



2. LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL

DIEGO PARDO ÁLVAREZ*

No es trivial que una constitución otorgue la potestad para reformarse a sí misma. De hecho, aunque nos parezca extraño, algunas constituciones tempranas europeas no contemplaban un procedimiento de reforma constitucional. Esta ausencia puede explicarse bajo las propias categorías clásicas del constitucionalismo revolucionario. Solo el poder constituyente, en tanto atributo del soberano, puede *constituir*. Los poderes constituidos, esto es, las potestades que se encuentran por debajo de una constitución, no pueden constituir porque son, por definición, producidas por el poder constituyente y se encuentran sometidas a su voluntad. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos muestra, así, la peculiar posición que cabe reconocer a la potestad de reforma constitucional: desde el punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, la potestad de reforma debe calificarse como un poder constituido; sin embargo, de entre los poderes constituidos, la potestad de reforma es la única potestad capaz de cuestionar el producto de la voluntad constituyente.

El tiempo es la razón por la que una constitución podría habilitar a los poderes constituidos a reformar sus propios contenidos. Por mucho que las constituciones sean dictadas, en condiciones ideales, para perdurar hasta la eternidad, nuevas circunstancias hacen siempre necesario modificar la concreción jurídica de la voluntad constituyente. Eso explica por qué el so-

* Doctor en Derecho, Universidad de Göttingen. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt. Correo electrónico: diego.pardo@uach.cl.

berano podría llegar a autorizar a las potestades constituidas a modificar su voluntad originaria. El soberano, sin embargo, no se disuelve en, ni entrega permanentemente su voluntad a, la potestad de reforma constitucional. La potestad de reforma, al contrario, encuentra la razón de su legitimidad precisamente en el poder constituyente que le dio nacimiento. La posición de la potestad de reforma puede resultar, así, muy peculiar: puede reformar la constitución, pero solo bajo el procedimiento y los límites que el propio poder constituyente estableció.

Tres preguntas centrales emergen de esta teoría clásica del poder constituyente. En primer lugar, a quién corresponde ejercer la potestad de reforma, es decir, cuál es la autoridad competente para reformar la constitución. En segundo lugar, qué procedimientos deben observarse para reformarla. En tercer lugar, qué límites encuentra la potestad de reforma constitucional. El margen de las posibles respuestas a estas tres preguntas es trazado precisamente por el poder constituyente que subyace a la potestad de reforma. La autoridad que ejerce la potestad de reforma, sus procedimientos y sus límites no pueden ser los mismos del poder constituyente, pues ambos poderes no pueden confundirse sin que ocurra una suplantación. Pero la única forma de verificar que la potestad de reforma se encuentra sometida al soberano, es decir, la única forma en que la potestad de reforma puede reclamar legitimidad, es consagrarla en términos similares o compatibles con las formas reconocidas de actuación del poder constituyente. La potestad de reforma debe expresar, sin usurpar, al poder constituyente soberano. En este trabajo se analizará la forma en que este peculiar equilibrio puede establecerse.

2.1. Constitución formal y material: la constitución como disposición jurídica

No puede hablarse ni del Estado ni de la asociación política sin que conceptualmente deba presentarse una forma, aun precaria, de organización. Esta forma peculiar de organización es a veces denominada como constitución en sentido antiguo o como constitución en sentido sociológico¹. La organización de una asociación política, ese conjunto de reglas de comportamiento, de competencias, procedimientos y límites públicamente reconocidos al poder político, permite la existencia del poder entendido

1 Kelsen, Hans (1958), p. 217.

como acción colectiva. Sin una organización públicamente reconocida y eficaz, en consecuencia, no puede hablarse de una asociación política, si quiera de un agente colectivo.

La escrituración de la forma básica de organización de una asociación política es, en cambio, un fenómeno moderno, reciente y que responde a intereses específicos². A la burguesía que acompañaba la Revolución francesa, así como a aquella anterior que pactaba derechos de carácter individual con el monarca, resultaba crucial que se reconociera explícitamente un conjunto de libertades y límites a la acción política estatal, sobre todo en lo concerniente a la propiedad y la libertad personal. Un poder político ejercido sin un límite certero y estable no entregaba la certeza suficiente para el ejercicio de la libertad individual y del comercio.

Con la modernidad se propagó rápidamente la escrituración de la organización estatal, por lo que se hizo costumbre designar como constitución el documento escrito que regula la forma del Estado y la relación de este con los individuos. La escrituración de la constitución es propia del constitucionalismo positivista post-revolucionario. La transferencia de soberanía desde el monarca al pueblo implicó un tránsito desde un esquema de legitimidad dinástico a uno racional y positivo: las constituciones comenzaron a ser entendidas como un producto humano, no divino. A partir de la caída del antiguo régimen las constituciones dejaron de ser entendida como parte del orden racional del mundo y comenzaron a entenderse como un producto siempre modificable de la acción humana. La escrituración permite en este sentido dos cuestiones cruciales para el constitucionalismo moderno: la seguridad jurídica en la aplicación de la constitución, incluso en sistemas sin precedente, y la modificación racional legislativa de las disposiciones básicas de una asociación política.

