

§ 2. LA POTESTAD CONSTITUYENTE.

1. Introducción.

a. El concepto de Constitución.

- 1 Desde fines del siglo XVIII es usual en el discurso jurídico occidental llamar a las normas más importantes de un determinado ordenamiento jurídico la constitución de ese ordenamiento.
- 2 En un sentido material, se entiende por “constitución” el conjunto de normas fundamentales que regulan la configuración y los modos actuación del Estado, así como los derechos fundamentales de los individuos, incluyendo su participación en la actuación del Estado.
- 3 En la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales estas normas son además reconocibles por encontrarse explícitamente consagradas en un determinado texto autoritativo. Éste es el concepto formal de constitución, que corresponde al uso corriente del término entre nosotros, y en virtud del cual se entiende que todas las disposiciones comprendidas en dicho texto autoritativo tienen el carácter de ley fundamental del ordenamiento jurídico.
- 4 Con posterioridad a la segunda guerra mundial se ha impuesto en los sistemas jurídicos occidentales la concepción de la constitución como norma jurídica suprema del ordenamiento. Conforme a esta concepción, las disposiciones constitucionales no son declaraciones políticas, ni reglas vinculantes únicamente para la Policía o la Administración, sino normas obligatorias incluso para el Legislador. La efectividad de esta supremacía jerárquica de la constitución descansa por lo general en la existencia de un sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos del Estado. En el ordenamiento jurídico chileno existe un sistema complejo de control de constitucionalidad, en el que intervienen al menos cuatro órganos estatales: el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y la Contraloría General de la República¹. En lo que sigue sólo estudiaremos el modo de creación de las normas que integran la Constitución.

b. El concepto de potestad constituyente.

- 5 Por “potestad constituyente” se entiende la atribución de establecer normas constitucionales, es decir, normas jurídicas detentadoras del máximo rango jerárquico dentro del sistema jurídico estatal (es decir, nacional o interno, por oposición al sistema jurídico internacional).

¹ La LRF 20.050 simplificó en algo el sistema chileno de control de constitucionalidad al transferir al Tribunal Constitucional parte del control ejercido por la Corte Suprema, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

- 6 Detrás de definición aparentemente tan simple se encuentra un intrincado problema teórico. Si la atribución de establecer normas constitucionales es una auténtica potestad, entonces ella se encuentra a su vez regulada por otras normas. Estas últimas tienen que ser necesariamente normas constitucionales, es decir, normas establecidas en virtud del ejercicio de la potestad constituyente. Pero esto nos remite a su vez a normas constitucionales preestablecidas, y así indefinidamente.
- 7 La solución tradicional de la teoría política para este problema consiste en distinguir entre la *potestad constituyente* en sentido estricto o propio, también denominada *potestad constituyente originaria*, y las *potestades constituidas*, dentro de las cuales estaría la potestad de modificar la Constitución, o potestad constituyente en sentido impropio, también denominada *potestad constituyente derivada*. La diferencia estaría en que la potestad de reformar la Constitución es una potestad constituida, una atribución conferida por reglas y cuyo ejercicio también está reglamentado, de modo que se puede retrotraer hasta la primera Constitución histórica; en cambio, la potestad constituyente sería un poder normativo no sujeto a reglas preestablecidas, ya que es en virtud de su ejercicio que se establece la primera Constitución histórica: por eso sería una “potestad originaria”. Según las teorías surgidas durante la revolución francesa, esta potestad constituyente originaria correspondería al pueblo, o a la nación, o a la asamblea de sus representantes.
- 8 Esta teoría de la potestad constituyente popular o nacional es la respuesta de la teoría política democrática al problema del fundamento último de validez del Derecho. Pero es una respuesta analíticamente insatisfactoria, porque pretendiendo usar un mismo concepto -el de potestad-, en rigor usa dos conceptos diversos. Solamente lo que esta teoría denomina “potestades constituidas” son potestades normativas en sentido estricto. La así denominada “potestad constituyente” no es una potestad en el mismo sentido del término, pues no es posible indicar regla jurídica positiva que valide su ejercicio. La teoría de la potestad constituyente popular es una *justificación política* de la revolución democrática. La tesis que un pueblo tiene la atribución de constituir su Estado es un principio de legitimidad, no un criterio procedimental de validez².
- 9 En consecuencia, para efectos de estos materiales de estudio, por “potestad constituyente” entenderemos la potestad -constituida- de modificar la Constitución, o, en su caso, de establecer nuevas normas constitucionales.

c. Derecho constitucional chileno.

