Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

U N I V E R S I D A D D E C O N C E P C I O N

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

E S C U E L A D E D E R E C H O

C O N C E P C I O N — C H I L E

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y EN ESPECIAL DE LA REVISION TOTAL.

**HERNAN MOLINA GUAITA**
**Profesor**
**Escuela de Derecho**
**Universidad de Concepción**

A través de poco más de un siglo de evolución institucional, el sistema constitucional chileno ha experimentado crisis, cuya superación implicaba, en el ámbito jurídico, la dictación de una Nueva Constitución Política. Los Poderes de Revisión instituidos en las Cartas de 1833 y de 1925, no contemplaban expresamente tal posibilidad, y en definitiva no abordaron el cumplimiento de ese imperativo histórico.

Veamos brevemente los antecedentes que fundamentan esta afirmación.

## LA REVISION EN LA CARTA DE 1833

El texto primitivo de la Constitución de 1833 es modificado en varias ocasiones, y especialmente en el año 1874, donde se le introducen profundas modificaciones tendientes a sustituir un régimen fuertemente autocrático por uno de tipo liberal. Se prohíbe la reelección del Presidente de la República para el período siguiente, terminándose con los decenios presidenciales; se rebaja el quórum de sesión de las Cámaras; se establecen prohibiciones parlamentarias, que tienden a resguardar la independencia de los parlamentarios frente al Ejecutivo; los Senadores se eligen en votación directa por provincias, tratándose de aminorar la influencia del Ejecutivo en su generación; se modifica la composición y atribuciones de la Comisión Conservadora; se modifica la composición del Consejo de Estado, todo ello a fin de restringir el poder presidencial y ampliar el del Congreso. Se consagra constitucionalmente el derecho de reunión, de asociación, y libertad de enseñanza.

En materia de regímenes de emergencia, resalta aún más claramente el espíritu de estas reformas. El artículo 36 Nº 6 del texto primitivo de la Carta del 33, establecía que era atribución exclusiva del Congreso autorizar al Presidente de la República para que usara de facultades extraordinarias, con dos condiciones: a) que debían señalarse las facultades que se le concedían al Presidente de la República; y b) que se fijara un tiempo determinado de duración a la ley de facultades extraordinarias.

Un ejemplo, aunque más allá de texto constitucional, lo tenemos en la Ley de 31 de Enero de 1837, en que prácticamente se delegaba

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



todo el poder del Estado en el Presidente de la República para que lo use según su prudencia, y sin más limitación de que las penas serían aplicadas por los Tribunales establecidos por la ley. Su duración era por el tiempo que se extendiere la guerra contra el Perú.

La reforma de 1874 suprime las leyes de facultades extraordinarias, y en su reemplazo establece las leyes excepcionales, cuya duración no podía exceder de un año; sólo autorizaban al Presidente para restringir la libertad personal y la de imprenta y para suspender o restringir el derecho de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen institucional o de la paz interior.

Por el estado de sitio, se suspendía el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración, en virtud del art. 161.

Con la reforma de 1874, por su declaración, sólo se conceden al Presidente de la República las facultades de arrestar a las personas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; y además la de trasladar a las personas de un departamento a otro de la República dentro del Continente y en un área comprendida entre el Puerto de Caldera por el norte, y la Provincia de Llanquihue por el sur. Ninguna de estas medidas tendría más duración que la del estado de sitio, y no se podrían afectar con ellas las garantías constitucionales de los parlamentarios.

La modificación es trascendental puesto que del sistema primitivo, que permitía la suspensión de la vigencia de la Constitución en la zona declarada en estado de sitio, se pasa a una situación jurídica con efectos limitados a la suspensión o restricción de la libertad personal. Sólo a ella, a niguna otra.

Queda superado así el antiguo sistema en que combinando la ley de facultades extraordinarias y el estado de sitio, resultaba que se suspendía la vigencia de la Constitución en el territorio afectado por la declaración, y por otro lado, a este Ejecutivo sin limitación constitucional para ejercer su poder, se delegaba el Poder Legislativo en la forma que señalare el Congreso. Es decir, era la concentración de la totalidad del poder del Estado, exceptuado el jurisdiccional, en manos del Presidente de la República.

