

## PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA CONSTITUCIONAL: ENFOQUE TEÓRICO Y CONCRECIÓN PRÁCTICA AL CASO CHILENO

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ

SUMARIO: I. *Origen y desarrollo de la concepción del poder constituyente.* II. *El concepto de poder constituyente y su caracterización.* III. *El poder constituyente derivado, sus límites y el control de constitucionalidad.* IV. *Los límites a la reforma constitucional y su caracterización.* V. *La reforma constitucional en Chile.* VI. *La Constitución chilena no establece procedimiento para la modificación total o sustitución de la Constitución por otra carta fundamental.* VII. *Bibliografía.*

### I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CONCEPCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

Inicialmente podría señalarse a Rousseau como padre del concepto de poder constituyente, con base en 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 sólo 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 Sieyès a fines del siglo XVIII, en 1789, en su obra *¿Que es el Estado llano?*,<sup>1</sup> donde la doctrina del poder constituyente es desarrollada en forma

<sup>1</sup> Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Estado llano?*, trad. de *Qu'est ce que le Tiers État* (1789), Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

sistemática, como expresión de su teoría de la representación y la soberanía nacional. Sieyès, mediante el concepto y la institución del poder constituyente, genera un instrumento que permitiera 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 Sieyès, 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 pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control.

Tal concepción se agrupa en torno a dos ideas fundamentales: *a*) la existencia de un poder superior, previo a cualquier otro, que determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, debatido y sincrónico, y *b*) la potestad suprema que concreta el poder constituyente proviene del cuerpo político de la sociedad.

Esta concepción tiene como efectos fundamentales la distinción entre poder constituyente y poderes instituidos o constituidos. Así, las potestades instituidas por la Constitución política obtienen su validez y legitimidad del poder constituyente que crea la carta fundamental, y deben actuar dentro del marco jurídico-político que fija la Constitución política, la que determina sus funciones y atribuciones, las que no pueden ser vulneradas por los órganos constituidos. Esta perspectiva fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la carta fundamental.

Asimismo, esta concepción sostiene desde el inicio en Sieyès, que la limitante que tiene el poder constituyente es el respeto de los derechos individuales, los que se imponen al propio poder constituyente.

Puede sostenerse que la doctrina del poder constituyente es una síntesis de la doctrina rousseauniana de la soberanía del pueblo y de la concepción de Montesquieu de la separación de poderes.

Así, la asamblea constituyente es la que 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 ella.

Sieyès sostiene 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 con base en 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 de que la plenitud de los poderes residía en el pueblo de los estados miembros, los cuales ejercieron su poder constituyente a través de referéndum.

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

## II. EL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE Y SU CARACTERIZACIÓN

*El poder constituyente puede sostenerse que es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez. Esta potestad es la “suprema capa-*

cidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico”.<sup>2</sup>

Así, el *poder constituyente, en cuanto potestad originaria*, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. El poder constituyente sería un poder prejurídico, y por ello ilimitado.<sup>3</sup> El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que éste vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental.

El poder constituyente originario permanece siempre como un poder plenamente autónomo y libre para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico. La única limitación está dada por la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. El poder constituyente originario es la fuente de todo derecho positivo. El poder constituyente será siempre una potestad que opera al margen del Estado aparato, tiene un carácter extrajurídico institucional.

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

El poder constituyente es plenamente autónomo, ya que puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad democráticamente expresado. Sieyès afirmaba también en diversos pasajes de su obra, el poder ilimitado y absoluto de la nación: “Ante todo, una Nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija”. Así, el pueblo puede romper el orden constitucional por él mismo establecido, ya que la voluntad nacional no tiene límite alguno. En tal sentido, vale como un principio dogmático lo establecido por la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la cual en su artículo 1o. del título

<sup>2</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 564.

<sup>3</sup> Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 24 y ss.

VII señala: “La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”.<sup>2</sup>

El acto de creación de una Constitución es el resultado democrático de la voluntad jurídico-política del cuerpo político de una sociedad, de allí emana su carácter de políticamente superior y de jurídicamente vinculante para las potestades públicas establecidas, las que quedan subordinadas a la fuerza normativa de la carta fundamental.

El poder constituyente actúa dentro de un Estado preexistente, al cual sólo busca dotar de una organización jurídico-política o modificar ésta. El poder constituyente dice relación sólo con la organización del Estado a través de una Constitución escrita, no teniendo relación directa con la creación o división de dicho Estado.

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

El poder constituyente no tiene una fundamentación jurídica, se justifica por sí mismo, su fundamentación es ontológica existencial, como explicita De Vega,<sup>4</sup> en cuanto expresión de la voluntad del pueblo.

Así, existe una unidad intrínseca entre poder constituyente y poder popular, entendiendo este último como el poder que emana del cuerpo político de la sociedad, cuerpo político que tiene el derecho básico y esencial de gobernarse a sí mismo y el derecho a la plena autonomía. Como dirá Maritáin, “el pueblo está por encima del estado, el pueblo no es para el estado, el estado es para el pueblo”.<sup>5</sup> La expresión “Estado” es aquí utilizada en su acepción de Estado aparato de gobierno, y la expresión “pueblo”, como cuerpo político de la sociedad.

