**Poder constituyente, cohesión social y su expresión en el proceso constituyente chileno**

***Jaime Gajardo Falcón[[1]](#footnote-2)***

A breves meses de finalizar la discusión constituyente, me gustaría presentar algunas reflexiones en torno a tres elementos que han estado en una fructífera discusión durante el período de habilitación del proceso constituyente y el curso del arduo trabajo que ha desempeñado la Convención Constitucional. Estos elementos son:

1. El proceso constituyente como mecanismo de resolución democrática y pacífica de conflictos sociales.
2. Carácter originario del proceso constituyente chileno.
3. Tensión entre proceso constituyente y Estado de Derecho.

Espero que estas reflexiones puedan contribuir a valorar el proceso chileno, que es producto de múltiples demandas por igualdad, seguridad, reconocimiento, libertad y justicia social.

1. **El proceso constituyente como mecanismo de resolución democrática y pacífica de conflictos sociales**

Es conocido para todas y todos el estremecimiento colectivo que generó la gran movilización social que estalla el 18 de octubre de 2019, que implicó una desestabilización política e institucional en nuestro país; pero también permitió el asentamiento de una nueva cultura de derechos cuyo desarrollo sigue en curso.

En este sentido, podemos destacar que este fenómeno político-social se componía de dos dimensiones de reivindicación: por un lado, una fuerte demanda de no más abusos, que imprimía una potente crítica a la configuración del poder en Chile. Por otro lado, una reivindicación sustantiva de un conjunto de derechos, sobre todo sociales, económicos y culturales, que por décadas no se han visto satisfechos producto del modelo económico y político neoliberal.

La comprensión de estas dos dimensiones del conflicto alertaba una fuerte crítica al diseño constitucional chileno: se percibía por la ciudadanía una crítica a la repartición del poder político, institucional, económico y social, y por otro lado, la necesidad de un nuevo catálogo de derechos fundamentales.

Estas dos dimensiones son precisamente las dos misiones esenciales de las constituciones, en general, y del Estado Constitucional, en particular.

Así las cosas, la mística de las movilizaciones sociales de octubre de 2019 estuvo marcada por una impugnación radical de la desigualdad social, económica y cultural que hay en Chile, y del rol de las élites políticas y económicas del país. No es casual, que el “himno” de las movilizaciones sea “el baile de los que sobran”, el que dice: *[“Únanse al baile de los que sobran/Nadie nos va a echar de más/Nadie nos quiso ayudar de verdad”](https://www.youtube.com/watch?v=Ku8_lhw8DvY)*.

Sin embargo, la ruptura constituyente que estalla en octubre de 2019 tiene como antecedente un largo proceso de descomposición social que tuvo expresiones puntuales, en forma de movilizaciones sociales con distintos grados de masividad y organización, que daban cuenta de una crisis política y social que se venía incubando lentamente. Así, las primeras expresiones de la crisis se remontan al año 2006 con las movilizaciones estudiantiles que se denominaron la “revolución pingüina”. Luego, emergieron las masivas movilizaciones universitarias del año 2011, seguidas por movimientos regionales en el año 2012, las manifestaciones en contra del sistema previsional del año 2016, y por el movimiento feminista de 2018.

Desde la sociología, distintos intelectuales chilenos venían reflexionando sobre el ciclo de movilizaciones sociales y otros antecedentes que daban cuenta de la crisis que se estaba larvando. En ese sentido, Manuel Antonio Garretón señalaba, en el año 2016 en un libro que se titula “La [Gran Ruptura](https://www.amazon.com/Ruptura-Institucionalidad-Politica-Actores-Sociales/dp/956000784X)”, que Chile tenía una crisis sistémica que se expresa en la relación de las elites, las instituciones y la sociedad. El libro planteaba que la crisis es estructural porque abarca al modelo económico social en su conjunto y que, por las características de la Constitución de 1980, se manifiesta o se expresa en términos constitucionales.

De esta forma, el descontento con el modelo económico y social imperante en Chile se fue trasladando a la Constitución debido a que se atribuye directamente a ésta cristalizar el modelo económico (neoliberal) mediante un conjunto de mecanismos destinados a “neutralizar” a la política y el autogobierno colectivo ([ver Atria 2013](https://www.antartica.cl/antartica/servlet/LibroServlet?action=fichaLibro&id_libro=145249)). Así, en el ámbito constitucional, las principales críticas que ha recibido la Constitución Política de 1980 se han sistematizado en tres ejes fundamentales que se encuentran relacionados entre sí: 1) el origen autoritario de la Constitución y su imposibilidad para legitimarla; 2) el establecimiento de un sistema democráticamente deficitario; 3) la opción ideológica neoliberal de la Constitución y, en consecuencia, la débil consagración de derechos económicos y sociales ([ver Busch 2012](https://www.researchgate.net/publication/273248141_El_Concepto_de_Constitucion_y_la_Incomodidad_Constitucional_en_Chile)).