Con el objeto de comprender en mejor medida el fenómeno constitucional, la doctrina constitucional suele hacer una serie de diferenciaciones. Relevantes en este contexto son las distinciones entre constitución formal y constitución material, por una parte, y entre constitución y ley constitución, por otra. Por *constitución formal* debe entenderse el conjunto de disposiciones jurídicas promulgadas mediante el procedimiento de aprobación correspondiente a la constitución. Por *constitución material* se entiende, en cambio, el conjunto de reglas fundamentales que establecen

2 LOEWENSTEIN, Karl (1959), *passim*.

las bases esenciales del ejercicio del poder del Estado. Como es evidente, no toda la constitución formal (no todo el conjunto de disposiciones constitucionales) es al mismo tiempo digna de considerarse como constitución material (como base esencial de la organización estatal).

A la inversa, no toda regla fundamental que establezca las bases del ordenamiento jurídico ha sido aprobada mediante el procedimiento jurídico correspondiente a las disposiciones de rango constitucional. La distinción entre constitución y ley constitucional, en segundo lugar, fue popularizada por Carl SCHMITT³. Para SCHMITT, la *constitución* es la decisión sobre la situación concreta del orden y la unidad política⁴. La *ley constitucional*, en contraste, es el conjunto de disposiciones jurídicas que formalmente son consideradas de rango constitucional⁵. La organización del Estado, para SCHMITT, no puede reducirse al documento que consagra un conjunto de disposiciones jurídicas. Pues, a su juicio, lleva a conclusiones absurdas pensar que la identidad y la forma de la asociación política puede reducirse a un conjunto de disposiciones jurídicas. La organización de la asociación política es para SCHMITT más que el mero instrumento jurídico que consagra sus competencias y límites.

2.2. La potestad de reforma como poder constituido

Ambas distinciones permiten entender en mejor medida los límites conceptuales de la potestad de reforma. La potestad de reforma es una potestad jurídica que permite la agregación, modificación o derogación de una disposición jurídico-constitucional, esto es, de una o del conjunto de disposiciones de la ley constitucional. El objeto de referencia de la potestad de reforma es, en consecuencia, la ley constitucional, no, en cambio, la constitución (entendida ya sea como constitución material, como constitución sociológica, como decisión fundamental o en su defecto como capacidad de agencia política colectiva). El efecto primario de la potestad de reforma radica en la modificación de la ley constitucional mediante un procedimiento especial de creación de reglas jurídicas.

3 SCHMITT, Carl (1996), *passim*.

4 SCHMITT, Carl (1996), pp. 45 y s.

5 SCHMITT, Carl (1996), p. 37.

La potestad de reforma en tanto poder constituido presupone en consecuencia la existencia de tanto de una constitución como de una ley constitucional. Pues la posibilidad de reformar la propia ley constitucional supone una organización política capaz de referirse reflexivamente a su propia constitución. Así, la potestad de reforma no es el poder constituyente, sino su producto. A su vez, la potestad de reforma también requiere de una ley constitucional, porque sin ella carecería de objeto de referencia. No puede modificarse legislativamente una organización estatal de forma directa y racional si no hubiera una codificación de la constitución en una ley constitucional respectiva.

Los efectos jurídico-políticos ulteriores de la potestad de reforma constitucional, en cambio, dependen de si la ley constitucional agregada, modificada o derogada sirve de apoyo jurídico-formal para la constitución material y de si la reforma puede o no potencialmente alterar la organización básica de la unidad política. Pues la reforma de una disposición jurídico-constitucional no significa, sin más, que la constitución material y el orden concreto de la unidad política resulten significativamente alterados. Esto es ilustrado de manera evidente por las sucesivas modificaciones a que la Constitución de 1980 ha sido sometida. El alegato a favor de una nueva constitución se ha encontrado una y otra vez replicado con la afirmación de que la sustitución de la Constitución de 1980 no sería necesaria, pues ella ya ha sido sometida a múltiples reformas. Que el problema constitucional chileno haya perdurado incluso tras estas múltiples reformas muestra, sin embargo, que ninguna de ellas tuvo por objeto la organización básica del modelo heredado de la dictadura cívico-militar. Eventualmente, la potestad de reforma podría implicar un cambio constitucional –lo que SCHMITT denominaría “revolución legal”⁶–, pero ello no es ni necesario ni usual. Las múltiples reformas a la Constitución de 1980/89 muestran prístinamente la necesidad de sustituirla por un procedimiento distinto al de reforma.

