



# El mito del Poder Constituyente

## I. Introducción

El programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet contiene unas “Reformas de fondo” entre las que se encuentra la llamada “Nueva Constitución” (pp.30-35). No se trata de un proyecto acabado de nueva constitución, sino de ideas inspiradoras de tal propósito, las que en el futuro podrán ser plasmadas por distintas vías, desde una reforma constitucional anclada en el Congreso Nacional, hasta una asamblea constituyente de carácter fundante y populista.

En el Mensaje del 21 de mayo del 2015 la Presidenta Bachelet ha vuelto sobre el tema. Ahí sostiene que *“Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportunidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana, que sea política y socialmente acordada, que refleje el país que somos hoy,*

### RESUMEN EJECUTIVO

En un momento particularmente agitado de la convivencia política, se intensifica el debate sobre la necesidad de tener una nueva Constitución. Se ha instalado, peligrosamente, en el inconsciente colectivo, la idea de que el ejercicio del poder constituyente será capaz, por sí solo, de resolver todos los problemas políticos, sociales y económicos por los que atraviesa el país. Es urgente darse cuenta de que este poder constituyente es un mito de la época de los constitucionalismos fuertes y está condenado a producir constituciones ilusorias en sus expectativas e inciertas y engañosas en su protección jurídica.

*maduro y democrático*". Y anuncia para septiembre el inicio de un "proceso constituyente", frase tan oscura en sus proyecciones como imprecisa en sus contenidos.

No se analizará en esta ocasión el contenido concreto de las innovaciones propuestas en los diferentes ámbitos (derechos fundamentales, garantías, deberes, sistema político, principios socioeconómicos y laicidad del Estado). La evaluación queda para más adelante, cuando la nueva propuesta constitucional en curso haya delimitado sus contenidos concretos.

Lo que interesa destacar ahora es el uso del constitucionalismo como mitología política, que entrega a un grupo de hombres de gabinete la facultad de modificar, sobre un plano, el Estado chileno, su sistema político, su régimen garantístico y los principios constitutivos de la propia sociedad, prometiendo la salvación. Es lo que algunos llaman Poder Constituyente, término eufemístico que cubre la posibilidad de uso y abuso de un poder total en materia política.

Para comprender bien las pretensiones de este Poder Constituyente, se examinará, primero, su contexto histórico: el constitucionalismo en la era de las ideologías "fuertes". Después se evaluará su desenvolvimiento en la época contemporánea, tiempos de relatos "débiles". Finalmente se mostrará cómo un poder constituyente de este género es algo absurdo, irracional y destinado al fracaso. Solo se ha aceptado por inercia intelectual.

## II. El constitucionalismo "fuerte" y su caída

Los ideólogos del siglo XIX concibieron la Constitución como la forma en que el hombre moderno garantizaría su libertad creando una estructura político-jurídica que le impidiera caer en la anarquía o en el despotismo y le diera estabilidad para el goce de sus derechos. Tal concepción se insertaba, sin embargo, en la creencia demiúrgica de que el hombre podía rehacer los vínculos asociativos y establecer sus propias finalidades políticas *ex nihilo*, desde la nada, a partir del arbitrio de su propia voluntad. La condición para alcanzar la felicidad parecía evidente. Nada de reconocer dependencias previas que paralizaran la imaginación constitucional: ni con Dios, ni con un orden natural y objetivo de justicia, ni con las tradiciones históricas, a las que se les consideró como irracionales. El cientificismo sistémico, el racionalismo y el voluntarismo se constituyeron en los nuevos dioses tutelares: con sus manos la sociedad humana se volvería al fin libre y soberana, pletórica de igualdad y seguridad. El hombre se transformaría en un pequeño dios: autónomo, dueño de su destino, jurídicamente protegido.

Es oportuno recordar que fue severo el pronóstico que formuló el Magisterio Pontificio y la filosofía política cristiana, especialmente la católica, a este anhelo ideológico. Se adujo que si no hay un orden previo que respetar, la organización que impusiera el hombre a través de la Constitución sería esencialmente modificable, y traería dentro de sí el germen de su propia demolición.

Para evitarlo, la imaginaria constitucional articuló la mayor concentración de poder político y jurídico de la historia. Lo hizo mediante la edificación del Estado que centralizó en sus manos todo el poder político, jurídico y simbólico de la nación.