<sup>4</sup> Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 29.

<sup>5</sup> Maritáin, Jacques, *El hombre y el Estado*, Madrid, Encuentro, 1983, p. 40.

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

Así, la Constitución deriva de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, compuesta de ciudadanos libres e iguales, dotados del derecho de participar y decidir el ordenamiento jurídico-político en el cual desean vivir. La Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático y no respeta los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad.<sup>6</sup> El ordenamiento constitucional, más que cualquier otro, requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad. Su validez está estrechamente vinculada a su eficacia, y ésta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una Constitución que carece de sustento y adhesión difundida en los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone. Los chilenos tenemos la experiencia relativamente reciente de la Constitución original de 1980, la que duró en sus términos el lapso exacto de la junta militar que la generó, ya que en 1989 se le introdujeron 54 reformas constitucionales que posibilitaran el tránsito a la democracia, a las cuales se sumaron un conjunto de otras reformas, que avanzaron hasta la segunda gran reforma de 2005, que eliminó los enclaves autoritarios que quedaban del texto original de 1980.

Una Constitución sólo tendrá durabilidad si ella es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política y el conjunto de la colectividad la hace suya; ella no permanecerá si es obra sólo de una parte del cuerpo político de la sociedad; sólo la adhesión sustantiva del conjunto de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, como asimismo

<sup>6</sup> Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, UNAM-Universidad Complutense-Ediar, 2004, p. 123.

otorga a los gobernantes de la autoridad para exigir legítimamente su acatamiento.

Como señala Stern,

Lo decisivo continúa siendo aclarar la transición del acto político a la norma jurídica. La voluntad, el mandato sólo puede convertirse en derecho, si es seguido, si es reconocido, si es aceptado (“consentido”) como algo que debe tener vigencia. Esta aceptación es algo que tiene que producirse, como ha respondido con razón Heller a C. Schmitt. La Constitución es, pues, lo normado por la voluntad constituyente y lo reconocido como vinculante por los sometidos a la norma.<sup>7</sup>

A su vez, Heller sostiene que

...la creación de normas por el Estado, como ya lo observó Bülow... no crea desde luego un derecho válido, sino solo el plan de un derecho que se desea para el futuro... Esta oferta que el legislador hace a los destinatarios de la norma sólo produce derecho vigente en la medida que las normas “salen del papel para confirmarse en la vida humana como poder”.<sup>8</sup>

Mortati dice que “el poder constituyente está validamente fundado cuando llegue a colocarse como fuerza ordenada a un fin y a pretender obediencia, y esta sea de hecho prestada en termino medio”.<sup>9</sup>

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

<sup>7</sup> Stern, Klaus, *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 13.

<sup>8</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 277.

<sup>9</sup> Mortati, Constantín, “Appunti sul problema della fonte del potere costituente”, *Raccolta di scritti*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1972, p. 358.

Expresiones de procesos constituyentes originarios relativamente recientes han sido la Constitución de 1991 de Colombia, la Constitución de 1999 de Venezuela y el proceso constituyente boliviano y ecuatoriano en proceso en 2007 como ejemplos sudamericanos de ellos, como antes fueron los casos de la IV República francesa en 1945-1946 y el proceso constituyente de la Constitución española de 1978, para sólo señalar dos ejemplos europeos.

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

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

En esta materia debemos partir de la distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas.<sup>10</sup> Una Constitución rígida es aquella que impide su modificación por el legislador, requiriendo de un procedimiento distinto y más complejo que el procedimiento legislativo. Hoy, salvo escasas excepciones, dentro de las cuales se cuenta Inglaterra e Israel, la generalidad de las Constituciones establecen un procedimiento agravado de reforma de la Constitución.

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

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

<sup>10</sup> Bryce, James, "Flexible and rigid constitutions", *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1901, pp. 145 y ss. Traducción al español: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.



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

### 1. *Caracterización del poder constituyente instituido o derivado*

Fuera de los periodos de profundos cambios políticos y sociales o de crisis políticas e institucionales, en que se desarrolla la función constituyente, actúa la Constitución vigente, expresión de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, que opera con base en poderes constituidos de acuerdo con las reglas constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el *poder constituyente instituido o poder de reforma*, que posibilita adecuaciones de la Constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y de 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, con el contenido fundamental o la fórmula política contenida en la carta fundamental.<sup>11</sup>

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,

<sup>11</sup> Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, pp. 103 y ss. Véase también Canossa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 249 y ss.; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 131 y ss.; Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 383-385.

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”,<sup>12</sup> el cual, como poder constituido, tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y *contra ordinem*, lo cual es inadmisibile. En tal caso, se convertiría en un poder constituyente originario que debiera recabar su legitimación en la voluntad del cuerpo político de la sociedad.

