dos coaliciones políticas al restringir la competencia política; (3) “se adoptó una lógica de los expertos en la deliberación y en la toma de decisiones, que identificaba la naturaleza de los problemas como <<técnicos>>, negando sus dimensiones políticas [...] lo que estimuló una tendencia a la despolitización en el debate público y en las decisiones del gobierno”<sup>125</sup>.

Según Huneeus, para avanzar hacia una democracia soberana se requerirá por una parte (1) “impulsar reformas que eliminen los componentes del actual sistema político que

<sup>120</sup> *Ibíd.* pp 31.

<sup>121</sup> Concepto al cual le asigna la definición dada por Manfred A. Schmidt: <<el análisis sistemático de la comunidad política, la política y las políticas públicas implementadas por los gobiernos y las relaciones que existen entre la acción económica y social, por un lado, y la política, por el otro>>.

<sup>122</sup> Huneeus, C. (2014). *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Chile: Taurus. pp 16-17.

<sup>123</sup> *Ibíd.* pp 16.

<sup>124</sup> *Ibíd.* pp 16.

<sup>125</sup> *Ibíd.* pp 16.

limitan los derechos de los ciudadanos y establecer nuevas instituciones que den cuenta de las emergentes necesidades y aspiraciones de la población. Destaca entre las transformaciones necesarias una nueva Constitución, que refleje el pluralismo político existente en el país y no las ideas e intereses de los gobernantes de 1980<sup>126</sup>, e (2) “impulsar un conjunto de reformas para conseguir la necesaria autonomía que requiere la política frente al poder económico”<sup>127</sup>.

Sin embargo, según Huneus en cuanto a quién podría solucionar esta situación “la presidencia no parece ser la institución que pudiera romper esta situación política de relativa parálisis decisoria, pues no está dotada de poder para dar dinamismo al sistema político”<sup>128</sup>, cuestión que esta tesis por todo lo ya expuesto no puede sino que estar en franco desacuerdo.

Finalmente, Huneus nos realiza una suerte de advertencia, en donde “si las reformas institucionales y los cambios de políticas no se llevan a cabo, se consolidará la democracia semisoberana. Esto perjudicará el desarrollo político, tendrá consecuencias negativas en el crecimiento económico y no permitirá la paz social. El desarrollo podría ser nuevamente una oportunidad perdida, otra frustración, lo que tendría repercusiones de largo plazo en la evolución política de Chile, como ya sucedió por otras razones a comienzos del siglo XX y describió Pinto (1958)”<sup>129</sup>.

- **La gran ruptura.**

Según Manuel Antonio Garretón estaríamos asistiendo en Chile a una “crisis de la relación entre elites, instituciones y sociedad, la crisis del sistema”<sup>130</sup>, lo que según él se resolvería “cambiando radicalmente las reglas del juego y las instituciones en que esta relación se sustentó, es decir, sustituyendo el actual modelo socioeconómico y político”<sup>131</sup>. Según Garretón, habrían causas estructurales y culturales de este “vaciamiento de la política”: por un lado las transformaciones socioeconómicas que atomizan a los grupos de

126 *Ibíd.* pp 492.

127 *Ibíd.* pp 492.

128 *Ibíd.* pp 494.

129 *Ibíd.* pp 497.

130 Garretón, M, (Ed). (2016). *La gran ruptura*. Santiago de Chile: Lom. pp 12.

131 *Ibíd.* pp.12.

interés y que debilitan el papel del Estado en la solución de los concretos de la gente; y en lo cultural se expresaría -dice él- mediante el agotamiento de los grandes proyectos político-ideológicos y de la exacerbación del individualismo.

En la visión de Emmanuelle Barozet<sup>132</sup>, en 2016, una nueva Constitución no abre la puerta a nuevas formas de relación entre lo social y lo político, ya que -según él- los movimientos sociales no logran todavía una institucionalización suficiente como para competir con los grandes partidos. Del análisis de Barozet, deberíamos agregar que en las condiciones de la actual configuración de las fuerzas políticas –a agosto 2017- es diametralmente distinta a la de la fecha de edición de aquel diagnóstico -agosto 2016- ya que hoy Chile cuenta con nuevos actores político que bien puede llegar a tener la capacidad de disputarle un espacio político a los dos conglomerados políticos del país que han gobernado Chile desde 1990, y de ofrecer a la ciudadanía un domicilio político en donde se pueda construir una crítica y propuesta para terminar con el actual modelo socioeconómico y político de sociedad.

Acontecido lo anterior, la conclusión de que una nueva Constitución no abriría la puerta a una nueva forma de relación entre lo social y lo político, debe ser al menos puesta en duda.