2.3. La potestad de reforma como legislación

Desde el punto de vista jurídico, la escrituración de las reglas básicas de la organización del Estado produjo nuevos problemas de carácter lógico y

6 SCHMITT, Carl (2002), p. 48.

sistemático. Pues al formularse de manera escrita, la constitución, si bien abstracta y más general, adopta una forma jurídica similar a la de la ley. Entonces, la posibilidad de diferenciar entre constitución y legislación se traslada desde la autocomprensión de la práctica constitucional de una asociación política hacia la propia forma jurídica de la legislación. Es ahora el derecho, no la cultura ni la costumbre, lo que permite diferenciar entre la configuración básica y fundamental del poder del Estado y las meras órdenes legales que emanan de este. Como el legislador puede modificar tanto la ley como la ley constitucional, toda orden emanada de los poderes constituidos podría desestabilizar el orden constitucional: no habría ni supremacía constitucional ni sujeción de la ley a la constitución si cada contradicción entre ley y constitución condujera al cuestionamiento de la segunda.

Como consecuencia del establecimiento de una potestad de reforma se genera, entonces, una relación peculiar entre constitución y ley: por una parte, la supremacía constitucional supone una separación entre ambas; pero, por la otra, tanto la ley constitucional como la ley, al ser productos legislativos, aspiran a ser reconocidas como legítimas en términos similares, a saber, como el producto de un legislador representativo. La legitimación de la legislación se encuentra en su procedimiento de creación. La legislación es la forma de expresión paradigmática de la asociación política; la ley aspira a ser la voluntad general de la *polis* en tanto unidad de acción y decisión. Para que esta aspiración pueda verse satisfecha, la legislación debe poder entenderse como el producto de un procedimiento de creación que toma en igual consideración la voluntad de todos sus asociadas y asociados. Las constituciones son las encargadas de consagrar las reglas básicas de este procedimiento de decisión. La legislación es, en consecuencia, a la vez creación de derecho y aplicación de derecho: en tanto voluntad de la asociación política, la legislación expresa una decisión general que la asociación se da a sí misma; pero para que la legislación pueda entenderse como la voluntad general de la asociación política, necesariamente debe respetar las condiciones procedimentales determinadas y los límites establecidos en la constitución⁷.

La constitución, por su parte, pretende establecer las condiciones procedimentales y sustantivas necesarias y suficientes para reputar como ju-

7 Kelsen, Hans (1992), *passim*.

rídicamente legítima la producción legislativa, ya sea simplemente legal, ya sea la reforma de la propia constitución. Para que exista supremacía constitucional y, por lo tanto, pueda legitimarse la producción legislativa, es necesario que la constitución no se encuentre a disposición de la voluntad del legislador ordinario. Pues si la legislación pudiera alterar a voluntad la constitución, entonces esta última no sería capaz de establecer ningún límite ni condición procedimental eficaz frente al legislador. Y ello traería como consecuencia que la legislación sería solo una voluntad desnuda que carecería de los elementos necesarios para poder satisfacer su pretensión de legitimidad.

Tradicionalmente se considera, en este sentido, que la forma en que deben diferenciarse legislación y constitución es mediante la mayor dificultad de modificación de esta última. La potestad de reforma es, así, un tipo de potestad legislativa que tiene por objeto la ley constitucional. Su diferencia específica frente a la legislación ordinaria sería que la potestad de reforma se encontraría sometida a condiciones procedimentales más agravadas. Esto es expresado paradigmáticamente por Kelsen, quien considera que la constitución formal, *i.e.* “un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”⁸. Si este no fuera el caso, *i.e.*, si modificar la ley y la constitución fuera igual de sencillo, para Kelsen (como para buena parte de la doctrina positivista) resultaría que la legislación podría derogar la constitución, lo que significaría que la constitución no sería suprema ni vincularía al legislador⁹.

2.4. Posición, legitimidad y límites de la potestad de reforma

La potestad de reforma es, en consecuencia, materialmente un caso especial de poder constituyente (SIEYÈS: derivado)¹⁰; conceptualmente, a la vez, un caso especial de legislación (Kelsen: agravada)¹¹. En tanto ejer-

8 Kelsen, Hans (1958), p. 147.

9 Ídem.

10 SIEYÈS, Emmanuel (1973), *passim*.

11 Kelsen, Hans (1958), p. 147.

cicio derivado de poder constituyente, la potestad de reforma no puede suplantar al soberano, pero tampoco puede ignorarlo. La potestad de reforma tiene que expresar, sin repetir, la pretensión de legitimidad que el propio soberano sostuvo al momento de poner en vigor una constitución. Igualmente, en tanto producción legislativa, la potestad de reforma tiene que sostener una pretensión de legitimidad representativa equivalente a la propia de la legislación. Pero a la vez tiene que poder diferenciarse de ella, pues de lo contrario la legislación podría aspirar a entenderse como potestad de reforma.