Zagrebelsky precisa 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”.<sup>13</sup>

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

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

El poder constituyente derivado o instituido sólo puede operar legítimamente dentro del marco definido por la carta fundamental con objeto de realizar modificaciones que no alteren los principios político-jurídicos supremos establecidos por el constituyente. Situamos como principios político-jurídicos supremos el aseguramiento de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, el régimen jurídico político de Estado y gobierno (la república democrática y los principios básicos del Estado de derecho), todos los cuales constituyen el fundamento básico de la convivencia política. Ello permite mantener la continuidad jurídica del ordenamiento constitucional, y no efectuar una ruptura jurídica, lo que implica el

<sup>12</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale*, 2a. ed., Turín, UTET, 1988. Versión es español, “La Constitución y sus normas”, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 73.

<sup>13</sup> *Idem*.

ejercicio de un nuevo poder constituyente originario, que sólo puede legítimamente ejercerse con base en una participación y expresión democrática activa del cuerpo político de la sociedad.

El poder constituyente instituido está así sometido a la Constitución, y pueden sus actos ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional encargado de velar por la defensa de la Constitución y la idea de derecho válida contenida en ella.

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

Así, Pedro de Vega señala: “un hecho que, como punto de partida, a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible, es que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional. En él basa su competencia”.<sup>14</sup> El poder constituyente instituido o poder de reforma constitucional, a diferencia del poder constituyente originario, nace de la propia Constitución; es un poder jurídicamente normado, y reconoce las limitaciones jurídicas que la propia Constitución dispone, aun cuando su producto normativo tiene la misma naturaleza y fuerza normativa de la Constitución. Un poder constituyente instituido limitado tiene como finalidad, evitar la alteración sustantiva de la idea de derecho y principios estructurales básicos contenidos en la Constitución, sin intervención directa del cuerpo político de la sociedad, único legitimado para modificar la idea de derecho contenida en la carta fundamental.

Como ya sostenía Carl Schmitt, la facultad de reformar la Constitución,

...atribuida a una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la

<sup>14</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, p. 236.

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.<sup>15</sup>

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;<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.

## 2. *Los procedimientos de actuación del poder constituyente derivado o de reforma constitucional pueden explicitarse a través de cinco modelos básicos*

- a) *Sistema de decisión parlamentaria única.* En este sistema la reforma se producirá con la única intervención del parlamento (uni o bicameral), que adopta la decisión de la modificación del texto de la carta fundamental por una mayoría generalmente calificada de tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio. Este modelo tiene como riesgo mayor que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la volun-

<sup>15</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 119.

<sup>16</sup> Véase sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 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 050-2004-AI/TC y otros, la cual reconoce límites materiales expresos y tácitos de la reforma constitucional.

<sup>17</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. II, p. 130; Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 576.

tad del cuerpo político de la sociedad. Ejemplos: Constitución chilena de 1980, reformada en 2005, que exige el quórum de tres quintos o dos tercios según las materias (artículo 127); Constitución de la República Popular China de 1982, exige quórum de dos tercios de los diputados que integran el Congreso (artículo 64); Constitución de Alemania, exige los dos tercios del *Bundesrat* y del *Bundestag*. La Constitución de Portugal de 1976, mayoría de dos tercios de los diputados en ejercicio (artículo 288.1). En el mismo sentido, Constitución de Croacia de 1990, artículo 136-138; Constitución de Turquía de 1961, artículo 155; Constitución de España de 1978, reformas parciales no fundamentales, requiere los tres quintos de diputados y Senado (artículo 167).

- b) *Sistema de doble deliberación parlamentaria*. La reforma o revisión constitucional será adoptada por el parlamento o Congreso nacional, el que debe adoptar la decisión en dos oportunidades sucesivas separadas entre sí por un cierto lapso. Ambas decisiones pueden ser adoptadas por el mismo parlamento, sin intervención ni mediación del cuerpo político de la sociedad. Ejemplos: Constitución de Brasil de 1988, en caso de enmiendas (artículo 60); Constitución de Costa Rica de 1949, para reforma parcial exige tres lecturas con separación de seis días entre ellas, para determinar si se admite a discusión la proposición, para luego en otra votación decidir la procedencia de la reforma, la que en una nueva votación se puede aprobar el proyecto elaborado, para finalmente, en una cuarta votación aprobar las modificaciones (artículo 195); Constitución de Italia de 1947, que exige dos deliberaciones sucesivas separadas por un lapso de tres meses (artículo 138); Constitución de Ecuador de 1998, artículo 282; Constitución de Nicaragua de 1987 (artículos 191, 192 y 194); Constitución de Venezuela de 1999, en caso de revisión parcial, exige a la Asamblea Nacional una triple discusión del proyecto (artículo 344).
- c) *Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos*. En este caso se producen, como en el modelo anterior, dos deliberaciones parlamentarias sucesivas, con la diferencia de que en este último modelo existe la intermediación de la voluntad popular, la que se pronunciará sobre el tema al elegir el nuevo parlamento que decidirá la reforma constitucional. Este nuevo parlamento puede actuar mediante la disolución del primero al adoptar la decisión de refor-

mar la carta fundamental (ejemplos: Bélgica, Brasil, Bolivia, Costa Rica, Dinamarca, El Salvador, Holanda, Honduras, Islandia, Luxemburgo, Nicaragua, Suecia), o puede ser el parlamento emanado de las elecciones parlamentarias ordinarias cuando el primero hubiera finalizado su periodo constitucional (ejemplos: casos de Noruega, Finlandia, Grecia, Colombia, Perú).