Los manuales universitarios de derecho político no se cansan de repetir la cantinela de que antes de la era moderna lo que imperaba era la “tiranía” o el “absolutismo”, mientras la Revolución Francesa -esa maldita distorsión de la *civitas* política- habría traído la libertad. La percepción de los pensadores coetáneos a dichos eventos es, sin embargo, distinta. En la mayor parte de ellos se reconoce el asombro ante el apareamiento de un poder tan inmenso, centralizado y omnicompreensivo como el Estado y su potestad constituyente. Donoso Cortés habla del poder ubicuo de millones de ojos, oídos y brazos que se cierne sobre cada país<sup>1</sup>. Tocqueville denuncia el apareamiento de un poder inmenso y tutelar; un poder absoluto, minucioso, regular y aparentemente benigno, señor, intendente y cajero que se encargará de asegurar los goces y vigilar la suerte de los ciudadanos<sup>2</sup>. Stuart Mill alude al poder ilimitado, opresor y concentrado de cómoda ejecución<sup>3</sup>. Nietzsche denuncia en el Estado el más frío de todos los monstruos fríos<sup>4</sup>. Marx se refiere al espantoso parásito que envuelve como una membrana el cuerpo de la sociedad y obstruye sus poros<sup>5</sup>, y que el comunismo habría de utilizar tan bien, ampliándolo para fines revolucionarios.

A despecho de tan sombrío pronóstico, el Estado moderno se irguió representando ideas y metas que encubrieron su verdadera naturaleza. Cuan nuevo Adamastor se presentó dispuesto a utilizar toda su fuerza al servicio de los ideales ilustrados que, se dijo, eran los del pueblo. El constitucionalismo fijó al respecto una serie de dogmas que dieron legitimidad al monstruo. Había que soportarlo, se proclamó, porque era el único medio de proteger la libertad. La historia se acostumbró a él hasta tal punto que hoy nos parece que la política y la misma libertad serían imposibles sin este poder estatal que tiende a la configuración total de la sociedad. Sin ir más lejos, en libros como “El Otro Modelo”, que sustenta ideológicamente el Programa de la Presidenta Bachelet, el Estado figura como la llave de la “buena nueva” para oponerse al “orden neoliberal”<sup>6</sup>.

La sociedad también se habituó a sus dogmas justificantes, de tal manera que después de dos siglos, se les expone como panacea de toda organización política y se les enseña como artículos de fe. Caso

---

1. Juan Donoso Cortés, Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero de 1849, en *Obras de don Juan Donoso Cortés, ordenadas por don Gavino Tejado*, Imprenta de Tejado Editor, Madrid, 1854, Vol. III, p.269.

2. Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, (traducción de Raimundo Viejo Viñas), Akal, Madrid, 2007, II, VI, V, 877 y II, IV, VI, p.88.

3. John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, (traducción de Josefa Sainz Pulido), Aguilar, Buenos Aires, 1954, I, p.20.

4. Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II, 11, Del nuevo ídolo.

5. Karl Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, citado por Bertrán de Jouvenel, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, (traductor Gerardo Novás P.), Emesa, Toledo, 1977, p.58.

6. Fernando Atria, Guillermo Larraín, José Miguel Benavente, Javier Couso, Alfredo Joignant, *El Otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Debate, Santiago, 2013, especialmente pp.125-170 y 192-198. Hacemos este comentario, salvando la gran valía intelectual y humana de los autores, algunos de quienes conocemos y estimamos en mucho.

típico es el principio democrático y popular de sabor rousseauiano que inspira la propuesta de “Nueva Constitución” del programa de Bachelet. Reza así: *“El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios”* (p.15).

Tanto la noción de “pueblo”, como su “escucha” e “interpretación” (no hay traducción sin traductores), o la “voluntad popular” que para ser “real” sólo admite ser expresada en el “sentido de los cambios”, son susceptibles de diversas estrategias políticas, paradigmáticas incluso en el estilo al uso de la Revolución Francesa o de la bolchevique, por poner dos ejemplos.

De cualquier modo, si se atiende a la dimensión instrumental de estos dogmas, se descubre que no fueron sino mediaciones engañosas de una razón constructivista y planificadora cuya finalidad tráfuga pasó por imponer la estatalidad como camisa de fuerza a las sociedades. Como tales funcionaron a la manera de principios organizativos, pero también como promesas hacia el futuro.

El constitucionalismo como movimiento histórico-ideológico –racionalismo, voluntarismo, liberalismo- prometió que el hombre se liberaría en el plano colectivo de todo orden trascendente, pues no habría más normas, sociedad y gobierno que los que el hombre mismo consintiera a través del pacto social.

Esta promesa de liberación ínsita al constitucionalismo en sus fuentes filosóficas más agudas – Rousseau, Kant, etc.- permite enfocar este movimiento como manifestación del proyecto moderno de divinización de la voluntad humana encarnado en el poder secularizador y constructivista del Estado.