Los regímenes de emergencia en cambio, estructurados en la reforma constitucional de 1874, son de profundo corte liberal, ya que son muy limitadas las facultades de que puede ser investido el Presidente de la República para superar la emergencia.

Este diseño del mecanismo de la emergencia constitucional, va a ser recogido sin innovaciones de fondo por la Carta del 25 y quedará vigente hasta Septiembre de 1973.

Pues bien, a pesar de las hondas reformas introducidas a la Carta de 1833 en la República liberal, que la invisten de un nuevo "techo ideológico", no quedó superada la ambigüedad que se planteaba en lo relativo a las formas de Gobierno, esto es, a los recíprocos medios de acción que podían adoptar los poderes Ejecutivo y Legislativo, o más precisamente, el Presidente y el Congreso.

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Y así, los elementos propios del régimen presidencial subsistirán al lado de los elementos propios del régimen parlamentario. Lo cual permitirá sostener a algunos que la Carta establece un régimen presidencial, basándose en los elementos propios de ese sistema; y permitirá sostener a otros la interpretación parlamentarista de la Carta, basándose en los elementos propios del régimen parlamentario.

Las reformas de 1874 no resolvieron claramente el régimen político subsistente en la Carta del 33, y con ello dejaron una falla fundamental en la Constitución Política, que no tardaría en provocar serios problemas entre el Presidente y el Congreso, y contribuir de un modo muy importante a la crisis política e institucional de 1891.

El Poder de Revisión de 1874 no definió claramente el régimen de Gobierno. Esto, añadido a las reformas aprobadas, era más propio de una nueva Constitución, que de una reforma a la anterior.

Triunfantes en la guera civil de 1891, las fuerzas del Congreso, que sostenían la interpretación parlamentarista, y quizás como consecuencia de su misma posición, no dictaron una Constitución Política que regulara un auténtico régimen parlamentario, ni modificaron la existente, en lo que respecta al régimen político, para superar la deficiencia anterior y definir claramente el régimen de Gobierno.

Durante la República Parlamentaria, período histórico en que se aplica sin restricciones la interpretación parlamentarista de la Carta de 1833, y que abarca de 1891 a 1924, paga el país un alto precio de ineficiencia gubernamental, como consecuencia de sus deficiencias constitucionales. Más que un régimen parlamentario, existió un pseudo régimen parlamentario, en que no se dio el equilibrio de poderes, porque el Ejecutivo carecía de un medio de acción sobre el Congreso, no tenía la facultad de disolverlo. Esto inevitablemente trajo como consecuencia un predominio cada vez más acentuado del Congreso con las consecuencias conocidas.

Este exceso de poder en el Congreso, sin posibilidad de ser contrarrestado por el Ejecutivo, llevó a aquél a abusar de ese poder y con ello al descrédito del régimen. En Septiembre de 1924 se desencadena la crisis política e institucional que pone fin a la Carta del 33, y a la República Parlamentaria. Entre las causas de la crisis, está también la muy importante, de la deficiencia de la regulación constitucional. El Poder de Revisión contemplado en la Carta de 1833, simplificado en la reforma del 12 de Enero de 1882, se demostró infecundo. No supo conjurar la tempestad que se avecinaba. Tiempo para ello había tenido suficiente.

La transformación de la Constitución no se ha producido a través del procedimiento y del poder establecido para ello, sino a través de la "mutación constitucional". Es decir, que el cambio producido, no se ha reflejado en el texto de la Constitución, que ha quedado exactamente igual, ha permanecido intocado substancialmente. De modo que si tuviéramos como único punto de referencia el texto de la Carta del 33, nada importante habría ocurrido entre 1874 y 1924. En cambio la mutación constitucional fue profunda, esta transformación que no registra el texto fundamental, sino que se refleja en su aplicación, en su interpretación.

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Como conclusión, podríamos señalar que el poder de revisión de 1874, a pesar de la gran labor cumplida, no subsanó las fallas de definición del régimen político existente en la Carta de 1833, aun cuando liberalizó profundamente el espíritu autocrático que tenía anteriormente el texto.