- d) *Sistema de aprobación parlamentaria y referendo por decisión del cuerpo político de la sociedad.* En este modelo la asamblea parlamentaria adopta la reforma constitucional, la que para que tenga validez debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático. Ejemplos: Constitución de Francia de 1958, artículo 89; Constitución de Guatemala de 1985, artículo 280; Constitución de Uruguay de 1966, artículo 331.D; Constitución de Polonia de 1997, artículo 235; Constitución de Japón, artículo 96; Constitución de Venezuela de 1999, artículo 344.

En el caso de referéndum se debe garantizar la libertad para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración y que el referéndum se realice asegurando la limpia y transparente expresión del cuerpo político de la sociedad respectiva.

- e) *Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una convención o asamblea constituyente.* En este caso no es el parlamento o Congreso ordinario el que analiza, debate y aprueba la modificación o reforma de la Constitución, sino que ello se concreta a través de una asamblea o convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática, teniendo como única tarea impulsar y aprobar la reforma constitucional, excluyendo al Congreso ordinario de la revisión constitucional. Ejemplos de ello son la Constitución de Uruguay de 1966, que exige luego de acordar el parlamento la reforma, que ésta sea analizada por la Convención, para que el texto aprobado por ella luego sea sometido a referéndum, todo ello de acuerdo con los artículos 290 y 331.C. La Constitución de Paraguay de 1992 prevé la aprobación de la idea de reforma por el parlamento, y su debate y aprobación por Convención Constituyente, sometida a referéndum 180 días después, de acuerdo con los artículos 220 y 221. La Constitución colombiana de 1991 prevé un sistema de reforma limitada de la Constitución

por Asamblea Constituyente de acuerdo con el artículo 376 de la Constitución.

La elección de la asamblea o convención constituyente debe realizarse previa etapa de campaña informativa de las opciones de los candidatos a la asamblea, elección libre, limpia y transparente de ellos a través de un sistema electoral que garantice la representación proporcional de los diversos sectores de la sociedad. En este sistema existe el riesgo de que la asamblea o convención constituyente apruebe un texto distinto al comprometido por los representantes en su elección, producto del intercambio de puntos de vista y negociaciones intraconvención, el que puede no corresponder a la voluntad del cuerpo político, por lo que parece conveniente la ratificación del texto por un referéndum democrático, como lo prevé la Constitución uruguaya (artículo 331.C) y del Paraguay (artículo 220).

#### IV. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU CARACTERIZACIÓN

Los límites a la reforma constitucional constituyen impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, lo cual imposibilita la reforma o eliminación de dichas instituciones respetando la continuidad constitucional, y corresponde al órgano de jurisdicción constitucional, hacer efectiva la defensa de la Constitución y declarar la invalidez de dicha reforma. En América del sur, en diversos países se ha establecido un control constitucional de las reformas constitucionales expresamente atribuyéndole dicha competencia al órgano encargado de la defensa jurídica de la Constitución: el tribunal constitucional;<sup>18</sup> 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”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Constituciones de Bolivia, artículo 120, núm. 10, en armonía con artículos 116 y 117 de la Ley 1836 de 1998; Colombia, artículo 241, núm. 1; Chile, artículo 93, núm. 3.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional Peruano, exp. 014-2002-AI/TC; exp. 014-2003-AI/TC; especialmente exp. 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

Los límites a la reforma como mecanismos de defensa del orden constitucional están dirigidos hacia las potestades públicas, que pueden con sus actuaciones o su producción normativa vulnerar los contenidos constitucionales,<sup>20</sup> especialmente a los órganos colegisladores a los cuales se les inviste por la Constitución de potestad para la revisión o reforma de la misma,<sup>21</sup> como asimismo, constituyen un mecanismo de educación y socialización cívica de la ciudadanía, promoviendo la integración, funcionamiento y desarrollo del sistema institucional. Los límites a la revisión de la Constitución otorgan una protección especial a la carta fundamental, ya que no establecen una inmutabilidad absoluta, sino sólo una reserva de procedimiento, el que dichas cláusulas sólo pueden ser alteradas por un nuevo constituyente originario.

### 1. *Límites explícitos e implícitos*

Estos límites a la potestad reformativa de la carta fundamental pueden ser *explícitos o implícitos*.

*Los límites explícitos* o expresos a la reforma constitucional son aquellos obstáculos que establece el texto constitucional para la eliminación o reforma de determinadas instituciones constitucionales.

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 2o. precisó: “Considerando que el artículo 61 de la Constitución otorga al Consejo Constitucional la misión de apreciar la conformidad a la Constitución de las leyes orgánicas y, cuando ellas son llevadas a su conocimiento en las condiciones fijadas por este artículo, también de las leyes ordinarias; que el Consejo Constitucional no tiene ni por el artículo 61 por el 89 ni por ninguna otra disposición de la Constitución el poder de pronunciarse sobre una reforma constitucional”, declarándose incompetente para conocer de dicha materia. La misma perspectiva había asumido el Tribunal Constitucional chileno en 1972, respecto del proyecto de reforma constitucional Hamilton-Fuentealba sobre las tres áreas de la economía.

