

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Noviembre de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecoch.cl / E-mail: cecoch@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:
Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:
Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:
Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL
Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas, Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza. Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. eguiguren@speedy.com.pe

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzettiluca@yahoo.it

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid. España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:

www.latindex.unam.mx
<http://biblioteca.atalca.cl>

Correo electrónico: cecoch@atalca.cl

Editado y distribuido por

EDITORIAL LIBROTECNIA

Bombero Salas 1369, Of. 408. Santiago • Chile

Fonofax: (56-02) 6967076

www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN CHILE

*The limits of the constituent power and the control of
constitutionality of the constitutional reforms in Chile*

Humberto Nogueira Alcalá *

RESUMEN

El artículo analiza el tema del poder constituyente originario e instituido, desarrollando una reflexión jurídica sobre los límites de la reforma constitucional y la función que le corresponde al Tribunal Constitucional en el desarrollo del control de constitucionalidad de ellas conforme al artículo 93 N° 3 de la Constitución chilena reformada en 2005.

PALABRAS CLAVE

Reforma constitucional. Límites materiales. Control constitucional de reformas constitucionales.

* El autor es Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Constitucional. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. nogueira@utalca.cl Recibido el 26 de junio de 2006. Aprobado el 30 de agosto de 2006.

ABSTRACT

The article analyzes the theme of the native constituent power and instituted, developing to a legal reflection on them limits of the constitutional reform and the function that corresponds to him to the Constitutional Court in the development of the control of constitutionality of them according to the 93 article N° 3 of the reformed Chilean Constitution in 2005.

KEY WORDS

Constitutional reforms. Materials limit of the constitutional reforms. Constitutional control of constitutional reforms.

1. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CONCEPCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

Inicialmente podría señalarse a Rousseau como padre del concepto de poder constituyente, en base a su teoría de la voluntad general, pero dicha teoría que formula la soberanía popular como inalienable e inenajenable la convierte en una concepción imposible de practicarse, ya que ella sólo fundamenta una democracia directa ejercida solo por el soberano: el pueblo o cuerpo político de la sociedad. Así en la concepción rousseauiana no es posible ni legítimo distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos.

La doctrina del poder constituyente es desarrollada por Emmanuel Sieyés a fines del siglo XVIII, en 1789, en su obra *¿Que es el Estado Llano?*,¹ donde la doctrina del poder constituyente es desarrollada en forma sistemática, como expresión de su teoría de la representación y la soberanía nacional. Sieyés mediante el concepto y la institución del poder constituyente genera un instrumento que permitirá generar una Constitución, generando a partir de ella una vinculación de la autoridad a la Ley Fundamental que emanaba de la nación soberana. Así gobernantes y gobernados quedaban subordinados a la Constitución.

Para Sieyés el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución, el poder constituyente es un poder prejurídico que actúa libre de toda forma y control.

¹ Sieyés, Emmanuel. *¿Qué es el Estado Llano?* Traducción de *Qu'est ce que le Tiers Etat* (1789). Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1988.

La titularidad del poder constituyente reside en la nación, ente que constituye una ficción jurídica y política que se integra por todo el pueblo, pero a su vez, en nadie en concreto,² lo que origina la democracia representativa como forma de ejercicio de dicho poder constituyente. Con ello, bajo la ficticia soberanía de la Nación estableció la soberanía efectiva de la Asamblea, que posibilitó en la práctica la soberanía de los representantes, excluyendo la participación directa del pueblo.

Así la Asamblea Constituyente es quien expresa la soberanía nacional y establece la Constitución, ella constituye la representación extraordinaria que posibilita a la Asamblea ejercer un poder tal como le plazca a la Nación dárselo, confiando a los representantes extraordinarios los poderes necesarios en tales ocasiones, los cuales puestos en lugar de la nación misma ejercen la potestad de establecer la Constitución, la voluntad común de los representantes extraordinarios vale por la voluntad de la nación misma. Una vez terminada dicha obra el poder constituyente cesa y surgen los poderes constituidos que sustentan su actuación en su previsión constitucional. Surge así la separación nítida entre poder constituyente y poderes constituidos o instituidos por la Constitución y subordinados a la misma.

