

POTESTAD CONSTITUYENTE*

CONSTITUENT POWER

FRANCISCO ZÚNIGA URBINA**

PROEMIO

La presente ponencia es una visión personal, con la pretensión de motivar un debate en la academia, acerca del ejercicio del poder constituyente en el “nuevo ciclo”¹ que vive nuestro país, y que fue objeto de un debate en el seno de la Agrupación de Constitucionalistas Socialistas (ACS) desarrollado en el seno del Instituto Igualdad; por lo que es menester agradecer los comentarios y críticas recibidas. Por ende, su contenido en nada compromete al actual Gobierno o a los partidos que le dan soporte, y a las definiciones que éste realice acerca de la operación constituyente.

El Programa de Gobierno y la voluntad política del Gobierno en este cuatrienio es abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile una nueva Carta Fundamental, originada, discutida y promulgada en democracia, y mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que seguirá el Poder Ejecutivo y la “coalición” gobernante para cumplir tal objetivo. Así, mientras unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que el pueblo directamente se otorgue una nueva Carta Magna. Entre medio, diversas opciones intermedias también han estado presentes en el debate².

Este debate acerca de la forma o “procedimiento” no escapa a los reduccionismos, maximalismos o afirmaciones realizadas desde un estilo hierático o posturas

* Ponencia realizada en el Ciclo “Diálogos Constitucionales”, del Centro de Estudios Públicos, lunes 19 de mayo de 2014.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ha realizado estudios de postgrado en Derecho Público y Comparado en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Profesor titular del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ HIDALGO, Paulo (2011). *El Ciclo Político de la Concertación (1990-2010)*. Santiago: Uqbar Editores, pp. 30 y ss.

² Consultar a ATRIA LEMAITRE, Fernando (2014). “La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista”. En: *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, ZÚNIGA URBINA, Francisco (Coord.), Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters, pp. 39-47.

También véase *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edición Especial “Reformas Constitucionales y Nueva Constitución”, marzo 2014. Disponible en: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU>>.

coriáceas. Al mismo tiempo, se observa cierta impaciencia frente a la actual procrastinación de la operación constituyente, fruto probablemente de definiciones de estrategia política.

Con todo, si bien el Gobierno aún no ha determinado la forma o procedimiento conforme al cual cumplirá su cometido, sí contamos con algunas definiciones muy elementales, en el sentido que tal procedimiento debe ser institucional, democrático y participativo. El Programa de Gobierno hecho público por la Presidenta Bachelet durante la pasada campaña electoral expone estos lineamientos en los siguientes términos:

“La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: 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.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”.

Tales definiciones elementales no permiten *ex ante* definir el procedimiento o forma. Luego, a título puramente prospectivo, a continuación se revisarán algunas fórmulas hipotéticas conforme a las cuales se abre el proceso constituyente conducente a una nueva Constitución.

1. LA NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL PROGRAMA DE GOBIERNO DE LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA MICHELLE BACHELET JERIA

Como se anotó, el Programa de Gobierno ofrecido al electorado por el comando de la actual Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria a la ciudadanía contiene varias ideas que determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguirán en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “*está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes*”. Por ello, se continúa más adelante, “*Chile debe*

reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”.

La idea toral subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico; con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en un “fraude” plebiscitario y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio; lo que es determinado por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en 1989 con las 54 reformas promulgada mediante la Ley N° 18.825 y precedida de un plebiscito “semi-competitivo”.

Más adelante, el Programa agrega que la nueva Constitución *“deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos humanos”*. Por ello, el Programa da a continuación especial importancia a las características y contenidos mínimos que debiese tener su catálogo de derechos humanos reconocidos, sujetos a los *“principios y convenciones internacionales”* y propendiendo a su *“progresividad, expansividad y óptima realización posible”*; y luego, a los elementos que debiese tener el sistema político de un Chile que se constituya en un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.

En consonancia con el deseo de contar con una Constitución cuyo contenido cumpla con todas esas características, y con la constatación de que el *“reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas”* sino *“un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos, y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas”*, es que el Programa opta por un proceso constituyente que sea *“democrático, institucional y participativo”*.

