

Legal |
Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

Apuntes constituyentes: reforma y reemplazo de la Constitución (XV)

"...El poder de reforma constitucional es expresión del poder constituyente derivado. Se trata de un poder autónomo, distinto al Poder Legislativo, y que a pesar de que (...) se utilizan en lo no previsto por las reglas de formación de la ley, no deben confundirse. Subyace a este debate la búsqueda de un equilibrio virtuoso entre las reglas de autodefensa de la Constitución y las de apertura al futuro, la innovación y adaptación a nuevas circunstancias y realidades sociales..."

Lunes, 04 de julio de 2022 a las 11:45



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

José Francisco García

A pesar de las pasiones que en el debate público han desatado las reglas de reforma constitucional contenidas en la propuesta constitucional de la Convención (he tenido a la vista la versión 3 de la comisión de Armonización), estamos ante un conjunto de reglas técnicas centrales para entender la estructura de la constitución y su supremacía, el rol que jugará la técnica de la rigidez constitucional o el debate más profundo sobre cómo alcanzar un equilibrio virtuoso entre las reglas de (auto)defensa de la misma y las de apertura a su evolución futura y adaptativa.

A ello se suma una reciente innovación tecnológica de nuestra tradición constitucional: la ley de reforma constitucional N° 21.200, que implementó el acuerdo del 15 de noviembre, por la paz social y la nueva Constitución, incorporó una segunda sección al capítulo XV que regula el procedimiento para la elaboración de una nueva Constitución. Esta innovación es importante puesto que, como veremos, también es incorporada a la propuesta constitucional.

Algunos elementos conceptuales

Pocos constitucionalistas reconocen que el punto de partida de este debate parte en aportes de la teoría del derecho. Ejemplo de ello es la distinción entre reglas primarias y secundarias que formulara [H.L.A. Hart](#) y cuyo planteamiento ha tenido eco en todas las teorías jurídicas contemporáneas y en el Derecho Constitucional. Hart, concebía al derecho como un sistema dinámico (diacrónico y sincrónico) de reglas interrelacionadas, un sistema complejo relacionado de normas primarias (prescripciones de conducta) y de reglas secundarias que se refieren a las reglas primarias, ya sea porque nos permiten identificarlas, cambiarlas o adjudicar (aplicarlas). En consecuencia, propuso tres reglas secundarias: la de

reconocimiento, las de cambio y las de adjudicación.

Así, denominó regla de reconocimiento a aquella que permite identificar las propiedades con arreglo a las cuales una norma primaria —o de otro tipo— pertenece al sistema o al ordenamiento (criterios de validez); las reglas de cambio las entendió como aquellas cuya función es definir cómo se crea derecho al interior de ese sistema u ordenamiento jurídico o cómo se derogan las normas vigentes, para lo cual normalmente los sistemas prevén procedimientos, requisitos, órganos que pueden dictarlas y algunas restricciones materiales a su dictación, y, por último, definió las reglas de adjudicación como aquellas que facultan a aplicar a casos las normas primarias a través también de procedimientos, la identificación de las autoridades y jueces, entre otros.

Si llevamos el lenguaje de Hart a la Constitución vigente las reglas primarias las asociamos especialmente, aunque no exclusivamente, con los derechos fundamentales, los que se encuentran básicamente en los capítulos I, II y III. El papel de estas reglas, como se advierte, es fijar reglas de conducta para las relaciones entre el ciudadano y el Estado, y también regulan los actos jurídicos y sociales que las personas pueden desarrollar entre sí, conforme la Constitución. Luego, en nuestra Constitución las reglas secundarias de cambio se encuentran básicamente en el capítulo V, relativo al Congreso Nacional y la formación de la ley.

Por reglas de adjudicación, en tercer lugar, entendemos las reglas secundarias que se refieren a la aplicación disposiciones o reglas primarias de todo tipo y que encontramos en los capítulos IV, VI, VII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV. Son aquellas que facultan a aplicar las normas primarias, fijando el tipo de atribución, los procedimientos para hacerlo, la identificación de las autoridades y/o los jueces que las aplican, los controles tanto preventivos como a posteriori que sus actos tienen, entre otros. Ahora bien, la Constitución tiene además un conjunto de reglas secundarias muy especiales que se refieren a cómo se reforman (derogan o modifican) las reglas secundarias. Son reglas secundarias para reglas secundarias. Estas están dirigidas a las reglas de cambio y de adjudicación, y también a las reglas primarias de la Constitución, porque a través de ellas se derogan, modifican o agregan. Se trata del conjunto de disposiciones, que en el capítulo XV de la Carta Fundamental fijan el procedimiento, *quorums*, órganos y eventual plebiscito con arreglo al cual se derogan, modifican o crean disposiciones constitucionales. Se trata típicamente de aquellas reglas que forman parte de la regla de reconocimiento, en el lenguaje de Hart, vale decir, son las reglas que nos permiten reconocer el derecho válido.

