

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Humberto Nogueira Alcalá*

SUMARIO: 1. Poder constituyente y reforma de la Constitución. 2. El poder constituyente instituido, sus límites y el control de constitucionalidad. 2.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado. 3. La reforma constitucional en Chile y su caracterización. 3.1. La reforma constitucional en Chile y su caracterización en la Constitución vigente. 3.2. Iniciativa de reforma constitucional. 3.3. Quórum de aprobación de las reformas constitucionales, conforme a procedimiento ordinario o extraordinario. 3.4. Sanción o veto total o parcial del Presidente de la República sobre el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional. 3.5. Procedimiento ante el veto total o parcial de la reforma aprobada por el Congreso. 3.6. El cuerpo político de la sociedad como árbitro de las discrepancias entre el Congreso y el Presidente de la República. 3.7. El decreto de convocatoria del Plebiscito. 3.8. Resultado del plebiscito de reforma constitucional. 4. Los límites explícitos a la reforma constitucional por los derechos esenciales asegurados por el texto constitucional, como asimismo por los tratados internacionales ratificados y vigentes. 5. Límites implícitos a la reforma constitucional. 6. El control constitucional del Tribunal Constitucional sobre las reformas constitucionales. 7. Conclusiones.

1. PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

El poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica,

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.



pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez. Esta potestad es la "suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico".¹

Así el *poder constituyente en cuanto potestad originaria*, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. El poder constituyente sería un poder prejurídico y por ello ilimitado.² El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental.

El poder constituyente originario permanece siempre como un poder plenamente autónomo para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida de manera autónoma el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico, la única limitación está dada por los principios imperativos del derecho internacional, su vinculatoriedad por el derecho convencional internacional ratificado y vigente y la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. El poder constituyente originario es la fuente de todo derecho positivo interno.

El *poder constituyente es extraordinario*, ya que no opera regularmente como una potestad estatal, sino solamente en los momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser sustituido.

El *poder constituyente es plenamente autónomo*, ya que puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad expresado en democracia. Si eley afirmaba también en diversos pasajes de su obra, el poder ilimitado y absoluto de la Nación: "Ante todo, una Nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija". Así, el pueblo puede romper el orden constitucional por él mismo establecido, ya que la voluntad nacional no tiene límite alguno. En tal sentido, vale como un principio dogmático

¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *El poder constituyente*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 564.

² DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24 y ss.

lo establecido por la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la cual en su artículo 1º del Título VII señala: "La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución".

El acto de creación de una Constitución es el resultado democrático de la voluntad jurídico-política del cuerpo político de una sociedad, de allí emana de su carácter políticamente superior y jurídicamente vinculante para las potestades públicas establecidas, las que quedan subordinadas a la fuerza normativa de la Carta Fundamental. El *poder constituyente actúa dentro de un Estado preexistente*, dotándolo de una organización jurídico-política o desarrollando una nueva institucionalidad.

La concepción de Poder Constituyente admite de manera única al pueblo en cuanto cuerpo político de la sociedad como sujeto titular de ella, excluyendo todo intento de atribuir el poder constituyente a determinados individuos, sectores e instituciones, como ha ocurrido por los gobiernos autocráticos emanados de golpes militares en nuestra América Latina, quienes se autoatribuyeron el poder constituyente vaciándolo de su contenido esencial e irrenunciable que es ser expresión del cuerpo político de la sociedad manifestado en forma democrática. Nunca un poder autocrático podrá legitimarse acudiendo a la noción de poder constituyente, ya que este es expresión solo del cuerpo político de la sociedad que se manifiesta organizadamente en forma democrática.

Así, existe una unidad intrínseca entre poder constituyente y poder popular, entendiendo este último como el poder que emana del cuerpo político de la sociedad, cuerpo político que tiene el derecho básico y esencial de gobernarse a sí mismo y el derecho a la plena autonomía.

En un sistema constitucional democrático ninguna fracción del pueblo puede arrogarse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, la representación del cuerpo político de la sociedad, ni sustituirlo. El cuerpo político de la sociedad tiene el derecho inalienable a autodeterminarse política y jurídicamente. No hay en realidad voluntad auténtica y legítima del pueblo si no es una expresión organizada y democrática del cuerpo político de la sociedad.

Así, la Constitución deriva de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, compuesta de ciudadanos libres e iguales, dotados del derecho de participar y decidir el ordenamiento jurídico-político en el cual desean vivir.

La Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático y no respeta los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad.³

El ordenamiento constitucional más que cualquier otro requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad, su validez está estrechamente vinculada a su eficacia y esta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una Constitución que carece de sustento y adhesión difundida en los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, solo mientras exista la fuerza que la impone.

Una Constitución solo tendrá durabilidad si ella es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política y el conjunto de la colectividad la hace suya, ella no permanecerá si es obra solo de una parte del cuerpo político de la sociedad, solo la adhesión sustantiva del conjunto de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, como asimismo otorga a los gobernantes la autoridad para exigir legítimamente su acatamiento.

Como señala Stern, "Lo decisivo continúa siendo aclarar la transición del acto político a la norma jurídica. La voluntad, el mandato sólo puede convertirse en derecho, si es seguido, si es reconocido, si es aceptado ('consentido') como algo que debe tener vigencia. Esta aceptación es algo que tiene que producirse, como ha respondido con razón Heller a C. Schmitt. La Constitución es, pues, lo normado por la voluntad constituyente y lo reconocido como vinculante por los sometidos a la norma".⁴

A su vez, Heller sostendrá que "la creación de normas por el Estado, como ya lo observó Bülow (...) no crea desde luego un derecho válido, sino solo el plan de un derecho que se desea para el futuro... Esta oferta que el legislador hace a los destinatarios de la norma sólo produce derecho vigente en la medida que las normas 'salen del papel para confirmarse en la vida humana como poder'.⁵

³ Véase DÍAZ RICCI, SERGIO, *Teoría de la reforma constitucional*, Ed. Universidad Autónoma de México, Universidad Complutense y Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 123.