Si la posición formal de la potestad de reforma es curiosa, su lugar material es a lo menos incómodo: en tanto poder constituido, cuenta como una forma de ejercicio de poder gubernamental del pueblo; pero en tanto posible modificación de la constitución, la potestad de reforma podría entenderse como un atributo del soberano. Si la soberanía y el gobierno tuvieran distintos titulares, no habría necesidad de diferenciar el ejercicio del poder constituyente del ejercicio del gobierno. Dado que, conforme a la teoría de la soberanía popular, el pueblo es el titular tanto del gobierno como del poder constituyente, y que la potestad de reforma constitucional es una forma calificada de legislación, diferenciar la legislación ordinaria de la reforma constitucional se vuelve fundamental.

Desde un punto de vista jurídico-positivo, la potestad de reforma puede cuestionar y disponer de sus propias condiciones procedimentales de legitimidad constitucional. Esta posibilidad genera desde ya un problema lógico: si la reforma constitucional se reputa legítima a consecuencia de respetar el procedimiento constitucional correspondiente, ¿cómo podría ser legítima cuando asume el cambio de sus propias condiciones de legitimidad? Esta pregunta evoca la célebre paradoja de Ross¹², pero, más interesante para nuestros propósitos, evoca concretamente la posibilidad de determinar límites a la potestad de reforma. Aparentemente, la legitimidad de los resultados de la potestad de reforma no puede depender únicamente de una constitución que regula su procedimiento, porque siempre es posible que la potestad se dirija contra sus propios presupuestos. Luego, dado que los límites constitucionales de la potestad de reforma no yacen fuera de su disposición, pues ella siempre puede modificar la ley constitucional

12 Ross, Alf (1941), *passim*.

que supuestamente la limita, algunos teóricos –particularmente SCHMITT– han sostenido que la potestad de reforma se encontraría sometida a límites implícitos¹³.

Estos límites implícitos no son para SCHMITT ni meramente conceptuales ni propiamente normativos, sino políticos y materiales. No se trata de afirmar que la potestad de reforma, de no respetar estos límites (conceptuales), deviene en el ejercicio de otra potestad. Para SCHMITT, la potestad de reforma tiene límites concretos y precisos, no solo semánticos. Pero, por otra parte, SCHMITT no tiene en mente limitaciones normativas propias del Estado de derecho liberal. Particularmente, SCHMITT no favorece que la potestad de reforma sea vea limitada por el reconocimiento de los derechos de libertad ni por los principios del Estado de derecho. Él considera, en cambio, que la potestad de reforma no puede alterar la identidad y la continuidad de la constitución como un todo, entendida como la decisión política, soberana y fundamental sobre la forma de existencia de un pueblo. Pues, de hacerlo, la potestad de reforma suplantaría al soberano en su faceta de poder constituyente¹⁴.

Esta teoría ha conducido a que, en algunos sistemas, como el alemán y el estadounidense, la ley constitucional incluya cláusulas pétreas, es decir, disposiciones de la ley constitucional que se encuentran excluidas del alcance de la potestad de reforma. En el caso alemán se excluye la posibilidad de reformar la división federal, la participación de los Estados federados en la legislación y los principios de dignidad humana, federalismo, democracia, Estado social y Estado de derecho; en el caso estadounidense, la reforma constitucional “no puede sustraer a los estados federados, sin su consentimiento, de su igual derecho de sufragio en el Senado”. De estas disposiciones inmodificables dependería la identidad y continuidad constitucional de un Estado. Pero SCHMITT fue más allá: incluso en aquellos sistemas en donde no existen estas cláusulas pétreas en términos expresos, la identidad constitucional se encontraría excluida del alcance de la potestad de reforma constitucional¹⁵. Pues la potestad de reforma tiene por objeto de referencia solo la ley constitucional, no la constitución (material).

13 SCHMITT, Carl (1996), p. 119.

14 Ídem.

15 Ídem.

Richard THOMA, también un prestigioso jurista de la época de la República de Weimar, y uno de los contrincantes usuales de SCHMITT (como Kelsen, Heller y Smend), replicó con éxito que la potestad de reforma (incluida en la constitución de Weimar) sería una potestad ilimitada, por lo que cualquier parte de la constitución podría ser modificada sin cometer infracción alguna¹⁶. Sus argumentos son también de interés en la actualidad. Para THOMA, la determinación de un catálogo implícito de materias excluidas de la potestad de reforma en la constitución de Weimar no solo sería contrario a su tenor literal, sino por sobre todo significaría un aumento del poder de la adjudicación constitucional¹⁷. Pues a su juicio la única potestad que, desde un punto de vista lógico, podría asumir la tarea de determinar los límites implícitos de la potestad de reforma sería la adjudicación. Eso es precisamente la consecuencia práctica de las cláusulas pétreas en el esquema de distribución de funciones: encargados de declarar inadmisibles una reforma por ser contraria a la identidad de la constitución son en último término las cortes y los tribunales constitucionales. Cuando los comentaristas nacionales consideran, entonces, que la potestad de reforma se encontraría limitada por el reconocimiento de los derechos humanos, la consecuencia inmediata que de ello se deriva es que, precisamente, los encargados de determinar el contenido de tales derechos —los tribunales nacionales e internacionales— podrían eventualmente declarar inadmisibles el ejercicio de la potestad de reforma.