- 10 El establecimiento de una Constitución fue un objetivo primordial de los gobiernos chilenos desde 1810. El primer texto autoritativo susceptible de ser calificado como Constitución conforme a las categorías del iusnaturalismo racionalista es el Reglamento Constitucional

² En un sentido similar, Otto-DC, p. 53 y ss.

Provisorio de 1812, que constaba de 27 artículos mediante los cuales pretendía definir el ejercicio de la “voluntad general” y garantizar algunos derechos de las personas. Finalizada la guerra de la independencia, las Constituciones dictadas por O’Higgins en 1818 y 1822 retomaron el propósito normativo de su antecesor, aunque con escaso efecto en el tiempo. Durante el período de ensayos constitucionales que sucede a la abdicación de O’Higgins surgen la Constitución de 1822, las leyes federales de 1826 y la Constitución de 1828. Esta última puede ser considerada con justicia el primer antecedente directo de la posterior tradición constitucional chilena, que se basa en la considerable estabilidad de dos textos constitucionales, la Constitución de 1833, que rigió durante el Siglo XIX, y la Constitución de 1925, que rigió íntegramente hasta 1973 y fragmentariamente hasta 1981.

11 La vigencia de la Constitución de 1925 sufrió una radical alteración en 1973. El 11 de Septiembre de ese año, las Fuerzas Armadas declararon “asumir el deber moral (...) de destituir al gobierno..., asumiendo el Poder” (Bando N° 5). Para estos efectos, se “constituyeron en Junta de Gobierno” y “asumieron el Mando Supremo de la Nación”, garantizando la “plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial” y reconociendo la obligatoriedad de la Constitución de 1925 y las leyes vigentes “en la medida en que la (...) situación del país lo permita” (DL 1, D.O. de 11.09.73). Más tarde, el 16 de Noviembre de 1973, se precisó que el concepto de “Mando Supremo” correspondía “al ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”, declarándose expresamente la autonomía del Poder Judicial (DL 128). Posteriormente se distinguió entre el ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo a través de Decretos Leyes, radicado en la Junta, y el ejercicio del Poder Ejecutivo, conferido al Presidente de la Junta, con el título de “Presidente de la República de Chile” (DL 527, D.O. de 26.06.1974). Por último, se distinguió procedimentalmente el ejercicio del Poder Constituyente del ejercicio del Poder Legislativo, mediante la exigencia de una declaración expresa de hacerse ejercicio del primero en el respectivo Decreto Ley (DL 788, D.O. de 04.12.1974). Los principales Decretos Leyes dictados por la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente fueron las denominadas “Actas Constitucionales”, promulgadas y publicadas en 1976, mediante las cuales se reguló el Consejo de Estado (Acta N° 1: DL 1319), las bases esenciales de la institucionalidad chilena (Acta N° 2: DL 1551), los derechos y deberes constitucionales (Acta N° 3: DL 1552) y los regímenes de emergencia (Acta N° 4: DL 1553).

12 Pese a las radicales modificaciones sufridas por sus disposiciones principales, la Constitución de 1925 siguió formalmente vigente por más de siete años bajo el régimen de la Junta de Gobierno, ya que no fue derogada íntegramente sino hasta 1980, con ocasión de la promulgación, publicación y entrada en vigencia de la Constitución de ese año. Este texto autoritativo fue “sancionado” por el DL 3.464, pero no entró con ello en vigencia, a pesar de lo preceptuado por las reglas constitucionales vigentes a esa época (DL 1, 128 y 527: *supra*, núm. 11), sino que su “aprobación por la ciudadanía” fue sometida a plebiscito. Aprobado el texto en cuestión, fue promulgado como “Constitución Política de la República de Chile” por el Decreto

Supremo N° 1.150, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 24 de Octubre de 1980.

- 13 La Constitución de 1980 preveía dos clases de disposiciones, las permanentes y las transitorias. Estas últimas y parte de las primeras conformaron la Constitución de Chile entre 1981 y 1990. Durante este período, la potestad constituyente correspondió a la Junta de Gobierno, -sujetándose su ejercicio siempre a la aprobación plebiscitaria (Disposición Transitoria Decimoctava, literal A C.Pol.). Mediante este procedimiento se introdujo una importante reforma de la Constitución en 1989 (LRC 18.825). Desde el 11 de Marzo de 1990, rige el articulado permanente de la Constitución, sin excepciones, habiendo perdido su vigencia la gran mayoría de las disposiciones transitorias. Desde esa fecha, la Constitución ha sido reformada en dieciséis oportunidades, mediante las leyes de reforma constitucional 19.055 (de 1° de Abril de 1991), 19.097 (de 12 de Noviembre de 1991), 19.295 (de 4 de Marzo de 1994), 19.448 (de 20 de Febrero de 1996), 19.519 (de 16 de Septiembre de 1997), 19.526 (de 17 de Noviembre de 1997), 19.541 (de 22 de Diciembre de 1997), 19.597 (de 14 de Enero de 1999), 19.611 (de 16 de Junio de 1999), 19.634 (de 2 de Octubre de 1999), 19.643 (de 5 de Noviembre de 1999), 19.671 (de 29 de Abril de 2000), 19.672 (de 28 de Abril de 2000) y 19.742 (de 25 de Septiembre de 2001), 19.876 (de 22 de Mayo de 2003) y 20.050 (de 26 de Agosto de 2005)³.