⁴ STERN, KLAUS, *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 13.

⁵ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, sexta reimpression, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 277.

Mortati dirá que "el poder constituyente está válidamente fundado cuando llegue a colocarse como fuerza ordenada a un fin y a pretender obediencia, y esta sea de hecho prestada en término medio".⁶

La función constituyente se concreta en un proceso en que en una primera etapa implica el desarrollo de una iniciativa constituyente que se expresa y que busca ser asumida por fuerzas sociales y políticas. En una segunda etapa, los diversos grupos y sus propuestas constituyentes se reúnen en un marco formal institucional en forma representativa y democrática. En una tercera etapa, dicho cuerpo colegiado debatirá, negociará y aprobará en una asamblea constituyente un texto que recoja el consenso y acuerdo necesario. En una cuarta etapa, dicho texto será objeto de ratificación o rechazo por la ciudadanía del texto elaborado por sus representantes a través de un referéndum democrático.

El desarrollo de este proceso depende de cada sociedad política y de la crisis institucional que haga factible la convocación de una asamblea constituyente y la estructuración consensuada de unas bases jurídico-procedimentales, como asimismo, de un consenso básico sustantivo acerca de la idea de derecho en base a las cuales trabajará la asamblea constituyente.

El poder constituyente originario en cuanto institución de carácter extraordinaria opera en un momento histórico determinado y luego de concretar su obra se extingue, dando paso a la Constitución.

2. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO, SUS LÍMITES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En esta materia debemos partir de la distinción entre constituciones flexibles y constituciones rígidas,⁷ una constitución rígida es aquella que impide su modificación por el legislador, requiriendo de un procedimiento distinto y más complejo que el procedimiento legislativo. Hoy, salvo escasas excepciones, dentro de las cuales se cuentan Inglaterra e Israel, la generalidad de las constituciones establece un procedimiento agravado de reforma de la Constitu-

⁶ MORTATI, CONSTANTIN, "Appunti sul problema della fonte del potere Costituente", en *Raccolta di scritti*, vol. I, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milan, 1972, p. 358.

⁷ BRYCE, JAMES, "Flexible and rigid constitutions", en *Studies in history and jurisprudence*, volumen I, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1901, pp. 145 y ss. Traducción al español *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.

ción como expresión del poder instituido diferente de la potestad legislativa.

Las constituciones escritas como obras humanas imperfectas y que responden a una realidad histórica y una cultura concreta, deben contener los mecanismos y procedimientos necesarios para procesar los cambios y adecuaciones necesarias a nuevas realidades y desafíos jurídicos y políticos, como asimismo para ir llenando los vacíos o lagunas que contenga, pudiendo ser estas últimas conscientes cuando por razones políticas se dejan temas abiertos (lagunas del constituyente) o inconscientes, las que constituyen lagunas de la Constitución.

La reforma constitucional debe operar entre la tensión de la estabilidad constitucional y la necesidad de cambio. El cambio continuo de la Constitución debilita la fuerza normativa de la Carta Fundamental como asimismo el *sentimiento constitucional*, la lealtad y fidelidad a la Constitución, con la consiguiente deslegitimación del texto constitucional.

La reforma de la Constitución debe utilizarse solo cuando hay bienes jurídicos consensuados que deben quedar fuera del alcance de la potestad y la función legislativa contingente.

2.1. CARACTERIZACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO O DERIVADO

Fuera de los periodos de profundos cambios políticos y sociales o de crisis políticas e institucionales, en que se desarrolla la función constituyente, actúa la Constitución vigente, expresión de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, que opera en base a poderes constituidos de acuerdo a las reglas constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el *poder instituido de reforma* que posibilita adecuaciones de la Constitución, manteniendo la continuidad e *identidad de la misma y de sus principios fundamentales*, poder de reforma que se radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, como asimismo a través de referéndum o plebiscito o de procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa.

La reforma constitucional dentro del Estado constitucional solo será legítima cuando sus fines y medios sean democráticos y compatibles con la idea de derecho básica, con el contenido fundamental o el núcleo de la fórmula política contenida en la Carta Fundamental.⁸ La

⁸ LUCAS VERDÚ, PABLO, *El sentimiento constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1985, pp. 103 y ss. CANOSSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ed.

reforma constitucional permite afrontar las cambiantes circunstancias históricas y sociales de los pueblos, posibilitando la adaptación de la Carta Fundamental a los nuevos desafíos y vicisitudes históricas, dentro del marco de la juridicidad y la continuidad e identidad de la Constitución, siendo tributario de las formas, procedimientos y contenidos esenciales o fórmula política constitucional.

El poder de reforma constitucional compone un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales. Como señala Zagrebelsky el poder de revisión constitucional no es el poder constituyente, sino un poder constituido, aunque se trate "del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual",⁹ el cual como poder constituido tiene límites, salvo que se manifieste como un *poder extra y contra ordinem*, lo cual es inadmisibles. En tal caso, se convertiría en un poder constituyente originario que debiera recabar su legitimación en la voluntad del cuerpo político de la sociedad.

Zagrebelsky precisará que "el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: 'los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos'".¹⁰

Cualquiera sea la modalidad a través de la cual opere el poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución, este no puede destruir la Carta Fundamental. Ello implica que la Constitución establece *límites explícitos o implícitos* al poder constituyente derivado.

La operación del poder de reforma constitucional excluye dos hipótesis posibles de alteración del texto constitucional: el cambio total y el cambio parcial de la Constitución fuera del procedimiento y límites impuestos por la Constitución.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 249 y ss. CARPIZO, JORGE, *La Constitución mexicana de 1917*, 7ª edición, Ed. UNAM, México, 1979, pp. 131 y ss. BURGOA, IGNACIO, *Derecho Constitucional mexicano*, 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 1991, pp. 383-385.