Si bien tales caracteres son muy brevemente desarrollados, sí aclaran cuestiones fundamentales. En cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no sólo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone *“aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”*.

De estas tres características, quizá la más polémica es aquella que opta por un proceso institucional. Para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre reforma constitucional dispone el texto vigente de la Carta Magna. Sin embargo, si se atiende a lo señalado por el propio Programa, se ve que la idea que se busca transmitir, si bien cercana, no es necesaria o exactamente esa. Al respecto, recordemos, dice:

“El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas en 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”.

Como se ve, la intención es generar una nueva Constitución que sea un acuerdo básico de convivencia democrático y legítimo de nuestra sociedad, en que todos sean escuchados: una Constitución democrática debe ser una suerte de gran contrato social que nos reúna a todos, y en tal sentido, se opta no por un proceso unilateral en que se busque aplastar adversarios, sino de abrir, entre Gobierno y Congreso Nacional, los canales para que toda la ciudadanía (y no sólo los partidos e intereses representados en el Parlamento) discuta y acuerde su Carta Fundamental. Por ello, no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución; si éste es insuficiente para permitir tal discusión amplia y participativa, deberán reformarse o crearse los procedimientos que la hagan posible.

El subyacente pacto político institucional a una nueva Constitución, que le confiere un plus de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista (1989-2010), para enfrentarse a un “hoja en blanco” a fin de pensar, deliberar, escribir una nueva Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso; y al mismo tiempo debe conscientemente esquivar la “trampa del consenso” impuesta desde reglas procedimentales (quórum reforzados ordinario y extraordinario) de reforma constitucional que habilitan el veto o bloqueo de una minoría calificada³. En este orden de ideas, se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” (GINSBURG) de un cierto sector de la sociedad política frente a otro; y además se hace necesario superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Pinochet en la escena política como comandante en jefe del Ejército de Chile durante parte de la transición o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” (el capitalismo financiero global y su ideología) pregonada con fuerza a partir de 1989 (cuya versión más divulgada es el “consenso de Washington”), que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política (“política de los acuerdos”) y sus resultados⁴.

Incluso más desde la ensoñación dogmático constitucional de filiación ideológica (neo)conservadora y (neo)liberal se llega argumentar que todas las constitu-

³ DARNSTÄDT, Thomas (2006). *La trampa del consenso*. Madrid: Trotta.

⁴ GINSBURG, Tom (2014). “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”. *Estudios Públicos*, N° 133, Santiago: CEP, pp. 1-36.

ciones de Occidente son rígidas, y que la rigidez es una garantía normativa de la estabilidad de las normas iusfundamentales, dejándose de lado lo obvio, y es que tal hiperrigidez del capítulo XV de la Constitución es una herencia autoritaria, mejorada por la reforma constitucional de 1989, y no la decisión soberana del pueblo de autolimitación procedimental del poder constituyente.

El actual juicio crítico a la “política de los acuerdos” o a la “democracia de los acuerdos” tan propia del ciclo transicional, no se extiende a los acuerdos, dado que la construcción de consensos e identificación de disensos es propia de la política democrática, acoplada a los momentos de conflicto e integración; y necesaria como factor atemperador de todo el proceso político. Tales acuerdos suponen un grado no desdeñable de “amistad cívica” y republicanism. Nuestra crítica es al tipo de acuerdos, cuyo parto es resultado de la “trampa del consenso” y del “falso consenso”; tipos de acuerdos que imprimen su sello a las numerosas reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980; y que terminan reduciendo a un mínimo la “legitimidad de ejercicio” del estatuto del poder.

Asimismo, si entendemos la democracia en términos básicamente procedimentales (KELSEN, BOBBIO), “la política de los acuerdos” (el compromiso tan propio de la política democrática) concierne a las reglas preliminares y reglas del juego del sistema político democrático, que dan soporte a las instituciones contramayoritarias, y no a las reglas de estrategia o a la ejecución de programas de gobierno o ejecución de políticas públicas, en que quedan impresas las señas de identidad ideológico-programática de partidos o coaliciones gubernamentales y define el rol de la oposición, en el marco de los controles y responsabilidades tan propios de un Estado de Derecho⁵. De lo contrario el “mayoritarismo” como argumento en contra de la “democracia de los acuerdos” o “política de los acuerdos” carece de solidez o es aporético.