2.5. Vías de manifestación de la potestad de reforma

La potestad de reforma democrática debe poder entenderse como un procedimiento autorizado por el pueblo en tanto portador de la soberanía. Sin embargo, no debe poder entenderse como un ejercicio directo de soberanía, porque su legitimidad proviene de una decisión soberana antecedente, no actual. Si cada modificación de la constitución constituye un ejercicio directo de soberanía, entonces no puede hablarse de un Estado de derecho, pues un *plébiscite de tous le jours* no es una forma de Estado¹⁸. Por eso, la potestad de reforma debe alcanzar un equilibrio: debe poder

16 THOMA, Richard (1932), *passim*.

17 Ídem.

18 SCHMITT, Carl (1996), p. 334.

entenderse como un procedimiento sometido, por una parte, al soberano, pero, por otra, compatible o expresivo de la soberanía popular. ¿Cómo se ha pretendido alcanzar este equilibrio?

Acaso la clasificación más general distingue entre procedimientos de reforma que requieren la invocación de órganos o procedimientos extraordinarios, frente a procedimientos de reforma que requieren la interacción de órganos y procedimientos ya contemplados o constituidos. El caso clásico de invocación de un órgano especial y extraordinario dedicado exclusivamente a la (presentación de propuestas de) reforma de la constitución es el artículo V de la Constitución de Estados Unidos, que consagra la posibilidad de convocar a una convención constitucional. En otros sistemas constitucionales modernos, la potestad de reforma por lo general requiere de la participación de uno o más de uno de los poderes, órganos y procedimientos ya constituidos. En muchos de estos casos, sin embargo, el pueblo (como órgano, es decir, el electorado) se encuentra por lo general excluido de la participación en la legislación ordinaria, pero es convocado especialmente a pronunciarse sobre una reforma constitucional. Esto ocurre tanto en Francia como en Suiza, lugar este último donde para la reforma de la constitución se requiere “de la aprobación de la mayoría de los habilitados para votar y de los cantones”.

De entre todas las posibles diferenciaciones pensables para “agravar” el procedimiento de reforma constitucional (frente a la legislación ordinaria), las posibilidades más utilizadas son las reglas de decisión calificadas, la necesidad de reconfigurar un órgano como consecuencia de la reforma y la aprobación en dos momentos o en dos periodos legislativos. El artículo 131 de la Constitución de Bélgica establece que una revisión de la constitución solo es posible cuando el legislador así lo declara: la consecuencia inmediata de tal declaración es la disolución del parlamento, debiendo, en consecuencia, un nuevo parlamento determinar el contenido de la reforma constitucional. Asimismo, el artículo 168 de la Constitución española establece que la revisión total de la constitución, o una parcial que afecte ciertos capítulos, requerirá de dos tercios en cada cámara y de la disolución inmediata de las cortes. La Constitución de Italia exige, por otra parte, que una reforma constitucional sea aprobada en dos momentos por el Senado y la Cámara de Diputados, mediando siempre al menos tres meses entre una y otra aprobación. Por una parte, estos mecanismos buscan desacelerar y desincentivar los cambios constitucionales; por otra, buscan mediante la

reconfiguración de los órganos representativos, al igual que en el caso del referéndum, obtener una mayor legitimidad plebiscitaria.

En la mayoría de los casos, sin embargo, la potestad de reforma se diferencia del procedimiento legislativo mediante una mayoría calificada. Por ejemplo, el artículo 76 de la Constitución de Weimar afirmaba que “la constitución puede ser reformada por vía de la legislación”, pero bajo un procedimiento agravado que exigía una votación de dos tercios del *Reichstag*. El artículo 79 de la actual Ley Fundamental alemana consagra que la reforma constitucional requerirá de la aprobación de dos tercios del *Bundestag* (o parlamento alemán) y de dos tercios del *Bundesrat* (o dieta federal). Siguiendo esa línea tradicional, el artículo 127 de la Constitución de 1980 establece que “serán aplicables a los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley”, aunque “necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio” o de los dos tercios en caso de que la reforma recaiga sobre ciertos capítulos. En todos estos casos la potestad de reforma no se diferencia de la potestad legislativa en función de los órganos que participan en su sustanciación, sino, en cambio, en función de una regla de decisión que otorga un veto a una minoría de los representantes. Presumiblemente, lo que busca este tipo de mayorías calificadas es otorgar un veto a una minoría política, de forma de poder configurar una especie de autodefensa, así como incentivar la toma de decisiones de reforma constitucional consensuadas entre mayorías y minorías.