⁹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Ed. UTET, 2ª edición, Turín, Italia, 1988. Versión en español, "La Constitución y sus normas", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Ed. Porrúa y Universidad Nacional autónoma de México, México D.F., 2000, p. 73.

¹⁰ Véase nota anterior.

El poder constituyente derivado o instituido solo puede operar legítimamente dentro del marco definido por la Carta Fundamental con el objeto de realizar modificaciones que *no alteren los principios político-jurídicos supremos establecidos por el constituyente*. Situamos como principios político-jurídicos supremos el aseguramiento de *la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, el régimen jurídico político de Estado y gobierno* (la república democrática constitucional y los principios básicos del Estado de Derecho), todos los cuales constituyen el fundamento básico de la convivencia política. Ello permite mantener la continuidad jurídica del ordenamiento constitucional y no efectuar una ruptura jurídica, lo que implicaría el ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que solo puede legítimamente ejercerse en base a una participación y expresión democrática activa del cuerpo político de la sociedad.

El poder de reforma de la Constitución está así sometido a la Carta Fundamental y pueden sus actos ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional encargado de velar por la defensa de la Constitución y la idea de derecho válida contenida en la misma.

El poder constituyente instituido o constituido con potestad para reformar la Carta Fundamental se encuentra subordinado al poder constituyente originario y por encima de los demás poderes estatales instituidos con facultades normativas (Gobierno, Congreso, Poder Judicial), ya que la existencia, funciones y atribuciones de estos últimos pueden ser objeto de revisión constitucional, pero el poder de reforma constitucional debe respetar en tales reformas los límites formales y materiales impuestos por la Carta Fundamental, debe operar dentro de marco de competencias fijado por la Constitución.

Así, Pedro de Vega señala “un hecho que, como punto de partida, a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible, es que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional. En él basa su competencia”.¹¹

El poder de reforma constitucional a diferencia del poder constituyente originario nace de la propia Constitución, es un poder jurídicamente normado y reconoce las limitaciones jurídicas que la propia Constitución dispone, aun cuando su producto normativo tiene la misma naturaleza y fuerza normativa de la Constitución. Un poder constituyente instituido limitado tiene como finalidad evitar la

alteración sustantiva de la idea de derecho y principios estructurales básicos contenidos en la Constitución, sin intervención directa del cuerpo político de la sociedad, único legitimado para modificar la idea de derecho contenida en la Carta Fundamental.

Como ya sostenía Carl Schmitt, la facultad de reformar la Constitución, “atribuida a una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución;”.¹²

Ello lleva a afirmar que *el poder de reforma constitucional no puede sustituir al poder constituyente originario, alterando la idea de derecho, la fórmula política o principios supremos establecidos constitucionalmente*,¹³ el poder de reforma constitucional solo puede operar dentro de los principios supremos del orden constitucional o fórmula política establecida por el constituyente originario, sin poder sustituirla o abrogarla.¹⁴

La potestad constituyente derivada es una potestad de órganos instituidos por la Constitución y sometidos a ella, como asimismo a los límites jurídicos formales y materiales que ella determina, cuyo cumplimiento puede controlar la jurisdicción constitucional, cuyo principal cometido es la defensa jurídica del orden constitucional.

Los límites a la reforma constitucional instituyen impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, imposibilitando la reforma o eliminación de dichas instituciones respetando la continuidad constitucional, correspondiendo al órgano de jurisdicción constitucional

¹² SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 119.

¹³ Véase sentencia de la Corte Constitucional italiana N° 1146 de 1988, que identifica los límites naturales de la reforma constitucional con los principios supremos del ordenamiento constitucional. En forma similar, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, la cual reconoce límites materiales expresos y tácitos de la reforma constitucional.

En el mismo sentido BARILE, P., “La Revisione della Costituzione”, en VV.AA. *Commentario sistematico alla Costituzione diretta da Piero Calamandrei e A. Levi*, p. 445.

¹⁴ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 130. SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *El poder constituyente*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 576.

¹¹ DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 236.



hacer efectiva la defensa de la Constitución y declarar la invalidez de dicha reforma. En América del Sur en diversos países se ha establecido un control constitucional de las reformas constitucionales expresamente atribuyéndole dicha competencia al órgano encargado de la defensa jurídica de la Constitución, el Tribunal Constitucional.¹⁵ En otros casos, las jurisdicciones constitucionales cuyas constituciones no establecen expresamente el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la han configurado vía interpretativa de las control de constitucionalidad de las “leyes”, vocablo que se considera que incluye también las “leyes de reforma constitucional”.¹⁶

Los límites a la reforma como mecanismos de defensa del orden constitucional están dirigidos hacia las potestades públicas que pueden con sus actuaciones o su producción normativa vulnerar los contenidos constitucionales,¹⁷ especialmente a los órganos colegisladores a los cuales se les inviste por la Constitución de potestad para la revisión o reforma de la misma,¹⁸ como asimismo, constituyen un mecanismo de educación y socialización cívica de la ciudadanía, promoviendo la integración, funcionamiento y desarrollo del sistema institucional.

Los límites a la revisión de la Constitución otorgan una pro-

¹⁵ Constituciones de Bolivia, art. 120 N° 10, en armonía con artículos 116 y 117 de la Ley N° 1.836 de 1998; Colombia, art. 241 N° 1; Chile, artículo 93 N° 3.