Sieyès sostendrá que los representantes de la nación en la Asamblea constituyente son libres y pueden realizar todo, pudiendo establecer la Constitución en cuanto poder constituyente, como asimismo pueden ejercer las funciones propias de los poderes constituidos, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo.

La doctrina norteamericana del constitucionalismo en una perspectiva diferente y más pragmática, aporta la concepción de la radicación de la soberanía y el poder constituyente en el pueblo, a diferencia de los ingleses que lo radicaban en el Parlamento con facultades omnipotentes. Los inmigrantes al establecer las colonias de Nueva Inglaterra al redactar los *convenants*, pactos políticos fundantes de la organización política de las colonias en Norteamérica como nuevas sociedades, lo hacían en base a un pacto, en el cual el poder era directamente ejercido por el pueblo.

Más tarde, cuando las colonias se independizan de Inglaterra, generaron una federación que salvaguardaba las autonomías de sus comunidades, estableciendo limitadamente los poderes del gobierno central como gobierno federal en la Constitución de 1787, salvaguardando el principio que la plenitud de los poderes residía en el pueblo de los estados miembros, los cuales ejercieron su poder constituyente a través de referéndum.

² Böckenforde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Ed. Trotta, Madrid. 2000, pp. 163 y ss.

El aporte norteamericano es así la radicación del poder constituyente en el pueblo, la generación de una Constitución escrita, expresión de la voluntad soberana del pueblo.

Así el poder constituyente en cuanto poder originario, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. El poder constituyente sería un poder prejurídico y por ello ilimitado.³ 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, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental.

Sieyés afirma también en diversos pasajes de su obra antes señalada, 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 establecido, ya que la voluntad nacional no tiene límite alguno. En tal sentido, vale como un principio dogmático 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 poder constituyente es así “la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política”;⁴ en términos similares Bockenförde señala que “es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar, y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez”.

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

2.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado

A su vez, fuera de dichos periodos de profundos cambios políticos y sociales o de crisis políticas e institucionales, opera la Constitución vigente, expresión de

³ De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid. 1985, pp. 24 y ss.

⁴ Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. Ed. Tecnos, Madrid. 1983.

la voluntad de los gobernados, que opera en base a poderes constituidos de acuerdo a las reglas constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el poder constituyente instituido que posibilita adecuaciones parciales de la Constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y sus principios fundamentales, poder de reforma constitucional que se radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, de referéndum o plebiscito o procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa. La reforma constitucional dentro del Estado constitucional sólo será legítima cuando sus fines y medios sean democráticos y compatibles con la idea de derecho básica, el contenido fundamental o la fórmula política contenida en la Carta Fundamental.⁵

El poder reformador de la Constitución es un poder instituido por la Carta Fundamental, constituye una actividad sometida y reglada por la propia Constitución. La 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 constituyente derivado o de reforma constitucional, constituye 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”,⁶ el cual como poder constituido tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y contra ordinem, lo cual es inadmisibles. 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. Quién 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’”.⁷

⁵ Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*. Ed Reus, Madrid. 1985, pp. 103 y ss. Ver también Canossa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 249 y ss.

⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di diritto Costituzionale*. Ed. UTET, segunda 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.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo. “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.

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.

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; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”.⁸

Ello lleva a afirmar que el poder constituyente derivado no puede sustituir al poder constituyente originario, alterando la idea de derecho, la fórmula política o principios supremos establecidos constitucionalmente,⁹ el poder constituyente derivado sólo puede operar dentro de los principios supremos del orden constitucional o fórmula política establecida por el constituyente originario, sin poder sustituirla o abrogarla.

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.

En efecto, la Constitución chilena vigente, en su artículo 6°, determina que “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*”.

Agregando en su inciso 2° que “*los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. El artículo cierra con su inciso 3° que precisa: “*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”.

⁸ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 119.

⁹ Ver 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.

La Constitución es así el fundamento de legitimidad y validez de todo el ordenamiento institucional instituido por ella. Toda producción normativa de los órganos estatales, como asimismo, todos los actos de particulares deben guardar lealtad y fidelidad a la Carta Fundamental. Ello constituye una obligación jurídica que genera responsabilidades y sanciones, las cuales el legislador debe establecer en cada hipótesis concreta.