A los aportes de Hart podemos sumar el planteamiento de Alf Ross, de gran trascendencia: la reforma del procedimiento de reforma importa cambiar la regla de validez que infunde constitucionalidad a todo el sistema. Él sostuvo que esto no es admisible dentro de la lógica constitucional; si ello aconteciera, con las reglas de reforma a la reforma, en realidad estaríamos frente a una nueva Constitución. Naturalmente podemos incorporar otros aportes destacados, Kelsen, Dworkin, entre tantos otros, lo que da cuenta que la teoría del derecho ha estado a la base de pensar los pilares centrales de un debate complejo.

Ahora bien, supremacía constitucional y rigidez constitucional no son lo mismo. La segunda es una técnica al servicio de la primera que se relaciona con el nivel de mayor o menor flexibilidad que tienen los preceptos constitucionales para ser modificados en relación a la ley ordinaria. Existen diversas estrategias o mecanismos de rigidez. En nuestra tradición constitucional la asociamos a *quorums* de reforma reforzados en el Congreso, hoy de 3/5 o 2/3 de diputados en ejercicio, dependiendo del capítulo de la norma a reformar. En el pasado teníamos la regla uniforme de mayoría absoluta de parlamentarios en

ejercicio, pero el *quorum* no es el único mecanismo. Podemos considerar adicionalmente, por ejemplo, hipótesis de plebiscito o referéndum; la intervención de dos congresos sucesivos (uno aprueba la idea de reformar, el segundo la delibera y aprueba, o el primero la delibera y propone, y el siguiente la ratifica), o, en modelos federales, la ratificación por las legislaturas estaduais.

El poder de reforma constitucional es expresión del poder constituyente derivado. Se trata de un poder autónomo, distinto al Poder Legislativo, y que a pesar de que para efectos de su tramitación se utilizan en lo no previsto por las reglas de formación de la ley (tanto en la Constitución vigente como en la propuesta constitucional), no deben confundirse.

Subyace a este debate la búsqueda, como anticipábamos, de un equilibrio virtuoso entre las reglas de autodefensa de la Constitución y las de apertura al futuro, a la innovación y adaptación a nuevas circunstancias y realidades sociales. Así, [como he escrito en otro lado](#), las reglas de reforma dan cuenta de que toda Constitución es solo un punto de partida (no de llegada o una actividad final), abierto permanentemente a la renegociación democrática, especialmente considerando los desafíos y compromisos de las generaciones futuras (que no formaron parte del pacto inicial, pero a las que suele alcanzar). Y es que a la base de este debate siguen resonando las voces de Burke, Madison, Jefferson, o, entre nosotros, las de Fray Camilo Henríquez o Andrés Bello, acerca de si cada generación puede dotarse de su propia Constitución o debe quedar bajo el gobierno de la mano de los muertos.

En la última década o algo más, sobre la base de sentencias de diversas cortes constitucionales, ha destacado el debate sobre los límites a la reforma constitucional. En otras palabras, ¿puede ser inconstitucional una reforma constitucional?

Esta doctrina, la de reformas constitucionales inconstitucionales, hoy examinada ampliamente por la literatura especializada (ver [Roznai, 2017](#), y, entre nosotros, [Poehls y Verdugo, 2021](#)), descansa en varios supuestos y naturalmente se trata de debates situados en cada tradición constitucional. Sin embargo, una idea fuerte esgrimida por diversas cortes (la de India, bajo la idea de la "estructura básica" de la Constitución, o la de Colombia, con la "doctrina de la sustitución") apuntan a que existe un núcleo de principios y reglas que, en principio, no está disponible para el poder de reforma pues pasaría a transformarse en un poder constituyente originario. En nuestro país, la sentencia del Tribunal Constitucional [STC Rol N° 9797-2020](#), denominada coloquialmente "segundo retiro del 10% de pensiones", puede insertarse en este debate global.