2. UNA PROPUESTA DE REFORMA TOTAL A LA CONSTITUCIÓN

Recapitulando en el tema que abre fuegos: el poder constituyente y sus modalidades de ejercicio; el Programa de Gobierno nos otorga ciertas luces sobre las características que debería tener el procedimiento que desemboque en una nueva Constitución. Sin embargo, son lineamientos que por sí solos no son suficientes. Por ello, esbozamos a continuación una vía posible que cumple cabalmente con los principios fijados por el Programa de Gobierno. Esta consiste, por una parte, en la formación de una comisión de expertos que permita avanzar, escuchando a todos los sectores, en los contenidos de la nueva Carta; y por la otra, en la aproba-

⁵ KELSEN, Hans (1977). *Esencia y valor de la democracia*. LUENGO, Rafael y LEGAZ, Luis (Trads.), Barcelona: Editorial Labor, pp. 81-98. También BOBBIO, Norberto (1985). *El futuro de la democracia*. MARFÀ, Jordi (Trad.), Barcelona: Plaza & Janes Editores, y del mismo autor BOBBIO, Norberto (2003). *Teoría general de la política*. DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Trads.), Madrid: Trotta, pp. 459-462.

ción de las reformas más inmediatas que permitan realizar un verdadero proceso deliberativo y democrático de forma, a la vez, institucional.

2.1. *Formación de una Comisión de Reformas Constitucionales*

El primer paso consistiría en que la Presidenta de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma y mediante decreto presidencial, anunciara la conformación de una comisión de expertos pluridisciplinaria, formada por personas provenientes de todas las culturas políticas e ideologías, que se avoque al estudio de las reformas constitucionales que el Gobierno anunciaría a fines de este mismo año.

2.2. *La reforma “corta” a la Constitución*

Aparte, se trabajaría paralelamente en dos líneas de trabajo complementarias: una reforma constitucional “corta” y otra “larga”. La reforma corta buscaría resolver el déficit de legitimidad democrática que tiene la actual Constitución, la que bloquea cualquier intento de reforma constitucional a través de la exigencia de mayorías cualificadas e impone así la lógica del “falso consenso” constitucional.

Para la reforma “corta” se debería ingresar al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional que enmiende el capítulo XV, intitulado “Reforma de la Constitución”, por el que se introducirían las siguientes enmiendas parciales:

- El inciso 2° del artículo 127, que establece los quórum de 3/5 y 2/3 se cambia, instituyéndose un único quórum reforzado de aprobación del proyecto de reforma constitucional, de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Además, se propone relevar el mecanismo de audiencias públicas en el *iter* de reforma, para asegurar participación de los movimientos sociales, *think tanks*, universidades, pueblos indígenas, regiones, entre otros.

- Un artículo 130 nuevo que establezca que el proyecto de reforma total de la Constitución, despachado por las Cámaras en cualquiera de sus trámites constitucionales (segundo, tercero, o posteriores si se ejerciera el veto presidencial), antes de su promulgación deberá ser sometido a referéndum, el que deberá verificarse dentro del término de 30 días contado desde que se produzca la sanción del proyecto de reforma constitucional.

Como se ve, la reforma corta produce un “emparejamiento de la cancha”, es decir, del proceso deliberativo y decisorio en torno a la reforma, favoreciendo un auténtico consenso constitucional y no imponiendo una lógica de vetos o bloqueos. Ya que la intención sería que el proyecto de reforma total se someta a estas nuevas reglas, el proyecto corto debe ser tramitado con suma urgencia; así, quienes hoy disponen del poder de veto o bloqueo deberán decidir de antemano si conservan o no ese poder o si se abren a la forja de un auténtico consenso constitucional.