<sup>20</sup> Otto, Ignacio de, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 16, 17, 25 y ss.

<sup>21</sup> Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, p. 295.



Los *límites implícitos* son aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente. Esta doctrina es sostenida por autores diversos, entre los cuales se cuentan en España, Pablo Lucas Verdú, Óscar Alzaga, Javier Ruipérez, Requejo Pagés, Pedro de Vega, entre otros; en Italia, Mortati y Barile; en Suiza, Giacometti, Kägi, Naviasky, Dupráz, para sólo señalar algunos autores.

## 2. *Los límites autónomos y heterónomos*

A su vez, los límites a la reforma constitucional pueden ser *autónomos* o *heterónomos*.

Los *límites autónomos* son aquellos que emanan del propio ordenamiento constitucional, generándose así en el propio ordenamiento jurídico.

Los *límites heterónomos* son aquellos que derivan de un ordenamiento jurídico ajeno al derecho interno, pudiendo provenir del derecho internacional o del derecho supranacional, incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites.

## 3. *Límites absolutos y relativos*

También pueden clasificarse los límites a la revisión constitucional en *límites absolutos* de reforma de la Constitución, que son aquellos que no pueden ser superados por una reforma de la Constitución, y *límites relativos* al poder de reforma constitucional, los cuales sólo establecen condicionamientos a la reforma de la constitucional,<sup>22</sup> las cuales se desvanecen por sí mismas,<sup>23</sup> como son los procedimientos agravados, los límites temporales (periodo en que el texto no puede ser modificado) o límites circunstanciales (determinadas circunstancias en que no puede modificarse el texto: durante estados de excepción constitucionales o guerra externa) a la reforma, entre otros.

<sup>22</sup> Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 1051.

<sup>23</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 245.

Para algunos autores pueden ser sobrepasadas por el sistema de doble revisión: primero se modifica el procedimiento de reforma, eliminando el límite absoluto, luego se reforma el contenido que antes era irreformable y que ahora puede ser reformado.

Para otros autores, la modificación de las normas que establecen la inmodificabilidad de otras normas materiales de la Constitución dejan de ser un acto constitucional para situarse en los límites de una ruptura constitucional, o constituir un fraude a la Constitución. Ninguna fuente puede disponer de su propio régimen jurídico arrogándose un valor que constitucionalmente no tiene.

La discusión en el plano lógico-jurídico conduce a un relativo *impasse*.

En el ámbito de la discusión de la competencia, unos argumentan que el establecimiento de límites pertenece al poder constituyente originario, por lo que el poder de revisión constitucional como poder constituido no puede sustraerse a los vínculos fijados por el poder constituyente originario. Tampoco el poder constituyente derivado podría aumentar sus poderes para hacerlos equivalentes a los del poder constituyente originario. Así, los límites de revisión en cuanto limitaciones impuestas por el poder constituyente originario no son disponibles por parte del poder constituyente instituido.

#### 4. *Los límites autónomos expresos*

En el ámbito de la información constitucional comparada pueden establecerse diversos tipos de límites a la reforma constitucional determinados por el texto explícito de las respectivas cartas fundamentales. La existencia de límites expresos implica, como señala Biscaretti di Ruffia, reducir la reforma constitucional sólo a reformas parciales.<sup>24</sup>

Así, en Europa, la Constitución de Alemania establece límites al poder reformador en su artículo 79.3, evitando su reforma total o aniquilamiento por parte de un movimiento revolucionario antidemocrático, lo que no podría concretarlo a través de la continuidad constitucional, sino que sólo en ruptura del orden constitucional y en ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que funda una nueva idea de derecho para la

<sup>24</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, "Sui limiti della revisione costituzionale", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, vol. III, p. 149. Citado por Díaz Ricci, Sergio, *op. cit.*, p. 584.

convivencia política y jurídica de la sociedad. El Tribunal Constitucional alemán ha precisado que el artículo 79.3 “impide alterar en su sustancia el orden constitucional, operar por vía legal y formal una reforma profunda a sus disposiciones mas fundamentales y legalizar de cualquier forma un régimen totalitario”.<sup>25</sup>

Muchas Constituciones mantienen como límite explícito de la reforma constitucional el régimen republicano de gobierno; entre ellas pueden señalarse las Constituciones de Alemania (artículo 79,3), de Italia de 1947 (artículo 139), de Francia de 1958 (artículo 89), de Grecia 1986 (artículo 110.1), de Turquía de 1982 (artículo 4o.), Federación Rusa de 1993 (artículo 135.1), de Portugal (artículo 288.b), de República Dominicana de 2002 (artículo 119), de Puerto Rico de 1952 (artículo 7.3), de Honduras (artículo 342), de Guatemala de 1985 (artículo 281), como asimismo muchas Constituciones africanas ex colonias de Francia, como Argelia (artículo 195.1), Camerún (artículo 37.1), Guinea (artículo 50), Madagascar (artículo 66 y 108), de Malí (artículo 49 y 73), de Senegal (artículo 89.5), de Túnez (artículo 60 y 108), entre otras.