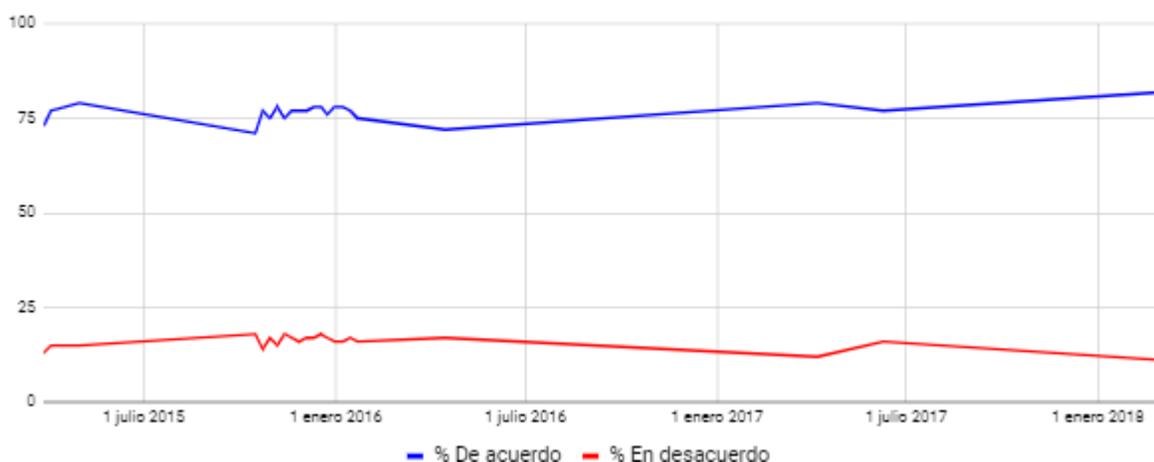
El que una nueva fuerza política-social dispute la institucionalidad si bien puede facilitar en configurar una nueva relación entre lo social y lo político, no implicará necesariamente la construcción de esa nueva relación, ya que la capacidad de éxito dependerá en medida importante de los términos bajo los cuales se configure el proceso de elaboración de una nueva Constitución.

<sup>132</sup> Barozet, E. (2016). Entre la urna, las redes sociales y la calle: las relaciones entre movimientos sociales y partidos políticos en el Chile democrático. En Garretón. M. (Ed.), La gran ruptura (pp. 21-58). Santiago de Chile: Lom.

### 3. Percepciones Ciudadanas.

La demanda por una nueva Constitución ha sido expresada en Chile ya desde el discurso de Eduardo Frei Montalva y Jorge Millas el 27 de agosto de 1980 en el Teatro Caupolicán. Sin embargo ha sido desde la reforma constitucional de 2005 y especialmente con el aumento de la conflictividad de los movimientos sociales que la demanda por una nueva Constitución ha hecho que la mayoría de la opinión pública se muestre a favor de una nueva Constitución<sup>133</sup>; de que ésta es prioritaria; de que debe ser redactada por una Asamblea Constituyente de ciudadanos electos; que la actual Constitución hay que perfeccionarla en algunos aspectos o hacer una nueva (dependiendo de la encuestadora); y en el ámbito de las expectativas la gente cree que una nueva Constitución (1) hará de Chile un país más justo y con menos desigualdades;(2) permitirá superar los problemas que hoy tiene el país en temas como educación, seguridad y salud;(3) permitirá que Chile sea un país desarrollado;(4) permitirá resolver la crisis del sistema político; y que (5) ayudará a mejorar su situación económica personal y familiar. Lo cual ha quedado reflejado en una serie de encuestas que a continuación se pasa a exponer:

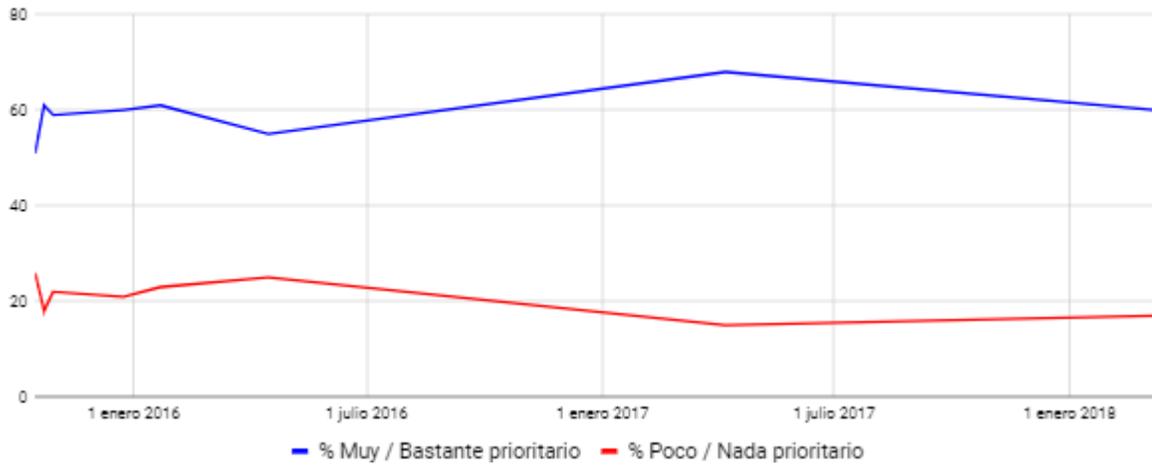
Pregunta 1: Usted personalmente ¿Está de acuerdo o en desacuerdo con que Chile necesita una nueva Constitución?



Fuente: Estudio semanal encuestadora CADEM.

<sup>133</sup> Fuente: Estudio semanal N°63; 64; 68; 92; 93; 94; 95; 96; 97; 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 105; 106; 118; 169; 178; y 217 de opinión pública de la encuestadora CADEM.