A su vez, el artículo 7° de la Constitución refuerza tales reglas en sus dos primeros incisos, los cuales determinan:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Todo órgano estatal tiene que operar con la investidura regular que en cada caso determina la Constitución o las leyes que la complementan, sólo dentro de las competencias determinadas por el ordenamiento jurídico y sometido a todas las formalidades que éste determine. Asimismo, en el ordenamiento jurídico chileno ningún órgano estatal o autoridad puede atribuirse competencias diferentes que las que el propio ordenamiento jurídico le haya atribuido, ni siquiera circunstancias extraordinarias posibilitan o legitiman la atribución de competencias no expresamente otorgadas por la Constitución y las leyes que conforme a ella se hayan dictado.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 7° cierra la disposición, señalando que *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*.

Una reforma constitucional no puede sustituir la Constitución vigente por otra, ya que ello supone la muerte de la primera y el surgimiento de un nuevo orden constitucional, lo que no es posible de concretar sin la participación efectiva y decisiva del poder constituyente originario. Las reformas constitucionales deben respetar la continuidad e identidad de la Constitución vigente.

2.2. Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales

El Estado constitucional contemporáneo legitima y justifica el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, competencia que se radica en aquel órgano de jurisdicción constitucional que la propia Constitución ha esta-

blecido para su propia defensa jurídica, que puede ser la Corte Suprema, una de sus Salas o un Tribunal Constitucional. Así la reforma de la Constitución ha ido paulatinamente abandonando la calidad de cuestión política no justiciable.¹⁰

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,¹¹ en otros casos, las jurisdicciones constitucionales cuyas constituciones no establecen expresamente el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la han configurado vía interpretativa del control de constitucionalidad de las “*leyes*”, vocablo que se considera que incluye también las “*leyes de reforma constitucional*”.¹²

La Constitución chilena vigente, en su artículo 93 establece entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, de acuerdo al numeral 3°, resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional, requerimiento que puede ser formulado por el Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley de reforma constitucional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho del proyecto.

¹⁰ Sobre la materia ver Landa, César. “Justicia constitucional y political questions”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2002, pp. 173 y ss.

¹¹ Constituciones de Bolivia, art. 120 N° 10 en armonía con artículos 116 y 117 de la Ley 1.836 de 1998; Colombia, art. 241 N° 1; Chile, artículo 93 N° 3.

¹² 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 sobre 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 ni 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.

Se trata así de un control por vía de acción limitada o restringida solo a ciertos órganos constitucionales, siendo un control abstracto y de naturaleza preventiva, si la sentencia estima inconstitucional el proyecto de reforma o algunas de las disposiciones contenidas en él, los efectos son la imposibilidad de incorporarlas al ordenamiento constitucional.

2.2.1. Control de constitucionalidad y límites materiales de la reforma constitucional.

El control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, además de resguardar los límites formales establecidos constitucionalmente (órganos, procedimiento, quórum y formas), puede resguardar también los límites materiales explícitos e implícitos.

Los límites constitucionales materiales explícitos son los que la propia Constitución establece como límites o limitaciones a la reforma constitucional.¹³

En la Constitución chilena estos límites o limitaciones materiales explícitas y directas se encuentran en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

En efecto, nuestra Carta Fundamental en su artículo 5°, inciso 2°, determina que *“el ejercicio de la soberanía tiene como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Asimismo, la parte final de dicha disposición precisa que *“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 encuentran vigentes”*.

Así, puede sostenerse que dicho artículo 5° inciso 2°, determina a los derechos fundamentales como un límite material, de carácter expreso, a la reforma constitucional, en la medida que tales derechos ya asegurados por el propio texto constitucional, como asimismo, aquellos asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, constituyen limitaciones a la soberanía. Ello signi-

¹³ Diversos estados constitucionales democráticos han establecido en sus Cartas Fundamentales límites materiales a la reforma de la Constitución, como son los artículos 139° de la Constitución italiana de 1947: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”; el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958: “...No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”; el artículo 32° de la Constitución peruana, que establece como límite expreso de la reforma total de la Constitución, la prohibición de reducción o restricción de los derechos fundamentales; el artículo 119 de la Constitución de la República Dominicana de 2002: “Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”.

fica que el poder constituyente derivado no puede suprimirlos ni disminuirlos respecto del aseguramiento que ya está asegurado por nuestro ordenamiento.