Empero, la desproporción entre las promesas de la modernidad política (divulgadas como realidad por la mitología constitucional) y la realidad del constitucionalismo implantado es de tal envergadura, que impulsados a hacer un balance, el débito supera en mucho al crédito.

El hecho de constituir a la vez una realización consumada y una promesa incumplida otorga a los dogmas del constitucionalismo un carácter ambiguo. Muchos se refieren a sus promesas como si ya fueran realizaciones históricas. Es la hora de la deontología y la axiología constitucional convertida en realidad por un ejercicio de impúdica y desnuda retórica. El constitucionalismo, en lo que tiene de idílico, se asemeja a una tragicomedia: los dogmas del constitucionalismo se cumplen porque así lo dice la Constitución.

De todos modos, el aspecto mesiánico del constitucionalismo ya no tiene cultivadores serios. Los ídolos del constitucionalismo “fuerte” han caído uno por uno. No sólo porque todos sus dogmas sin excepción han sido objeto de irreversibles cuestionamientos a nivel teórico, sino también porque su

realización ha contrastado con las premisas que le servían de justificación. Ni la soberanía popular, ni la separación de poderes, ni la representación electoral ni el culto a los derechos humanos cumplen con la misión para la cual fueron elaboradas.

Achacarle estos defectos a la Constitución de 1980, como parecen hacer los constitucionalistas de la Presidenta Bachelet, es, por ello, sumamente engañoso, como se verá a continuación.

### **III. El paso en falso del proceso constituyente de Bachelet: no reconocer el constitucionalismo “débil”**

Ya no hay lugar para los dogmas del constitucionalismo fuerte, salvo en ciertos ambientes de la demagogia caudillista latinoamericana. Por ello, la pregunta que hoy debe hacerse es qué tipo de constitucionalismo se construye ante nuestros ojos. La respuesta parece sencilla: el constitucionalismo “débil”, porque las promesas de la organización perfecta, representativa y liberadora ya no tienen visos de poder ser cumplidas, ni en Chile ni en Occidente. Lo que importa ahora no es la tensión progresiva hacia míticos sueños sino algo mucho más modesto y sensato: que el pacto que implica toda Constitución funcione de acuerdo a los hábitos políticos del pueblo al que va a regir. Y que se garanticen los derechos superiores de la persona humana, la familia y las asociaciones intermedias.

Todo proceso constituyente que no se enmarque dentro de estos límites está destinado al fracaso. Los tiempos no están para poderes constituyentes omnicomprensivos y totales. Por una razón incluso técnica: todas las constituciones escritas vigentes –en particular las que han seguido el modelo de Europa continental– sufren análogas disfuncionalidades, una *desorganización constitucional* lenta, pero cada vez más amplia.

Tiempos del constitucionalismo débil. Los síntomas de la referida desorganización constitucional se están produciendo en todas las constituciones. Ejemplos recurrentes son la exclusión sociológica de las reglas constitucionales (Sagüés le llama “desconstitucionalización”), el declive de su función informadora a través de diversas formas de “desmontaje” constitucional (Kägy), la “desvalorización” observada hace décadas por Loewenstein, la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la Constitución (lo que Hauriou identifica como “falseamiento” constitucional), el eclipse de la Constitución como sistema y la reforma constitucional recurrente como vehículo del malestar o desapego institucional. Y más específicamente, la hermenéutica constitucional, donde la seguridad jurídica ya no existe. Es una afirmación que no puede desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

Sin embargo, tras el proceso constituyente de Bachelet vuelve a aparecer el voluntarismo racionalista y su siempre fracasado intento de construir la comunidad política desde cero. Como si el tiempo no hubiera dejado atrás el constitucionalismo “fuerte”. Recordemos nuevamente las palabras de la Presidenta Bachelet: *“Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportunidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana”*. ¿Por primera vez?

Cualquiera que sea la interpretación que pueda darse a las palabras de la Presidenta Bachelet, una cosa es imprescindible en estos tiempos de constitucionalismo débil: hay que oponerse al mito del Poder Constituyente. No es esto una invitación al inmovilismo. Supone, al contrario, dos ejercicios sumamente racionales: primero, reducir a su justa medida la función normativa que puede esperarse de un texto constitucional. Segundo, reconocer lo que hemos avanzado institucionalmente y en materia de derechos fundamentales, a fin de acordar la mejor respuesta del Derecho a los problemas presentes, muchos de los cuales, como el descrédito institucional que nos agobia, no tiene, por cierto, su fundamento esencial en la Constitución de 1980 sino en la falta de virtudes republicanas, en el desarraigo político que ocasiona la partitocracia y en las malas leyes.