El Poder de Revisión de la República Parlamentaria no actuó desde el punto de vista del régimen político; como respuesta a esta inacción del Poder de Revisión, se produce la mutación constitucional, que adapta el texto desde el punto de vista de la interpretación a la nueva configuración del poder político, pero por lo mismo, que no altera el texto, deja subsistente las fallas intrínsecas que contiene.

## LA REVISION EN LA CARTA DE 1925

Durante la vigencia de la Constitución Política promulgada en Septiembre de 1925, el Poder de Revisión actúa de un modo singularmente activo. Comienza ya en 1943, con modificaciones que dicen relación con la ampliación de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en ciertas materias de ley; establece el decreto constitucional de emergencia económica y da rango constitucional a la Contraloría General de la República, e incluye al Contralor General entre los funcionarios acusables en juicio político por la causal de notable abandono de sus deberes.

En 1957, se establece la doble nacionalidad chileno-española. En 1959, se regulan aspectos relativos a la elección de Regidores. En 1963, se modifica el derecho de propiedad. En 1967, se modifica nuevamente el derecho de propiedad, pero ahora con gran debilitamiento de sus garantías constitucionales. Otra reforma de 1967, crea la décima agrupación senatorial en el extremo austral del territorio. En 1970, se hace la más extensa reforma constitucional, abarcando materias como ampliación del cuerpo electoral; la reforma constitucional; la delegación de facultades legislativas; la ampliación de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en ciertas materias legislativas; normas relativas al proceso legislativo; creación del Tribunal Constitucional y regulación de las ausencias del territorio nacional del Presidente de la República y de los Ministros de Estado.

En 1971, se modifican numerosas regulaciones de las garantías constitucionales tendentes a su reforzamiento y otras nuevas como, por ejemplo, las relativas a los partidos políticos.

En 1971, otra reforma concede el derecho a sufragio en los términos de la reforma de 1970, pero ahora en las elecciones municipales.
Y, finalmente, en ese mismo año, se dicta la Ley 17.450 de 16 de Julio, sobre la nacionalización de la Gran Minería.

Pero a pesar de tanta actividad del Poder de Revisión, no se logró hacer funcionar adecuadamente el aparato institucional. Se había producido tal desajuste entre la normativa constitucional y la realidad política, que no fueron ya suficientes estas reformas parciales. El régimen institucional estaba en crisis. En la obra Nueva Sociedad, Vieja Constitución, que recoge los foros efectuados en Diciembre de 1963, sobre las reformas constitucionales, se puede vislumbrar el fenómeno. Es tal la cantidad de materias abordadas por los participantes en estos foros como necesarias de reformas, que no cabe sino destacar la certera opi-

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



nión expresada en ellos por don Carlos Serrano: "Ahora, yo quisiera plantear una pregunta: ¿Es efectivamente una Reforma Constitucional la que buscamos? ¿Es que deseamos que la Carta de 1925... debe ser reformada? ¿O debe tratarse de una Constitución radicalmente nueva? A mi entender el término de Reforma Constitucional me resulta aceptable en cuanto se trata de una Constitución nueva. Yo no estimo que sea una simple reforma la que el país necesita en estos momentos, y quiero dejarlo claramente establecido".

El Poder de Revisión de la Carta del 25 produjo reformas serias y bien estudiadas, las más de ellas; las menos, fueron fruto de la emergencia política de los últimos años de la Carta. No obstante ello, no logró superar las fallas institucionales que comprometían la subsistencia del régimen democrático.

El Poder de Revisión concebido en nuestras Cartas fundamentales, está configurado principalmente para enmendar las normas preexistentes. El artículo 110 de la Carta del 25 señala que "una vez promulgado el proyecto, y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ella".

Por ello, cuando surge la crisis institucional, que no se soluciona ya con enmiendas en la Carta Fundamental, sino que requiere la dictación de una nueva Constitución Política, el Poder de Revisión no ha asumido esa tarea.

De ahí que junto a muchas otras causas de la crisis política e institucional del 11 de Septiembre de 1973, las deficiencias graves de la Carta del 25 jugaron un papel muy importante en ese desenlace del proceso político.

Las deficiencias del ordenamiento jurídico constitucional repercuten penosa y hondamente en el destino nacional.