Pregunta 2: En general, ¿Ud. diría que este proceso de cambio a la Constitución es un tema... para los chilenos y el país en general?



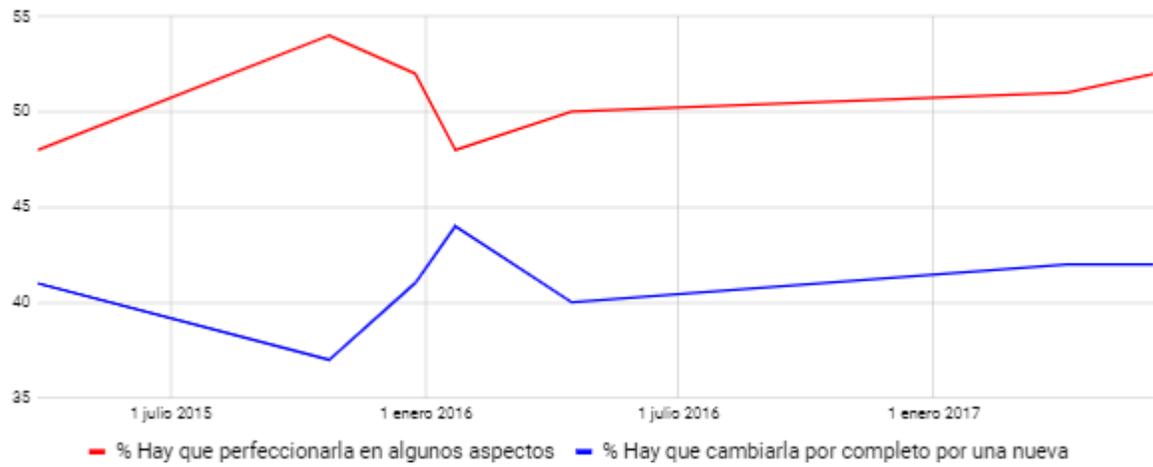
Fuente: Estudio semanal encuestadora CADEM.

Pregunta 3: ¿Cuál de los siguientes mecanismos considera Ud. que es el mejor para que Chile tenga una nueva Constitución...?



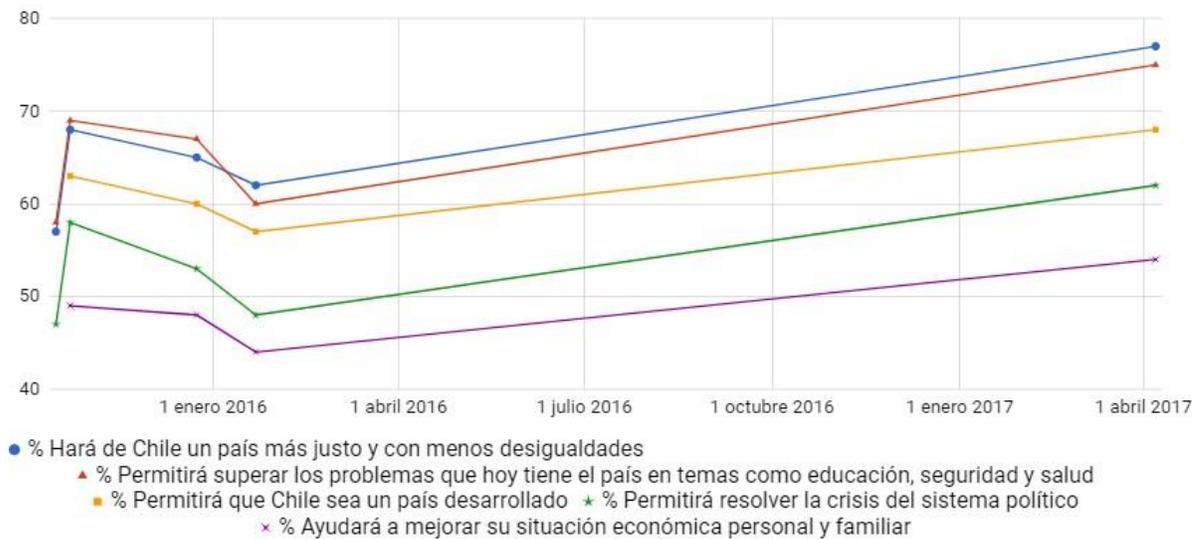
Fuente: Estudio semanal encuestadora CADEM.

Pregunta 4: ¿Ud. cree que hay que perfeccionar en algunos aspectos la Constitución o cree que hay que cambiarla por completo por una nueva?



Fuente: Estudio semanal encuestadora CADEM.

