

La potestad de reforma constitucional: principios, mecanismos y límites

por Diego Pardo Álvarez\*  
Universidad Austral de Chile

I. Principios y cuestiones teóricas

1. [**Importancia de la potestad de reforma; poder constituyente**] La potestad de reforma es una competencia constitucional que autoriza agregar, modificar o derogar una o un conjunto de disposiciones constitucionales. En sus orígenes, la potestad de reforma fue la reacción ante la revelación, en el propio diseño constitucional, de la falibilidad del poder constituyente: ella se presenta como la herramienta para responder al riesgo permanente de obsolescencia constitucional sin requerir un nuevo ejercicio constituyente originario. Su función radica en alterar la ley constitucional cuando se debele insuficiente, siguiendo un procedimiento regular e institucionalizado –constituido–, asumiéndose para ello bajos costos de transacción en comparación a los procedimientos constituyentes originarios. En el caso contrario, si no existiese una potestad de reforma, la imposibilidad de reformar la constitución conducirá irremediamente al pueblo a la exasperación. Dicha exasperación, dicho sea de paso, debiera resultar evidente para cualquier espectador de la realidad chilena con posterioridad al 18 de octubre de 2019.

2. [**Expresión de la soberanía popular; flexible**] La potestad de reforma, en consecuencia, permite modificar la constitución a bajo costo: la posibilidad de reformar una constitución permite reaccionar ante la obsolescencia evitando un quiebre institucional. A la inversa, podría pensarse que toda restricción y limitación de la potestad de reforma estimula, al menos como consecuencia adventicia, tal quiebre institucional. Aquí ya se deducen dos principios a los que deben responder la potestad de reforma: en primer lugar, la potestad de reforma debe ser *una expresión de la soberanía popular*. A la potestad de reforma subyace la idea de que el poder constituyente del pueblo puede ser expresado, sin ser suplantado, por los poderes constituidos encargados de la reforma. Y en segundo lugar, la potestad de reforma debe ser *flexible*: debe ser capaz de reformar la constitución cuando sea preciso, y de no alterarla cuando no sea necesario. De ahí la importancia capital de la potestad de reforma para la nueva constitución: su restricción y su falta de habilitación podría conducir, como demuestra la constitución de 1980, a la inestabilidad política.

3. [**rigidez constitucional y supremacía**] Los dos principios enunciados en el párrafo anterior, sin embargo, se encuentran en tensión con un principio propio del constitucionalismo de postguerra: la *rigidez constitucional*. Conforme al principio de la rigidez constitucional, los procedimientos de reforma constitucional deben agravarse, ser más complejos, en comparación a los procedimientos de reforma legal. Dos razones se aducen a favor de la rigidez constitucional. En primer lugar, está el argumento de la supremacía constitucional: si una constitución pudiera ser reformada a través del procedimiento de modificación correspondiente a la ley ordinaria, entonces las constituciones no representarían límite eficaz alguno frente al legislador. Pues cada vez que el legislador se viera limitado por la constitución, podría reformarla para evitar verse vinculado a ella. En segundo

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Göttingen (Alemania). Investigador responsable FONDECYT N° 11200291 “Creación y reforma constitucional mediante reglas de la mayoría calificada”.

lugar, está el argumento de la estabilidad constitucional: la permanencia de las disposiciones constitucionales permite alcanzar cierto grado de seguridad jurídica. Ésta es una condición de posibilidad del tráfico jurídico y del mercado, así como del ejercicio proyectado en el tiempo de la libertad y la autonomía personal. La amenaza permanente, en cambio, de un cambio constitucional podría producir inestabilidad política y económica.

4. [**Tensión entre los principios; propósito fundamental de la potestad**] Los principios de la soberanía popular, de la flexibilidad y de la rigidez se encuentran en tensión. Esta tensión puede ser disuelta en base a dos exclusiones: deben evitarse los falsos negativos y los falsos positivos. Es decir, la constitución debe ser reformada siempre que sea imprescindible desde un punto de vista democrático, y no debe ser reformada cuando no sea necesario desde un punto de vista democrático. Esa tensión debe ser disuelta a través de la regulación constitucional.