Toda reforma constitucional debe respetar la irreversibilidad de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que ella está autorizada para ampliar el ámbito de tales derechos, aumentar sus garantías, asegurar nuevos derechos sin alterar el alcance de los ya vigentes en el orden constitucional, en definitiva, los derechos solo pueden ser reformados para mejorar su situación preexistente y potenciarlos. Asimismo, tales derechos tienen como fundamento la dignidad humana, la que se erige, por tanto, como valor y principio legitimador de los derechos fundamentales y limitador de cualquier norma u acto del poder público que vaya en contra de ella.

Puede sostenerse que la dignidad de la persona humana y los derechos expresamente asegurados por el propio texto constitucional como derechos fundamentales o constitucionales son derechos esenciales en virtud de la propia determinación del poder constituyente originario, como asimismo lo son los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, porque así lo afirman los preámbulos de los mismos tratados que han sido asumidos por el Estado chileno al ratificar los respectivos tratados e incorporarlos a nuestro ordenamiento jurídico, además de poder invocar para ello también la doctrina de los actos propios.

Asimismo, puede sostenerse la existencia de límites materiales implícitos, ya que toda reforma constitucional no puede alterar la identidad y continuidad de la Constitución, tales límites implícitos están dados por el carácter republicano democrático del Estado chileno (artículo 4° de la Constitución) y por constituir un Estado constitucional de derecho (artículos 6° y 7° de la Constitución), donde se concreta el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad, la distribución del poder estatal en órganos con competencias delimitadas, la responsabilidad de los gobernantes y la sanción de conductas contrarias al orden jurídico y la garantía jurídica efectiva de los derechos fundamentales.

En efecto, una reforma que instaurare un régimen autocrático, ya sea en sus modalidades totalitaria o autoritaria es contraria a los principios básicos y fundamentales del orden constitucional, como expresamente lo reconoce en forma parcial el artículo 19 N° 15 de la Constitución en su inciso 6°, el cual determina:

“La Constitución garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”.

Louis Favoreu sostenía que ya, a partir de mediados del siglo XX, cada vez más se puede considerar normas de derecho positivo obtenidas del derecho internacional y del derecho comunitario y que pueden denominarse normas internacionales o supranacionales supraconstitucionales.¹⁴

El derecho internacional puede así imponer límites al poder constituyente.¹⁵

El derecho internacional hoy establece limitaciones al poder constituyente en materia de derechos humanos. Dichas limitaciones vienen dadas en forma importante por el derecho convencional internacional, tratándose de obligaciones libre y voluntariamente consentidas por los propios Estados, que ponen límites a su propia potestad estatal. Aquí destacan los pactos internacionales con vocación universal, como las convenciones regionales, donde destacan la Convención Europea y la Convención Americana, dotadas de órganos jurisdiccionales, cuyas sentencias son vinculantes para los estados, las cuales han logrado uniformar el derecho vigente en el ámbito tanto europeo como latinoamericano, estableciendo un núcleo común de valores y principios indisponibles, posibilitando algún margen de apreciación por las jurisdicciones nacionales, las cuales deben seguir, en todo caso, la jurisprudencia de las Cortes de Derechos Humanos regionales, las cuales han construido un cuerpo jurisprudencial sólido sobre el alcance y contenido de los derechos determinados en los respectivos Convenios.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 se refiere a las colisiones entre tratados y constituciones, en su artículo 27, el cual precisa: *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*.

A su vez, el artículo 46 dispone:

“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

“Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

¹⁴ Favoreu, Louis. “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, en *Pouvoirs* N° 67, París, Francia. 1993, p. 74.

¹⁵ Rigaux, M.F. *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la fonction constituante*. Ed. Larcier, Bruselas, 1985.