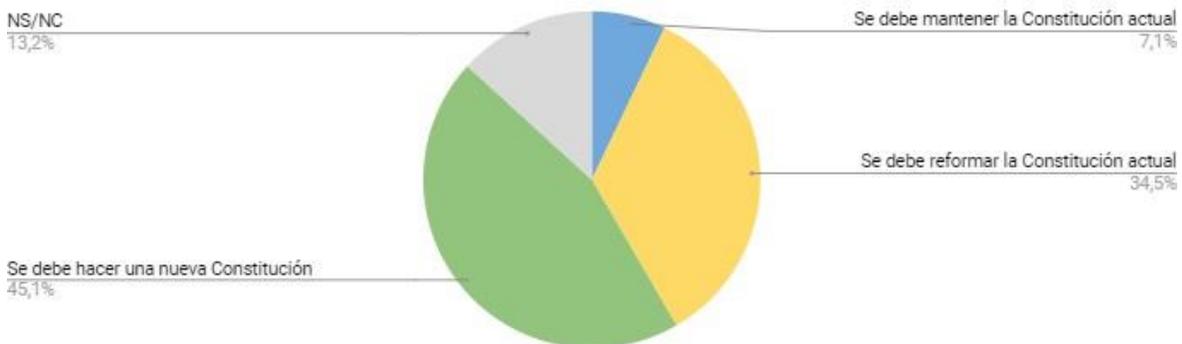
Pregunta 5: En general, ¿Cree usted que una nueva Constitución...?



Fuente: Estudio semanal encuestadora CADEM.

A su vez, la encuesta nacional de la Universidad Diego Portales de 2015<sup>134</sup> entregó en sus resultados que frente a la pregunta “En relación a la Constitución Política del país, ¿Con cuál de las siguientes afirmaciones estaría Ud. más de acuerdo?” quienes se identificaron por la afirmación de que se debe hacer una nueva Constitución, fueron más frente a quienes se manifestaron por mantener la actual Constitución y a quienes se manifestaron por la idea de realizar reformas. Luego, frente a la pregunta “Si se decidiera hacer una nueva Constitución, ¿con cuál de los siguientes mecanismos estaría Ud. más de acuerdo para elaborar una Nueva Constitución?” la mayoría se manifestó por el mecanismo de la Asamblea Constituyente, en segundo lugar la idea de que una comisión de expertos redacte el texto, y en un tercer lugar la idea de que sea el Congreso Nacional el encargado de redactar el texto. Finalmente, frente a la pregunta “Si se decidiera hacer una nueva Constitución. Una vez que el texto de la Nueva Constitución esté listo, ¿Cuál cree Ud. que será el mejor mecanismo para ratificarlo?” la inmensa mayoría se manifestó por la idea de un plebiscito versus la opción de que sea el Congreso.

Pregunta 6: En relación a la Constitución Política del país, ¿Con cuál de las siguientes afirmaciones estaría Ud. más de acuerdo?

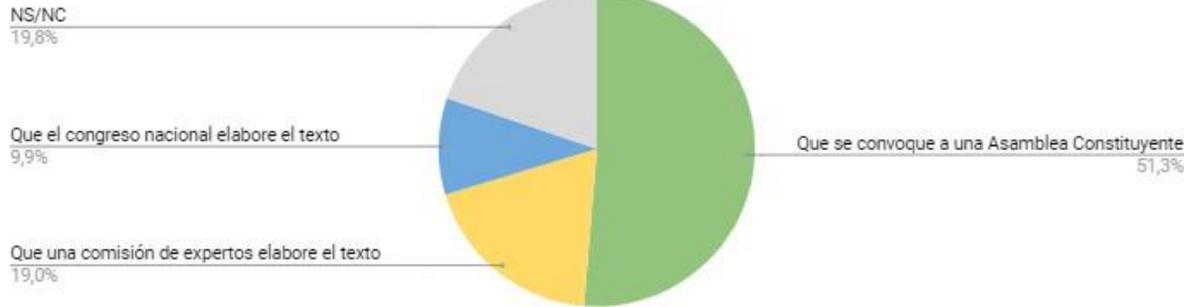


Fuente: Encuesta Nacional udp 2015.

134 Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP. (2015). *Encuesta Nacional udp 2015*. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0B7lrox6UgojdUmxidWhGU2VvZUK/view>

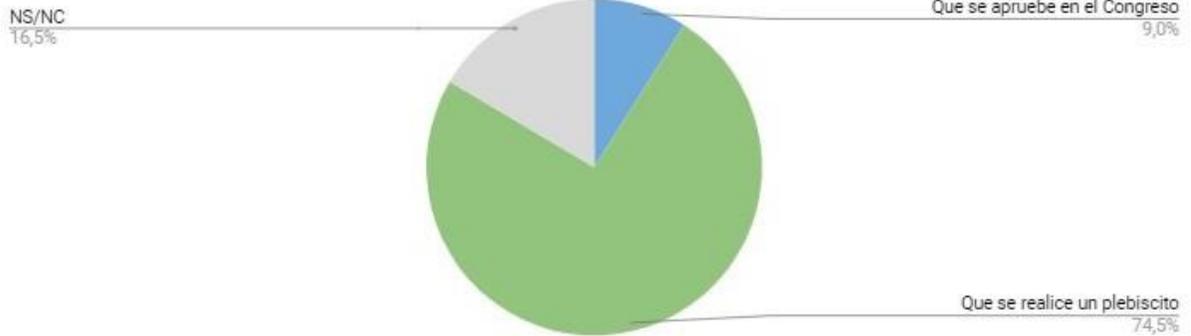
Pregunta 7: Si se decidiera hacer una nueva Constitución, ¿con cuál de los siguientes mecanismos estaría Ud. más de acuerdo para elaborar una Nueva Constitución?

Total muestra



Fuente: Encuesta Nacional udp 2015.