## II. Preguntas de implementación

5. [**Cláusulas pétreas; sustitución**] Para disolver la tensión entre rigidez constitucional y flexibilidad democrática resulta útil distinguir *niveles de rigidez constitucional*. En el nivel más alto de rigidez constitucional se encuentran las constituciones que no pueden ser reformadas en ningún aspecto. Este tipo de constituciones ya no son una realidad histórica, porque representan una invitación a la revolución: si una constitución no puede ser reformada, entonces toda cambio quedaría a disposición sólo de la sustitución revolucionaria. Por ejemplo, la Constitución de 1823 no contenía disposición alguna referida a su reforma o sustitución. Un segundo nivel de rigidez se encuentra en las cláusulas pétreas y en las disposiciones intangibles. Estas disposiciones se encuentran excluidas de la competencia de reforma: sólo pueden ser sustituidas por una nueva constitución. El ejemplo más celebre es el art. 79 inc. 3º de la ley fundamental alemana, que es complementado por el art. 146. El art. 79 declara algunos principios de la ley fundamental como irreformables; mientras el art. 146 establece que la ley fundamental perderá su vigencia “el día en que entre en vigor una constitución decidida libremente por el pueblo alemán”. Es decir, el art. 146 muestra cómo pueden sustituirse los principios irreformables del art. 79: sólo mediante una nueva constitución.

6. [**Niveles de rigidez; multi-track**] Descendiendo desde las cláusulas pétreas y de intangibilidad –es decir, desde la exclusión de la reforma– son pensables distintos niveles de rigidez según las disposiciones o grupos de disposiciones a ser reformadas. Aquí radican en consecuencia las tres primeras decisiones que debe adoptar esta comisión para la nueva constitución: la nueva constitución

- i. ¿contendrá cláusulas pétreas y cláusulas de intangibilidad?
- ii. ¿contendrá la nueva constitución sólo un procedimiento de reforma o contendrá distintos procedimientos de reforma?
- iii. ¿regulará un procedimiento de sustitución constitucional?

Sobre i: las cláusulas pétreas afectan la flexibilidad necesaria para que los cambios constitucionales se produzcan cuando son considerados imprescindibles por el legislador democrático. Su utilización, de afirmarse, debe reservarse para aquellos principios y reglas constitucionales considerados elementales e imprescindibles de todo régimen democrático. Además, la utilización de cláusulas pétreas efectivas supone atribuir a un órgano (normalmente de naturaleza jurisdiccional) la competencia para revisar la reforma constitucional. La utilización de cláusulas pétreas, en consecuencia, debe coordinarse con la

decisión que se adopte respecto del control de constitucionalidad y con la decisión que se adopte respecto de (iii) la inclusión de un procedimiento de sustitución constitucional.

Sobre ii: una buena forma de disolver la tensión entre flexibilidad democrática y rigidez constitucional consiste en establecer un sistema de procedimientos de reforma diferenciados. Dicha diferenciación puede combinar procedimientos de sustitución constitucional con procedimientos de reforma, también diferenciados dependiendo de las normas a ser reformadas. Varias constituciones recientemente aprobadas contienen procedimientos de reforma y de sustitución diferenciados (por ejemplo Colombia, Costa Rica, España, Uruguay, y Sudáfrica). La adopción de procedimientos diferenciados de reforma (de un sistema multi-track) permite diferenciar niveles de estabilidad constitucional dependiendo de la dificultad del procedimiento de reforma. Ello debe ser combinado también con una competencia de control (¡sólo formal-procedimental!) de la reforma constitucional y puede, aunque no resulta implicado, ser combinado con un procedimiento de sustitución constitucional.

Sobre iii: la regulación de un procedimiento de sustitución constitucional es una cuestión delicada. Por una parte, dicha regulación puede tener un valor declarativo, pero no regulatorio, de la sustitución constitucional (cuando se opera bajo el paradigma de la soberanía popular). Su regulación sirve al propósito de coordinar la acción colectiva como última válvula de escape de la crisis constitucional: requieren, en consecuencia, de un altísimo grado de participación popular, lo que aumenta considerablemente los costos de transacción. Su reconocimiento en la nueva constitución tiene, en adición, un valor performativo: cuenta como el reconocimiento de la propia convención constitucional de su pretensión de legitimidad. Difícilmente una convención constitucional con competencia para sustituir una constitución puede dejar de contemplar un procedimiento de sustitución constitucional. Una sugerencia podría ser en consecuencia regular un procedimiento de sustitución constitucional similar, en sus rasgos centrales, al que dio origen a la actual convención constitucional – decisión político-representativa, plebiscito de entrada, elección de la convención, redacción del texto constitucional y aprobación final por referéndum–.