2.3. La reforma total de la vieja Constitución

Concluida –o al menos muy avanzada– la tramitación del proyecto de reforma corta, debería ingresarse al Congreso Nacional el proyecto de nueva Constitución, el que abordase la totalidad de los contenidos de la Carta vigente. La reforma total no significa hacer *tabula rasa* de la Constitución actual, sino una revisión o enmienda de la totalidad de su preceptiva, razón por la cual no importa, necesariamente, la supresión o sustitución de la totalidad de ella.

La reforma total a la Constitución significa técnicamente que ésta no reconoce límites materiales o temporales, es decir, cualesquiera de sus disposiciones puede ser enmendada. Al mismo tiempo, la reforma total designa un concepto cualitativo, una suerte de cambio en el “ADN” de la vieja Constitución. Por ello, una nueva Carta Fundamental, fruto de la reforma total, incorporaría nuevos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, derechos individuales y colectivos; y un nuevo arreglo institucional en materia de régimen político, autonomías constitucionales y descentralización del poder político territorial. Pero, además, se haría cargo de los cerrojos o bloqueos de la vieja Constitución, a saber: los quórum de reforma, el sistema electoral público, los quórum de leyes de supramayoría y la competencia preventiva del Tribunal Constitucional.

El proyecto de reforma total de la vieja Constitución debería ingresar con urgencia simple y con una declaración de la Presidenta de la República en orden a valorar a su respecto la eventual formación de una comisión bicameral que, con un plazo definido, se avoque al estudio y acuerdo en torno a este proyecto.

La reforma total de la vieja Constitución, como procedimiento genético propio del poder constituyente derivado de la nueva Constitución, dispondrá de un plus valor de legitimidad democrática dado por el mecanismo de audiencias públicas y de un directo recurso a la soberanía del pueblo mediante el referéndum constituyente.

El referéndum constituyente debería verificarse dentro de los 30 días siguientes al despacho de la reforma total por las Cámaras del Congreso Nacional y la sanción de su texto por la Presidenta de la República.

3. OTRA PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO: “PLEBISCITO CONSTITUCIONAL”

Prospectivamente, debemos hacernos cargo de otra propuesta de reforma constitucional de interés anclada en la figura *iuris* del “plebiscito constitucional”; que se ajusta a nuestro juicio a la triada definitoria del procedimiento conducente a una nueva Constitución, a saber: democrática, institucional y participativa. Esta propuesta, que no compartimos, se asemeja en algunos aspectos a la formulada por ATRIA, en diversos trabajos; y posee dos defectos notorios: su excesiva legitimación plebiscitaria; dejando poco campo a la democracia deliberativa, y lo forzado que aparece su incrustación en el subsistema de normas iusfundamentales de la Constitución vigente. Pero, como se señaló más arriba, dentro de los límites fijados por el Programa del Gobierno caben diversas formas de actuar, también institucionales.

Así, por ejemplo en la hipótesis del “plebiscito constitucional”, se ha propuesto reformar la Constitución actual para llamar al pueblo a que se pronuncie directamente sobre su intención de darse a sí mismo una nueva Carta Magna.

Como se sabe, el artículo 15 actual reza de la siguiente manera:

“En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario.

Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”.

Para dar cabida a un proceso democrático, institucional y participativo, una opción es, una reforma constitucional mediante la adición de un inciso 3º del siguiente tenor:

“Durante la primera mitad de su periodo, el Presidente de la República podrá convocar a plebiscito nacional con el fin de que la ciudadanía se pronuncie sobre elementos esenciales de las políticas públicas que contemple su programa de gobierno. Asimismo, dicha consulta plebiscitaria podrá versar sobre la introducción de reformas integrales o parciales a la presente Constitución y su resultado será vinculante para los órganos del Estado concernidos en su implementación”.

Al mismo tiempo, habría que adecuar el numeral 4º del artículo 32 vigente (el que faculta al Presidente de la República a llamar a la ciudadanía a plebiscito en los casos del artículo 128), añadiendo allí la referencia al nuevo inciso 3º del artículo 15.

Complementariamente, podría añadirse una nueva disposición transitoria a la Constitución, en cuya virtud se faculte a la Presidenta de la República para que, en ejercicio de la atribución conferida en el nuevo inciso 3º del artículo 15, convoque a un plebiscito nacional a más tardar el 11 de marzo de 2016, para obtener un pronunciamiento de la ciudadanía acerca de la forma, modalidades y alcances de un proceso de reforma integral a la actual Carta Magna, entre las cuales se podría contemplar la convocatoria a una asamblea constituyente.