En este escenario, el proceso constituyente que se habilitó mediante el Acuerdo del 15 de noviembre de 2019, representó una salida pacífica y democrática de este escenario de conflictividad y desprestigio institucional.

Esto no es baladí. Los Estados Constitucionales y el constitucionalismo, como teoría y herramienta de limitación del poder político, instalación del principio democrático y proyección de derechos y garantías para la igual libertad de las personas, ha permitido dirigir y transformar los conflictos sociales hacia situaciones que sin eliminar el conflicto lo procesan mediante canales institucionales más o menos abiertos a la participación ciudadana, según sea el caso.

Es decir, los procesos constituyentes son una garantía de estabilidad y reproducción del orden jurídico constitucional y de cohesión social. Por este motivo, es recomendable que las constituciones contengan un apartado donde se dispongan las normas que informarán este proceso. La presencia de estas reglas facilitan el procesamiento de conflictos en periodos de alta tensión política y social.

Si visitamos procesos previos de tensión política aguda de la historia nacional, verificamos que los desenlaces de esos complejos procesos eran la confrontación civil o militar, o la negociación política en miras a habilitar procesos de transformación constitucional.

La Constitución de 1980 solo contenía un capítulo referido a la reforma constitucional, que no contemplaba mecanismos participativos para la reformulación íntegra del texto constitucional. Esta ausencia implicó que una buena parte de representación política, en un brevísimo plazo, se ordenara en torno a la necesidad de buscar una salida que no siguiera fragmentando la confianza institucional y la convivencia civil.

Así las cosas, el 24 de diciembre de 2019 se publicó la Reforma Constitucional, que incorpora en el Capítulo XV de la Constitución las reglas para la elaboración de una nueva Constitución, incorporando, posteriormente, normas de paridad, participación de pueblos originarios y de personas independientes, entre otras.

Además de la legitimidad representativa que significó la aprobación de esta Reforma, el proceso contó con una alta legitimación social y participativa de la ciudadanía, mediante el Plebiscito del 25 de octubre 2020; a través del cual un 78,27% de las ciudadanas y ciudadanos marcaron la opción [“Apruebo”](https://servel.cl/plebiscito-nacional-2020-fue-la-mayor-votacion-de-la-historia-de-chile/) para dar inicio al proceso de elaboración de una nueva Constitución, a un año del comienzo de una oleada de movilizaciones sociales sin precedentes en la historia reciente de Chile, y que tuvieron al país paralizado durante a lo menos tres meses de 2019, y que pudo traducirse en un proceso pacífico que sigue en curso y está pronto a culminar, esperamos que exitosamente.

1. **Carácter originario del Proceso Constituyente chileno**

En la teoría constitucional existe una larga discusión sobre el contenido, alcance y límites que tendría el poder constituyente originario. Asimismo, la forma en que se expresa el poder constituyente ha sido objeto de largos debates académicos, principalmente, en cuanto a si este se manifiesta como una potencia de hecho o si es posible entenderlo en términos normativos y, por ende, regulado.[[2]](#footnote-3)

Así, resulta provechoso analizar el proceso constituyente que se está desarrollando en Chile a la luz de las discusiones teóricas sobre el poder constituyente, con el objetivo de definirlo y caracterizarlo.

En Chile, una parte importante de la doctrina ha defendido una idea de poder constituyente originario (cercana a la planteada por Carl Schmitt), acerca de que este sería extra orden y se expresaría como una potencia capaz de establecer un nuevo orden constitucional. En ese sentido, profesores como Fermandois señalan que solo la Junta de Gobierno Militar en 1974 detentó el poder constituyente originario y tuvo la capacidad de establecer una nueva Constitución. Esta idea ha sido reconocida por profesores para sostener que las reformas posteriores a la Constitución vigente solo han sido ejercicio del poder constituyente derivado.

En ese sentido y coincidiendo con lo que plantea Bockenforde, “el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática” (p. 163.)

Bockenforde, plantea que “las acciones del poder constituyente del pueblo, que no cabe excluir nunca, puedan ser limitadas de algún modo y, mediante disposiciones adecuadas, se logre que sus manifestaciones, cuando aparecen, desemboquen en procedimientos preparados a tal efecto, que sean encauzadas a través de ellos y que, haciéndose valer a través de estos cauces, tengan también abierta de este modo la posibilidad de su actualización” (p. 169).