## SITUACION ACTUAL

La actividad constituyente que se desarrolla actualmente está fuera, pues, tanto formal como materialmente, de las normas de la Carta del 25. La producción de normas de rango fundamental está entregada al Poder Constituyente radicado de conformidad a los Decretos Leyes 1, 128, 527 y 788, en la Junta de Gobierno.

Pero paralelamente a esta actividad constituyente, positiva, se realizan los estudios por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que habrá de conducir hacia la elaboración de un anteproyecto de Estatuto Fundamental.

Por tanto, resulta oportuno plantearse ahora, en esta etapa de estudios constituyentes, y a la luz de las actuaciones de los Poderes de Revisión anteriores, ciertas correcciones hacia el futuro.

## EL PODER CONSTITUYENTE EN LA NUEVA CONSTITUCION

Naturalmente deberán consagrarse como es tradicional y necesario en las Constituciones, el Poder de Revisión. Debe establecerse con claridad qué órganos son los llamados a ejercerlo, la competencia que se les entrega, es decir, el ámbito de sus facultades en esta materia, y

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



el procedimiento a que deben ajustarse en su actuación. Organo, competencia y procedimiento, que han conformado el capítulo final de nuestras Constituciones.

Pero este Poder de Revisión tradicional y que debe consagrarse en la futura Constitución Política, con todo lo interesante que reviste su estudio, no es ahora el motivo de nuestra preocupación. Sino, dando por sentado una buena regulación de dicho Poder de Revisión, a la luz de nuestra experiencia histórica, lo estimamos insuficiente para prever las emergencias que puede deparar el futuro.

De ahí por qué estimemos que además de este Poder de Revisión, y paralelamente a él, debería contemplarse un mecanismo que hiciera actuar al Poder Constituyente originario. En otros términos, establecer el Poder de Revisión parcial, circunscrito a lo que históricamente ha hecho, reformar en mayor o menor medida la Constitución vigente. Pero ahora, además, debiera contemplarse un llamado al Poder Constituyente originario, para dictar una Nueva Constitución, cuando ya no bastan nuevas enmiendas a su texto.

Pues bien, debe facilitarse esa solución a los futuros gobernantes. Y se le facilita esa solución, estableciendo expresamente en el texto de la Constitución, la posibilidad de su abrogación y reemplazo por otro Estatuto Fundamental. Acto de humildad sin duda del constituyente al reconocer de partida la limitación de su obra, pero también de sabiduría, al dejar un mecanismo adecuado para superar futuras emergencias.

Este mecanismo, a nuestro modo de ver, sería la convocatoria a una Asamblea Constituyente, de generación democrática. Y debería entregarse a ella la determinación total de su procedimiento, plazos, competencias, etc., puesto que está llamada exclusivamente para dictar una Nueva Constitución Política. De este modo, producida la generación de esta Asamblea Constituyente y ejerciendo esta Asamblea el Poder Constituyente originario, no está subordinada a norma alguna de la Constitución anterior. En otros términos, de lo que se trata es de posibilitar la actuación de un Poder Constituyente originario no revolucionario. Es decir, que sin ruptura del sistema jurídico institucional, pueda dictarse una Nueva Constitución, por un poder que no reconoce subordinación alguna a dicho sistema jurídico institucional.

Es importante expresar lo anterior, ya que hay opiniones de autores distinguidos que sostienen que el Poder de Revisión no sólo tiene límites procedimentales establecidos por la Constitución, sino también limitaciones materiales o sustanciales, que a veces son expresas.

Pero que también hay limitaciones implícitas que resultan de los valores políticos involucrados en el texto fundamental. Pablo Lucas Verdú nos dice en su Curso de Derecho Político que "cuando se afirma la limitación del Poder de Revisión constitucional no sólo se apunta que está vinculado a las condiciones y procedimientos para su ejercicio por el texto que lo ha instituido, sino, además, que es incompetente para abrogar la Constitución existente y elaborar otra nueva". (Volumen II, pág. 584).

Añade: "Creemos con Mortati que la limitación del poder de reforma de la Constitución es algo connatural a la misma reforma, siendo secundario que el límite o límites sean explícitos o implícitos". (idem. pág. 644).

