

## CONSIDERACIONES SOBRE EL CAPÍTULO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CARTA FUNDAMENTAL

Marisol Peña Torres<sup>1</sup>

### I. **Reforma y cambio constitucional.**

La sociedad constituye una realidad sociológica en constante cambio. Lo que hoy somos no corresponde a lo que éramos en el siglo XIX, ni siquiera a nuestra configuración hacia fines del siglo XX.

Realidades como la creciente migración proveniente de países vecinos y otros más alejados, unida a la evidente crisis de las formas de representación política, son dos ejemplos que revelan que la forma en que la Constitución enfrentó el tema de los extranjeros en Chile o la manera de exigir cuentas a sus representantes, no traducen la realidad actual de nuestra sociedad.

Independientemente de las críticas estructurales que acompañaron la vigencia de la actual Carta Fundamental, debemos convenir en que una Constitución gestada en la década de los años setenta del siglo pasado no ha asumido integralmente los cambios que nuestra sociedad chilena ha ido experimentando estos últimos años. Y ello sin desconocer que, conforme a los análisis realizados al año 2020, se introdujeron más de 250 reformas a su texto original que entró a regir el 11 de marzo de 1981.

Así, el propio devenir de la Constitución que hoy se está sustituyendo demuestra que, en general, las Cartas Fundamentales enfrentan un dilema que puede resumirse en el binomio: **estabilidad versus adaptabilidad**.

Respecto de la **estabilidad**, ella suele presentarse asociada a la “rigidez constitucional”, lo que, a nuestro juicio, no deja de producir equívocos. En efecto, no se trata de que la Constitución permanezca inmodificable a través del tiempo, sino que, considerando su naturaleza de marco fundamental de la convivencia, no pueda ser modificada, incesantemente, por mayorías parlamentarias ocasionales o a instancias de los apetitos personales del gobernante de turno.

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesora Investigadora de Derecho Constitucional del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Profesora titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile y Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Ex Ministra y ex Presidenta del Tribunal Constitucional (2013-2014). marisolpena@udd.cl.

En otras palabras, y por ser la “Ley Suprema”, la Constitución debe brindar suficiente certeza y proyección a los miembros de la sociedad: a los gobernantes, pero también, a los gobernados.

Esta razón de estabilidad es lo que justifica diferenciar el procedimiento de reforma constitucional del que se aplica a las leyes comunes, pues como señaló el Juez John Marshall en la famosa sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Marbury vs. Madison” (1803), “O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso, y como tales leyes, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.” Agregaba que, si se daba esta segunda alternativa, las constituciones escritas serían “intentos absurdos” por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

En lo que atañe a su **adaptabilidad**, la legitimidad de la Constitución, es decir, su capacidad de interpretar a la sociedad a la que está rigiendo a través del tiempo, depende de que sea capaz de irse ajustando a los cambios que ella vaya experimentando. El académico de la Universidad de Yale, en Estados Unidos, Bruce Ackerman, ha acuñado el concepto del “diálogo entre generaciones” desde la Constitución, de forma que ésta sea capaz de regir a la sociedad a través de la tradición expresada en el legado de los padres fundadores, pero acogiendo, a la vez, los cambios que ella había ido experimentando y que, visibilizados por las nuevas generaciones, inciden en las prescripciones contenidas en el pacto fundamental.

## II. **Formas de acoger el cambio constitucional:**

Sentado que las Constituciones deben irse modificando a través del tiempo para no fomentar la “atrofia de la conciencia constitucional” conviene distinguir las modalidades a través de las cuales opera normalmente el cambio de la Carta Fundamental:

1. **La mutación constitucional:** Supone que una o más normas constitucionales van dejando de aplicarse o se aplican en un sentido diverso, pero consistente en el tiempo, a aquél previsto por el constituyente. En el caso de la Constitución de 1980 podemos citar, dos ejemplos de mutaciones que se mantienen hasta el día de hoy: a) La atribución exclusiva del Senado de entregar su dictamen al Presidente de la República en los casos en que éste lo solicite (Art. 53 N° 10)) y b) La existencia del Consejo de Seguridad Nacional(Capítulo XII) que, originalmente, fue visto como el espacio en que las Fuerzas Armadas y Carabineros canalizaban su rol de “garantes de la institucionalidad.”
2. **La reforma constitucional (total o parcial):** Manifiesta el ejercicio del Poder Constituyente Derivado o Instituido, es decir, de aquel cuya fuente y reglas aplicables se encuentran en la propia Carta Fundamental. De allí que el capítulo

final de toda Constitución -previo a las disposiciones transitorias- suele estar reservado a la regulación del procedimiento de reforma de la Constitución.