¹⁶ Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 014-2002-AI/TC; Exp. N° 014-2003-AI/TC; especialmente Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, fundamento 20, que interpreta el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, que establece el control de constitucionalidad de los preceptos legales: “Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el fundamento 3, en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional”. En otra perspectiva diferente, la Corte Constitucional de Francia, al ser requerida para pronunciarse sobre la reforma constitucional de la organización descentralizada de la República, aprobada por el Congreso el 17 de marzo de 2003, dictó sentencia del 26 de marzo de 2003, la cual en su considerando o fundamento 2° precisó: “Considerando que el artículo 61 de la Constitución otorga al Consejo Constitucional la misión de apreciar la conformidad a la Constitución de las leyes orgánicas y, cuando ellas son llevadas a su conocimiento en las condiciones fijadas por este artículo, también de las leyes ordinarias; que el Consejo Constitucional no tiene ni por el artículo 61 por el 89 ni por ninguna otra disposición de la Constitución el poder de pronunciarse sobre una reforma constitucional”, declarándose incompetente para conocer de dicha materia. La misma perspectiva había asumido el Tribunal Constitucional chileno en 1972, respecto del proyecto de reforma constitucional Hamilton – Fuentealba sobre las tres áreas de la economía.

¹⁷ OTTO, IGNACIO DE, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 16, 17, 25 y ss.

¹⁸ FRIEDRICH, CARL J., *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 295.

tección especial a la Carta Fundamental, ya que no establecen una inmutabilidad absoluta, sino solo una reserva de procedimiento, el que dichas cláusulas solo pueden ser alteradas por un nuevo poder constituyente originario.

Estos límites a la potestad reformativa de la Carta Fundamental pueden ser clasificados en *explícitos* o *implícitos*; *autónomos* o *heterónomos*; *límites absolutos* y *límites relativos*.¹⁹

Los límites a la reforma como mecanismos de defensa del orden constitucional están dirigidos hacia las potestades públicas que pueden con sus actuaciones o su producción normativa vulnerar los contenidos constitucionales,²⁰ especialmente a los órganos colegisladores a los cuales se les inviste por la Constitución de potestad para la revisión o reforma de la misma,²¹ como asimismo, constituyen un mecanismo de educación y socialización cívica de la ciudadanía, promoviendo la integración, funcionamiento y desarrollo del sistema institucional.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE Y SU CARACTERIZACIÓN

3.1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE Y SU CARACTERIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

En el caso chileno, la Carta Fundamental, en su texto reformado de 2005, regula la materia en su capítulo XV.

3.2. INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 127 determina quiénes tienen iniciativa de reforma constitucional, precisando que ellos son el Presidente de la República mediante mensaje y los parlamentarios por moción, en el caso de

¹⁹ DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto Costituzionale Comparato*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Padua, 1988, p. 154. DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 240-243. CARBONELL, MIGUEL, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 244.

²⁰ OTTO, IGNACIO DE, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 16, 17, 25 y ss.

²¹ FRIEDRICH, CARL J., *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 295.

los diputados estas mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados o más de cinco senadores.²²

3.3. QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES, CONFORME A PROCEDIMIENTO ORDINARIO O EXTRAORDINARIO

El proyecto de reforma constitucional necesita para ser aprobado en cada Cámara, conforme al inciso 2º del artículo 127, el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en texto de la Constitución, sin embargo, el mismo inciso determina un procedimiento extraordinario de reforma constitucional, el cual se aplica a los contenidos de diversos capítulos de la Constitución. Ellos son el capítulo I de Bases de la Institucionalidad; el capítulo III de Derechos y Deberes Constitucionales; el capítulo VIII, referente a composición y atribuciones del Tribunal Constitucional; el capítulo XI referente a las bases constitucionales de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas; el capítulo XII correspondiente a la composición y funciones del Consejo de Seguridad Nacional; o al capítulo XV referente al proceso de reforma constitucional, los cuales necesitan para ser reformados de al menos dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

Los proyectos de reforma constitucional conforme al artículo 26 de la LOC del Congreso Nacional pueden ser objeto de calificación de urgencia por parte del Presidente de la República en uno o en todos sus trámites, en el correspondiente mensaje o mediante oficio que dirigirá al presidente de la Cámara en que se encuentre el proyecto, o al Senado cuando el proyecto estuviere en comisión mixta. En el mismo documento expresará la calificación de la urgencia, la que podrá ser simple, suma o discusión inmediata, si no se especificare la urgencia ella será simple.

Como señala el artículo 27 de la LOC del Congreso, la urgencia simple, implica que la discusión y votación de la Cámara requerida deberá quedar terminada en el plazo de treinta días; si la calificación fuere de suma urgencia, este plazo será de quince días; y si se determinare discusión inmediata, el plazo será de seis días.

²² La Cámara de Diputados está compuesta actualmente de 120 diputados y el Senado de 38 senadores.

Conforme al artículo 28 de la Ley en comento, en caso de simple urgencia, la comisión mixta dispondrá de diez días para informar el proyecto, que es el mismo plazo que tiene cada una de las Cámaras del Congreso Nacional para despachar el informe de Comisión Mixta. En el caso de discusión inmediata, el plazo es de dos días para comisión mixta y dos días para su despacho por cada cámara.

3.4. SANCIÓN O VETO TOTAL O PARCIAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL APROBADO POR EL CONGRESO NACIONAL

El proyecto aprobado por ambas cámaras pasa, luego, al Presidente de la República, el cual puede aprobar o rechazar, en este último caso, total o parcialmente la reforma constitucional aprobada por el Congreso Nacional.

En el caso de que el proyecto de reforma constitucional sea aprobado por el Presidente de la República en los mismos términos aprobados por el Congreso, luego debe promulgar el texto sancionado, dictando el decreto promulgatorio, el cual una vez totalmente tramitado por la Contraloría General de la República, debe ordenarse su publicación en el Diario Oficial, la que debe concretarse en los cinco días hábiles siguientes.

3.5. PROCEDIMIENTO ANTE EL VETO TOTAL O PARCIAL DE LA REFORMA APROBADA POR EL CONGRESO

Si el Presidente de la República rechaza totalmente el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, lo que constituye un veto suspensivo total, el proyecto vuelve al Congreso Nacional para un nuevo pronunciamiento de este, el cual puede insistir en la reforma ya aprobada por el mismo por las dos terceras partes de cada una de sus ramas, Cámara de Diputados y Senado, en cuyo caso el Presidente se encuentra obligado a promulgar dicho proyecto de reforma a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito, según determina el artículo 128, inciso 2º de la Constitución.