2. Marco regulatorio del ejercicio de la potestad constituyente.

- 14 Las reglas fundamentales sobre el ejercicio de la potestad constituyente se encuentran en la propia Constitución: el Capítulo XIV -el último- de la Constitución contiene las reglas sobre “Reforma de la Constitución” (Arts. 127 a 129).
- 15 El Art. 127 inciso tercero C.Pol. se remite a las reglas del procedimiento establecido por la Constitución para la formación de las leyes como regulación supletoria, es decir, aplicable en todas aquellas materias no previstas por las reglas del Capítulo XIV⁴.
- 16 Por su parte, el Art. 128 inciso final C.Pol. se remite a la LOC del Congreso Nacional (18.918) para la regulación de los aspectos relativos a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación ante el Congreso.

³ El Art. 2° LRC 20.050 facultó al Presidente de la República para fijar, mediante un decreto supremo, el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución, incluyendo las reformas introducidas por el Art. 1° de esa misma ley. El Decreto Supremo N° 100, de 17 de Septiembre de 2005, publicado en el Diario Oficial del 22 de Septiembre de 2005, fijó dicho texto, alterando la numeración del articulado vigente desde 1980. En estos materiales se sigue esta nueva numeración.

⁴ La remisión a las normas sobre formación de la ley fue introducida por la LRC 20.050, volviendo con ello a la tradición constitucional chilena (Art. 103 C.Pol. 1925). La pretensión originaria de la Constitución de 1980 fue configurar un procedimiento de reforma constitucional enteramente diferenciado del procedimiento de formación de la ley. Esta situación perduró hasta 2005, pese a que en la práctica se apelaba a las reglas sobre formación de la ley como regulación común y supletoria.

- 17 Finalmente, el funcionamiento interno de las Cámaras es regulado por el Reglamento de cada Cámara, establecido por ellas en virtud de la potestad otorgada por la propia LOC 18.918 (Art. 4º) y reconocida por la Constitución (Art. 53 inciso segundo).

3. Órganos competentes.

- 18 Los órganos del Estado llamados a intervenir en el procedimiento de reforma de la Constitución son los mismos órganos que intervienen en el procedimiento de formación de la ley, esto es, la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República (Arts. 127 y ss. C.Pol.)⁵.
- 19 Eventualmente, puede darse el caso que la ciudadanía⁶ intervenga directamente en el procedimiento de reforma de la Constitución, manifestando su voluntad a través de un plebiscito convocado por el Presidente de la República (Arts. 128, 129 C.Pol.). Esta es una diferencia central respecto del procedimiento de formación de la ley: el plebiscito sólo se encuentra contemplado por la Constitución tratándose de las leyes de reforma constitucional.

4. Ámbito de competencia.

- 20 A diferencia de todas las demás potestades normativas del Estado, la potestad constituyente no recibe de su marco regulatorio una determinación de su ámbito de competencia. El Art. 127 C.Pol. simplemente se refiere a los “proyectos de reforma de la Constitución” como los actos sometidos al procedimiento especial regulado en el Capítulo XIV de la Constitución.
- 21 No obstante, es evidente que por “reforma” cabe entender al menos la modificación y la abrogación (derogación expresa) de las normas constitucionales actualmente vigentes. Por lo mismo, parece fuera de duda que también la creación de nuevas normas constitucionales sólo puede ser efectuada válidamente en ejercicio de la potestad constituyente. Puesto que hoy en día todas las normas constitucionales pertenecen a un mismo texto autoritativo —“la Constitución Política de la República de Chile”—, desde un punto de vista pragmático, lo anterior significa que cualquier alteración de este texto debe efectuarse mediante el ejercicio de la potestad constituyente. Éste es el ámbito de competencia necesario de la potestad constituyente.
- 22 Una primera duda consiste en si todas las normas constitucionales actualmente vigentes son válidamente modificables, o si por el contrario, existirían normas cuya modificación o

⁵ Hasta la LRC 20.050, además de intervenir cada Cámara por separado, intervenía el Congreso Pleno, es decir, diputados y senadores actuando conjuntamente, para ratificar solemnemente lo acordado por las Cámaras.

