FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

APUNTES CONSTITUCIONALES N° 2

Poder constituyente: ¿Es la Convención Constitucional soberana?

5 de agosto de 2021

Foto: t13.cl

INTRODUCCIÓN: PODER CONSTITUYENTE

La noción de poder constituyente está íntimamente ligada al de Constitución y soberanía. La comprensión de estos, que es diferente en el tiempo y en los distintos países, influye en cómo se entiende dicho poder. Por lo tanto, este no es un tema zanjado: algunos filósofos y juristas dicen que no existe, otros dicen que sí. Entre estos últimos, unos no creen que pueda ser derivado, otros sí.

Por lo tanto, el siguiente apunte no pretende resumir ni dirimir esta larga discusión, sino dar una breve noción del poder constituyente, cómo puede llegar a ser entendido según la mayor parte de la doctrina, y su repercusión en nuestro proceso constituyente y en otros de la región.

A. SIGNIFICADO

Como ha sido formulado por Emmanuel Siéyes, en *¿Qué es el Estado Llano?*, el poder constituyente es el poder soberano, no atado a ninguna norma jurídica previa, que puede fijar el derecho que quiera en la Constitución.

Para el filósofo Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad de una decisión política fundamental, a través de la cual se construye el Estado, se define su forma, se elige el modelo de gobierno y se crean los órganos que ejercen el poder constituido.

Por su parte, José Luis Cea define a la función constituyente como *"la encargada de establecer una nueva Constitución, de reemplazarla, de modificar algunas de sus disposiciones en vigor, o por último, de restablecer la Carta Fundamental que había sido abrogada, total o parcialmente"*. Explica que este poder es el máximo que puede ejercer cualquier Estado-Nación, por cuanto implica la mayor demostración de soberanía posible. Esto, ya que se cambia el mismo pacto, la misma ley fundamental que regula las bases esenciales del ordenamiento político, económico y social.

B. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERIVADO

El poder constituyente puede ser originario o derivado. Es de la primera clase cuando es el Pueblo o Nación organizado *de facto* y sin previa ley que legítimamente crea una nueva Constitución. Por lo tanto, no está sujeta a ningún límite, ya que todos emanarían de él mismo. Es de la segunda si es un órgano complejo que en conjunto ejerce la función constituyente de acuerdo con lo señalado en la misma Constitución que se intenta modificar o reemplazar.

El hecho de que el poder constituyente derivado sea realmente poder constituyente es discutido. Lautaro Ríos arguye que, al estar sujeto a los límites de una Constitución contra la cual no puede ir, pero que a la vez intenta cambiar, no sería verdadera soberanía. Por lo tanto, al ser la primera cualidad esencial de la segunda, el poder constituyente derivado —que es a lo que nos enfrentamos actualmente— sería un artificio que no merece dicho nombre.

Como se puede ver, la redacción de una nueva Constitución no siempre implica un ejercicio de poder constituyente originario o plenamente soberano.

Foto: m.elmostrador.cl

C. RELACIÓN CON LA SOBERANÍA

La soberanía es *"el poder político supremo"*, como la definió su primer estudioso, Jean Bodin. Actualmente, y en honor a los avances en el Estado de Derecho, esta definición debe ser complementada con *"legítimamente ejercido"*. Así, la soberanía es aquel poder supremo, ejercido legítimamente, como explica el prof. Cea en el primer tomo de *Derecho Constitucional Chileno.*

En nuestro país, la soberanía reside en la Nación, que es entendido como aquel ente abstracto formado por la conjunción de los que fueron, los que son, y los que serán. Esto evita los problemas que trae la otra opción actual, que es que resida en el Pueblo, que van por la línea de que como este solo se compone por los ciudadanos presentes, ciertos grupos pueden arrogarse su voz y cometer actos verdaderamente impopulares y derechamente terribles. Esto, de hecho, estaba explícitamente vetado en la Constitución de Angostura de 1819, de la Gran Colombia. Este monopolio de la voluntad popular fue lo que ocurrió, por ejemplo, en la Revolución Francesa, en el que la soberanía era popular según la Constitución de 1793, y un grupo usó esto como sustento para todo lo que aconteció en el periodo del Terror.