Respecto de este artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, deben establecerse tres precisiones: Primero, el artículo 46 se refiere a normas constitucionales anteriores a la conclusión de un tratado internacional, la aprobación de una norma constitucional posterior al tratado no justifica la violación del mismo; Segundo, se refiere a la conclusión de un tratado internacional en violación de las normas referidas a *la competencia para celebrar tratados*, no a cualquier norma constitucional del Estado; Tercero, la violación competencial interna *debe ser de importancia fundamental y manifiesta*, lo que excluye infracciones constitucionales de poca gravedad.¹⁶

Además del derecho convencional internacional, tales limitaciones del derecho internacional al poder constituyente pueden provenir del derecho consuetudinario internacional y de los principios imperativos de derecho internacional general o normas de *ius cogens*, explícitamente consagrado en el artículo 53 de la Convención sobre derecho de los Tratados de 1969.

En efecto, el artículo 53 de dicha Convención determina que una norma imperativa de derecho internacional general es aquella *“aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

Hoy se reconoce como punto pacífico que los principios *pacta sunt servanda*, no discriminación, prohibición de la esclavitud, prohibición de genocidio constituyen normas de *ius cogens*, señalándose también que los derechos básicos de la persona humana también lo son.

En esta materia, nos acompaña, entre otros colegas, don Alejandro Silva Bascuñán, el cual 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”*.

¹⁶ Díez-Picazo, Luis María. “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, año 26, enero/abril 2006, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2006, p. 14.

“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”.¹⁷

Son estos *límites materiales explícitos e implícitos en la Carta Fundamental los cuales deben ser cautelados por la jurisdicción constitucional al momento de ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales*, ya que su vulneración implica la aniquilación del orden constitucional vigente.

La reforma de la Constitución concretada por un órgano constituido no puede sustituir los principios o presupuestos básicos de la Constitución vigente, que están dados por la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que se fundan en ella, no puede ser alterado el régimen republicano democrático, como tampoco el carácter de Estado Constitucional de Derecho, que constituyen el núcleo duro de la Carta Fundamental vigente.

2.2.2. Los límites formales de la reforma constitucional.

La Constitución chilena es una Constitución rígida, lo que impide ser modificada por el legislador, requiere para su modificación de un procedimiento distinto y más complejo que el procedimiento legislativo.¹⁸

En el orden constitucional chileno, el capítulo XIV regula el ejercicio de la potestad constituyente instituida o potestad de reformar la Carta Fundamental. Las disposiciones de los artículos 127 a 129 de la Carta Fundamental establecen los órganos titulares del poder constituyente derivado y cómo éste ejerce su función, como asimismo los procedimientos y formalidades para ello.

2.2.2.1. Los órganos que participan de la potestad constituyente instituida. En efecto, el artículo 127 determina las autoridades u órganos instituidos que tienen iniciativa de reforma constitucional, el Presidente de la República a través de un mensaje y los parlamentarios, diputados o senadores por una moción, la

¹⁷ Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 264.

¹⁸ Ver 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.

que no puede ser firmada por más de cinco senadores ni más de diez diputados, conforme lo determina el artículo 65 de la Constitución.

El constituyente no le reconoce iniciativa en esta materia al pueblo, o a otros órganos constitucionales, como se establece en diversos otros ordenamientos constitucionales.

En materia de reforma constitucional, la Cámara de origen puede ser cualquiera de ambas ramas del Congreso Nacional, sin que sean aplicables las normas que afectan a los proyectos de ley y que determinan una Cámara de origen determinada, pudiendo originarse en el Senado un proyecto de reforma constitucional referente a materias tributarias.

Por otra parte, son aplicables al procedimiento de reforma constitucional las normas que rigen el procedimiento de formación de las leyes referentes a la no introducción de indicaciones que no hayan estado contempladas en las ideas matrices del proyecto de reforma constitucional.

La discusión y resolución de la moción o mensaje recaen principalmente en el Presidente de la República, la Cámara de Diputados y el Senado. El cuerpo político de la sociedad puede eventualmente ser convocado a resolver sobre la reforma en las hipótesis de conflicto entre el Presidente de la República y la mayoría parlamentaria, como se establecerá mas adelante.

El Presidente de la República participa indirectamente en el debate parlamentario de la reforma constitucional, a través de sus Ministros de Estado. Estos pueden asistir a las sesiones de la Cámara de Diputados o del Senado, y tomar parte en sus debates, con preferencia para hacer uso de la palabra, pero sin derecho a voto.