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Señala Karl Loewenstein que los constitucionalistas suizos cristalizaron y destacaron una serie de límites inmanentes que se enfrentarían al Poder Constituyente del pueblo, entre otros "la violación de la estructura de Estado de Derecho, del orden fundamental democrático, de los derechos fundamentales". (Teoría de la Constitución, pág. 197).

Distinguen en sus textos la revisión parcial de la revisión total, la Constitución suiza en sus artículos 93, 118, 119 y 123. Dice Karl Loewenstein en su Teoría de la Constitución, pág. 184 que "la Constitución actual de la Confederación Suiza es ella misma el producto de una revisión total de la Constitución de 1848. Desde entonces han sido presentadas tan sólo dos propuestas de revisión total", una en 1880 y otra en 1935, pero en ambos casos la "revisión total fue rechazada en votación popular por una abrumadora mayoría".

También en la Constitución norteamericana se distingue la revisión total de la parcial. Dice Karl Loewenstein: "También en los Estados Unidos está prevista la revisión total. En la Constitución de la Unión se hace tan sólo una referencia indirecta al tener el Congreso que convocar una convención constitucional a petición de las legislaturas de las dos terceras partes de los Estados (artículo 5, segunda mitad de la frase, que habla de amendments en plural). Hasta hoy no se ha producido, y difícilmente se puede esperar que se produzca en un futuro cercano". Idem. pág. 184).

Existe un natural distanciamiento del jurista de todo poder que escape a la regulación jurídica positiva. De ahí que una idea para que se consulte en el texto de una Carta Fundamental, un llamado al Poder Constituyente originario produzca una primera reacción de oposición. No obstante, ante ello sólo cabe recordar que el jurista, a pesar de ese natural distanciamiento a ese poder no normado, ha debido encontrarse periódicamente con él, pero en situaciones de revolución. La situación, pues, es diametralmente distinta, un Poder Constituyente originario actuando en la ruptura constitucional, a otro, actuando no subordinado, pero subsistiendo un ordenamiento constitucional.

Por otro lado, se consulte o no en el texto constitucional el Poder Constituyente originario no revolucionario, o Poder de Revisión total, si se prefiere, siempre estará latente, existirá en potencia, virtualmente, el Poder Constituyente originario revolucionario. El jurista no puede ni podrá descartar esa posibilidad. Todo lo que hace, pues, la idea que se elabora, es alejar lo más posible aquella posibilidad.

El temor de llamar al Poder Constituyente originario no revolucionario, se produce porque se vislumbra como un salto al vacío, no se sabe donde se puede terminar.

Pero ese temor también debería tenerse con una Constitución escrita pétrea, o con aquella que adopta un procedimiento de reforma extremadamente rígido, o con otra que contenga disposiciones intangibles sobre variadas materias, como por ejemplo el artículo 79 de la Constitución de Bonn de 1949 que establece que "no podrán verificarse reformas de la Constitución que afecten a la organización federal de los Lander, a la cooperación fundamental de los Lander en materia legislativa y a los principios fundamentales afirmados en los artículos 1 y 20".

Artículo: Algunas notas sobre el poder constituyente y en especial de la revisión total
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Comentando Karl Loewenstein estas disposiciones de intangibilidad constitucional dice que "en un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en época de crisis que son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política (Teoría de la Constitución, pág. 192).

Al propiciar la apertura hacia el Poder Constituyente originario no revolucionario, o Poder Constituyente instituido, pero con competencia expresa de revisión total si así se prefiere designarlo, no supone situarse en un neutralismo frente a cualquier organización social y política. El Poder Constituyente originario no es para nosotros un concepto formalista al que esté entregado cualquier determinación fundamental.

Cierto es que el Poder Constituyente originario no está sometido a normas jurídicas positivas, pero ello en modo alguno puede implicar que no deba ser un poder legítimo, y por tanto, sometido a normas más elevadas que las del derecho positivo. El Poder Constituyente originario es pues un poder limitado y para ser legítimo en su ejercicio, habrá de guardar siempre fidelidad al Hombre en su dimensión de creatura hecha a imagen y semejanza de su Creador.