En ese sentido, es posible plantear orientaciones al poder constituyente que permitan conducir la discusión constitucional mediante un cauce democrático, establecer reglas de cómo convocar a la ciudadanía a participar del proceso, diseñar los mecanismos de elección de representantes, duración y precisión de los objetivos para no entorpecer el normal funcionamiento de las instituciones constitucionales vigentes.

Si miramos América Latina, podemos mencionar el caso colombiano como ejemplo, en el que esta discusión al inicio de la década de los noventa ya encontraba la misma respuesta que aquí sostenemos. Los autores Albert Noguera y Marcos Criado señalan, en una obra sobre comparación de procesos constituyentes latinoamericanos, que "La Asamblea Constituyente colombiana se entendió como un poder originario, ejercicio del poder constituyente, y, por lo tanto, exenta del control de los poderes constituidos, aunque limitada por los lineamientos admitidos del acuerdo político entre las principales fuerzas políticas y algunos movimientos sociales".

En el caso del proceso constituyente chileno, además del acuerdo entre varias fuerzas políticas (aunque no todas), debió reforzarse con el procedimiento de convocatoria al pueblo como sujeto que detenta el poder constituyente, y este proceso de convocatoria popular es doble, ya que se le convocó al comienzo para que decidiera si quería elaborar una nueva Constitución (incluso preguntándole por el órgano) y se le convocará al cierre para saber si aprueba o rechaza la propuesta de nueva Constitución que proponga la Convención.

Esto se recoge en el Reglamento de la Convención Constitucional, que en su artículo primero señala que: “La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario"

Ahora bien, es válido preguntarse si las reglas que establece la reforma a la Convención son solo procedimentales o también limitan los contenidos a tratar en el proceso. Por cierto, si son solo procedimentales y reglamentan la forma en que se convoca al pueblo para el ejercicio del poder constituyente, no es algo de todo o nada, sino que eminentemente graduable. Lo mismo, en el sentido de posible limitaciones de contenido.

Mi tesis es que las normas de procedimiento establecidas en la Constitución para el proceso permiten genuinamente el ejercicio por parte del pueblo del poder constituyente y se conectan de forma óptima con el ideal democrático:

a. Plebiscito de entrada y elección del órgano constituyente

b. Elección de las y los miembros de la Convención con sistema proporcional, con paridad de género y representación especial para los pueblos indígenas.

c. Reglamentación sobria (por parte de la Constitución) de los procedimientos mínimos que debe contemplar el trabajo de la convención (plazo, directiva, quórum 2/3).

d. Trabajo de la convención a partir de una hoja en blanco

e. Plebiscito de salida

Por tanto, la disposición constitucional de reglas y orientaciones que informen al proceso constituyente no implica una suplantación del poder constituyente originario, sino que una verificación de que el proceso constituyente se ordena en torno a la idea de proseguir un proceso histórico con el concurso de dos dimensiones conjuntas: la reproducción del orden constitucional en vigor y el desarrollo de un proceso constituyente con reglas que permitan la libre discusión constitucional, mecanismos de participación que nutran la discusión y permitan ir dotando de legitimidad progresiva al proceso y las expresión de reglas que den certeza a la ciudadanía respecto de los límites democráticos y objetivos que tendrá un proceso de estas características.

1. **Tensión entre proceso constituyente y Estado de Derecho**

Es cierto que los procesos constituyentes tensionan, en algún sentido, el Estado de Derecho. Esto, pues, el Estado de Derecho se sustenta, entre otros aspectos, en la certeza jurídica de las instituciones y las y los ciudadanos.

Sin embargo, el desarrollo del constitucionalismo ha permitido dotar de sustantividad las operaciones de validez al interior del ordenamiento jurídico. Así las cosas, el destacado profesor Luigi Ferrajoli sostiene que en los Estados Legislativos o Protoconstitucionales, el elemento esencial que caracterizaba al Estado de Derecho era la fundamentación de todo acto y actuación administrativa en normas preferentemente secundarias, previas y debidamente elaboradas y sancionadas por los órganos constitucional y legalmente dispuestos para dichos fines. Esto permitía construir una cadena de validez que dotaba a todo el sistema de certeza jurídica, y permitía a los operadores del sistema un flujo conocido e identificable; pero además contribuía a establecer límites claros al poder político y la actividad estatal. Este momento de la historia jurídica se construyó a partir de la edificación de los Estados nacionales y los procesos de codificación, que se llevaron adelante más o menos contemporáneamente en varios países Europa como en América.