Respecto de la forma jurídica de Estado federal como límite a la reforma constitucional se encuentra en la Constitución de Alemania (artículo 79.3), de Brasil de 1988 (artículo 60.4.I), entre otras.

*Límites a la modificación en materia de derechos fundamentales:* Alemania (artículo 79.3), Argelia (artículo 195.2), Portugal 1976 (artículo 288.d), Brasil (artículo 60.4.IV), Ecuador (artículo 35, núm. 3), Somalia (artículo 112.3), Puerto Rico (artículo VII, sec. 3), Perú (artículo 32), Guatemala (artículo 281), Chile (artículo 5o. inciso 2).

En la doctrina chilena, Alejandro Silva Bascuñán, en su *Tratado de derecho constitucional*, determina

Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5o. 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.

<sup>25</sup> BerfGE, 15.12 1970, Band 30, p. 24, entre otras.

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.<sup>26</sup>

La Constitución portuguesa, en su artículo 288, establece quince límites a la reforma constitucional:

- a) La independencia nacional y la unidad del Estado;
- b) La forma republicana de gobierno;
- c) A separación de las Iglesias del Estado;
- d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos;
- e) Los derechos de los trabajadores, las comisiones de los trabajadores y las asociaciones sindicales;
- f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción;
- g) La existencia de planos económicos en el ámbito de una economía mixta;
- h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, y sistema de representación proporcional;
- i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo partidos políticos, y el derecho de oposición democrática;
- j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía;
- l) El control de la constitucionalidad por acción o por omisión de las normas jurídicas;
- m) La independencia de los tribunales;
- n) La autonomía de las autarquías locales;
- o) La autonomía político-administrativa del archipiélago de las Açores y de Madeira.

La Constitución suiza de 1999 establece como límite expreso o explícito de la reforma constitucional la vulneración de las reglas imperativas del derecho internacional.

<sup>26</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, t. X, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 264.

A. *Los límites autónomos expresos impuestos por un constituyente derivado o por una reforma constitucional y su modificabilidad*

Respecto de las cláusulas de intangibilidad de instituciones determinadas por cláusulas que determinen la irreversibilidad de derechos fundamentales establecidas por una reforma de la Constitución conforme al procedimiento de reforma regulado por la carta fundamental, constituye sólo una autolimitación del poder, una norma de promesa<sup>27</sup> de reforma que podría ser aceptada o no por el constituyente derivado que operara posteriormente, ya que ninguno de ellos tiene una autoridad superior frente al otro, una reforma constitucional anterior no tiene mayor jerarquía que una reforma constitucional posterior.<sup>28</sup> Sólo existe una mayor jerarquía del constituyente originario sobre el poder de revisión constitucional. Así, la intangibilidad sólo puede ser asegurada respecto de un poder de revisión de la Constitución si ha sido establecida con la autoridad del poder constituyente originario con participación decisiva del cuerpo político de la sociedad expresado en forma democrática.

En esta perspectiva, cabe sostener que sólo el poder constituyente establece la Constitución en sentido material y establece los límites de la reforma constitucional, ya que el primero goza de una prioridad lógica y ontológica.<sup>29</sup> El poder constituido de revisión constitucional, a diferencia del poder constituyente, no tiene potestad para obligar unilateralmente a un próximo poder de reforma constitucional.

Esta concepción no significa que los principios básicos estructurales de un sistema constitucional instituidos por el poder constituyente no puedan ser objeto de revisión, o que sólo puede serlo mediante la ruptura violenta del ordenamiento constitucional mediante revolución o golpe de Estado. Nuestra historia reciente latinoamericana ha mostrado cómo en forma pacífica y ordenada el cuerpo político de la sociedad puede pronunciarse y generar un poder constituyente originario, el que debatirá y aprobará una Constitución ratificada por el propio cuerpo político en for-

<sup>27</sup> Virga, Pietro de, *La revisione costituzionale. Il circolo Giuridico «l. Sampolo»*, Palermo, 1948, p. 123. Citado por Díaz Ricci, Sergio, *op. cit.*, p. 622.

<sup>28</sup> Contini, Giuseppe, *La revisione della Costituzione in Italia*, Milán, Giuffrè, 1971, p. 259.

<sup>29</sup> Mortati, C., *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940; De Otto, Ignacio, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 34.

ma democrática. La Constitución de 1991 en Colombia, la Constitución de 1999 en Venezuela, los procesos constituyentes en marcha en Bolivia y Ecuador son muestras tangibles del paso de un ordenamiento constitucional a otro sin rupturas violentas y con pleno respeto a la expresión del cuerpo político de las respectivas sociedades.