Pregunta 8: Si se decidiera hacer una nueva Constitución. Una vez que el texto de la Nueva Constitución esté listo, ¿Cuál cree Ud. que será el mejor mecanismo para ratificarlo?



Fuente: Encuesta Nacional udp 2015.

Es decir, al menos en ambas encuestas se comparte que es mayoritaria la opinión por una nueva Constitución y que ésta debe ser por una Asamblea Constituyente, difiriendo ambas en si esta nueva Constitución ha de ser totalmente nueva o solo se le deben de introducir perfeccionamientos. Siendo esto último algo que escapa por completo al tema tratado en esta tesis.

Dato aparte es el que nos suministra la encuestadora CADEM, en donde nos expone las expectativas que tienen los encuestados frente a una nueva Constitución. Dato que igualmente escapa al tema a tratar, es interesante hacer la conexión con el diagnóstico que nos hacen los académicos Atria, Salgado y Wilenmann respecto de que estaríamos hoy en Chile en una *Crisis Constitucional*, crisis que se expresaría en el fenómeno de los abusos y en donde una nueva Constitución es condición necesaria (pero no suficiente) para superar la actual situación actual.

#### **4. La viabilidad del método escogido: *realpolitik*.**

Javier Couso<sup>135</sup> ha indicado respecto del debate por una nueva Constitución, que por una parte esto implica *imaginar fórmulas normativamente adecuadas*, a su vez que atender a cómo dichas fórmulas engarzan con la trayectoria histórico-institucional y con el actual contexto político, social y cultural del país (atender a las correlaciones de fuerzas políticas). Tema éste último, que no ha sido tratado por quienes abordan el problema desde la primera vertiente.

Respecto de la trayectoria histórico-institucional, el autor hace notar que el éxito del proceso en el caso colombiano se debió en gran parte al apoyo del Presidente de centro-derecha César Gaviria para así ayudar para que instituciones estuvieran dispuestas a facilitar las cosas; menciona el caso español (exitoso) con el rol de Adolfo Suárez; y menciona el frustrado caso islandés (2010-2012) que por no otorgar un rol activo al órgano que tenía la palabra final (el parlamento) éste terminaría rechazando el proyecto. Para así ejemplificar que si no se da participación o si no tiene un rol de liderazgo del proceso de personas o

<sup>135</sup> Couso, J. (2015). La solución Constitucional: una aproximación desde la sociología constitucional. En C. Fuentes y A. Joignant (editores), *La solución constitucional*. (pp. 71-82). Santiago de Chile: Catalonia.

instituciones que pueden terminar por frustrar todo proceso constituyente debido al rol político o procedimental que desempeñen, precisamente el proceso terminaría por no lograr el objetivo por el cual fue iniciado. Ante esta advertencia de la *realpolitik*, para el caso chileno habrá que tomar en cuenta de qué forma se comienzan a reconfigurar las fuerzas políticas tras el primer parlamento no binominal desde 1973, y si es necesario o no -dependiendo de la capacidad de poder político con que cuenten los sectores de derecha contrarios a una Asamblea Constituyente- llegar a acordar algún rol procedimental o político con los miembros del Tribunal Constitucional, ya sea como integrantes de una Asamblea Constituyente, o en un rol de co-conductores del proceso, para así evitar una posible declaración de inconstitucionalidad del decreto en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma ya expuesto en el capítulo anterior.

O bien, otra opción de la Realpolitik viene a ser la opción de hacer que, incluso requerido el Tribunal Constitucional por alguna de las Cámaras del Congreso Nacional, éste no pueda ni siquiera llegar a conocer de la cuestión de constitucionalidad.

Lo anterior, debido a que el Tribunal Constitucional cuando deba de resolver -previo requerimiento- sobre la constitucionalidad del ejercicio de la Potestad Reglamentaria Autónoma del Presidente de la República, deberá de conocer en Pleno, lo cual implica un quórum mínimo de 8 Ministros. De forma tal que, bastaría solamente que una minoría parlamentaria superior a 1/3 de los parlamentarios en ejercicio, para evitar la nominación de los Ministros que le corresponden al Congreso. Lo cual conduciría a que, luego de que en la Cámara de Diputados no se alcancen los 2/3 -el 6 y el 15 de marzo de 2022- para la elección de nuevos Ministros; y que al 12 de enero de 2024 (día en que el Senado debe elegir a 2 Ministros) no se constituya dicha mayoría de 2/3, el Tribunal Constitucional quedaría en los hechos, conformado por tan solo 6 Ministros, lo cual imposibilitaría que el Pleno del Tribunal Constitucional conozca de todas aquellas materias señaladas en el Artículo 31 de su Ley Orgánica Constitucional.

Sin embargo, de encontrarse nominados los dos Suplentes de Ministros<sup>136</sup> del Tribunal (algo que a la fecha de redacción de esta Tesis no ha acontecido), será necesario

<sup>136</sup> Dichos Suplentes de Ministros son nombrados por el Presidente de la República con acuerdo de los dos tercios de los senadores en ejercicio, a partir de una nómina de siete personas que propone el TC previo concurso público.

además, que la nominación de Ministro que deba de efectuar el Presidente de la República tampoco la efectúe, para así colaborar a que sea imposible la conformación de quórum por parte del Pleno del Tribunal. Nominación que corresponde efectuar el 15 y 16 de marzo de 2022.