#### IV. El mito del Poder Constituyente

Cuando se anuncia una nueva Constitución que resuelva los problemas institucionales se olvida que el Poder Constituyente no puede crearla tal como se espera. Quienes así hablan, permítase la insistencia, actúan como si aún el país viviera en la época del constitucionalismo fuerte. Grueso error.

Debe recordarse que el Poder Constituyente es una categoría diseñada por el abate Sieyès en 1789, al calor de la Asamblea Constitucional francesa. En su época condensó, como ya se ha señalado, la más alta aspiración política del racionalismo dieciochesco: rehacer una nación desde cero por medio de normas ideales reputadas “perfectas”, elaboradas por expertos intérpretes de la razón universal y de la voluntad popular. Tan expertos, que desde sus despachos formulaban recetas de gobierno y declaraciones de derechos como quien escribe recetas de cocina.

El resultado fue desastroso. Ninguna Constitución ideal se avino con el país real. Sólo incertidumbre. En tan solo diez años, Francia conoció cuatro constituciones “perfectas” en el papel: la de 1791, del año I (1793), del año III (1795) y del año VIII (1799). Mientras tanto, la milenaria estabilidad política y jurídica del antiguo reino cayó por los suelos hasta el advenimiento de Napoleón, quien a su vez también estableció una constitución tras otra: la del año X (1802) y del año XII (1804), abrogadas asimismo a los pocos años. Es el precio de no respetar la Constitución histórica, como ha recordado en nuestro medio Bernardino Bravo.

Sacar a colación el proceso constitucional francés, un auténtico paradigma, no deja de ser oportuno.

Hoy como ayer, el mito del Poder Constituyente tiene mucho de ilusorio. Permite iniciar el proceso de dar y quitar constituciones de papel como si la realidad pudiera contenerse dentro del léxico jurídico. Basta con imaginar el mejor de los mundos posibles, que ya cabe en la Constitución. Es lo que Gaxotte denomina la “buena república”, o Derrida “la democracia para otro día”. Garantizar constitucionalmente a las generaciones presentes fórmulas de buen gobierno o derechos realizables a cuenta de un futuro que nunca llega.

La Constitución puede asegurar la representación política, pero si no hay prestancia y pulcritud en los representantes el texto queda en nada. La salud puede consagrarse como derecho justiciable, pero si el país no es capaz de producir infraestructura adecuada o recursos humanos, tecnológicos y materiales suficientes, sólo se tendrá un bonito enunciado lingüístico. Puede, incluso, hablarse de educación de calidad, pero a ella no se llegará mientras la cultura, incluso la urbanidad, vayan en retroceso.

También el Poder Constituyente se asocia a un peligro de sabor totalitario. En su tiempo, los jacobinos lo transformaron en un poder demiúrgico, un poder total, que no reconocía ni libertad ni propiedad previa. Un poder, además, permanente y estable destinado a poner en jaque a los poderes constituidos.

Pocos son los que hoy en día evocan esta faceta totalitaria del Poder Constituyente. Muchos la cubren evocando el consenso o la participación popular. Pero lo cierto es que no es un problema de número sino de alcance: si realmente se cree que el poder constituyente es refundacional, que puede hacer tabla rasa de nuestro actual régimen de derechos y de gobierno, aún de aquellas bases que han llevado al desarrollo y a la posesión pacífica de libertades concretas, entonces lo único cierto, constitucionalmente hablando, es la incertidumbre. Cabría preguntarse si el país le ha dado al Poder Constituyente competencia tan desmedida.

## V. Conclusión

En el debate sobre el proceso constituyente y la “Nueva Constitución” hay que insistir en lo peligroso que resulta adoptar una concepción totalitaria y mesiánica del poder constituyente, al que se le atribuye la fortuna de producir un texto que llamamos Constitución, del que se esperaría la regeneración ideal de nuestra sociedad política y la superación primera de casi todos los problemas que nos agobian (en lo institucional, en lo garantístico y en lo “valórico”). Este poder constituyente es un mito de la época de los constitucionalismos fuertes y está condenado a producir constituciones ilusorias en sus expectativas e inciertas y engañosas en su protección jurídica.

Las constituciones son hoy algo mucho más modesto y a la vez pragmático: pactos sociales y políticos que deben asegurar la institucionalidad del país y respetar los derechos superiores de la persona humana, de las familias y asociaciones.