Por otra parte, ello no desconoce la dimensión histórica y cíclica del cambio social, político e institucional y las turbulencias históricas que son imprevisibles,<sup>30</sup> como tampoco una visión histórica lineal; sólo busca la finalidad de que el cambio institucional se exprese y represente democráticamente, mediante la participación activa y consciente del cuerpo político de la sociedad en forma democrática, que constituye la única fuente legítima del poder constituyente.

#### B. *Los límites autónomos implícitos a la reforma constitucional*

Los límites autónomos implícitos son aquellos cuya modificación produce una alteración de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional y del régimen político o fórmula política establecido por el constituyente,<sup>31</sup> como son generalmente la autodeterminación del cuerpo político de la sociedad, el desconocimiento o eliminación de la dignidad y de los derechos fundamentales o humanos, la forma de gobierno republicana democrática, la forma jurídica de Estado, la forma de Estado de derecho.

De esta forma, los tribunales constitucionales, en su tarea de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, no se limitan a garantizar el texto formal de la Constitución, sino también los principios y valores no escritos que se infieren del texto constitucional y de su espíritu.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1985, p. 236; Diaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, cit., p. 615.

<sup>31</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 238-240; Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 1048 y ss.; Burdeau, George, *Traité de science politique*, 3a. ed., LGDJ, vol. IV, p. 232; Balaguer Callejón, F., "Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder constituyente", *RDP*, Madrid, núm. 27-28, 1988; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., t. I, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 108 y 109.

<sup>32</sup> Brewer-Carías, Allan R., "Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos", *Anuario de De-*

La alteración de estos contenidos estructurales o fundamentales del ordenamiento institucional implica una traición o un fraude a la Constitución, ya que elimina la estructura dogmático-constitucional básica de la convivencia institucionalizada, destruyéndose el orden constitucional o sustituyéndolo por otro. Esta perspectiva sólo adquiere legitimidad y juridicidad mediante una decisión consciente y deliberada del poder constituyente que funda una nueva convivencia y un nuevo marco jurídico fundamental de ella, lo que requiere la expresión democrática del cuerpo político de la sociedad en ejercicio de su inalienable e imprescriptible derecho a la autodeterminación y a determinar el régimen político-jurídico en el que desea vivir.

Son ejemplos históricos de fraudes a la Constitución la instauración del régimen nazi bajo la Constitución de Weimar, el régimen fascista durante la vigencia del estatuto albertino, el régimen de Vichy durante la vigencia de las leyes constitucionales francesas de 1875.

##### *5. Los límites heterónomos al poder constituyente*

Louis Favoreu sostenía que ya, a partir de mediados del siglo XX, cada vez más se pueden considerar normas de derecho positivo obtenidas del derecho internacional y del derecho comunitario, y que pueden denominarse normas internacionales o supranacionales supraconstitucionales.<sup>33</sup> El derecho internacional puede así imponer límites al poder constituyente.<sup>34</sup>

El poder constituyente originario sólo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente, como son, por ejemplo, las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del derecho convencional internacional incorporadas válidamente al derecho interno, y que no son susceptibles de denuncia o

*recho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Programa Estado de Derecho para América Latina, KAS, 2007, p. 74; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2001, p. 250.

<sup>33</sup> Favoreu, Louis, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs*, París, núm. 67, 1993, p. 74.

<sup>34</sup> Rigaux, M. F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruselas, Larcier, 1985.

revisión. El poder constituyente originario queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales. La decisión de un constituyente de aplicabilidad irreversible de sistemas normativos internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo poder constituyente originario es la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada.

Los sistemas normativos internacionales incorporados por constituyentes al ordenamiento interno, en razón de su régimen de aplicación, limitan incluso a la Constitución misma en su operatividad debido a la prevalencia de tales sistemas.<sup>35</sup>

En este sentido, puede sostenerse con Requejo Pagés, que “el poder constituyente se diluye históricamente en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de constitución no pueden ya desproveer de su condición de aplicables”.<sup>36</sup>

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.

<sup>35</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 61 y ss. También Requejo Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, 1995.

<sup>36</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 57.



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.<sup>37</sup>

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.

El derecho internacional hoy establece limitaciones al poder constituyente en materia de derechos humanos a través del reconocimiento de potestad jurisdiccional vinculante de tribunales internacionales y supranacionales. 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 en materia de

<sup>37</sup> Díez-Picazo, Luis María, “Límites internacionales al poder Constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 26, núm. 76, enero-abril de 2006, p. 14.

derechos humanos, donde destacan la Convención Europea y la Convención Americana, la Corte Penal Internacional, entre otros, 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 que han construido un cuerpo jurisprudencial sólido sobre el alcance y contenido de los derechos determinados en los respectivos convenios.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27, prohíbe a los Estados partes, suspender el ejercicio de los derechos humanos contemplados en la Convención, lo que sólo autoriza en casos de Estados de excepción, sólo temporalmente durante su vigencia, sin que puedan afectarse los derechos no susceptibles de suspensión expresamente señalados en su párrafo 2o., el que reproducimos:

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4o. (Derecho a la Vida); 5o. (Derecho a la Integridad Personal); 6o. (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9o. (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Si nos encontramos ante un Estado que se reclama parte del constitucionalismo democrático, su fin último será siempre asegurar, garantizar y promover los derechos humanos o fundamentales de la persona humana, para lo cual el Estado se organiza jurídicamente, ya que no hay Estado constitucional democrático sin aseguramiento y garantía de los derechos humanos. Un Estado que no los asegure y garantice efectivamente constituye un sistema autocrático revestido de formalidades constitucionales. Dicho Estado, en lenguaje de Loewenstein, sólo dispone de una Constitución semántica.