⁶ Por “ciudadanía” se entiende el conjunto de personas que gozan de la calidad de “ciudadano”, que otorga entre otros derechos el de sufragio (Art. 13 C.Pol.). Cabe señalar que puede haber ciudadanos no habilitados para ejercer el derecho de sufragio (Art. 16 C.Pol.), así como personas que gozan del derecho de sufragio sin ser ciudadanos (Art. 14 C.Pol.). Para efectos de estos apuntes, por “ciudadanía” entenderemos, en un sentido algo impropio, todos los habitantes del territorio chileno que gozan del derecho de sufragio.

derogación se encuentra fuera del ámbito de competencia de cualquier potestad normativa del Estado. Por su importancia, esta interesante interrogante será abordada en última sección de este párrafo (*infra*, núms. 41 y ss.).

- 23 Otra cuestión es si es posible establecer válidamente normas constitucionales sin introducirlas como disposiciones en el texto de la Constitución, por ejemplo, mediante la dictación de “Actas” o “Estatutos” constitucionales especiales. La respuesta afirmativa no es problemática. Que el concepto material de constitución coincida actualmente con el concepto formal de constitución es una cuestión puramente pragmática. La Constitución chilena bien podría estar conformada en el futuro por las normas correspondientes a las disposiciones consignadas en el texto denominado “Constitución Política de la República de Chile” y en otros textos autoritativos.
- 24 Además de los problemas anteriores cabe mencionar la cuestión de si los órganos que detentan la potestad constituyente puede alterar el carácter de “norma constitucional” de algunas de las normas de la Constitución, es decir, de reducir el ámbito de competencia necesario de la potestad constituyente⁷. En principio, la respuesta es también la afirmativa. La “desconstitucionalización” de una norma puede hacerse derogando la(s) disposición(es) constitucional(es) respectiva(s) y estableciéndola(s) posteriormente con carácter simplemente legal. Con todo, lo señalado *supra*, núm. 22, puede constituir un límite al ámbito normativo válidamente susceptible de perder su rango constitucional.
- 25 Más problemática resulta la pregunta de si y hasta dónde, puede el Estado aumentar el ámbito de las normas constitucionales incorporando a la Constitución reglas que tienen o han tenido tradicionalmente el carácter de normas simplemente legales o administrativas⁸. En principio, la extensión del ámbito de competencia de la potestad constituyente no tiene límites: cualquier regla es en principio susceptible de ser consagrada como disposición constitucional. Sin embargo, una extensión inusual del campo de las normas constitucionales -por ejemplo, declarando de rango constitucional todas las reglas relativas a procedimientos judiciales o a la celebración de contratos, o a la sanción de delitos- podría ser considerada como violatoria del principio democrático, consagrado en el Art. 4º C.Pol. Puesto que aquí tendríamos un conflicto entre un principio constitucional elemental y una reforma constitucional, la pregunta por los límites al ámbito de competencia de la potestad constituyente se remite a la pregunta por la inmodificabilidad de alguno(s) de sus preceptos: si el alcance del principio democrático no

⁷ Por ejemplo, hoy en día las reglas que confieren existencia y autonomía al Banco Central, así como ciertas reglas que establecen ciertas restricciones a su actividad, tienen la calidad de reglas constitucionales (Arts. 108, 109 C.Pol.). El Congreso y el Presidente de la República podrían, sin embargo, decidir que estas reglas sólo deberían tener carácter simplemente legal.

⁸ Esta es una pregunta que en términos prácticos por lo general no resulta urgente en una democracia. Puesto que en un régimen democrático ningún partido político o grupo de personas tiene indefinidamente garantizada la mayoría necesaria para reformar la Constitución, el crecimiento de ésta en el presente puede restringir el ámbito de acción del partido mayoritario en el futuro. Pero por lo mismo, la pregunta puede resultar crucial en una coyuntura determinada, a saber, cuando el partido o grupo que en un tiempo presente dispone de la mayoría necesaria para ejercer la potestad constituyente, visualiza una derrota cierta en el futuro cercano, y decide aumentar su cuota de poder como minoría (*infra*, núm. 31) mediante el incremento de materias reguladas por normas constitucionales.

puede ser alterado válidamente en ejercicio de la potestad constituyente, entonces la ampliación del contenido de la Constitución encuentra en este principio su límite.