4. LA NUEVA CONSTITUCIÓN MEDIANTE EL RECURSO AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como ya se ha insistido bastante, los caminos posibles para el proceso constituyente deben cumplir con los estándares ya fijados, es decir, ser institucionales, participativos y democráticos. En tal contexto, sea que el Gobierno opte por el camino de la reforma corta y la reforma total del texto constitucional, por el de la reforma del artículo 15 recién descrita o por otra propuesta al Congreso Nacional, estará definiendo una prioridad política y dándole al Parlamento la oportunidad de ejercer el poder constituyente derivado que éste posee. Esta prioridad es del todo justificable, desde el momento en que la Presidenta de la República no puede negar *ab initio* que el Congreso Nacional es titular de la potestad constituyente derivada y cuenta con la legitimidad para reformar la Constitución.

Sin embargo, podría ocurrir que la propuesta de reforma constitucional presentada a la consideración del Congreso Nacional sea rechazada de plano por la oposición, condenando a un proyecto de reforma total a la lógica del falso consenso constitucional y de los bloqueos o vetos. En este segundo escenario el Gobierno debería abrirse a una operación constituyente que permita un proceso constituyente primigenio mediante el recurso al poder constituyente originario del pueblo, a través de técnicas como la Asamblea Constituyente, el Congreso Constituyente y/o el Referéndum Constituyente. En esta operación constituyente se abren escenarios, que comprenden desde un derecho constitucional de transición o un vínculo con el pasado hasta un hecho revolucionario, como bien lo destaca VERGOTTINI analizando transiciones, al afirmar: “El tránsito de una forma de Estado a otra, y por lo tanto la introducción de una nueva Constitución precedida por decisiones constitucionales con valor provisional, puede implicar un hecho revolucionario que ponga fin al ordenamiento constitucional, o la subversión del antiguo orden por obra de una determinación formal de un órgano del ordenamiento mismo, o, por último, la determinación consensual tanto de órganos del ordenamiento preexistente como de los órganos instituidos en la fase de transición. En todos los casos, la naturaleza constituyente del evento debe identificarse en la afirmación de una concepción del derecho y del Estado inconciliable con la anteriormente vigente, que conduce a la introducción de un nuevo fundamento de validez del ordenamiento positivo”⁶.

En este caso o hipótesis de ejercicio de poder constituyente originario: la institucionalidad del procedimiento se construye *in fieri* y sobre la base de una norma hipotética fundamental (KELSEN, SCHMILL) distinta a la GRUNDNORM del orden constitucional que fenece y a la Constitución jurídico positiva basal del sistema de normas; desatando la competencia de la competencia⁷.

Desde el poder constituyente originario como matriz de un nuevo orden, más allá del debate en torno a la exquisitez dogmática de la autorreferencia (ROSS) o del derecho constitucional de transición, lo cierto es que la validez-legitimidad construida en el proceso histórico-temporal de ejercicio de este poder, no permite calificar las decisiones de los órganos estatales intervinientes de inconstitucional, por estar situados fuera de “la competencia de la competencia” disciplinada por el sistema de normas; es simplemente una sucesión de fuentes soportantes de la validez de sistemas de normas. Las posibilidades reales de ese poder constituyente

⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 575 y ss. También VANOSSI, Jorge Reynaldo A. (1975). *Teoría Constitucional*. Vol. 1 y Vol. 2, Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires, Tomo I, pp. 123 y ss. DE VERGOTTINI, Giuseppe (2002). *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*. PEREA, Santiago (Trad.), Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, pp. 182-183.

⁷ KELSEN, Hans (1991). *Teoría dura del Derecho*. México D.F.: Porrúa UNAM, 6ª reimpresión. También LABAND, Paul. *Le Droit de L'Empire Allemand*. GANDILHON, C. (Trad.), Paris: Edit. V. Giard & E. Briere, 6 Vols., Tomo I (1900), pp. 158 y ss.; y Tomo II (1901), pp. 313 y ss.

y la eventual existencia de un nexo o ligazón de órdenes constitucionales, estará determinado finalmente por la facticidad; es decir, por la tosca materia: la política y sus factores reales.