De esta forma, (a) una minoría de Senadores electos superior a 1/3; o (b) una minoría de Diputados electos superior a 1/3 con un Presidente de la República, pueden llegar a provocar que el Pleno del Tribunal Constitucional no pueda constituirse para conocer de las materias que su Ley Orgánica Constitucional reserva para el conocimiento de este y, de esta forma evitar una declaración de inconstitucionalidad pese a los argumentos de constitucionalidad esgrimidos en esta Tesis.

Sin embargo y debido a que es una Ley Orgánica Constitucional y no la Constitución la que señala que es el Pleno del Tribunal Constitucional el que debe conocer de esta materia, sería adicionalmente aconsejable contar con el apoyo de al menos una minoría superior a los 3/7 en algunas de las Cámaras del Congreso para evitar que por los 4/7 el Congreso desee modificar la LOC del TC ya referida y hacer que sea una materia que baste con que la conozca y resuelva alguna Sala del Tribunal Constitucional y no el Pleno de éste.

Respecto del actual contexto político, social y cultural del país en que se instala el proceso constituyente, Couso menciona -y es por todos advertido- que la demanda por una nueva constitución está nítidamente identificada con un sector político (la izquierda y la centro-izquierda), lo cual para él representa un obstáculo importante para el éxito del proceso. Respecto al mecanismo más idóneo de elaboración de una nueva Constitución -la Asamblea Constituyente- hace notar que éste ha sido estigmatizado al vincularlo con la experiencia última en América Latina respecto a Asambleas Constituyentes (Venezuela en 1999; Ecuador en 2008; y Bolivia en 2009), y respecto del fantasma de los 'resquicios legales' del gobierno de la Unidad Popular en Chile, producto de que algunos de las formas para acceder a una Asamblea Constituyente podrían ser por medios que traspasarían las fronteras de la institucionalidad.

Frente a esta desoladora percepción, la tesis aquí defendida se hace cargo de evitar una conducción presidencialista del proceso constituyente por medio de la constitución de un cuerpo colegiado que sea el encargado de conducir el proceso en todos sus aspectos.

Respecto del temor a los resquicios legales, en primer lugar hay que recordar que la tesis de Eduardo Novoa Monreal sostenía que desde el punto de vista dogmático había que “rechazar las interpretaciones jurídicas que recurren al espíritu de la ley, a la naturaleza o a indagar en aspectos síquicos de los individuos”<sup>137</sup>, siendo lo anterior totalmente opuesto a la interpretación ofrecida en esta tesis para así convocar al Poder Constituyente Originario, siendo la visión de ésta tesis más cercana a la tesis del uso alternativo del derecho, el cual busca invertir el signo supuestamente conservador del sistema legal, utilizándolo en una función progresiva del cambio social.

## **5. La derecha chilena y los depositarios de la soberanía.**

En este sub-tema se presenta una manifestación por parte de nuestra Cámara de Senadores, en donde hay una referencia a la noción de la soberanía que en el presente tema de tesis viene a ser del todo atingente respecto del análisis político de la materia en estudio.

Por medio del boletín N° 1.929-12, presentado por los (20) Senadores señoras Muñoz, Van Rysselberghe y Von Baer y los señores Araya, Bianchi, Chahuán, Coloma, Espina, García, García-Huidobro, Horvath, Larraín, Moreira, Ossandón, Pérez Varela, Pizarro, Prokurica, Quinteros, Patricio Walker y Zaldívar, buscan reconocer el derecho del pueblo cubano a decidir el futuro de sus instituciones y de su sistema político en forma democrática.

Para lo anterior, se apoyan en normas de derecho internacional y la experiencia chilena, ideas que esta tesis también comparte.

Respecto de la experiencia chilena, se afirma que “*la historia reciente de Chile demuestra la validez y utilidad de la herramienta plebiscitaria en (...) el afianzamiento de la soberanía en manos de los ciudadanos*”.

<sup>137</sup> Villalonga, C. (2008). Revolución y ley: la teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal. Santiago de Chile: Globo Editores. p 58.

En un segundo aspecto, el proyecto busca instar a la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet y al Ministro de Relaciones Exteriores Herald Muñoz, para que *promuevan el derecho inalienable del pueblo cubano a elegir su futuro y apoyar la realización de un plebiscito vinculante.*

Y finalmente, se hace mención a la Declaración de Viena (adoptadas por los Estados cubano y chileno), para recordarnos que allí se establece que “*La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural*”.

De lo cual se desprende que los 21 senadores que finalmente aprobaron este proyecto de acuerdo -sin votos en contra- sostienen que:

- (1) la soberanía está en manos de los ciudadanos,
- (2) en donde el plebiscito es una herramienta para el afianzamiento de la soberanía en manos de los ciudadanos;
- (3) el pueblo tiene un derecho inalienable a elegir su futuro, y
- (4) es en esa voluntad del pueblo para determinar su régimen político en donde se basa la democracia.