2.6. ¿Puede alcanzarse una nueva constitución mediante el ejercicio de la potestad de reforma?

Por definición, como insiste el argumento post-revolucionario clásico, la única potestad competente para dictar una nueva constitución es el poder constituyente. La potestad de reforma, en cambio, solo tiene competencia para modificar la ley constitucional, pero no, en cambio, la constitución material ni las reglas básicas de la asociación política. Por eso, en principio, las modificaciones introducidas a una ley constitucional mediante la potestad de reforma no pueden ser descritas como una manifestación del poder constituyente originario. Parafraseando los ejemplos que da el propio SCHMITT, no es posible tanto en términos políticos como jurídicos eliminar por vía del procedimiento de reforma constitucional el sistema

electoral democrático, reemplazar el Estado unitario por uno federal, el presidente por un monarca o el régimen presidencial por uno parlamentario¹⁹. A sus ojos, estos cambios serían tan absurdos como que un padre ordenara a su hijo no obedecerlo o a que la FIFA determinara que el fútbol se jugará solo con las manos y ya no con los pies.

Esta teoría clásica explica la reticencia de quienes promueven la dictación de una nueva constitución frente a la posibilidad de que ella sea alcanzada mediante la potestad de reforma establecida en el capítulo XIV de la Constitución de 1980. La potestad de reforma es un poder constituido, por lo que la legitimidad que reclama siempre será dependiente, de acuerdo a esta mirada, de la propia legitimidad que otorga la constitución vigente. Si la potestad de reforma modifica una disposición que se reputa fundamental para la identidad y continuidad de la constitución vigente, esto constituiría un acto “soberano apócrifo”²⁰, cuyo sentido político sería, de ser exitoso, el reemplazo de un soberano por otro por vía legal. Quienes promueven la sustitución de la Constitución de 1980 insisten, acaso con razón, que una reforma de la ley constitucional no puede, por definición, tener el efecto o la entidad suficiente como para cuestionar las bases fundamentales del orden constitucional impuesto *manu militari*. Se requeriría, conforme a esta visión, de una nueva ley constitucional que no apele a la legitimidad que pretende proveer la Constitución de 1980 para poder tener una nueva constitución.

Esto, si bien posiblemente correcto, no quiere decir que el ejercicio de la potestad de reforma no pueda traer como consecuencia política ulterior la implantación de un nuevo orden constitucional. Pues la decisión legal a la que arriba la potestad de reforma podría ser una expresión de la ley constitucional vigente y a la vez una manifestación de las bases de un nuevo orden constitucional *in status nascendi*. La potestad de reforma funcionaría en estos casos, analizado el asunto siempre desde una perspectiva retrospectiva, como un tránsito conciliatorio entre la legalidad constitucional vigente y la constitución material emergente contraria. Por eso SCHMITT acuña la feliz expresión de “revolución legal”²¹. Por ejemplo, la Constitución de Canadá estuvo hasta 1975 compuesta por una serie de disposicio-

19 SCHMITT, Carl (1996), p.119.

20 SCHMITT, Carl (1996), p. 123.

21 SCHMITT, Carl (2002), p. 48.

nes constitucionales dictadas por el parlamento británico —las British North America Acts—. La primera British North America Act dictada exclusivamente por el parlamento canadiense data de 1952, y fue autorizada por una anterior dictada por el parlamento británico en 1949. ¿Dependió siempre acaso la validez de la Constitución de Canadá de la autorización británica? ¿Podía ser revertida esta autorización por Gran Bretaña? La formación del Estado chileno como consecuencia del cabildo de Santiago en 1810 fue, desde el punto de vista jurídico, un ejercicio legal y a la vez una expresión de un nuevo sujeto colectivo que, al poco tiempo, llevó a la declaración de independencia. En último término, una constitución es un sistema de acción colectiva. Si, por causa del argumento, se hubiera aprobado una nueva constitución para Chile siguiendo el procedimiento de reforma constitucional establecido en la constitución vigente, y ese orden hubiera sido consentido y generalmente obedecido por (una parte significativa de) la asociación política, el producto de tal reforma tendría que ser considerado, al menos desde un punto de vista conceptual retrospectivo, como una nueva constitución.

2.7. ¿Es el procedimiento de nueva constitución un procedimiento de reforma?