Si el Presidente de la República vetare parcialmente un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, las disposiciones observadas deben ser objeto de un nuevo pro-

nunciamento del Congreso Nacional, el cual puede aprobar las observaciones hechas por el Jefe de Estado con el voto conforme de los tres quintos o de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada cámara, según corresponda a materias de procedimiento ordinario o extraordinario de reforma constitucional. Si ello ocurre, el proyecto es devuelto al Presidente para su promulgación y posterior publicación en el Diario Oficial, conforme determina el artículo 128, inciso 3º de la Constitución.

En el caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones o vetos formulados por el Jefe de Estado, producido el desacuerdo entre ambos órganos que participan de la potestad reformadora de la Constitución, no habrá reforma en los puntos en que se ha expresado la discrepancia, a menos que, ambas ramas insistan en el proyecto de reforma aprobado por ellas por dos tercios de sus miembros en ejercicio. En tal caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto de reforma constitucional que ha sido insistido por el Congreso, debiendo promulgarlo, salvo que este ejerza la facultad de llamar a plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie respecto de las cuestiones en desacuerdo entre ambos órganos constitucionales, todo ello conforme al artículo 128, inciso 4º de la Constitución.

La Ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, regula la tramitación de los vetos del Presidente de la República a los proyectos de reforma constitucional en su título III. Ella determina que tales vetos solo pueden admitirse a tramitación cuando tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de reforma constitucional, a menos que dichas ideas hayan sido consideradas en el proyecto de reforma presentado por el Presidente de la República (mensaje), conforme al artículo 32 de esta ley. Corresponde al Presidente de la Cámara de origen la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones o vetos. El hecho de estimarse admisibles los vetos en la Cámara de origen no obstan a la facultad del presidente de la cámara revisora para declarar la inadmisibilidad.

En los dos casos señalados, la sala de la Cámara que corresponda podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad efectuada por su presidente. La circunstancia de que no se haya declarado la inadmisibilidad no impide a las comisiones poder realizar tal declaración, la que podrá ser revisada por la sala de la Cámara respectiva, todo ello conforme al artículo 32 de la LOC del Congreso Nacional.

Los artículos 33 y 34 de la LOC del Congreso Nacional precisan que los vetos deben ser votados por las respectivas cámaras, en el caso de veto total, solo se vota si se insiste en la totalidad del proyec-

to, bastando que una sola de las Cámaras no alcance la mayoría de dos tercios de sus miembros en ejercicio para que se entienda terminada la tramitación del proyecto. Si el veto es parcial, se deben producir dos votaciones diferentes, la primera destinada a determinar si las respectivas cámaras aprueban o rechazan cada uno de los vetos formulados; y la segunda, destinada a resolver si, en el caso de rechazo de algunas observaciones o vetos, la Cámara insiste o no en la mantención de la parte observada.

El artículo 35 de la LOC del Congreso determina que cada observación formulada por el Presidente de la República al proyecto de reforma constitucional, debe ser aprobada o rechazada en su totalidad, no procediendo dividir la votación para aprobar o rechazar solo una parte de ella. Sea esta un título, un capítulo, un párrafo, un artículo, un inciso, un literal o numeral u otra división del proyecto.

3.6. EL CUERPO POLÍTICO DE LA SOCIEDAD COMO ÁRBITRO DE LAS DISCREPANCIAS ENTRE EL CONGRESO Y EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El artículo 129 de la Carta Fundamental precisa que la convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas ramas del Congreso Nacional hayan insistido en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que se realizará ciento veinte días después de la publicación de dicho decreto si ese día correspondiere a un domingo. Si así no fuere, ella se realizará el domingo inmediatamente siguiente. Transcurrido dicho plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

3.7. EL DECRETO DE CONVOCATORIA DEL PLEBISCITO

En el decreto de convocatoria que dicta el Presidente de la República deberá contener, según corresponda, el proyecto aprobado por ambas cámaras del Congreso Nacional y vetado totalmente por el Jefe de Estado, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito, conforme determina el artículo 129 inciso 2º de la Carta Fundamental.

Cabe señalar que este decreto de convocatoria a plebiscito puede ser objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 93 N° 5 de la Constitución, en el caso por ejemplo de que las preguntas no sean formuladas en términos objetivos, sin inducir a los electores a votar por una de las alternativas en juego o por incumplir alguno de los plazos o procedimientos determinados constitucionalmente. El Tribunal Pleno conoce de la materia, la que debe promoverse dentro de un plazo de diez días, contados desde la publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria. Dicho requerimiento debe ser promovido por la Cámara de Diputados o por el Senado. El Tribunal Constitucional establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando esta fuere procedente. En el caso de que al dictarse la sentencia por parte del Tribunal Constitucional faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, este fijará en dicho fallo una nueva fecha comprendida entre los treinta y sesenta días siguientes al fallo.

3.8. RESULTADO DEL PLEBISCITO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Corresponde al Tribunal Calificador de Elecciones comunicar al Presidente de la República, conforme determina el artículo 129, inciso 3° de la Constitución, el resultado del plebiscito y especifica el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.

Promulgado el proyecto desde la fecha de su vigencia sus disposiciones forman parte de la Constitución y se tienen por incorporadas a ella.

4. LOS LÍMITES EXPLÍCITOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL POR LOS DERECHOS ESENCIALES ASEGURADOS POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL, COMO ASIMISMO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS Y VIGENTES

Los límites a la potestad reformatoria de la Carta Fundamental pueden ser *explícitos o implícitos; autónomos o heterónomos; límites absolutos y límites relativos*.²³

²³ DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto Costituzionale Comparato*, 2ª edición, Ed.