La soberanía, al final, se traduce en poder supremo. Quien tiene este poder puede hacer y deshacer dentro de un Estado según su voluntad, y hacerse respetar ante las demás naciones. Es por eso que se entiende que el poder constituyente originario es plenamente soberano, ya que se traduce en un órgano que tiene facultades omnímodas, en el que la Nación delega dicho poder. El peligro en esto es que a pesar de que, técnicamente, la Nación nunca deja de ser el titular de la soberanía, el órgano constituyente podría separarse de su mandato. Y si es soberano, podría, escudado en el siguiente silogismo de Rubén Martínez Dalmau: *"cabe concluir que si la Constitución es el fruto de la voluntad del pueblo soberano en uso del poder constituyente, y este es por su naturaleza democrático, la Constitución es su esencia democrática"*.

Por último, una facultad fundamental de aquél que es soberano es la de dictar normas jurídicas supremas, supraordinado a cualquier otro poder. Por lo tanto, el verdadero poder constituyente es soberano, ya que ordena al Estado mismo sin ningún límite intrínseco más que los derechos fundamentales. El poder constituyente originario (o, según Ríos, el poder constituyente sin más) es soberanía pura. Reforma el ordenamiento jurídico a tal punto que solo es fuente de sus propios límites.

Foto: vozdeamerica.com

D. EXPERIENCIA COMPARADA

La tesis del poder constituyente originario (es decir, completamente soberano) ha sido usada en América Latina para justificar procesos constituyentes que han tendido, en diversos grados, a sobrepasar el límite constitucional vigente.

Venezuela se basó en él para dar pie a la nueva Constitución que dio pie a la dictadura chavista, la de 1999. El autor y también miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, Allan R. Brewer-Carias, en 1999, menciona que dicho órgano sí era expresión del poder constituyente originario ya que fue aprobado por referéndum. Sin embargo, esta excedió sus competencias, con la aquiescencia de la Corte Suprema venezolana. El argumento que se dio es que la Asamblea era plenamente autónoma, en su calidad de poder constituyente originario, lo que se vino a refrendar con su comportamiento.

Esto comenzó a verse desde muy temprano, como el mismo autor reflexiona el 2001, ya desencantado con el proceso, ya que, originalmente, la Asamblea Nacional Constituyente había sido ideada como un mecanismo más de reforma constitucional, aunque no contemplada originalmente en la Constitución de 1961. Por lo tanto, debía sujetarse a los límites que esta le impusiera. Sin embargo, a través de un decreto emanado del Gobierno de Chávez, se la perfiló como un órgano de atribuciones y límites indeterminados, muy similar a un poder constituyente originario puro, cuyo rol era "transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico". Como él mismo dice, era para "que asumiera un poder total y pudiera incluso sustituir a los poderes constituidos". Esto fue lo que acabó ocurriendo.

El mismo argumento fue usado para repetir el ejercicio en ese país, y el 2017 comenzó a sesionar una nueva Asamblea Constituyente, que inmediatamente transgredió sus límites constitucionales al nombrar funcionarios estatales y dictar leyes. Hoy, el poder constituyente originario tiene mención expresa en dicho texto, en su art. 347, que lo radica en el pueblo de Venezuela.

Foto: latercera.com

Bolivia también vivió un proceso constituyente la década pasada. A través de una Asamblea Constitucional, que podría considerarse poder constituyente derivado, se creó una nueva Constitución marcada por el conflicto político y social que se tomaban el debate y las calles. Se logró crear un texto, pero fue fuertemente reformado por un acuerdo de dos poderes constituidos; el Congreso y el Gobierno.