Más adelante, la introyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos le imprimió a los ordenamientos jurídico-políticos un sello sustantivo, que decía relación con que la fundamentación de los actos y las actuaciones estatales debía no solo soportarse en normas de validez formal, sino que también en principios, valores y normas que disponían contenidos y orientaciones precisas que informan el sistema político como también a las obligaciones que permitan ir garantizando los derechos fundamentales de las personas. Este último fenómeno concluyó el asentamiento de lo que podemos denominar como Estados Constitucionales.

En este diseño, los procesos constituyentes ya no aparecen como agencias extraestatales o distorsionadoras del orden constitucional, sino como una manifestación de alta envergadura del principio democrático. Pero además, - como lo señalamos en el primer apartado –, en el sentido que sostiene Gustavo Ferreyra, como garantía de continuidad del orden institucional, más allá de las modificaciones estructurales que este viva la arquitectura constitucional de un país.

Desde Tomás de Aquino, pasando por Rousseau, John Lock, Seiyes y Schmitt, la alternativa a la reproducción del poder en los términos jurídicamente sedimentados era el derecho a rebelión, la desobediencia civil o la guerra interna.

Hoy, habida cuenta del desarrollo de los Estados Constitucionales fundados necesariamente en el principio democrático, y la consolidación de una cultura de resolución menos violenta de la conflictividad política, los procesos constituyentes no son una vía distinta y distante del curso regular de los Estados de Derecho, sino que una alternativa de transformación constitucional para procesar la conflictividad y la necesidad de cambio, sin alterar el núcleo esencial del Estado de Derecho, que es la paz y cohesión social y la regularidad institucional de un país.

En el caso Chileno, vemos que estas limitaciones fortalecen la forma republicana del Estado y la vinculación del proceso de transformación producto de la aguda movilización social con la teoría democrática y la necesaria certeza jurídica de los operadores mientras dura el proceso constituyente. En este sentido, destacamos:

1. La continuidad de la forma republicana, como señal y oposición a la tentativa de regímenes autocráticos y populista.
2. El respeto a las sentencias judiciales firmes y los tratados internacionales. Que es una norma que precisa la competencia de la convención, es decir, la redacción de una nueva constitución y no abocarse a causas resueltas o dejar sin efecto tratados internacionales.
3. El hecho de que la Convención no tiene control de ningún órgano de los poderes constituidos en la producción del contenido de las propuestas de normas que integren la nueva Constitución.

Estas disposiciones son una garantía que, en el caso del proceso constituyente chileno, permiten no alterar la cohesión social del país, profundizar la vigencia del principio democrático, y mantener el límpido y despejado funcionamiento del Estado de Derecho, al mismo tiempo de procesar las demandas ciudadanas y activar mecanismos de participación e incidencia social para la consecución de un nuevo orden constitucional que, esperamos, pueda contar con la legitimación social del país en el plebiscito de cierre que sellará al proceso.

Espero que estas reflexiones puedan servir para seguir procesando los acontecimientos de la historia reciente de nuestro país, y valorar el proceso constituyente en curso, y la estabilidad jurídica y política que imprime en nuestra democracia el hecho de finalizar en pocos meses un proceso constituyente que demostró un alto compromiso institucional y una profunda vocación por la participación de la ciudadanía, en particular de los grupos sociales que menos incidencia han tenido en nuestra historia republicana. Tengo la convicción que nuestro Estado de Derecho se consolida con la disposición política de avanzar hacia una democracia más participativa y un modelo constitucional que supera el principio de subsidiaridad y se configura desde un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

Muchas gracias.

1. Jaime Gajardo Falcón. Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Fue Profesor de la cátedra de Derecho Constitucional del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Actualmente, Subsecretario de Justicia del Gobierno de Chile. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, entre otros, se revisarán los trabajos de: i) Castellano, D. (2012). Constitución y poder constituyente, en Ayuso, M. (ed.), El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones, Madrid: Marcial Pons; ii) Colón-Ríos, J. (2014). Five conceptions of Constituent Power, The Law Quaterly Review, 130: 306-336; iii) De Vega, P. (1985). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid: Tecnos; iv) Iosa, J. (2017). Tres conceptos de poder constituyente originario, en Roldán, S. (comp.) Homenaje a Genero Carrió, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; v) Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática, Valencia: Tirant Lo Blanch; Nino, C. (1983). El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica, en Bulyguin, E. et al. (comps.), El lenguaje del derecho. Homenaje a Genero Carrió, Buenos Aires: Abelado Perrot. [↑](#footnote-ref-3)