

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

Miriam Lorena Henríquez Viñas¹

El presente trabajo analiza, desde la disciplina de las Fuentes del Derecho, la procedencia y alcance del control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. Para ello se aborda la distinta naturaleza de las normas sobre la reforma, como normas formales, y la norma de reforma, como norma sustancial, y su relación desde la perspectiva de la validez.

1. Introducción

El tema de la *reforma constitucional* está asociado hoy a la constitución normativa, suprema y rígida. La regulación de la reforma de la constitución es una garantía jurídica extraordinaria de la supremacía constitucional –la garantía ordinaria será el control de constitucionalidad de las normas– y un instrumento de estabilidad y adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. Bajo este prisma, la temática propuesta adquiere una destacada relevancia para la teoría y práctica constitucionales y la disciplina de las fuentes del Derecho.

A pesar de la importancia apuntada, la doctrina de nuestro medio escasamente ha desarrollado este asunto, centrando su atención –aparte más de las cuestiones básicas o generales– solo en: a) la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, o entre poder constituyente y poder

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Fuentes del Derecho, LLM Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional de las Universidades Alberto Hurtado, Andrés Bello y De Las Américas. Email: miriamhenriquez@yahoo.es

de reforma; b) los límites al poder de reforma, planteándose si los hay y sus tipos; c) el procedimiento de reforma constitucional; y d) el control de constitucionalidad de la reforma por el Tribunal Constitucional y los vicios que pueden ser objeto de ese control, diferenciándose por un lado los autores que sostienen el control de los aspectos procedimentales y materiales (expresos o implícitos), y, por otro, los que sostienen que solo procede el control respecto de los aspectos procedimentales.

En la doctrina comparada sobre la materia puede observarse que las cuestiones discutidas actualmente son heterogéneas y distintas a las previamente apuntadas incluyendo: a) el órgano que debe realizar la reforma constitucional; b) el órgano que debe controlar la reforma, en aquellos sistemas en que no se hubiera previsto expresamente; c) la conveniencia de instaurar un único procedimiento de reforma o diferenciarlos según las materias que pretendan modificarse, esto es, dilucidar si dentro de la constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener una especial protección frente a la reforma; d) el grado de rigidez que debe tener una constitución; e) la participación popular en el procedimiento de reforma, ya sea en lo relativo al referéndum o la iniciativa popular; f) la posibilidad de reformar las normas que regulan la reforma y de la revisión total de la constitución, entre otras². Incluso la doctrina se ha llegado a cuestionar: ¿qué función cumple la reforma dentro del sistema constitucional? ¿Qué sentido tiene la institución? ¿En qué medida es el único procedimiento de adecuación del texto a la realidad, o es simplemente uno más y ni siquiera el más importante? ¿Hasta qué punto es compatible la existencia de otros procedimientos de desarrollo de la constitución con la reforma? Y, en el caso de que se admita esto último, ¿qué relaciones existen entre esta y aquellos?³

Sin perjuicio del interesante grupo de temas planteados, mi intención para este trabajo es acotar el análisis del asunto desde la disciplina de las Fuentes del Derecho, de forma de –a partir de determinar la *naturaleza de la norma de reforma*– establecer la procedencia de un eventual control de constitucionalidad de la reforma y las características que éste pudiere tener. Para ello seguiré el siguiente plan de análisis: a) primero, distinguiré entre la naturaleza de las normas sobre la reforma, como normas formales, y la norma de reforma, como norma sustancial; b) luego, intentaré establecer la naturaleza jurídica

2 Ver Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, (Porrúa) 2008, p. 232.

3 Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del Derecho*, (Tecnos) 2007, p. 106.

y tipo normativo de la norma de reforma; y c) finalmente, identificaré la relación entre la naturaleza de la norma de reforma y la procedencia de su control de constitucionalidad.

2. Naturaleza de las normas sobre la reforma y de la norma de reforma

Considerando la función de las normas, puede distinguirse al menos dos tipos: a) las normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho, y b) las normas formales, que regulan la forma en la que las normas sustantivas tienen que producirse, señalándoles el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente⁴. El estudio de la *reforma constitucional*, desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho, implica distinguir entre las *normas sobre producción de la reforma*, en adelante, *normas sobre la reforma*; y las reformas concretas, en adelante, *norma de reforma*. Es decir, las primeras dicen relación con la producción y las segundas son las normas concretas realizadas conforme a las anteriores⁵.