El procedimiento recientemente incluido en la Constitución de 1980 en orden a sustituirla es el resultado de una reforma constitucional. Es legítimo desde el punto de vista jurídico-constitucional, en consecuencia, a razón de satisfacer las condiciones procedimentales y sustantivas propias de la potestad de reforma establecida en la constitución. La reforma se aprobó como una adición al capítulo XV de la ley constitucional, con el voto favorable de más de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, y fue promulgada por el presidente de la República. A partir de ese acto de promulgación, el procedimiento de sustitución de la constitución, establecido en los artículos 130 y siguientes del texto, se incorporó a la Constitución de 1980.

La pregunta que emerge de esta inclusión es si el procedimiento contemplado en los artículos 130 a 143 de la Constitución es una expresión de la potestad de reforma, es decir, si el producto que surgirá de este procedimiento, de tener éxito, debe ser considerado una nueva constitución o una reforma a la Constitución de 1980 vigente. La respuesta más simple a esta

pregunta es considerar que el producto que emerge de este procedimiento es una nueva constitución, en tanto la propia constitución vigente denomina al producto de este procedimiento de sustitución como una nueva constitución; en tanto, la Constitución de 1980 se entiende "derogada orgánicamente" por la aprobación de la nueva constitución y en tanto la nueva constitución, adicionalmente, puede recibir una redacción e incluir instituciones y procedimientos completamente diferentes a la Constitución de 1980.

La respuesta simple, sin embargo, pierde de vista que desde el punto de vista jurídico la nueva constitución deberá su validez jurídica al procedimiento contemplado en la antigua constitución. Una respuesta menos simple, pero todavía no suficientemente compleja, entonces, consideraría a lo menos cuestionable y discutible que la nueva constitución sea producto del poder constituyente originario y no del derivado. Pues la nueva constitución debe su validez al procedimiento de reforma, y encuentra sus límites procedimentales e incluso sustantivos precisamente en la constitución vigente.

No solo apelando a argumentos propios de una izquierda radical, a la paradoja de Ross o a la reconstrucción del concepto de soberanía por SCHMITT puede arribarse a esta conclusión. También ella tiene apoyo textual. El artículo 135 inciso 4° de la Constitución de 1980 establece que "el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta disposición muestra que el procedimiento que lleva a la nueva constitución se encuentra sometido a límites establecidos por la constitución vigente. Es decir, el procedimiento contemplado en el nuevo articulado constitucional no solo está validado por la propia constitución actualmente vigente, sino incluso se somete a límites sustantivos impuestos por ella misma. El argumento menos simple, entonces, puede argumentar que el nuevo procedimiento de "sustitución" constitucional es un ejercicio de poder constituido, no de poder constituyente originario. No es una voluntad genuinamente soberana.

La respuesta compleja tiene que considerar que la pregunta por la distinción entre poder constituyente y potestad de reforma es una pregunta que solo puede ser respondida de manera retrospectiva y cuya respuesta escapa a los límites de la comprensión que el propio derecho tiene sobre sí mismo. Es correcto considerar que el procedimiento de sustitución consti-

tucional tiene en común con la potestad de reforma el hecho de estar contemplado en el texto constitucional vigente. Pero de eso no se deduce que su reconstrucción e interpretación deba reducirse a una mera consideración jurídica, como hacen las respuestas más y menos simple. La posibilidad de sostener que una constitución es nueva o es el derivado de una antigua no depende de si ella fue o no aprobada obedeciendo las normas de una constitución anterior. El procedimiento de sustitución contemplado en la constitución vigente no encuentra su legitimidad sustantiva en el mero hecho de estar contemplado en la constitución vigente. Asimismo, la nueva constitución no será legítima por el hecho de haber sido alcanzada mediante el cumplimiento de todas las condiciones procedimentales y sustantivas de validez establecidas en los nuevos artículos de la constitución vigente. Si de hecho la nueva constitución expresa y manifiesta un nuevo orden constitucional material, y no solo representa una reforma a la Constitución de 1980 que consagra su continuidad, dependerá de que el nuevo texto constitucional sea reconocido como legítimo en sus propios términos. Que ello sea además exigido por el texto constitucional anterior resultará en último término espurio.

2.8. La potestad de reforma de la nueva constitución: condicionamientos y propuestas

Por último, resulta necesario que revisemos cómo podría establecerse una potestad de reforma en una posible nueva constitución. La potestad de reforma es un elemento del constitucionalismo post-revolucionario que permite modificar la ley constitucional cuando el tiempo muestra su inadecuación y necesidad de actualización. Su legitimidad depende del respeto de las condiciones establecidas en la constitución, en la medida en que ellas expresan la voluntad constituyente expresado por la vía de la soberanía popular. La potestad de reforma, en consecuencia, debe ser capaz de expresar performativamente la propia pretensión de legitimidad entablada por el procedimiento constituyente. Si un proceso constituyente se precia de ser secular y democrático, por ejemplo, no puede otorgar competencia de reforma a un dictador, a un líder espiritual o a un consejo de sabios religiosos. El poder constituyente se contradiría a sí mismo si no establece una potestad de reforma que actúe bajo los criterios que describen y validan su propio actuar.