2.2.2.2. Procedimiento ordinario y extraordinario de reforma. El inciso 2° del artículo 127 de la Constitución precisa los quórum requeridos para la aprobación parlamentaria de la reforma, de acuerdo a los contenidos constitucionales que deseen modificarse: “*El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio*”. Es lo que se denomina *procedimiento ordinario* de reforma constitucional.

La expresión “voto conforme” supone una expresa y positiva manifestación de voluntad de los parlamentarios de concurrir a la aprobación de la reforma constitucional.

La misma disposición se refiere a lo que se denomina *procedimiento extraordinario* de reforma constitucional, que es aquel referente a los contenidos dis-

puestos en los capítulos: *I “Bases de la Institucionalidad”, III “De los Derechos y Deberes Constitucionales, VIII “Tribunal Constitucional”, XI “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública”, XII “Consejo de Seguridad Nacional” o XIV “Reforma de la Constitución”, en cuyo caso se necesita, “en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”.*

En lo demás aspectos del procedimiento, sistema de urgencias, insistencias, comisión mixta, vetos y plebiscito, rigen las mismas normas que para el procedimiento de reforma ordinario, lo que hace que la diferencia de procedimiento quede radicada solamente en los quórum de aprobación de la reforma en cada Cámara del Congreso Nacional.

La reforma constitucional de 2005, agregó un inciso final al artículo 127 de la Constitución, disponiendo la aplicabilidad de las normas de formación de la ley a los proyectos de reforma constitucional, debiendo en todo caso respetarse siempre los quórum señalados en el artículo 127 inciso 2°, lo que destraba el procedimiento de reforma constitucional haciendo posible aplicar a ella el sistema de comisiones mixtas que posibilitan la búsqueda de acuerdos entre ambas ramas del Congreso Nacional cuando ellas hayan tenido posiciones encontradas en los dos primeros trámites constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley Fundamental, como asimismo, el mecanismo de insistencia del Presidente de la República, que posibilita a éste requerir el pronunciamiento de la Cámara revisora cuando la Cámara de origen haya rechazado la idea de legislar sobre dicha reforma constitucional, a partir del cual se obliga a un segundo pronunciamiento de la Cámara de origen, de acuerdo con la regulación establecida por el artículo 68 de la Carta Fundamental.¹⁹

2.2.2.3. La sanción u observaciones del Presidente de la República y la insistencia del Congreso. Asimismo, en el proceso de aprobación de la reforma constitucional también participa el Presidente de la República, el cual de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución, puede sancionar o vetar el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, las observaciones o vetos pueden ser vetos parciales (aditivos, sustitutivos y o supresivos), como asimismo puede ser un veto total, oponiéndose en bloque a la aprobación de la reforma constitucional.

El artículo 128 de la Constitución precisa que *“si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas cámaras y*

¹⁹ Ver al respecto sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 464-01-006 de 31 de enero de 2006. Ver asimismo comentario de dicha sentencia de este autor, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 4 N° 1. Ed. Librotecnia. Santiago. 2006, pp. 437 y ss.

éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante un plebiscito”.

Para los efectos del quórum se entienden por senadores y diputados en ejercicio, aquellos que efectivamente se encuentran desempeñando sus funciones. Se excluyen de la calidad de parlamentarios en ejercicio, los electos que aún no se hayan incorporado a la respectiva Cámara, los que estén ausentes del país con permiso constitucional y los que se encuentran suspendidos de sus funciones.

El quórum de las tres quintas partes que exige la Constitución debe ser obtenido en cada una de las Cámaras, Cámara de Diputados y Senado.

A su vez, *“si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior, y se devolverá al presidente para su promulgación”.*

En la hipótesis de que *“las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo”.*

2.2.2.4. Facultad presidencial para convocar a plebiscito. De acuerdo con dicha disposición constitucional sólo en dos situaciones el Presidente de la República podrá convocar a plebiscito: a) Cuando el Jefe de Estado rechace totalmente un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso y éste insista por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio; b) Cuando las Cámaras rechacen todas o algunas de las observaciones del Presidente de la República e insistan por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por ellas.