Cabe advertir que este Poder Constituyente Derivado ha solido estar radicado en los Congresos o Parlamentos en cuanto órganos que reúnen a los depositarios de la confianza de la ciudadanía. Como genuinos representantes de la voluntad popular son, entonces, los parlamentarios -sin perjuicio del Jefe del Estado- quienes han gozado de la iniciativa para modificar la Constitución. Sin embargo, el Derecho Comparado muestra que, en las Constituciones más recientes, se confiere también iniciativa popular a la ciudadanía para estos efectos, asociada a un determinado porcentaje del electorado que presente la iniciativa y sin perjuicio de considerar un referéndum aprobatorio previo al inicio de la vigencia de la respectiva reforma.

Suele ocurrir, también, que determinadas mutaciones constitucionales se van materializando posteriormente en reformas a la Carta Fundamental. Así ha ocurrido en Chile, a lo menos en dos casos, que conviene recordar.

En primer término, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, pues el texto original de la Constitución de 1980 señalaba que en caso de que cualquier persona fuera lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos y de las municipalidades, podría reclamar ante los “tribunales contencioso administrativos” que determinara la ley (artículo 38 inciso segundo). Estos tribunales nunca fueron creados por el legislador -igual que bajo la vigencia de la Carta de 1925-, de modo que, en la reforma constitucional de 1989<sup>2</sup>, se reemplazó la oración pertinente por los “tribunales” que determine la ley, pues los tribunales ordinarios ya habían empezado a conocer, en la práctica, de este tipo de causas a fin de no hacer ilusorio el derecho a la acción de los justiciables.

El segundo ejemplo se dio con la forma de aprobar los tratados internacionales que, previo a su ratificación, deben ser sometidos a la aprobación del Congreso Nacional. El texto original de lo que hoy corresponde al artículo 54 N° 1) de la Constitución disponía que “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. Con la reforma constitucional del año 2005<sup>3</sup> se reemplazó esa oración por otra que indica “La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.” La razón de esta modificación fue doble: la

---

<sup>2</sup> Ley N° 18.825.

<sup>3</sup> Ley N° 20.050.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional había advertido que, dentro de un mismo tratado, pueden existir normas que correspondan a diferentes tipos de ley según el artículo 66 de la Constitución, de modo que, efectuada esa distinción, correspondía aprobar esas normas convencionales según el quórum propio de la materia de que trataban. Pero, además, pudo apreciarse que, en materia de aprobación de tratados, no son aplicables todos los trámites propios de formación de una ley simple u ordinaria (como la formación de comisiones mixtas).

3. **La modificación vía aplicación de los jueces:** Bruce Ackerman sostiene que, en el sistema del common law, “el juez va percatándose de los patrones cambiantes de las costumbres sociales y mantiene el derecho en sintonía con la vida”<sup>4</sup>. Este sistema precisamente le otorga a los jueces un importante rol que puede dar pie al “activismo judicial”, esto es que, finalmente, la Constitución sea lo que “los jueces dicen que es.”

El peligro que encierra el hecho de que la Constitución se vaya modificando a través de las sentencias judiciales radica en que pone en juego un aspecto clave del sistema democrático y es que es el pueblo -o sus representantes directos- deben ser los actores que den origen al pacto social fundamental o lo modifiquen. Existen muchas páginas de la literatura constitucional dedicada a esta cuestión, como la clásica pugna entre Jeremy Waldron y Ronald Dworkin, dando lugar a soluciones diversas entre las que parece haber ganado terreno la idea de un constitucionalismo “dialógico” conforme al cual la Constitución sólo puede ser el fruto del diálogo ciudadano.

En lo personal, participamos de la idea de que, en una auténtica democracia, el juez no puede ni debe reemplazar al titular del Poder Constituyente. Creemos, sin embargo, que esta afirmación admite, al menos, un matiz consistente en el desarrollo de “derechos implícitos” por parte de los jueces para concretar su tarea de hacer justicia en los casos concretos que se les someten. Los derechos implícitos son aquellas construcciones jurisprudenciales que extraen nuevos derechos no contemplados expresamente en la Constitución, pero a partir de derechos que ésta sí recoge en forma explícita. Así ha ocurrido en nuestro país con el desarrollo de los derechos de acceso a la información pública y del derecho a la identidad desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la protección de la propia imagen desarrollado por las Cortes de Apelaciones al conocer de recursos de protección. En nuestra opinión, para que el desarrollo de “derechos implícitos” enriquezca el texto constitucional, conforme a las nuevas necesidades sociales sin vulnerar el principio democrático, es necesario que se apoye en **“cláusulas abiertas de derechos humanos”**

---

<sup>4</sup> Ackerman, Bruce (2011). La Constitución viviente. Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 100.