Los límites explícitos o expresos a la reforma constitucional son aquellos obstáculos que establece el texto constitucional para la eliminación o reforma de determinadas instituciones constitucionales. En este plano pueden consignarse en el texto constitucional, lo que determina el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, el cual precisa:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La existencia de límites expresos implica, como señala Biscaretti di Ruffia, reducir la reforma constitucional solo a reformas parciales.²⁴

En la doctrina chilena, Alejandro Silva Bascuñán, en su Tratado de Derecho Constitucional, determina:

“Si la Carta de 1980 precisa que ‘el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ (art. 5° inc. 2°), el Poder constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne con los derechos esenciales del hombre”.

“Por otra parte, las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al Tribunal Constitucional otra pauta a la que habrá de ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar”.²⁵

CEDAM, Padua, 1988, p. 154. DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 240-243. CARBONELL, MIGUEL, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 244.

²⁴ Citado por DÍAZ RICCI, SERGIO, *Teoría de la reforma constitucional* (Ed. Universidad Autónoma de México, Universidad Complutense y Ediar, Buenos Aires, 2004), p. 584.

²⁵ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª edición, Tomo X, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 264.

El Tribunal Constitucional en la sentencia los roles N° 2.387-12-CPT y 2.388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, considerando duodécimo reflexiona sobre dicho artículo 5° inciso 2° señalando que:

“Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* –que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena)”.

Sin perjuicio de considerar la afirmación del Tribunal Constitucional, como una de las miradas interpretativas posibles del artículo 5°, inciso 2°, pareciera que dichos principios no son constitucionalizados más amplio, que es producto de la reforma de 2005, que es válida no solo para los derechos humanos considerados por los tratados sino para cualquier tratado válidamente incorporado al derecho interno, en forma mucho más directa, evidente y clara, que es el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución:

“Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

Lo que hace el inciso 2° del artículo 5°, en su segunda oración, es establecer la obligación jurídica de todos los órganos del Estado de *respetar y promover los derechos esenciales contenidos en la Constitución, como asimismo en los tratados internacionales ratificados y vigentes*. La perspectiva de la oración final del artículo 5°, inciso 2°, no es formalista sino sustancialista o material. Son los *derechos esenciales* contenidos en el “envase normativo” denominado tratado internacional *lo que constituye una limitación al ejercicio de la soberanía* como determina la Constitución Política, obligando a todos los órganos estatales constituidos, incluido el poder de reforma constitucional, a respetarlos y promoverlos.

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 943-07, de fecha diez de junio de dos mil ocho, señaló:

“Que, como ya se ha señalado, **el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental**, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una

finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Que estos principios y valores, como ya se recordó –y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo–, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema”.²⁶

Señalamos que el Tribunal Constitucional también ha determinado en sentencia Rol N° 1.218-08-INA, de siete de julio de dos mil nueve: “Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;”.²⁷

Dicha perspectiva se reitera en diversos otros fallos del Tribunal Constitucional con la misma redacción, entre ellos, la sentencia Rol N° 1.710-10-INC de 6 de agosto de 2010, considerando 87°.

Si el Estado ha ratificado tratados internacionales que contienen derechos esenciales, más aún, si el preámbulo del mismo tratado así lo explicita de manera expresa el Estado y sus órganos al incorporar válidamente el tratado al ordenamiento jurídico, se supone que ha

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 943-07, de diez de junio de dos mil ocho, considerando 30° al 32°.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.218-08-INA, de siete de julio de dos mil nueve, considerando 18°.

asumido sería y responsablemente sus fundamentos, ya que ellos han sido analizados por el Gobierno y por el Congreso Nacional antes de su ratificación, y por tanto, al ratificarlo lo hacen de buena fe, en el entendido de cumplir los derechos esenciales asegurados en el tratado, el que se ha ratificado libre, voluntaria y espontáneamente; por lo tanto, el Estado asume la obligación jurídica de entender y aplicar tales *derechos como esenciales y que emanan de la dignidad humana*, y como tales, de acuerdo al texto expreso de la Constitución constituyen una limitación del ejercicio de la soberanía y un deber constitucional de todos los órganos estatales asegurarlos y promoverlos, actuando de buena fe, cumpliendo las obligaciones jurídicas contraídas y no oponiendo obstáculos de derecho interno a tal cumplimiento.

En tal sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema en diversas sentencias. En efecto, la Corte Suprema, en sentencia Rol N° 559-04 de 13 de diciembre de 2006, considerando 22º, reitera el enfoque explicitado:

“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”.

La Corte Suprema ha avanzado aún más en su jurisprudencia, así en sentencia de su Sala Penal, Rol N° 3.125-04, de fecha 13 de marzo de 2007, determina:

“Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el derecho nacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho (...)”.

La Corte Suprema en sentencia de su Sala Penal de 30 de noviembre de 2007, “caso Chihuío”, reitera su posición en la materia analizada:

“Además, *los principios internacionales referidos*, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garan-

tías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia –conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución– es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”.

Tal jurisprudencia permite sostener la existencia de la limitación del poder de reforma constitucional que busque retroceder respecto de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por el texto constitucional, como asimismo por los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Asimismo, podría afirmarse en esta perspectiva, conforme al artículo 5º inciso 2º, como asimismo, en base al artículo 54 N° 1, inciso 5º, la existencia de límites heterónomos que derivan del derecho internacional o del derecho supranacional, incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites, lo que está expresamente consentido por el texto expreso de la Constitución, por lo tanto el Estado no podría afectar tales contenidos sin antes desvincularse del derecho internacional o supranacional respectivo.

El derecho internacional puede así imponer límites al poder constituyente.²⁸

El poder constituyente originario solo tiene potestad omnimoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente como son por ejemplo las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del derecho convencional internacional incorporadas válidamente al derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión. El poder constituyente originario y, con mayor razón, el poder instituido de reforma constitucional queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales.