5. Procedimiento.

- 26 El ejercicio de la potestad constituyente se realiza conforme a reglas que establecen un procedimiento cuya estructura está inspirada en el procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad legislativa, aunque estableciendo ciertos requisitos especiales⁹.
- 27 La iniciativa corresponde tanto al Presidente de la República como a cualquier diputado o senador, con las limitaciones generales establecidas en el Art. 65 C.Pol. en razón del número de patrocinantes de la moción, y de iniciativa exclusiva presidencial (Art. 127 inciso primero C.Pol.).
- 28 Las reglas generales sobre origen de la moción o mensaje son aplicables sin excepciones a la iniciación de un proyecto de reforma constitucional (Art. 127 inciso primero C.Pol.; Art. 12 LOC 18.918).
- 29 El proyecto de reforma constitucional debe ser presentado separadamente de cualquier proyecto de ley. En caso contrario, será declarado inadmisibles (Art. 15 LOC 18.918).
- 30 La aprobación de un proyecto de reforma de la Constitución requiere, tal como la aprobación de un proyecto de ley, el voto conforme tanto de la Cámara de origen como de la Cámara revisora. Sin embargo, tratándose de la aprobación de leyes de reforma constitucional se requiere satisfacer un quórum más exigentes (Art. 127 inciso segundo C.Pol.):
- a) si la reforma recae en los Capítulos I (Bases de la institucionalidad), III (Derechos y deberes constitucionales), VII (Tribunal Constitucional), X (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XI (Consejo de Seguridad Nacional), o XIV (Reforma de la Constitución), necesitará en cada Cámara la aprobación por el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio;
 - b) las demás reformas constitucionales deben ser aprobadas por el voto conforme de las tres quintas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara.
- 31 La exigencia de un quórum superior a la mayoría de los representantes del pueblo en el Congreso representa un arreglo institucional contramayoritario, y en tal carácter se encuentra en tensión con el principio de la mayoría (Art. 4° C.Pol.). Un arreglo contramayoritario privilegia la posición de la minoría, otorgándole un poder de control de la decisión política que no puede legitimarse conforme al principio democrático.

⁹ Atendiendo a la comparación entre el procedimiento de reforma constitucional y el procedimiento legislativo, se clasifica a las Constituciones en “flexibles”, si ambos procedimientos establecen los mismos requisitos, o “rígidas”, si el primero es más difícil de satisfacer que el primero. Por regla general, en los sistemas jurídicos continentales el procedimiento de reforma constitucional es más estricto que el procedimiento legislativo general (a respecto, *vid.* Otto-DC, p. 59 y ss.). En el caso chileno, la rigidez de la Constitución se manifiesta en una orientación fuertemente antidemocrática (*infra*, núms. 31 ss.).

- 32 La justificación para los arreglos contramayoritarios se encuentra en la idea de que una democracia constitucional combina el principio de la mayoría –que consagra institucionalmente el ideal político de la autonomía colectiva- con el principio del respeto a los derechos fundamentales –que consagra institucionalmente el ideal político de la libertad individual-¹⁰. Dado que los derechos fundamentales se encuentran definidos y garantizados por las normas constitucionales, la exigencia de un quórum superior a la mayoría para la reforma de esas normas sirve también de garantía a esos derechos.
- 33 Sin embargo, como se ha visto Constitución establece sin embargo exigencias contramayoritarias para la reforma de cualquier disposición constitucional y exigencias contramayoritarias reforzadas para la reforma de cuestiones tan alejadas de los derechos fundamentales como la organización de las Fuerzas Armadas. Como se verá más adelante, esta predilección de la Constitución chilena por las exigencias contramayoritarias se extiende incluso a la aprobación de ciertas leyes.
- 34 Ninguna de estas exigencias contramayoritarias tiene la justificación de justicia política que brinda el ideal de la democracia constitucional, es decir, de una democracia limitada por el respeto a los derechos fundamentales. En estos derechos se encuentra la protección de las minorías políticas. Pero de esa protección no se deduce una justificación para privilegiar a la minoría, otorgándole un derecho de control sobre la decisión política de la mayoría. La razón usualmente invocada para justificar los arreglos contramayoritarios es la finalidad de garantizar una mayor estabilidad de las normas constitucionales. Esta razón necesita sin embargo validarse frente al principio de la democracia. En efecto, ¿por qué habría de ser deseable en una república democrática la “estabilidad” de normas que la mayoría rechaza?
- 35 La idea de que ciertas instituciones requieren ser respaldadas por una suerte de “voluntad supramayoritaria” o “voluntad nacional” no representa la aspiración una realización superior del principio de la democracia, sino que implica la violación de ese principio. En el caso de la Constitución de 1980, la razón de ello se encuentra en la abierta desconfianza que sus diseñadores tenían de la política democrática¹¹.
- 36 Una vez aprobado el proyecto de reforma por ambas Cámaras, es enviado al Presidente de la República, quien puede rechazarlo totalmente, observarlo parcialmente o aprobarlo (Art. 128 C.Pol.)¹².