Con lo que en principio, estaríamos frente a una derecha que cree en los principios básicos de la democracia a la hora de pasar del régimen comunista cubano, al cual catalogan como una dictadura, a un régimen de tipo democrático. Sin embargo, ha sido respecto de Chile en donde este sector político el cual se ha negado en Chile a la idea de mecanismos democratizadores como los tres ya expuestos, lo cual resulta del todo incomprensible si tomamos en cuenta que estos Senadores manifiestan que hay que promover por intermedio de nuestra Presidenta de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores “*el derecho inalienable del pueblo cubano a elegir su futuro*”, ya que sostener que el pueblo cubano solo por el hecho de ser cubanos y vivir bajo lo que este sector político cataloga como una dictadura, tendrían de forma inalienable el derecho a elegir su futuro. Mientras que el pueblo chileno, por el hecho de estar en una democracia con una Constitución -que ha sido catalogada por Fernando Atria como neutralizadora de la acción política del pueblo-, no tendría derecho a las cuatro premisas ya mencionadas anteriormente

resulta del todo incomprensible, casi como afirmar que un pueblo tiene el derecho inalienable, y el pueblo de los mismos Senadores de la carta no tendrían ese derecho inalienable.

## Conclusión.

Sin lugar a dudas la Constitución política surgida desde nuestra Dictadura, pretendió restringir los márgenes de acción de la ciudadanía y de los mismos representantes políticos mediante una especial configuración de la estructura institucional -un Congreso con un sistema electoral binominal; Senadores designados; altos quórum de reforma; el Consejo de Seguridad Nacional- sin embargo, y por contrapartida, se pretendió fortalecer la figura del Presidente de la República, para que éste fuera el conductor de la vida nacional, siendo uno de los aspectos de esta conducción *el plano social*, lo cual se lograría por intermedio de los reglamentos autónomos (una innovación respecto de la Constitución de 1925 como ya se hizo referencia) todo lo cual se enmarcaría en la concepción del *Gobierno Moderno* que se quería lograr.

Ésta contrapartida a una democracia restringida es advertido por Renato Cristi como una especie de *monarquismo* producto de la figura exaltada del Presidente de la República, mientras que en Pablo Ruiz-Tagle, es catalogado como un presidencialismo autoritario de tipo exacerbado.

A partir de esta configuración institucional es posible sostener dos vías para activar el Poder Constituyente Originario por el intermedio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. La primera de ellas ha de construirse sobre el principio monárquico de la soberanía, desde el cual se habría visualizado la figura del Presidente de la República, el cual en tanto depositario de la soberanía podría actuar a discreción desde la potestad reglamentaria autónoma para configurar bajo su criterio al Poder Constituyente Originario. La segunda de las vías, consistirá en interpretar la potestad reglamentaria autónoma desde el *Uso Alternativo del Derecho*, creando el vínculo entre la letra de la norma, "*materias que no sean propias del dominio legal*", con la concepción de que todo lo concerniente al Poder Constituyente Originario no pertenece propiamente al mundo jurídico, segunda vía que también ha de ver al Presidente de la República como el conductor de la vida nacional en el plano social.

Sin embargo, por más atribución que pretendamos darle al Presidente, éste no podrá entrar a regular cómo ha de configurarse, regularse, y reglamentarse este Poder. Debiendo el Presidente reducirse a buscar configurar una entidad en base a criterios generales, no discriminatorios y representativos del pueblo, para que así sea ésta misma entidad la encargada de liderar el proceso de elaboración de un nuevo texto constitucional (convertidos en una especie de directorio de este Poder), luego -por cierto- de haber decidido autónomamente si es necesario o no un nuevo texto constitucional.

Desde el plano propiamente político e histórico de Chile, ésta tesis buscó hacerse cargo de los riesgos de que un proceso transformador de la institucionalidad no caiga en desviaciones autoritarias de que se pueden sufrir cuando importantes procesos políticos son conducidos por una autoridad unipersonal, ya que nuestra historia ha conocido con Balmaceda y Allende que los grandes procesos o se impulsan con el apoyo de un órgano colegiado representativo del país -en ambos casos habría sido el Congreso Nacional-, o derechamente no han de impulsarse procesos transformadores. Y en un segundo aspecto, destacar que el uso de esta potestad no puede ser por mero capricho presidencial, sino que una decisión suficientemente coherente con el estado social y político del país, y ha de ser suficientemente coherente con el fin público que ha de perseguirse con la configuración del Poder Constituyente Originario.

## Anexo

Este anexo presenta el detalle porcentual de los gráficos elaborados a partir de los datos de la encuestadora CADEM.

Pregunta 1: Usted personalmente ¿Está de acuerdo o en desacuerdo con que Chile necesita una nueva Constitución?

	% De acuerdo	% En desacuerdo
27/03/2015	73	13
03/04/2015	77	15
30/04/2015	79	15
16/10/2015	71	18
23/10/2015	77	14
30/10/2015	75	17
6/11/2015	78	15
13/11/2015	75	18
20/11/2015	77	17
27/11/2015	77	16
4/12/2015	77	17
11/12/2015	78	17
18/12/2015	78	18
24/12/2015	76	17
31/12/2015	78	16
8/1/2016	78	16
15/1/2016	77	17
22/1/2016	75	16
15/4/2016	72	17
7/4/2017	79	12
9/6/2017	77	16
9/3/2018	82	11

Pregunta 2: En general, ¿Ud. diría que este proceso de cambio a la Constitución es un tema... para los chilenos y el país en general?