Reforma constitucional en la propuesta

Si analizamos la propuesta constitucional observamos, en primer lugar, una ampliación de la iniciativa de reforma. Esta puede iniciarse por mensaje presidencial o por una moción de diputados o representantes regionales, pero a ello se suma la iniciativa popular y la iniciativa indígena.

El caso de la iniciativa popular es el más interesante y para ello existen dos modalidades. Primero, se requiere un número de firmas equivalentes al 3% del último padrón electoral e ingresa al esquema bicameral ordinario de tramitación de ley (artículo 382 en relación al artículo 157). Una segunda modalidad es presentar una reforma con las firmas del 10% sobre el último padrón electoral para ser votada directamente en la siguiente elección en referéndum nacional (art. 384). Eso último se materializa inscribiendo la propuesta en registro (Servel), con un plazo de 180 días para reunir los patrocinios (10%).

Se entenderá aprobada si alcanza la mayoría en el referéndum.

Desde el punto de vista del *quorum* para la aprobación, modificación o derogación de normas constitucionales, la regla general de la propuesta es la de los 4/7 de los diputados y representantes regionales en ejercicio, bajo un esquema bicameral. En principio, flexibiliza la regla actual de 3/5 o 2/3. Con todo, cuando la reforma importe una "alteración sustancial" a determinadas materias/capítulos requiere además de un plebiscito ratificatorio. Tales materias/capítulos: régimen político y período presidencial; diseño del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y los derechos fundamentales, y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución. Asimismo, como contra excepción, no se requiere de plebiscito ratificatorio si tales "alteraciones sustanciales" han sido aprobadas por 2/3 de los diputados y representantes regionales.

Es importante también resaltar en esta materia la norma transitoria aplicable hasta el 11 de marzo de 2026: operará el régimen general antes descrito, pero con un elemento adicional, ya que se agrega que las "alteraciones sustanciales" a los capítulos de Naturaleza y Medio Ambiente y el de Disposiciones Transitorias también serán objeto de plebiscito ratificatorio (a menos que satisfagan la regla de 2/3 descrita).

Por supuesto, los debates técnicos en esta materia estarán vinculados principalmente a la idea de "alteración sustancial". ¿Se tratará de un criterio cuantitativo o cualitativo? ¿Un solo artículo puede ser parte de la "estructura básica" de la nueva Constitución (de aprobarse)? En principio este estándar queda entregado a un control de constitucionalidad político en el Congreso, entregado a la mayoría requerida y a la deliberación, con poca o nula intervención de la Corte Constitucional. Tampoco es precisa la redacción en términos de la distinción entre materias/capítulos. Por ejemplo, ¿se trata de los principios y derechos constitucionales, contenidos en los capítulos I y II propuestos, o poder alcanzar otros derechos y principios esparcidos en el resto de la propuesta? La práctica constitucional y política deberá ir puliendo las orillas de este debate.

Adicionalmente, en el debate público se ha sostenido que existiría un requisito adicional, consistente en la participación de los pueblos indígenas. Para algunos se trataría de un verdadero veto, al estar asociado a la regla de consentimiento previo del artículo 191. Para otros, esta regla, ubicada en el capítulo de Estado regional y en el contexto de participación de decisiones de las entidades territoriales, es restrictiva y de aplicación estricta a tales materias y no a reformas constitucionales. Este último no obsta a que, en cambio, sí proceda el derecho a consulta previa ante reformas constitucionales que les afecten (art. 66). Por supuesto, al igual como ocurre ahora respecto de la aplicación del Convenio 169 OIT, que el art. 66 se limita a seguir casi íntegramente, será la jurisprudencia constitucional (de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional) la que irá delimitando sus orillas precisas, por ejemplo, como hoy, que se trate de afectaciones directas y sustantivas, o que lo hagan sobre derechos fundamentales y sus garantías institucionales. Por ejemplo, si pensamos en el diseño del proceso legislativo, una reforma constitucional sobre las leyes de concurrencia presidencial necesaria (para reponer la iniciativa exclusiva presidencial legislativa), no requeriría consulta. En cambio, si la reforma dice relación con la configuración de los escaños reservados en el Congreso (para asociar estos escaños a participación electoral efectiva y no a un criterio poblacional) o eliminar la iniciativa indígena de ley, ello, sí requeriría de consulta.