De esta forma, la Constitución no solo establece con claridad los órganos instituidos que ejercen el poder constituyente derivado, sino que también determina la participación eventual del propio cuerpo político de la sociedad para dirimir los conflictos que se susciten entre el Presidente de la República y la mayoría del Congreso Nacional en el proceso de aprobación de una reforma constitucional, cuando el Presidente estime necesario o conveniente dicho arbitraje del pueblo.

A su vez, el artículo 129, en su inciso 1° precisa que *“la convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso”*.

Quien convoca a plebiscito es el Presidente de la República, mediante decreto supremo. Esta facultad debe ejercerla dentro de los 30 días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, este último deberá promulgar el proyecto que hubiere aprobado el Congreso, pues se entiende que tácitamente le otorga su conformidad.

El decreto supremo por el cual se convoque a la ciudadanía a plebiscito fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que de acuerdo a la Constitución no podrá tener lugar antes de 30 días ni después de 60, contados desde su publicación, como indica el artículo 129 de la Carta Fundamental, en su inciso 1°.

El inciso 2° del artículo 129 determina que el decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, *“el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, 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”*.

2.2.2.5. El Tribunal Constitucional realiza la calificación del plebiscito y determina el texto de la reforma constitucional. El Tribunal Calificador de Elecciones es el órgano encargado de calificar el plebiscito y determinar su resultado, el que deberá comunicar al Presidente de la República, especificando 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, según determina el artículo 129, inciso 3°.

Una vez que el proyecto de reforma se promulga y desde la *“fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta”*.

La Constitución regula así el procedimiento que deben seguir los órganos legitimados, que comprende la forma de concreción de la iniciativa de reforma, el procedimiento de debate y aprobación parlamentaria, el quórum requerido en cada caso, distinguiendo el procedimiento ordinario del procedimiento extraordinario de reforma, según sean las materias del texto constitucional que se so-

metan a reforma, la sanción o las observaciones (vetos) que puede formular el Presidente de la República y su tramitación en el Congreso Nacional, la facultad presidencial de convocar a plebiscito en caso que no estime adecuado promulgar el texto de la reforma insistida por el Congreso Nacional, la forma en que se convoca a plebiscito y el contenido del mismo, el órgano que calificará y determinará el texto de la reforma aprobada en el plebiscito, la promulgación de la reforma constitucional y la fecha en que esta rige.

El texto actual que hemos analizado constituye un procedimiento mucho más simple y expedito que el que contenía el texto original de la Constitución de 1980 que contenía tres procedimientos diversos de reforma constitucional, los cuales fueron simplificados en los dos actualmente existentes en la reforma constitucional de 1989.²⁰ Como asimismo, la reforma constitucional de 2005 que suprimió la instancia del Congreso Pleno antes prevista como una fase del proceso de aprobación de la reforma constitucional.²¹

La Constitución chilena vigente no establece ningún procedimiento para la sustitución de la Constitución por otra ni para abrogar la Carta Fundamental, por lo tanto toda reforma constitucional debe ser intrasistémica.

3. LA CONSTITUCIÓN CHILENA NO ESTABLECE PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN TOTAL O SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR OTRA CARTA FUNDAMENTAL

Una reforma total, que equivale a la sustitución de la Constitución por otra, bajo principios jurídicos básicos diferentes, rompiendo el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional, constituye un acto fuera del marco constitucional, siendo, por tanto, nulo e ineficaz, como lo determina el artículo 7° inciso 3° de la Constitución.

La reforma total de la Constitución no se refiere a un aspecto de carácter cuantitativo, sino de carácter cualitativo, ya que dicha reforma total puede implicar una sola o muy pocas disposiciones constitucionales, en la medida que ellas se refieran a los principios esenciales o supremos del orden constitucional desnaturalizándolo, haciéndole perder su identidad, transformándolo en otro orden

²⁰ Ley N° 18.825 de reforma constitucional, artículo único N° 49. Diario Oficial del 17 de agosto de 1989.

²¹ Ley N° 20.050, artículo 1° N° 51, publicada en el Diario Oficial del 26 de agosto de 2005.

constitucional distinto y nuevo, vale decir, dotando al Estado de una nueva identidad jurídica.

Hay estados que positivizan el derecho a la revolución, vale decir, la sustitución de la Constitución o la reforma total de ella estableciendo una diferente, facilitando las vías jurídicas pacíficas destinadas a la sustitución de la Constitución por un nuevo orden constitucional,²² facilitando que cada generación pueda revisar el orden constitucional e impedir que la generación actual pueda obligar a las generaciones venideras.