contempladas en la propia Carta Fundamental. Un ejemplo de estas cláusulas se encuentra en el artículo 94 de la Constitución de Colombia de 1991: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

### III. Ideas concretas para enfrentar la reforma constitucional en la nueva Constitución.

Si se recorre la historia constitucional de Chile encontraremos muy diversas modalidades para abordar la reforma de la Constitución: la convocatoria a una Convención Constitucional en determinado año (Carta de 1828); la exigencia de aprobación de la reforma por dos Congresos sucesivos (Carta de 1833) y aprobación por la simple mayoría de los miembros de cada Cámara, ratificada esta mayoría con posterioridad, por el Congreso Pleno (Carta de 1925).

Pensando en los cambios que ha experimentado la sociedad chilena y los principios generales aprobados en el Reglamento General de esta Convención Constitucional queremos aportar las siguientes ideas a efectos de que sean consideradas en la redacción del capítulo de la nueva Constitución que se refiera a su reforma:

1. La Carta Fundamental debiera distinguir entre la **reforma total** de la Constitución y su reforma **parcial**.
2. La reforma total procederá por iniciativa de los ciudadanos equivalente, a lo menos, al veinte por ciento del padrón electoral, mediante un registro abierto al efecto por el Servicio Electoral en que se consignen las firmas respectivas, a solicitud de aquellas personas o grupos que lo soliciten fundadamente. Reunido ese porcentaje, según certificación del SERVEL, el Presidente de la República convocará a un plebiscito cuyo único objeto será que el electorado se pronuncie acerca de la opción afirmativa o la negativa, respectivamente, en la forma que regule la ley de votaciones populares y escrutinios. La reforma total de la Constitución tendrá siempre su origen en la Cámara de Diputados.
3. La reforma parcial de la Constitución procederá por mensaje del Presidente de la República o por moción parlamentaria que debe ser patrocinada por un número no inferior a 10 senadores y 20 diputados<sup>5</sup>. Un porcentaje de ciudadanos equivalente al 5% del padrón electoral podrá presentar, asimismo, iniciativas populares de reforma constitucional, las que no requieren ser articuladas, pero sí deben indicar, con claridad, los fundamentos de la respectiva iniciativa. Las

---

<sup>5</sup> En la actualidad, las mociones parlamentarias que promuevan reformas constitucionales deben ser patrocinadas por un mínimo de 5 senadores o de 10 diputados, respectivamente, de la misma manera que las mociones parlamentarias dirigidas a aprobar nuevas leyes o a modificarlas (Art. 65, inciso primero, de la Constitución).

reformas parciales a la Constitución podrán originarse en cualquiera de las dos Cámaras.

4. Las reformas constitucionales, total o parciales, deberán ser aprobadas con **un quórum de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio**<sup>6</sup>, independientemente de la materia sobre la que versen estas últimas. En todo caso, tratándose de reformas constitucionales parciales que incidan en los capítulos de Principios Fundamentales y de Derechos y Deberes constitucionales, un cinco por ciento de los ciudadanos que conforman el padrón electoral podrá solicitar, dentro de un plazo de tres meses de aprobada la respectiva reforma por el Congreso Nacional, que se someta a un plebiscito aprobatorio antes de su entrada en vigencia, para cuyos efectos la reforma se entenderá totalmente aprobada si cuenta con la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos por la opción afirmativa.
5. Las reformas constitucionales se tramitarán en conformidad a las normas que regulan el proceso de formación de las leyes en lo que resulte pertinente.
6. Existirá **acción pública para requerir al Tribunal Constitucional** respecto de reformas constitucionales parciales, cualquiera sea su origen, por infracción al capítulo de los Principios Constitucionales<sup>7</sup> y por vicios de procedimiento en su formación.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> La existencia de un quórum único de aprobación de las reformas constitucionales evita la discusión que se ha generado durante la vigencia de la actual Constitución respecto de quórum diferentes de aprobación de la reforma (2/3 o 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio) dependiendo del capítulo de la Constitución en que ella incida (Art. 127 inciso segundo).

<sup>7</sup> Las iniciativas propiciadas por algunos Presidentes de América Latina, como Alvaro Uribe en Colombia y Evo Morales en Bolivia, han puesto de manifiesto que una reforma constitucional para prorrogar el período presidencial incidiendo, en principio, en la parte orgánica de la Carta Fundamental, puede llegar a comprometer aspectos básicos de la democracia como la alternancia en el Poder.

<sup>8</sup> Las Constituciones de Colombia de 1991 (Art. 241.1) y de Bolivia de 2009 (Art. 202.10) contemplan acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios en el procedimiento de formación en las reformas constitucionales.