¹⁰ Acerca de la tensión entre los principios democrático y liberal, véase Jürgen Habermas, John Rawls, *Debate sobre liberalismo político*. Barcelona, Paidós, 1998.

¹¹ La Constitución de 1925 simplemente exigía mayoría absoluta de los diputados y senadores al ejercicio. En su texto original, la Constitución de 1980 establecía como regla general el quórum de tres quintos, pero consagraba en su Art. 118 otras reglas adicionales para la aprobación de diversas materias, que hacían sumamente difícil su reforma. La reforma de la Constitución de 1980 introducida por la LRC 18.825 derogó las reglas especiales del Art. 118, pero introdujo como contrapartida un quórum aún más alto para la aprobación de las reformas a algunas de las materias especiales previstas por dicho artículo. A partir de entonces, el diseño institucional producto de la desconfianza hacia la política democrática no sólo ha sido validado en el período 1991-2006, sino que se lo ha profundizado. La denominación que se ha dado a la política subordinada a un procedimiento contramayoritario es el de “democracia de los acuerdos”.

¹² Conforme a las Constituciones de 1833 (Art. 157) y 1925 (Art. 109), el Presidente de la República sólo podía formular vetos parciales, es decir, observaciones para modificar o adicionar el proyecto aprobado por el Congreso: es decir, no se

- 37 El proyecto rechazado por el Presidente es enviado al Congreso, para permitir a cada Cámara la aprobación del voto de insistencia, sujetándose su tramitación a reglas diversas, según si el rechazo presidencial fue total o parcial (Art. 128 incisos segundo y tercero C.Pol., Arts. 33 inciso segundo, 34 y 35 LOC 18.918). En caso de rechazo parcial, antes de votarse la insistencia, se vota la aprobación o rechazo, y en este último caso se vota la insistencia.
- 38 El voto de insistencia requiere la conformidad de las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.). Si no se logra este quórum, no hay reforma constitucional en todo o en la parte en que existe discrepancia entre el Congreso y el Presidente. Lográndose dicho quórum, el Presidente queda obligado a promulgar el proyecto, salvo que decida convocar a plebiscito (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.).
- 39 La convocatoria a plebiscito debe efectuarse dentro de treinta días a contar de la insistencia del Congreso. Transcurrido ese plazo sin que haya convocatoria, debe ser promulgado el proyecto aprobado por el Congreso. La convocatoria a plebiscito se ordena mediante decreto supremo, el cual debe fijar la fecha de la votación -no antes de treinta días ni después de sesenta días contados desde la publicación del decreto- y contener los textos sometidos a plebiscito (Art. 129 inciso primero C.Pol.).
- 40 Si se trata de la insistencia frente a un rechazo total del Presidente, el decreto debe contener el texto aprobado por el Congreso. Si se trata de la insistencia frente a observaciones parciales, el decreto debe contener cada una de las cuestiones insistidas por el Congreso, y someterlas separadamente a votación (Art. 129 inciso segundo C.Pol.).
- 41 Tratándose de la insistencia frente a vetos parciales del Presidente, se suscita la duda de si la ciudadanía debe optar entre el proyecto del Congreso y el proyecto del Presidente, o si la cuestión sometida a consulta consiste simplemente en la aprobación o rechazo del proyecto del Congreso. La segunda alternativa es la correcta. La regla constitucional ordena publicar solamente “las cuestiones del proyecto en las que el Congreso haya insistido” (Art. 129 inciso segundo C.Pol.). El plebiscito no tiene por finalidad imponer la voluntad del Presidente sobre la del Congreso, sino solamente otorgar al Presidente una alternativa a la obligación de someterse a la decisión del Congreso. El resultado del plebiscito, ratificado por el Tribunal Calificador de Elecciones, determina el texto del proyecto de reforma constitucional, el cual debe ser promulgado por el Presidente dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del Tribunal Calificador (Art. 129 inciso tercero C.Pol.).
- 42 Las reglas de procedimiento consagradas en el Capítulo XIV de la Constitución, reseñadas en los párrafos anteriores (núms. 26 a 37) evidencian tres vacíos de importancia:
- a) La Constitución no regula las fases de promulgación, publicación y entrada en vigencia de las leyes de reforma constitucional;

encontraba autorizado para rechazar el proyecto de plano (veto total), como sí lo estaba en materia de ejercicio de la potestad legislativa. La Constitución de 1980 alteró esta regla, eliminando con ello el relativo predominio que de este modo se otorgaba al Congreso en el ejercicio de la potestad constituyente.