2.1. Naturaleza de las normas sobre la reforma

Las normas sobre la reforma son normas sobre producción o formales que van a determinar, en el caso de la reforma constitucional, el objeto y el procedimiento para la dictación de la norma de reforma. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las normas sobre producción. Como es sabido, la escuela kelseniana basa la relación entre las normas sobre producción y las normas sustanciales en la jerarquía, esto es –según enseña Merkl–, las normas superiores son siempre formales respecto de las inferiores, en cuanto son un presupuesto procedimental para estas últimas. Sin embargo, también es conocido que los sistemas de normas plurales o complejos no están estructurados solo en base al criterio jerárquico. En los ordenamientos complejos, en los que existe una pluralidad de fuentes, una norma puede tener condicionada su validez no solo por una fuente (norma) jerárquicamente superior sino también por una fuente del mismo rango jerárquico⁶, entrando así en escena otros principios estructuradores del sistema, como el principio de competencia.

4 Es menester aclarar que las categorías propuestas para distinguir los tipos de normas no son pacíficas en la doctrina. Así, por ejemplo, a las normas que denomino formales se las reconoce ya como normas secundarias (Hart), reglas que confieren poderes, reglas constitutivas o normas sobre la producción jurídica (Kelsen).

5 De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, (Trotta) 2003, p. 29.

6 Balaguer Callejón, Francisco, *Constitución y ordenamiento jurídico. I. Principios del ordenamiento constitucional*, (Tecnos) 1991, p. 103.

En tal sentido, las normas sobre la reforma son normas de competencia, por cuanto fijan el ámbito posible de la reforma y el procedimiento para reformar la Constitución⁷. La principal consecuencia de esta afirmación es que la norma de reforma que sea promulgada, por ejemplo, por un órgano distinto o por un procedimiento diferente de aquél fijado por la norma sobre la reforma, será inválida.

Así las normas sobre la reforma, previstas en la Constitución Política de la República (CPR) en el Capítulo XV, fijan, por un lado, el ámbito posible de la reforma y, por otro, su procedimiento. Por “el objeto de la reforma” nos referimos a los órganos a quienes está atribuida la competencia de reformar la Constitución y a los límites –si es que estuvieran previstos– que surgen de la propia naturaleza del orden constitucional.

Así, si se analiza el *ámbito posible de la reforma* y se busca establecer quién es el *sujeto* con competencia para realizarla, surge necesariamente como respuesta el poder de revisión o poder de reforma. De conformidad con la Constitución, el poder de reforma está encarnado en el Presidente de la República, el Congreso Nacional y en ciertos casos –de referéndum constitucional– en el propio electorado⁸.

Por su parte, en lo relativo a los *límites* de la reforma, la CPR ha previsto solo límites en cuanto al sujeto y al procedimiento (procesales), esto es, un procedimiento distinto de aquel establecido para la modificación de la legislación ordinaria, renunciando a establecer de manera expresa límites a la reforma en términos semejantes a los plasmados en otras constituciones, como la alemana, italiana, griega y portuguesa, entre otras, que han previsto cláusulas de intangibilidad relativas, por ejemplo, a la forma de Estado o del gobierno.

7 Moreso afirma que estas disposiciones han sido, en varias ocasiones, calificadas de normas de competencia por autores como Guastini, Nino y Ross. Moreso, José, “Disposiciones de reforma constitucional”, En *Doxa*, 10, 1991, p. 202.

8 El artículo 127 de la Constitución otorga iniciativa de reforma constitucional al Presidente de la República (mensaje) y a los miembros del Congreso Nacional (moción). Luego, en la discusión y en la aprobación de la reforma, participan fundamentalmente ambas ramas del Congreso Nacional y, en la fase final, es decir, en la sanción, promulgación y publicación, interviene el Presidente de la República (artículo 128). Los supuestos de participación ciudadana son dos: el primero, para el caso de que el Presidente de la República rechazare totalmente el proyecto aprobado por las Cámaras y estas insistieran en su totalidad por los 2/3 de los miembros en ejercicio de cada Cámara; el segundo, para el supuesto en que el Presidente de la República observare parcialmente el proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y estas insistieran por los 2/3 de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobadas por ellas (artículo 128). En ambos casos, el Presidente de la República tiene la opción de promulgar el proyecto de reforma por la insistencia de las Cámaras o consultar a la ciudadanía en un plebiscito o, más propiamente, un referéndum constitucional.

Si bien el asunto de los límites –ampliamente debatido en la doctrina– no es el objeto de este trabajo, corresponde señalar que parece discutible y problemático reconocer la existencia de límites implícitos a la reforma de la Constitución, puesto que estos serían los queridos por el intérprete: “Y éste no puede querer ahí donde el constituyente, expresamente, no ha querido.”⁹. De la lectura del propio articulado del Capítulo XV, es posible colegir que la Constitución permite incluso la modificación, sin reserva o excepción alguna, de aquellos capítulos –en los que la posición contraria ha reconocido se encontrarían los límites implícitos– que versan sobre las bases de la institucionalidad (I) y los derechos y deberes constitucionales (III), incluso admitiendo la reforma del propio capítulo dedicado a la reforma (XV)¹⁰, exigiendo para ello solo un quórum más agravado que para el resto de las materias: esto es, 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.