La decisión de un constituyente de dotar de aplicabilidad irreversible sistemas normativos internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo

²⁸ RIGAU, MARIE-FRANCOISE, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la Fonction Constituante*, Maison Ferdinand Larcier S.A. Editeur, Bruxelles, 1985.

poder constituyente originario es, la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada.

Los sistemas normativos internacionales incorporados por constituyentes al ordenamiento interno, en razón de su régimen de aplicación limitan incluso a la Constitución misma en su operatividad debido a la prevalencia de tales sistemas.²⁹

En este sentido, puede sostenerse con Requejo Pagés que, "el poder constituyente se diluye históricamente en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de Constitución no pueden ya desproveer de su condición de aplicables".³⁰

5. LÍMITES IMPLÍCITOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Los límites implícitos son aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente.

Los límites autónomos implícitos son aquellos cuya modificación produce una alteración de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional y del régimen político o fórmula política establecido por el constituyente³¹ como son generalmente la autodeterminación del cuerpo político de la sociedad, el desconocimiento o eliminación de la dignidad y de los derechos fundamentales o humanos, la forma de gobierno republicana democrática, la forma jurídica de Estado, la forma de Estado de derecho.

Esta doctrina es sostenida por autores diversos entre los cuales se cuentan en España, Pablo Lucas Verdú, Óscar Alzaga, Javier Rui-

²⁹ Véase REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61 y ss.

³⁰ REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 57.

³¹ DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 238-240. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edición, Ed. Almedina, Coimbra, 2002, pp. 1048 y ss. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente*, en RDP N° 27-28, Madrid, 1988. SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 108-109.

pérez; Requejo Pagés, Pedro de Vega, entre otros; en Italia, Mortati y Barile; en Suiza, Giacometti, Kägi, Naviasky, Dupráz, para solo señalar algunos autores.

Diversos tribunales constitucionales se han pronunciado sobre la existencia de estos límites implícitos. De esta forma, los tribunales constitucionales en su tarea de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no se limitan a garantizar el texto formal de la Constitución, sino también los principios y valores no escritos que se infieren del texto constitucional y de su espíritu.³²

Otras constituciones prefieren explicitar los elementos del régimen político que no pueden ser objeto de reforma constitucional, como por ejemplo, el régimen republicano de gobierno. Entre ellas pueden señalarse las constituciones de Alemania (art. 79,3); de Italia, de 1947 (art. 139); de Francia, de 1958 (art. 89); de Grecia, de 1986 (art. 110.1); de Turquía, de 1982 (art. 4º); Federación Rusa, de 1993 (art. 135.1); de Portugal (art. 288.b); de República Dominicana, de 2002 (art. 119); de Puerto Rico, de 1952 (art. 7.3); de Honduras, de 1982 (art. 342); de Guatemala, de 1985 (art. 281); así como muchas constituciones africanas de países que fueron colonias de Francia, como Argelia (art. 195.1); Camerún (art. 37.1); Guinea (art. 50); Madagascar (arts. 66 y 108); Mali (arts. 49 y 73); Senegal (art. 89.5); Túnez (arts. 60 y 108), entre otras.

En el caso chileno no hay jurisprudencia sobre la materia.

6. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

De acuerdo con la Constitución vigente, conforme al artículo 93 inciso 1º, numeral 3º, es atribución del Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

³² BREWER-CARIAS, ALLAN R., "Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Programa Estado de Derecho para América Latina*, KAS, Montevideo, 2007, p. 74. CARBONELL, MIGUEL, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 250.

El Tribunal Constitucional puede conocer de la materia solo a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de, al menos, una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cada una de ellas, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley de reforma constitucional.

El Tribunal debe resolver el requerimiento dentro del plazo de diez días contado desde que reciba este, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves o calificados. El requerimiento no suspende la tramitación del proyecto de reforma constitucional, pero la parte impugnada del mismo no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo señalado.

La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional determina en su artículo 62, que para los efectos de la oportunidad que debe formularse el requerimiento, la promulgación se entenderá efectuada por el Presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio, no pudiendo en ningún caso admitirse a tramitación requerimientos formulados con posterioridad a dicho instante.

Conforme al artículo 67 de la LOC del Tribunal Constitucional, el requerimiento se entenderá recibido desde que sea declarado admisible y desde esa fecha comenzará a regir el plazo de diez días para resolverlo, sin perjuicio de la prórroga establecida en el inciso quinto del artículo 93 de la Constitución.

Declarado admisible se pone en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, enviándoles copia del requerimiento, quienes disponen de cinco días, desde la comunicación, para hacer llegar al Tribunal sus observaciones y los antecedentes que estimen necesarios, conforme determina el inciso 2º de dicho precepto legal.

Conforme al artículo 68 de la ley, una vez evacuados los trámites o diligencias anteriores, el Presidente del Tribunal ordenará traer los autos en relación y el asunto queda en estado de tabla. Oída la relación y producido el acuerdo, se designa Ministro redactor.

Conforme al artículo 70 de la ley, las sentencias se comunicarán al requirente y, en su caso, al Presidente de la República, al Senado, a la Cámara de Diputados y a la Contraloría General de la República, para los fines a que hubiere lugar.

Contra la sentencia del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno. Las disposiciones que el tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en reforma constitucional, conforme al artículo 94 de la Constitución.

Por otra parte, la Corte Suprema argentina, en sentencia de 19 de agosto de 1999, en la causa Fayt, Carlos Santiago vs. Estado Nacional, admitió la plena justiciabilidad de la reforma constitucional tanto en sus ámbitos procedimentales sino en cuanto a los ámbitos sustantivos o materiales de una reforma, siendo en este último caso el límite expreso o implícito.³³

En el contexto europeo, solo a manera ejemplar, la Corte Constitucional de Italia, de acuerdo con el artículo 134 de la Carta Fundamental, tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes constitucionales (reformas constitucionales), dicha Corte en diversas sentencias ha explicitado que la modificación o transformación de la forma de Estado que la Constitución de Italia materialmente realiza, constituye un núcleo intangible y un límite material a la reforma constitucional o legislación constitucional.³⁴

7. CONCLUSIONES

El poder de reforma constitucional constituye una potestad constituida, sometida a la Constitución, la que determina los órganos que ejercen tal potestad, los procedimientos ordinario y extraordinario de reforma atendiendo a las materias específicamente determinadas por la Constitución, las que requieren de quórum de aprobación diferentes, tres quintos y dos tercios, respectivamente, de los diputados y senadores en ejercicio.