Por último, otro proceso importante es el colombiano, que en 1990 decidió cambiar su Constitución. A raíz de la violencia que se observaba, el país se encontraba en estado de sitio desde 1984, y una agrupación estudiantil llamó, en las elecciones de ese año, a introducir una séptima papeleta para presionar por una Asamblea Constituyente. El Gobierno, presionado, efectivamente llamó ese año a un referéndum para convoca a una Asamblea, mediante un decreto de dudosa legalidad, en cuya decisión no participó el Congreso. Prontamente, constituyentes como Álvaro Levya Durán sostuvieron que dicho órgano ejercía el poder constituyente originario, por lo que quedaba libre de las ataduras de otros poderes constituidos que solo buscaban frenar el proceso. El resultado del proceso no quebró el orden democrático, como sí ocurrió en Venezuela el 2006, pero ilustra la facilidad con que se puede acudir al concepto de poder constituyente para justificar acciones de quienes tienen el mandato claro de reformar o cambiar la Constitución.

E. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE REGULAN A LA CONVENCIÓN

De acuerdo con la explicación que el prof. Cea da en *Teoría de Gobierno*, la Convención Constitucional es un órgano constituyente derivado, ya que fue creado en virtud de la reforma al Capítulo XV de la Constitución vigente, y en ella encuentra sus límites, que están, por lo demás, claramente establecidos. Estos se encuentran en dicho capítulo, y algunos son:

• 132 incisos tercero a quinto: La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas **por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.**

La Convención **no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos.**

La Convención deberá constituir una secretaría técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.

• Art. 135: **La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes.**

Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, **sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.**

En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

• Art. 136 incisos primero y segundo: **Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención,** contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.

Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.

• Art 137 incisos primero y tercero: La Convención deberá redactar y aprobar una propuesta de texto de Nueva Constitución **en el plazo máximo de nueve meses, contado desde su instalación, el que podrá prorrogarse, por una sola vez, por tres meses.**

Foto: rtv.es

Una vez redactada y aprobada la propuesta de texto de Nueva Constitución por la Convención, o vencido el plazo o su prórroga, **la Convención se disolverá de pleno derecho.**

• Art 142 inciso doceavo: Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, **continuará vigente la presente Constitución.**

Por lo tanto, la Convención tiene límites estrictos. No es un órgano soberano *per se*, que pueda crear sus propias reglas y deshacer las que se establecen en la Constitución actual, ya que es creada por ella. En ese sentido, su carácter de poder constituyente derivado es claro, ya que está sujeta a prohibiciones y limitaciones, que pueden ser o más formales, o más sustantivos. Esto fue lo que se diseñó por los partidos políticos en el Acuerdo del 15 de noviembre de 2019, y lo que la ciudadanía ratificó el año siguiente. Fue esta misma la que, al final, limitó la soberanía del órgano. En otras palabras, es la Nación, soberana, la que refrendó un órgano que fue ideado y construido por los partidos políticos, con todas las limitaciones que se planteaban y que quedaron en la Carta Fundamental vigente.

Al ser un órgano que ejerce el poder constituyente derivado, ya que la Convención es un mecanismo contemplado en la Constitución actual, no es soberana, pues el que lo es no reconoce ningún otro poder por sobre el suyo. En este caso, con los límites y prohibiciones establecidos en la Constitución, este órgano no puede hacer y deshacer a su arbitrio: no detenta el poder supremo.

Por lo tanto, en virtud de ser un órgano que ejerce el poder constituyente derivado, la Convención Constitucional no puede alejarse de su mandato constitucional y popular: proponer una Nueva Constitución. No puede escudarse en que sus decisiones son democráticas ya que la soberanía lo es, pues importante es remarcar que no es soberana, sino un órgano constituido más con una misión y un marco jurídico claros.

Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl /FundacionJaimeGuzmanE @FundJaimeGuzman