- b) La Constitución no establece un plazo dentro del cual el Presidente debe realizar la fase de la sanción de la ley de reforma constitucional, pronunciándose sobre su aprobación o veto;
- c) La Constitución no contempla reglas para resolver las discrepancias que puedan suscitarse entre ambas Cámaras, ni tampoco para el caso que la Cámara de origen deseché en su totalidad un proyecto de reforma constitucional presentado por mensaje del Presidente de la República.

43 La solución al primer y segundo problemas consiste en aplicar supletoriamente las reglas generales establecidas para la formación de la ley. Así lo dispone expresamente el inciso final del Art. 127 (*supra*, núm. 15).

44 Sin embargo, resulta problemática la aplicación supletoria de las reglas generales sobre solución de desacuerdos entre las Cámaras, propias del procedimiento de formación de la ley (Arts. 68, 70 y 71 C.Pol.). Su aplicación traería consigo dificultades insalvables derivadas de las diferencias de quórum exigidos por uno y otro procedimiento. En esta materia persiste una indesmentible incongruencia constitucional¹³.

6. El principio de la soberanía limitada.

45 El Art. 5° inciso segundo C.Pol. dispone lo siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

46 El precepto transcrito establece como regla básica del ordenamiento jurídico chileno el principio de la soberanía limitada. Conforme a este principio, la validez de los actos del Estado no depende únicamente de la satisfacción de requisitos procedimentales, sino también el respeto de lo que podría denominarse como “derechos humanos esenciales”. Las normas que reconocen estos derechos establecen en consecuencia, una prohibición de vulneración o afectación de los mismos que tiene por destinatario principal a todos los órganos del Estado.

47 Esta prohibición es considerada usualmente como un criterio negativo de delimitación del ámbito material de competencia de cualquier potestad pública subordinada a la Constitución. Cuán correcta sea esa consideración desde un punto de vista analítico, esa es una cuestión que excede el cometido de estos materiales. Basta aquí con consignar que el derecho público establece una diferencia entre la *afectación* de un derecho fundamental por un acto estatal y su *violación*, entendiendo por violación una afectación jurídicamente injustificable. La dogmática

¹³ La exigencia del Art. 127 inciso tercero C.Pol. —“debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior”— no resuelve el problema. Esta regla puede ser aplicable al voto de insistencia de una Cámara, pero resulta inaplicable al voto de rechazo de esa insistencia por la otra Cámara. La única manera de satisfacer “siempre” los quórums de reforma constitucional es excluyendo la institución del voto de insistencia.

constitucional de los derechos fundamentales es en lo esencial una teoría normativa de la justificación de su afectación.

- 48 Lo dicho se refiere a las normas establecidas en ejercicio de potestades subordinadas a la Constitución. Pero, ¿implica el principio de la soberanía limitada también la existencia de límites a la potestad constituyente? La cuestión no se refiere a la admisibilidad conceptual de una soberanía limitada¹⁴, sino a la plausibilidad de su consagración institucional. Para esta interrogante existen varias respuestas posibles.
- 49 En una primera aproximación, la afirmativa parece evidente. Puesto que el concepto “soberanía” abarca también la potestad de establecer normas constitucionales, es obvio que si la soberanía reconoce ciertos límites, éstos también rigen para el ejercicio de la potestad constituyente.
- 50 Sin embargo, es evidente que el Art. 5° también es modificable conforme al procedimiento de reforma de la Constitución. Al exigir un quórum de 2/3 para la reforma del Capítulo I de la Constitución, el Art. 127 inciso segundo C.Pol. da a entender que la vigencia del principio de la limitación de la soberanía depende también en última instancia de la decisión del Congreso y el Presidente.
- 51 Desde la primera perspectiva es posible sostener, sin embargo, la existencia de una jerarquía dentro de la propia Constitución, implícita en el principio de la limitación de la soberanía. Conforme a esta perspectiva, el principio de la soberanía limitada no es una norma constitucional cualquiera, que pueda entrar en conflicto con otras decisiones adoptadas en ejercicio de la potestad constituyente, sino una condición de validez del ejercicio de toda potestad estatal. Toda decisión del Estado, bajo la vigencia del Art. 5° C.Pol., debe respetar los derechos humanos esenciales para ser válida.
- 52 Aun concediendo lo anterior, cabe observar, no obstante, que lo dispuesto en el Art. 5° C.Pol. no obsta a la derogación del precepto en cuestión. En la Constitución chilena no existen prohibiciones expresas de reforma, como lo hay, por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana¹⁵. Luego, si el Congreso y el Presidente de la República, ejerciendo la potestad constituyente, pueden derogar el Art. 5°, el principio de la soberanía limitada no constituye, al menos en este sentido, un límite para la potestad constituyente.
- 53 En contra, se puede argumentar que la reforma de un precepto como el del Art. 5° C.Pol., que limita en esos términos cualquier forma de ejercicio del poder del Estado, si bien formalmente plausible, constituiría un ejercicio abusivo de la potestad constituyente, y el abuso de una potestad no puede considerarse un ejercicio válido de la misma. Por lo demás, para que

