

PRINCIPIOS Y PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Marisol Peña Torres¹

I. CONTEXTO DE LA DISCUSIÓN

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.

De esta manera, 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 idea de “rigidez constitucional”, lo que no deja de producir efectos 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, se evite que sea modificada, incesantemente, por mayorías parlamentarias ocasionales o a instancias de los apetitos personales del gobernante de turno.

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 la 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 sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Marbury vs. Madison” (1803), “O bien la Constitución es una ley 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 para 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

¹ Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Investigadora del Centro de Justicia Constitucional UDD. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro de número y Secretaria Académica de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile y Miembro correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Ex Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile.

Yale, Bruce Ackerman, ha acuñado el concepto del “diálogo entre generaciones”², de forma de impulsar la idea de que la Constitución debe ser capaz de ir fomentando una verdadera conversación entre las generaciones que estuvieron en el origen de la Carta con aquellas que, posteriormente, pasan a ser regidas por sus prescripciones.

Las formas de acoger el cambio constitucional permiten distinguir tres modalidades:

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. Ha ocurrido que determinadas mutaciones constitucionales se materializaron posteriormente en reformas a la Carta Fundamental. Pueden citarse, al menos, dos casos.

El primero de ellos tiene que ver con la responsabilidad extracontractual del Estado frente a los administrados. 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 o 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 agosto de 1989³, se reemplazó la referencia a dichos tribunales por la de los “tribunales que determine la ley” (artículo 38 inciso segundo). De esta forma, se acogió, en el texto de la Constitución, la práctica de que los tribunales ordinarios habían empezado a conocer de este tipo de causas a fin de no hacer ilusorio el derecho a la acción de los justiciables.

El segundo caso se refiere a la forma de aprobación de los tratados internacionales, que le corresponde al Congreso Nacional, antes de su ratificación (Art. 54 N° 1) CPR). El texto original de la Carta Fundamental disponía que “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. Con la reforma constitucional del año 2005⁴ 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 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 los tratados internacionales según el quórum propio de cada una de las normas que los conformaban⁵. 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).

² Ackerman, Bruce (2011). La Constitución viviente. Editorial Marcial Pons, Madrid.

³ Ley 18.825.

⁴ Ley 20.050

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional rol 288, de 28 de febrero de 1999, considerandos 13°, 17° y 18°.

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 destinado a la regulación del procedimiento de reforma de la Constitución.

El 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 Presidente de la República- quienes han gozado de la iniciativa para modificar la Constitución. Sin embargo, en las Constituciones más recientes, se confiere también iniciativa popular a la ciudadanía para estos efectos, la que se asocia a un determinado porcentaje del electorado y sin perjuicio de considerar un referéndum aprobatorio previo al inicio de la vigencia de la respectiva reforma.

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”⁶. Si bien es discutible que los jueces ejerzan la competencia propia del Poder Constituyente Derivado, en la práctica, en todos los Estados encontramos casos en que la Constitución se ha ido adaptando a la evolución de la sociedad en base a la interpretación que los jueces han hecho de ella. Ciertamente, el riesgo de esta práctica es el “activismo judicial” al punto que la Carta se transforme en “lo que los jueces dicen que es”.

Con todo el peligro que supone que los jueces vayan transformando la Constitución a través de las sentencias judiciales, participamos de la creencia de que hay una situación en que esta práctica es conveniente siempre que sea amparada por la propia Carta Fundamental. Así, en varias Constituciones contemporáneas (Guatemala, Colombia, Ecuador) se contienen “cláusulas abiertas de derechos humanos” que parten de la base de que la enunciación de derechos que la propia Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos contienen no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos. Con apoyo en estas cláusulas, los jueces pueden desarrollar “derechos implícitos”, esto es, derechos que, no estando recogidos expresamente en el texto de la Constitución, se desprenden del contenido -mayormente desarrollado- de aquellos que sí figuran expresamente en la Carta Fundamental.

II. PROPUESTA

1. La Carta Fundamental debiera distinguir entre la **reforma total** de la Constitución y su reforma **parcial**.

⁶ Ackerman (2011), p. 100.

2. La reforma total procederá por iniciativa de los ciudadanos equivalente, a lo menos, al 10% 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 diputados⁷. 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 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 ejercicio⁸, 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.

⁷ 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).

⁸ 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).

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 Constitucionales⁹ y por vicios de procedimiento en su formación.¹⁰

⁹ 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.

¹⁰ 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.