7. **[Actores de los procedimientos de reforma]** El procedimiento de reforma constitucional y el de sustitución constitucional tiene que ser expresivo de la soberanía popular democrática. Tanto su activación como su inacción tienen siempre que poder ser interpretados como fruto de una decisión adoptada por el *demos*. Por ello, tan relevante como la pregunta por el objeto de la reforma constitucional es la pregunta por los sujetos de la reforma constitucional. Procedimientos de reforma constitucional con menos sujetos disminuyen sus costos de transacción pero también la improbabilidad de corresponderse con una estructura de decisión democrática. Procedimientos que incluyen más sujetos tienen mejores credenciales democráticas, pero son más difíciles de llevar a cabo, por lo que pueden conducir a la inacción, a la pasividad y a la inestabilidad política.

8. **[Órganos; competencias; procedimientos]** Al nivel de la decisión acerca de los actores de la reforma constitucional la decisión constitucional se complejiza. Su determinación precisa depende de la forma regular en la que se ejerza la función legislativa y el control de ella, según el sistema de gobierno por el que se opte. Las preguntas que en este nivel se abren son, al menos, las siguientes:

- iv. ¿Cuáles órganos constitucionales participarán de la reforma constitucional?
- v. ¿Qué competencia específica tendrá cada órgano que participa?
- vi. ¿Qué procedimiento deberá observar cada uno de tales órganos?

**[Sobre iv: órganos]** La respuesta a la pregunta acerca de los órganos que participarán de la reforma constitucional tiene un rango acotado: el Presidente o el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno, el Congreso o parlamento, una cámara representativa federal o regional, el electorado (a través del referéndum), el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema. Las constituciones modernas no contemplan, en general, otros órganos como actores de la reforma. A este listado habría que agregar por cierto una asamblea o convención constitucional ad-hoc, generalmente reservada para los procedimientos de sustitución constitucional. Cruciales para que la reforma constitucional pueda ser descrita como el producto de la soberanía popular resulta la integración del parlamento o Congreso –ambas cámaras– con el electorado organizado con miras a la realización de un referéndum. En un sistema multi-track es propia la participación de distintos órganos según el objeto de la reforma intentada; así como que un tribunal (el tribunal constitucional o la corte suprema) revise la corrección del procedimiento observado.

**[Sobre v: competencias]** En términos generales, los procedimientos de reforma constitucional deben integrar al Jefe de Estado/Gobierno, a ambas cámaras del Congreso, la participación directa del pueblo y al electorado por vía de referéndum. Cada órgano puede tener una competencia específica dentro del (de los) procedimiento(s) de reforma constitucional. Estas competencias pueden ser positiva o negativa (de control); así como de iniciativa, de deliberación y de decisión. Todas estas reglas de competencia pueden encontrarse delimitadas sustantiva o temporalmente.

**[Sobre vi: procedimientos]** Aquí las respuestas, combinadas con las respuestas anteriores, tienden a números y variables mayores. Sólo puedo proveer de ciertas consideraciones negativas en este breve tiempo.

### III. Mecanismos

9. **[Sistema de gobierno; Presidente]** La regulación de los procedimientos de reforma constitucional debe integrar la definición del sistema de gobierno con la determinación del objeto de las normas reformadas. Preservar un Jefe de Estado elegido directamente por el electorado impacta en el grado de participación que debe reconocérsele en los procedimientos de reforma constitucional. La iniciativa puede otorgarse al Presidente como a los miembros del Congreso, y puede funcionar en términos más restringidos para el pueblo a través de la iniciativa popular. El ejecutivo puede también participar de la deliberación de la reforma constitucional en el Congreso, ya sea a través del Presidente o a través de los ministros correspondientes. La posibilidad de veto del Presidente depende de la realización o no de un referéndum. El veto parcial a favor del Presidente parece ser una herramienta demasiado fuerte de intervención (por anticipación) en la deliberación parlamentaria. Es recomendable en cambio reservar el veto a un veto total con la posibilidad de una insistencia de parte del Congreso. Al Presidente corresponde, por último, convocar a plebiscito. Dicha convocatoria puede ser facultativa en ciertos casos y obligatoria en otros.