La Constitución solo puede ser *sustituida* por un poder constituyente originario, asimismo, sólo el poder constituyente originario puede sustituir los principios básicos o fórmula política básica de la Carta Fundamental, la que puede concretarse a través de una Asamblea Constituyente mandataria del cuerpo político de la sociedad, a través de la manifestación directa del pueblo a través de un referéndum o plebiscito constitucional o una combinación de ambos mecanismos, lo que implica una ruptura con el orden constitucional vigente, la cual puede ser pacífica y concertada entre los diversos actores políticos y jurídicos o ser el producto de una ruptura institucional producida por un golpe de Estado o una revolución.

El poder constituyente originario en tales casos constituye un poder que reside en el pueblo, plenamente autónomo, que, en cualquier momento tiene derecho a cambiar la Constitución, no es un poder sometido a limitaciones jurídico-institucionales, no tiene limitaciones formales, es un poder *extra-ordinem*, el cual se fundamenta en la idea de derecho vigente en la sociedad en ese momento histórico, en su propia potestad, en las restricciones que se autoimponga y en los límites de oportunidad que posibiliten la legitimación de su obra por el cuerpo político de la sociedad.

La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado, a diferencia del poder constituyente instituido. Expresiones de procesos constituyentes originarios han sido la Constitución de 1991 de Colombia, la Constitución de 1999 de Venezuela y el proceso constituyente boliviano de 2006, para señalar sólo algunos ejemplos sudamericanos de ellos.

En tales casos, el pueblo puede optar entre diversas alternativas, una primera alternativa es elegir libremente y mandar a una Asamblea Constituyente para

²² Ver Requejo Pagés, J.L. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 101 y ss.

que autónomamente apruebe una nueva Constitución, en cuyo caso, no solo ejerce la función sino que también goza de potestad constituyente originaria, teniendo la capacidad de decidir el contenido de la Carta Fundamental y de instaurar un orden constitucional nuevo, como ocurrió con el proceso constituyente que dio lugar a la Segunda República Española en 1931, a la Constitución italiana de 1947, a la Constitución portuguesa de 1976, la Constitución de El Salvador de 1983, la Constitución de Guatemala de 1985, a la Constitución de Brasil de 1988, entre otras; o elegir una Asamblea Constituyente que ejerza la tarea de elaborar un texto constitucional, pero reteniendo el pueblo la aceptación o rechazo del mismo o de las eventuales alternativas que surjan de dicha Asamblea, a través de su potestad directa de aprobar o rechazar la Constitución a través de un plebiscito o referéndum, como ocurrió con el proceso constituyente de la IV República francesa en 1945-1946, el proceso constituyente de la Constitución española de 1978, el proceso constituyente de la Constitución de Venezuela de 1999, entre otros.

Manteniendo la racionalidad jurídica y los principios del constitucionalismo democrático contemporáneo, consideramos que un poder constituyente originario que opera conforme la idea de derecho vigente en nuestra sociedad, si existiere el convencimiento inequívoco de la necesidad de sustituir el orden constitucional por otro nuevo, debería llevar a la convocación de una Asamblea Constituyente representativa de la pluralidad política de la sociedad chilena, la cual elaboraría un texto constitucional o, eventualmente en algunas materias hipótesis alternativas del mismo, las que deberían ser ratificadas por un referéndum o plebiscito informado, transparente y limpio, en que el pueblo, en quien radica el poder constituyente originario determine la nueva Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- Böckenforde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- Canossa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

- Diez-Picazo, Luis María. “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, año 26, enero/abril 2006, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Favoreu, Louis. “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, en *Pouvoirs* N° 67. París, Francia, 1993.
- Landa, César. “Justicia constitucional y political questions”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*. Ed. Reus, 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, M.F. *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la fonction constituante*. Ed. Larcier, Bruselas, 1985.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, 1982.
- Sieyès. Emmanuel. *¿Qué es el Estado Llano?* Traducción de *Qu'est ce que le Tiers Etat* (1789). Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di diritto Costituzionale*. Ed. UTET, segunda 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.