Con todo, resulta inocultable que a pesar de la condicionante fáctica (política) del ejercicio del poder constituyente originario democrático, sus posibilidades de legitimidad democrática real son poderosas, y para nada, al menos necesariamente, resultado de una “democracia plebiscitaria”⁸.

CONCLUSIONES

En primer lugar y como se vio, el procedimiento genético de la nueva Constitución debe ser institucional, democrático y participativo, sea que tal Carta resulte ser fruto del poder constituyente derivado (vía reforma total de la vieja Constitución o plebiscito constitucional) o del poder constituyente originario (congreso constituyente, asamblea constituyente y referéndum constituyente).

Con todo, si es fruto del poder constituyente derivado, puede incorporar el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente (la Presidenta de la República, el Congreso Nacional y sus cámaras) en cualquier etapa del *iter* procedimental, como para obtener la ratificación del obrar constituyente de los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, antes de la ley promulgatoria de la reforma constitucional.

También se hace necesario incorporar al alumbramiento de la nueva Constitución mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo en el interior del Congreso Nacional como *verbi gratia* la comisión bicameral; y de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales a través de audiencias públicas; todos mecanismos de resorte reglamentario interno, pero muy valiosos. Adicionalmente, el ejercicio del poder constituyente debe zafar de quórum reforzados ordinarios (3/5 de parlamentarios en ejercicio) y extraordinarios (2/3 de parlamentarios en ejercicio); que operan formalmente como una garantía normativa de hiperrigidez de la Carta, pero que en la realidad son una herramienta para el bloqueo decisonal y los vetos de contenido en la reforma constitucional; en suma son el entramado conformador de la “trampa del consenso”. Por ello resulta razonable restituir el quórum reforzado de la Constitución de 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio.

De esta última manera, la nueva Constitución superaría el déficit de legitimidad democrática de la vieja Constitución, pero además superaría el déficit democrático del poder constituyente derivado de la vieja Constitución. Ello significa que no sólo la nueva Constitución debe tener un procedimiento de reforma institucional,

⁸ ROUQUIÉ, Alain (2011). *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

democrático y participativo, sino que además idealmente también la Constitución vigente concernida en la reforma total, lo que puede lograrse modificando *in fieri* el actual Capítulo XV.

En segundo lugar, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un plus de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional, si se opta por la reforma total de la vieja Constitución. En caso contrario, tal acuerdo debe ser gestado al interior del congreso constituyente o de la asamblea constituyente. En ambos casos (poder constituyente derivado o poder constituyente originario), la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la usina de la nueva Constitución y expresarse como cuerpo electoral o ciudadanía a través de un referéndum constituyente.

En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución, como hemos dicho, se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta y también en cierta medida en otras constituciones históricas de nuestro país. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional (plural, deliberativo, transparente) está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional”⁹.

Este pacto nacional sustantivo y formalmente distinto a los anteriores, supera la “trampa del consenso” y el “falso consenso”, teniendo como punto de partida la “hoja en blanco”, que como hemos sostenido no es tabula rasa o partir de cero, sino hacer política democrática sin camisas de fuerza. La lógica de la tabula rasa o partir de cero, pretende ir más allá de una operación constituyente enderezada al alumbramiento de una nueva Constitución; como si se tratase de re-escribir la historia institucional de nuestro país o si se atribuyese al proceso constituyente-acto constituyente una virtualidad catártica y liberadora.

El porvenir del “momento constitucional” que atraviesa nuestro país, momento débil o fuerte, y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad¹⁰.

⁹ STERNBERGER, Dolf (2001). *Patriotismo constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. También. HABERMAS, Jürgen (1991). *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.

¹⁰ ACKERMAN, Bruce (1995). *El futuro de la revolución liberal*. MALEM, Jorge (Trad.), Barcelona: Ariel, 1ª Edición, reimpresión Argentina (1996), pp. 55-61.