10. **[Congreso; bicameralismo]** La definición del sistema de gobierno también impacta en el procedimiento de deliberación al interior del Congreso. Optar por un Congreso bicameral de representación incongruente, con una cámara política de representación nacional y otra de representación especial, territorial o federal, también tiene relevancia en el diseño de la reforma constitucional. A los miembros de la cámara política debería reservárseles también iniciativa amplia de reforma constitucional. No es recomendable restringir esa iniciativa, como ha intentado avanzar el tribunal constitucional chileno en contra del tenor literal de la constitución de 1980. Puede estudiarse la iniciativa también a favor de los miembros de la

cámara de representación territorial, sobre todo en relación a reformas relacionadas con esa forma de representación especial. Un sistema bicameral podría conducir a aprobar la reforma por ambas cámaras, aunque esta no representa necesidad sistemática alguna.

11. [**Mayorías calificadas, nuevas elecciones, tiempo de deliberación**] La deliberación acerca de la reforma se presenta centralmente en el Congreso, por lo que es recomendable que el procedimiento de reforma cuente con instancias adecuadas de reflexión y frenos a la decisión sin deliberación. Mecanismos usuales a este respecto son las exigencias de mayoría calificada, la convocatoria a nuevas elecciones entre la aprobación de una reforma constitucional y la suspensión del procedimiento para evitar decisiones apresuradas.

(a) La mayoría calificadas (es decir, cualquier exigencia adicional a la mayoría absoluta de los congresistas en ejercicio) restringen la igualdad político-representativa de los miembros del Congreso y reducen la legitimidad constitucional al apoyo otorgado por una minoría del Congreso. Adicionalmente conducen a la adaptación de decisiones generales y abstractas, afectándose con ello la separación de poderes vertical. Las mayorías calificadas son, en consecuencia, y a pesar de su extendida utilización, muy poco recomendables también en procedimientos de reforma constitucional.

(b) La posibilidad de convocar nuevas elecciones antes de la ratificación de una reforma constitucional tiene por sentido alinear a las instancias de representación parlamentaria con la voluntad del electorado. Su utilización depende de la integración del mecanismo de la convocatoria a nuevas elecciones a nivel de sistema político. En un sistema costoso de rigidez constitucional, por lo que su utilización debe ser restringida. Además tiende a convertir las elecciones del Congreso en una validación plebiscitaria de la autoridad del Jefe de Estado o en una ratificación plebiscitaria indirecta de la reforma. Por eso, es recomendable su uso restringido y no en adición a la convocatoria a referéndum.

(c) La Constitución de Ecuador, por ejemplo, contempla la separación de 90 días o incluso de un año entre las dos instancias de debate respecto de la reforma constitucional. Este mecanismo, combinado con el referéndum, parece menos gravoso que la convocatoria a nuevas elecciones y más legítimo en comparación a entregar el destino de una reforma constitucional al parece de una minoría político-partidista bajo una regla de la mayoría calificada.

12. [**El electorado; plebiscitos**] El electorado, y el pueblo representado por el electorado, puede participar, en principio, de 3 formas en los procedimientos de reforma constitucional.

(a) En primer lugar, podría consagrarse una forma de iniciativa popular de reforma constitucional. Ello marcaría una política de continuidad respecto de la presentación de iniciativas populares dentro de la convención constitucional. La iniciativa podría restringirse a ciertas materias y a cierto número de electores (en relación al padrón electoral). Su aprobación supondría la realización de todo el procedimiento de reforma constitucional contemplado.

(b) En segundo lugar, el pueblo puede participar del procedimiento de deliberación parlamentaria a través de su estructuración en organizaciones de la sociedad civil. La suspensión de la deliberación parlamentaria descrita en 11(c) podría complementarse con *hearings* y audiencias públicas, como las que tienen lugar en esta convención constitucional. Ello contribuiría decisivamente a que el pueblo no sólo participe como instancia de decisión –representado por el electorado–, sino también como partícipe en la deliberación –representado por sus asociaciones civiles–.

(c) En tercer lugar, muchos sistemas constitucionales incluyen la realización de un referéndum al término del procedimiento de reforma constitucional. En la constitución vigente ese referéndum sólo se produce en caso de ser convocado por el Presidente de la República y ante una divergencia de opinión con el Congreso. Es recomendable que, al

menos en ciertas materias de mayor importancia, el referéndum pueda ser convocado no sólo a instancias del Presidente, sino también a instancias de un grupo de congresistas. Enmiendas realizadas a reglas constitucionales no de importancia capital podrían ser excluidas de la aprobación por referéndum.