	% Muy / Bastante prioritario	% Poco / Nada prioritario
16/10/2015	51	26
23/10/2015	61	18
30/10/2015	59	22
24/12/2015	60	21
22/01/2016	61	23
15/04/2016	55	25
7/4/2017	68	15
9/3/2018	60	17

Pregunta 3: ¿Cuál de los siguientes mecanismos considera Ud. que es el mejor para que Chile tenga una nueva Constitución...?

	% El Congreso actual o futuro redacte una nueva constitución y que sea aprobada a través de un plebiscito	% Que una Asamblea Constituyente de ciudadanos electos redacte y apruebe una nueva constitución
23/10/2015	49	43
24/12/2015	46	46
22/01/2016	38	56
15/04/2016	40	50
07/04/2017	44	49

Pregunta 4: ¿Ud. cree que hay que perfeccionar en algunos aspectos la Constitución o cree que hay que cambiarla por completo por una nueva?

	% Hay que perfeccionarla en algunos aspectos	% Hay que cambiarla por completo por una nueva
27/3/2015	48	41
23/10/2015	54	37
24/12/2015	52	41
22/1/2016	48	44
15/4/2016	50	40
7/4/2017	51	42
9/6/2017	52	42

Pregunta 5: En general, ¿Cree usted que una nueva Constitución...?

	16/10/2015	23/10/2015	24/12/2015	22/01/2016	07/04/2017
% Hará de Chile un país más justo y con menos desigualdades	57	68	65	62	77
% Permitirá superar los problemas que hoy tiene el país en temas como educación, seguridad y salud	58	69	67	60	75
% Permitirá que Chile sea un país desarrollado		63	60	57	68
% Permitirá resolver la crisis del sistema político	47	58	53	48	62
% Ayudará a mejorar su situación económica personal y familiar		49	48	44	54

## Bibliografía.

**Actas de las sesiones N°11** (30 de noviembre de 1973); **N°345** (4 de Abril de 1978); **N°355** (20 de abril de 1978) **de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.**

**Atria, F.** (2014). La Constitución tramposa. Santiago de Chile: Lom.

**Atria, F. Salgado, C. Wilenmann, J.** (2017). Democracia y neutralización: Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional. Santiago de Chile: Lom.

**Ayuso, M.** (ed). (2012). El problema del poder constituyente: Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones. Madrid: Marcial Pons

**Bassa, J.** (2007). La teoría del Poder Constituyente en la Constitución chilena vigente (Tesis de Magíster en Derecho, mención Derecho Público). Universidad de Chile, Santiago de Chile.

**Boletines** N° 7792-07, N° 8562-07, N° 11173-07.

**Cabieses, P., Mena, L.** (2012). Tribunal Constitucional, potestad reglamentaria y control de constitucionalidad de los decretos supremos. Estado actual de la discusión (Tesis de grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Constitución Política del Estado de Chile de 1925.

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

**Cordero, Eduardo.** (2009, junio). El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100012&script=sci_arttext)

**Couso, J.** (2015). La solución Constitucional: una aproximación desde la sociología constitucional. En C. Fuentes y A. Joignant (editores), La solución constitucional. (pp. 71-82). Santiago de Chile: Catalonia.

**Cristi, R. y Ruiz-Tagle, P.** (2014). El constitucionalismo del miedo. Santiago de Chile: Lom.

**El Mercurio**, Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la Convocatoria a Plebiscito para ratificar la Constitución. 24 de agosto de 1980.

**Garretón, M.** (Ed). (2016). La gran ruptura. Santiago de Chile: Lom.

**Huneus, C.** (2014). La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet. Chile: Taurus.

**Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP.** (2015). Encuesta Nacional udp 2015.  
Recuperado de  
<https://drive.google.com/file/d/0B7lxx6UgojdUmxidWhGU2VvZUk/view>

**Máiz, R.** (2007). Nación y Revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès. España: Editorial Tecnos.

**Molina, H.** (2011). Instituciones políticas. Chile: Thomson Reuters.

**Ruiz-Tagle, P.** (2016). Cinco Repúblicas y una tradición. Santiago de Chile: Lom.

**Sazo, D., Bustamante, G.** (comp.). (2016). Democracia y poder constituyente. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

**Schmitt, C.** (1996). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Universidad Textos.

**Sentencia** Rol N° 3598-2017 de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile.

**Sentencias** Rol N° 46-87, N°226-95, N°254-97, N°272-98, N°282-98, N°304-00, N°325-01, y N°480-06 del Tribunal Constitucional de Chile.

**Silva, A.** (1997). Tratado de Derecho Constitucional Tomo I: Principios, Estado y Gobierno. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Estudios de opinión pública N° 63; 64; 68; 92; 93; 94; 95; 96; 97; 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 105; 106; 118; 169; 178; y 217 de la encuestadora CADEM.

**Valenzuela, E.** (2006). Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 31: Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el tribunal constitucional. Santiago de Chile: Lom.

**Verdugo, M. García, A.** (1996). Manual de Derecho político: instituciones políticas. Chile: Editorial jurídica de Chile.

**Villalonga, C.** (2008). Revolución y ley: la teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal. Santiago de Chile: Globo Editores.

**Zúñiga, F.** (2014). Nueva Constitución y momento constitucional. Santiago de Chile: Thomson Reuters.