¹⁴ Si por “límite a la soberanía” se entiende una orden dictada por otro a un soberano, y por “soberano”, aquél que no obedece órdenes de otro, entonces el concepto de soberanía limitada es una contradicción en los términos. Pero no es contradictorio entender el límite a la soberanía como una definición institucional de la competencia de una potestad suprema en un sistema jurídico (*vid.* Hart, CD, p. 82 ss.).

¹⁵ El Art. 73 N° 3 de este texto constitucional declara inadmisibles la modificación de la distribución territorial de la Federación de Estados, el principio de cooperación de los Estados en la legislación, y los principios elementales de los derechos humanos (Art. 1) y del Estado de Derecho, incluido el derecho de resistencia (Art. 20).

una prohibición de reforma tuviera el efecto que exige la perspectiva contraria, ella tendría que ser autorreferente, es decir, tendría que incluirse a sí misma dentro del grupo de disposiciones inmodificables. Y esto ni siquiera lo hace la Ley Fundamental alemana¹⁶.

- 54 La institución de la soberanía limitada pareciera en definitiva, imposible de ser procedimentalmente garantizada. El que los sistemas de control constitucional sean eficaces implica que aún existen ciertos consensos básicos en la sociedad, de los cuales el más importante es el respeto de ciertos límites por parte de quienes ejercen las potestades soberanas. A la inversa, el que quienes ejercen esas potestades pretendan abiertamente sobrepasar dichos límites puede bien ser considerado como una prueba de la ruptura de los consensos sociales fundamentales. En tal caso, ninguna previsión jurídica podría ser por sí sola capaz de mantener o restablecer el orden social.
- 55 Coincidentemente con lo anterior, la Ley Fundamental alemana reconoce el derecho de resistencia del pueblo frente a un ejercicio del poder público que infrinja los límites constitucionales a la soberanía (Art. 20). Pero es evidente que semejante “derecho” no requiere validación jurídico-positiva ni es susceptible de ser invocado procedimentalmente: llegado al punto de su ejercicio, ya no rige de facto la Ley Fundamental, sino que se está ante una situación de rebelión o guerra civil.
- 56 Lo dicho anteriormente se refiere sólo a la validez del principio de la soberanía limitada como restricción normativa al ejercicio de la potestad constituyente realizado de modo tal que deliberadamente pretenda desconocer dicho principio. Distinta es la cuestión del posible valor del principio de la soberanía limitada como estándar argumentativo para el control del ejercicio de la potestad constituyente realizado de modo comprometido con dicho principio. Tal es el caso, por ejemplo, cuando existe disparidad entre la apreciación de la mayoría favorable a una reforma constitucional y la minoría contraria a ella en relación con la congruencia de esa reforma con aquellas normas reconocidas –por ambas partes– como límites al ejercicio de la potestad constituyente. En el contexto de un desacuerdo de esa naturaleza no resulta problemático asumir la existencia de límites a la potestad constituyente.
- 57 Queda sin embargo por precisar el alcance de la expresión “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. El Art. 5° C.Pol. presupone que se trata de derechos garantizados por la Constitución y –después de la LRC 18.825– por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Pero resulta absurdo sostener que todas y cada una de las disposiciones formuladas en esos textos autoritativos a propósito de los derechos fundamentales representan un límite normativo indisponible para la potestad constituyente. La pregunta por el reconocimiento de los derechos esenciales sólo puede responderse de la mano de una justificación basada en razones morales sustantivas.

¹⁶ El Art. 73 N° 3 de la Ley Fundamental declara inmodificables otras disposiciones, sin que norma alguna de la Ley Fundamental prohíba expresamente la modificación del Art. 73 N° 3. La solución alemana a este problema no consiste en una prohibición de reforma, sino en el reconocimiento del derecho de resistencia (*infra*, núm. 55).