#### IV. Limitaciones

13. [**irreformabilidad absoluta temporal**] En la teoría constitucional y en derecho constitucional comparado la teoría de los límites de la potestad de reforma y la postulación de una supuesta inconstitucionalidad de la reforma constitucional ha recibido recientemente un impulso significativo. Para su análisis es necesario distinguir entre límites totales y parciales, límites sustantivos y procedimentales así como preguntarse qué órgano sería el encargado de hacerlos valer. Sobre estos temas puede plantearse lo siguiente.

(a) Algunas constituciones excluyen la posibilidad de iniciativa de reforma constitucional dentro de un cierto plazo. Por ejemplo, la constitución de 1828 establecía un plazo de irreformabilidad; y asimismo la constitución de Grecia establece la imposibilidad de reformar la constitución dentro de los 5 años posteriores a la aprobación de una reforma constitucional. Estas prohibiciones absolutas de reforma no parecen recomendables, ni en general ni en nuestro contexto de transformación institucional. Pues cuentan como una restricción excesiva al ejercicio de la soberanía popular que expresa la posibilidad de reformar la constitución. Y además, porque resulta improbable prever los problemas que el futuro depara a la nueva constitución: hacerla irreformable por un periodo de tiempo podría impedir su mejora inmediata ante evidencia suficiente futura. Si se decide hacer uso de la prohibición temporal de reformas en la nueva constitución resulta recomendable también regular hipótesis generosas de acomodación temprana a través de disposiciones transitorias.

14. [**Cláusulas pétreas**] (b) El uso de cláusulas pétreas y de disposiciones irreformables representa una restricción sustantiva de la potestad de reforma. En tanto ella se entienda como expresión de la soberanía popular, el uso de cláusulas pétreas cuenta también como una limitación del régimen institucional democrático. Su inclusión, de efectuarse, debe reservarse a los aspectos fundamentales o básicos de la nueva constitución aprobada. Su redacción debe ser concreta y específica: de preferencia, referirse a una disposición o una regla básica constitucional, no en cambio a un conjunto de temas o materias constitucionales. Y su uso debiera venir aparejado con la regulación de la activación de un procedimiento especial de sustitución constitucional. Al contrario, cláusulas pétreas, abiertas y generales, sin indicar un procedimiento de sustitución, son terreno fértil para el activismo judicial de quien debe velar por su cumplimiento, así como una invitación a la sustitución por vías no institucionales o revolucionarias.

15. [**Límites procedimentales y su control**] (c) La potestad de reforma puede estar sometida a límites sustantivos y procedimentales, explícitos e implícitos. Los límites sustantivos entregan una potestad extraordinaria al órgano encargado de hacerlos valer, típicamente un tribunal o una corte constitucional. Se recomienda, en vista a este antecedente, restringir los límites sustantivos a su mínima expresión fundamental, y a su formulación explícita (acaso a través de unas pocas y concretas cláusulas de intangibilidad). Estas decisiones deberían adoptarse en vinculación con la decisión acerca del control de constitucionalidad que se contemplará. Se aconseja, igualmente, excluir de cualquier forma de control del ejercicio de la potestad de reforma criterios de carácter implícito: al respecto, el tribunal encargado de la revisión de la reforma debe tener un apego estricto al derecho constitucional vigente. El órgano encargado del control debiera restringirse a determinar si se observa el procedimiento ordenado de reforma en función del objeto sobre el que recae.

Es decir, el control de la constitucionalidad de la reforma constitucional podría venir aparejado con un sistema multi-track de reforma, y restringirse a aspectos puramente procedimentales; toda otra forma de control de la reforma posiciona al tribunal constitucional como una potestad superior a la ejercida por el pueblo a través de la reforma constitucional.

16. **[Sustitución constitucional]** La posible adopción de cláusulas pétreas y la posible adopción (aparejada) de limitaciones sustantivas de la potestad de reforma constitucional refuerzan la necesidad de establecer un procedimiento de sustitución constitucional. Este procedimiento sin embargo puede establecerse incluso sin cláusulas pétreas ni control sustantivo de la reforma. Para el procedimiento de sustitución constitucional es necesario asegurar un grado mayor de participación popular, en los tres niveles vistos más arriba (11). El devenir de la convención constitucional actual marca varios elementos que deberían ser incluidos en este procedimiento de sustitución. Su activación constitucional puede depender de algunos de los mecanismos vistos anteriormente.