## V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE

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.<sup>38</sup>

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.

### 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 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 Se-

<sup>38</sup> Bryce, James, "Flexible and Rigid Constitutions", *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1901, pp. 145 y ss. Traducción al español *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

nado. 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. Éstos 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. 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 con 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 dispuestos 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 los 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 con 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 en el artículo 68 de la carta fundamental.<sup>39</sup>

### *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 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.

<sup>39</sup> Véase al respecto sentencia del Tribunal constitucional, Rol 464-01-006 del 31 de enero de 2006.

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, el artículo 128 precisa que

...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 este consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo (según determina el artículo 128 en su inciso 4).

#### 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 sólo 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 treinta 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 hubiera 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 con la Constitución no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, 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”.

##### *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 sometan 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 de 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 ésta rige.

El texto actual que hemos analizado constituye un procedimiento más simple y expedito que el que contenía el texto original de la Constitución de 1980, que preveía tres procedimientos diversos de reforma constitucional, los cuales fueron simplificados en los dos actualmente existentes en la reforma constitucional de 1989.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

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.

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

La sustitución de la Constitución por otra a través de una reforma total, bajo principios jurídicos básicos diferentes, rompiendo el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional, constituye un acto

<sup>40</sup> Ley 18.825 de reforma constitucional, artículo único 49, *Diario Oficial*, 17 de agosto de 1989.

<sup>41</sup> Ley 20.050, artículo 1o., núm. 51, publicada en el *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.



fuera del marco constitucional, siendo, por tanto, nulo e ineficaz, como lo determina el artículo 7o., 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 en que ellas se refieran a los principios esenciales o supremos del orden constitucional desnaturalizándolo, haciéndole perder su identidad, transformándolo en otro orden 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,<sup>42</sup> facilitando que cada generación pueda revisar el orden constitucional e impedir que la generación actual pueda obligar a las generaciones venideras.

La Constitución sólo 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 po-

<sup>42</sup> Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 101 y ss.

der 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 que autónomamente apruebe una nueva Constitución, en cuyo caso no sólo 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 a 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.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJÓN, F., “Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y poder constituyente”, *RDP*, Madrid, núm. 27-28, 1988.

- BARILE, P., “La revisione della Costituzione”, en Varios autores, *Commentario sistematico alla Costituzione diretto da Piero Calamandrei e A. Levi*.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, “Sui limiti della revisione costituzionale”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, Nápoli, vol. III, 1949.
- , *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2007.
- BRYCE, James, “Flexible and Rigid Constitutions”, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1901, trad. al español *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1991.
- BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, 3a. ed., LGDJ, vol. IV, 1984. Hay traducción española: *Tratado de ciencia política*, México, UNAM, 1985.
- CANOSSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998; 4a. ed., México, Porrúa, 2001.
- CARPISO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM, 1979.
- CASTRO PATIÑO, Nicolás, *Poder constituyente, Constitución y control de constitucionalidad*, Guayaquil, Impresora Offset GRABA, 1997.
- CONTINI, Giuseppe, *La revisione della Costituzione in Italia*, Milán, Giuffrè, 1971.
- DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Universidad Complutense-Ediar.

- DIEZ-PICASSO, Luis María, “Límites internacionales al Poder Constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 26, núm. 76, enero-abril de 2006.
- FAVOREU, Louis, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, París, núm. 67, 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2003.
- FRIEDRICH, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, Almedina, 2002.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JELLINEK, George, *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LANDA, César, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 4, 2002.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.
- , *Curso de derecho político*, vols. I y II, Madrid, Tecnos, 1980-1983.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Madrid, Encuentro, 1983.
- MORTATI, Constantino, “Appunti sul problema della fonte del potere Costituente”, *Raccolta di Scritti*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1972.
- , *La Costituzione en senso materiale*, Milán, 1940.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación”, *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, t. I, Valparaíso, Edeval, 1990.
- OTTO, Ignacio de, *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, “Límite y limitaciones al poder constituyente”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. especial, Santiago, 1998.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

- RIGAUX, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1985.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *La 'Constitución Europea' y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Estado llano?*, trad. de *Qu'est ce que le Tiers État* (1789), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997; t. X, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004.
- STERN, Klaus, *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- VANOSI, Jorge, *Teoría constitucional*, 2a. ed. actualizada (colaboración de Alberto Dalla Via), Buenos Aires, Depalma, 2000.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.
- VIRGA, Pietro, *La revisione costituzionale*, Palermo, Il Circolo Giuridico «I. Sampolo», 1948.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale*, 2a. ed., Turín, UTET, 1988. Versión es español, “La Constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.