El procedimiento determina la intervención del Presidente de la República que está facultado para vetar los proyectos de reforma constitucional, con veto total o parcial, pudiendo ser estos últimos, aditivos, sustitutivos o supresivos, lo que suspende el procedimiento devolviendo al Congreso el texto observado, el que podrá aprobar los vetos, rechazarlos e insistir en el proyecto originalmente aprobado por el Congreso. La Constitución entrega la facultad discrecional al Presidente de la República de promulgar la reforma insistida por el Congreso o convocar al cuerpo político a resolver el conflicto

³³ Véase caso Fayt, Carlos S. vs. Estado Nacional s/ Amparo, sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 19 de agosto de 1999, en Jurisprudencia argentina N° 6.168 de 17 de noviembre de 1999. Asimismo en la Ley N° 222 de 17 de noviembre de 1999.

³⁴ Véase sentencias N° 30 del 1º de marzo de 1971; N° 175 del 11 de diciembre de 1975 y N° 1146 de 1998.

como árbitro final mediante plebiscito, cuyo pronunciamiento es vinculante para los órganos en conflicto.

La Constitución no contempla procedimientos diferentes para reformas totales o parciales, tampoco determina la conformación de un nuevo Congreso constituyente para una reforma total de la Constitución, como asimismo, no contempla el plebiscito de ratificación de reforma constitucional como obligatorio por parte del cuerpo político de la sociedad ni para reformas parciales ni totales de la Constitución.

La Constitución contempla la participación del Tribunal Constitucional para resolver conflictos eventuales sobre la convocatoria a plebiscito de reforma constitucional, como asimismo, para pronunciarse sobre requerimientos de carácter procedimental o sustantivo de los proyectos de reforma constitucional durante su tramitación por el Congreso Nacional, antes de su promulgación por parte del Presidente de la República. Asimismo, contempla la participación del Tribunal Calificador de Elecciones en caso del plebiscito de reforma constitucional con el objeto de determinar la calificación del plebiscito y precisar el texto constitucional aprobado por el cuerpo político de la sociedad, el que deberá ser promulgado por el Presidente de la República.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, F., "Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente", en RDP N° 27-28, Madrid, 1988.
- BREWER-CARIAS, ALLAN R., "Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Programa Estado de Derecho para América Latina, KAS, Montevideo, 2007, p. 74.
- BRYCE JAMES, "Flexible and rigid constitutions", en *Studies in history and jurisprudence*, volumen I, Ed Clarendon Press, Oxford, 1901, pp. 145 y ss. Traducción al español *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- BURGOA, IGNACIO, *Derecho Constitucional mexicano*, 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 1991.
- CANOSSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CARBONELL, MIGUEL, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

- CARPIZO, JORGE, *La Constitución mexicana de 1917*, 7ª edición, Ed. UNAM, México, 1979.
- DE VEGA GARCÍA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto Costituzionale Comparato*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Padua, 1988.
- DÍAZ RICCI, SERGIO, *Teoría de la reforma constitucional*, Ed. Universidad Autónoma de México. Universidad Complutense y Ediar, Buenos Aires, 2004.
- FRIEDRICH, CARL J., *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 295.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituicao*, 5ª edición, Ed. Almedina, Coimbra, 2002.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, 6ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953.
- LUCAS VERDÚ, PABLO, *El sentimiento constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1985.
- MORTATI, CONSTANTIN, "Appunti sul problema della fonte del potere Costituyente", en *Raccolta di scritti*, vol. I, Ed Dott. A. Giuffrè, Milan, p. 358, 1972.
- OTTO, IGNACIO, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- RIGAUX, MARIE-FRANCOISE, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la Fonction Constituyente*, Maison Ferdinand Larcier S.A. Editeur, Bruxelles, 1985.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *El poder constituyente*, Ed. bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1957.
- SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1982.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de derecho constitucional*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- , *Tratado de derecho constitucional*, tomo X, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- STERN, KLAUS, *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Manuale di Diritto Costituzionale*, 2ª edición, Ed. UTET, Turín, Italia, 1988. Versión en español, "La Constitución y sus normas", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Ed. Porrúa y Universidad Nacional autónoma de México, México D.F., 2000, p. 73.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Francia, sentencia del 26 de marzo de 2003, en su considerando o fundamento 2º.
- Corte Constitucional italiana N° 30 de 1971.
- Corte Constitucional italiana N° 1.146 de 1988.
- Corte Constitucional italiana N° 1.146 de 1998.
- Corte Constitucional italiana N° 175 de 2011.

LA BIBLIOTECA DE FERRAZZINI, MILÁN, 1971, N° 1, 36

LA BIBLIOTECA DE FERRAZZINI, MILÁN, 1971, N° 1, 36



- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 1.218-08-INA, de 7 de julio de 2009, considerando 18°.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de 19 de agosto de 1999, en Jurisprudencia argentina N° 6.168 de 17 de noviembre de 1999.
- Tribunal Constitucional chileno; sentencia Rol N° Rol 943-07, de 10 de junio de 2008, considerando 30° al 32°.
- Tribunal Constitucional peruano, sentencia Exp. N° 014-2002-AI/TC; Exp. N° 014-2003-AI/TC; especialmente Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, fundamento 20.
- Tribunal Constitucional peruano, sentencia Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros.

Textos legales

- Constituciones de Bolivia, art. 120 N° 10.
- Constitución Política de 1980, artículo 93 N° 3.