Por otra parte, la regulación específica de la potestad de reforma depende de la institucionalidad concreta que establezca una constitución. Los procedimientos de reforma constitucional bajo un sistema parlamentario responden a consideraciones distintas a los propios de los regímenes presidencialistas. Igualmente, la potestad de reforma de las constituciones pertenecientes a los Estados federados se diferencia significativamente de la potestad de reforma de los Estados unitarios. Esto quiere decir que las características que asumirá la potestad de reforma dependen en una medida significativa de las instituciones y el régimen de gobierno por el que opte la convención constituyente.

Hay dos elementos básicos, sin embargo, que caracterizan el ejercicio de poder constituyente en proceso y que eventualmente podrían perdurar en el establecimiento de una potestad de reforma constitucional futura: la necesidad de respetar los elementos establecidos en el actual artículo 135 inciso 4° de la Constitución y la necesidad de ratificarla mediante plebiscito. Los elementos establecidos en el artículo 135 inciso 4° —el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes— son casi todos (salvo el último) principios del Estado democrático de derecho. Constituiría una contradicción performativa que la convención constituyente estuviera vedada de proponer a ratificación plebiscitaria una posible restricción de estos principios, pero que a la vez autorizará a la potestad de reforma el modificarlos en el futuro. La inclusión de estos elementos parece estar orientada a la inclusión de cláusulas pétreas en la nueva constitución. Algunas más inofensivas que otras. Precisamente por eso no puede dejar de llamar la atención la inclusión en este listado de los tratados internacionales ratificados por Chile. Pues la disposición actual no distingue los tratados, y muchos de ellos, acaso la mayoría, no alcanzan la entidad normativa suficiente como para devenir en cláusulas pétreas. Una interpretación razonable es entender que el artículo 135 inciso 4° se refiere no a cualquier tratado ratificado, sino solo a los de derechos humanos. Esta interpretación, sin embargo, no tiene apoyo textual, hasta donde se alcanza a ver. La inclusión de los tratados como cláusula inmodificable para la asamblea constituyente parece más bien una intervención (inadmisible) de la mesa técnica constituyente en el proceso de creación constitucional, casi como un “acto soberano apócrifo”, en la expresión acuñada por SCHMITT. Todavía se requiere más análisis a este respecto.

La ratificación por plebiscito, en segundo lugar, es el corazón del actual procedimiento de sustitución constitucional. En esa medida es también uno de los principales ejes de su pretensión de legitimidad. Resulta inverosímil pensar que una convención constituyente que debe su funcionamiento a un plebiscito de apertura y cuyo trabajo aspira (supuestamente) a obtener la ratificación mediante un plebiscito de clausura excluya al electorado de los procedimientos de reforma constitucional futuros. Asimismo, ciertamente reduce la probabilidad de una ratificación exitosa que al electorado se le presente una constitución en cuya actualización y reconfiguración futura no participará. El actual procedimiento de sustitución constitucional reconoce la legitimidad que otorgan los plebiscitos en el establecimiento de una ley constitucional, por lo que es muy probable —y ciertamente recomendable— que la potestad de reforma futura integre la participación del electorado mediante plebiscitos.

BIBLIOGRAFÍA

- KELSEN, Hans (1992): *Compendio de teoría general del Estado* (Ciudad de México: Colofón).
- (1995): *Teoría general del derecho y del Estado* (Ciudad de México: UNAM).
- LOEWENSTEIN, Karl (1959): *Verfassungslehre* (Tübingen: Mohr-Paul Siebeck).
- ROSS, Alf (1941): "Imperatives and Logic", en *Philosophy and Science*, vol. 11, N° 1.
- SCHMITT, Carl (1996): *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza).
- (2002): *Legalidad y legitimidad* (Buenos Aires: Struhart).
- THOMA, Richard (1932): "Grundbegriffe und Grundsätze", en ANSCHÜTZ, Gerhard y THOMA, Richard (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II (Tübingen: Mohr Siebeck), §71.
- SIEYÉS, Emmanuel (1973): *¿Qué es el Tercer Estado?* (Barcelona: Edición Aguilar S.A.).

Coordinadores

Fernando Muñoz León

Viviana Ponce de León Solís

Conceptos para una nueva Constitución

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

CONCEPTOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

© Fernando Muñoz León y Viviana Ponce de León Solís (coordinadores)

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-1189

ISBN 978-956-9959-72-1

Primera edición, marzo de 2020

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.
El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.