Un aspecto final para destacar. Siguiendo una regla de la Constitución alemana (art. 79.1), la reforma

constitucional debe ser explícita: "Todo proyecto debe indicar expresamente qué es lo que se modifica, agrega o deroga". La dogmática alemana asigna gran importancia a esta regla, pues se trata de una limitación procedimental a la reforma constitucional que busca "evitar reformas 'para-constitucionales' sin modificar explícitamente el texto de la Constitución", garantizando, por lo demás, "la transparencia constitucional y la certeza jurídica" (Kotzur, 2012).

También se ha enfatizado que busca "excluir cualquier tipo de 'Constitución accesoria/secundaria'", "garantiza (...) que la Constitución —en un sentido formal— sea siempre un documento homogéneo, completo y accesible a los ciudadanos" y "es considerado un elemento importante del principio de Estado de derecho" (Woelk, 2013). No olvidemos que esta regla fue parte del debate en torno a la STC Rol N° 9797-2020 y componente de la discusión sobre reformas constitucionales inconstitucionales a propósito del denominado caso "segundo retiro del 10% previsional".

Reemplazo constitucional en la propuesta

Tal como señalaba en la introducción de esta columna, la sección de la propuesta orientada al reemplazo constitucional encuentra su génesis natural en la ley de reforma constitucional N° 21.200 (que implementó el acuerdo por la paz social y la nueva Constitución), que tuvo por objeto introducir una sección 2 nueva en el Capítulo XV, regulando el reemplazo constitucional. Se trata de una innovación en línea con el Derecho Constitucional comparado que regula en diversas constituciones cláusulas de revisión o reemplazo total de la Constitución (por ejemplo, España, Suiza o Austria). Esta innovación es importante puesto que, como veremos, también es incorporada a la propuesta constitucional.

A la base del mecanismo de procedimiento de revisión total o reemplazo de la Constitución se encuentra el desafío conceptual y contingente (como ocurre en Chile hoy y en el pasado con el proceso constituyente fallido de la ex Presidenta Bachelet) del reemplazo constitucional en democracia. Desde el punto de vista conceptual, quizás el trabajo de Andrew Arato sobre el modelo de [cambio constitucional post-soberano](#), de gran influencia en el debate reciente en Chile, sea el paradigma para pensar esta cuestión (contra la versión tradicional de la teoría del poder constituyente de Siéyes o Schmitt).

En efecto, un modelo como este trata de enfrentar desafíos acerca de cómo incluir los principios del constitucionalismo en el proceso de creación constitucional; la necesidad de que un proceso como este tenga múltiples etapas, con diferentes actores, para evitar manipulación o proyectos políticos autoritarios, entre otros. Es post-soberano porque ninguno de los actores participantes puede reclamar para sí la soberanía (popular). Asimismo, existen fuentes o reservas de legitimidad asociadas a su pluralismo e inclusión (muchos actores y etapas), a la búsqueda de decisiones consensuadas (no mayoritarias), a la preservación de la continuidad legal (entre el viejo y el nuevo orden constitucional-legal); la importancia de las elecciones democráticas, entre otros.

Bajo este contexto, se debe destacar que la propuesta constitucional contiene una sección sobre reemplazo total (arts. 378-380). Algunos de sus elementos centrales son, primero, que solo podrá efectuarse mediante una Asamblea Constituyente convocada por medio de referéndum. En segundo lugar, desde la perspectiva de la iniciativa del referéndum constituyente ("plebiscito de entrada"), esta pueda ser activada por iniciativa popular (firmas equivalentes al 25% último padrón electoral); mediante decreto presidencial, tras la aprobación, en sesión conjunta, del Congreso y la Cámara, por 3/5 de integrantes en ejercicio, o mediante ley, aprobada por 2/3 de integrantes en ejercicio de Congreso y Cámara en sesión

conjunta. En cualquiera de las hipótesis la propuesta debe ser aprobada por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

Por otro lado, desde la perspectiva de los elementos de diseño de la Asamblea Constituyente notamos que tendrá como único objetivo la redacción de propuesta de nueva Constitución, tras lo cual se disolverá de pleno derecho y contará con una composición paritaria, equidad territorial, participación en igualdad de condiciones de independientes y partidos políticos, con escaños reservados a pueblos indígenas. Como puede apreciarse, son reglas que definieron el diseño de la actual Convención Constitucional y que esta replica para el futuro. Adicionalmente, se entrega al legislador regular la integración, elección, duración (no inferior a 18 meses), los mecanismos de participación popular y la consulta indígena asociada a esta. La propuesta deberá ser sometida a referéndum y para ser aprobada requerirá de más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online