A pesar de lo dicho, parte de la doctrina afirma la existencia de límites materiales explícitos, tales como los que se derivarían de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo –los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes– sobre la irreversibilidad de los derechos fundamentales¹¹. Asimismo, ciertos autores reconocen la existencia de límites materiales implícitos, tales como el carácter republicano y democrático de gobierno, el Estado Constitucional de Derecho¹² e incluso el Derecho Internacional. Sin embargo, a mi juicio, la Constitución no ha fijado límites materiales de ningún tipo, ni explícitos ni implícitos.

En relación con el procedimiento de la reforma¹³, dado que la Constitución es rígida, este es distinto de aquel previsto para la modificación de la legislación ordinaria. La diferencia con la tramitación de una ley ordinaria está fundada en los más altos quórum exigidos para su aprobación y la posibilidad –en caso de desacuerdo entre la aprobación del proyecto de

9 Requejo Pagés, Juan Luis, “El Poder Constituyente constituido. La limitación del soberano”, en *Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1, 1998, p. 363.

10 Ampliamente se ha discutido en la doctrina si el Poder Constituyente constituido puede auto-reformarse. Célebres son las posiciones de Merkl y Ross sobre la materia, postulando su imposibilidad. Tales posiciones pueden consultarse en Moreso, Juan, *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, (Fontamara) 2002, p. 43 y ss.

11 Nogueira, Humberto, “Los límites al Poder Constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, 2, 2006, pp. 444-445.

12 *Ibid.*, p. 445 y Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, X, (Editorial Jurídica de Chile) 2004, p. 264.

13 Para una completa tipología de la rigidez constitucional, ver Laporta, Francisco, *El imperio de la ley, una visión actual*, (Trotta) 2007, pp. 224-227.

reforma por las Cámaras del Congreso Nacional y el Presidente de la República— de convocar a referéndum constitucional¹⁴. Respecto de las mayorías exigidas para la aprobación de una reforma, es menester destacar que la Constitución distingue entre materias constitucionales, atribuyendo la exigencia de mayor quórum cuando se trate de los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV. Esto ha llevado a sostener en la doctrina nacional que, dentro de la Constitución, existen normas de distinto nivel jerárquico, lo que resulta inaceptable desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho. La distinción según las materias reformables y el mayor quórum exigido para la revisión de algunas, no puede explicarse en base al criterio jerárquico por cuanto se trata de la misma norma —la Constitución— y el mismo órgano productor de la norma; es nuevamente el principio de competencia el que permite estructurar la relación entre las normas constitucionales. Para un mejor entendimiento, corresponde señalar que el criterio jerárquico requiere la capacidad de una norma para derogar otra sin que esta pueda a su vez derogarla, que el ámbito material de ambas normas sea el mismo y que los órganos de los que emanan las normas sean distintos. Claramente, ninguno de estos requisitos se cumple en la distinción que hace la Constitución de las distintas materias constitucionales y el procedimiento a cumplir para su reforma, esto porque, esencialmente, el ámbito material referido en el Capítulo XV es distinto y porque emanan del mismo órgano con capacidad normativa, el poder constituyente. Por otro lado, no debe confundirse mayor jerarquía con mayor rigidez. La jerarquía busca dar preeminencia a una norma sobre otra y con ello dar certeza y orden a las Fuentes del Derecho. La mayor rigidez, que se logra agravando el procedimiento para la dictación de una norma, busca la estabilidad de aquella preeminencia y de esta certeza.

Una vez dilucidada la naturaleza de la norma sobre la reforma, corresponde establecer la naturaleza jurídica de la norma de reforma. La relación entre ambos tipos de normas estará marcada por la validez, esto es: la norma de reforma solo será válida en la medida en que en su producción se haya ajustado a lo dispuesto por las normas sobre la reforma. Sobre esto versará el control de constitucionalidad.

¹⁴ De conformidad con el artículo 127 de la Constitución, la forma de tramitación del proyecto de reforma constitucional deberá seguir, en lo no previsto por el Capítulo XV, las normas aplicables sobre la formación de la ley, salvo en lo relativo a los quórum que especifica el mismo artículo en su inciso segundo. Luego, la convocatoria a plebiscito, las formalidades del decreto, los plazos y la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones, están mencionados en el artículo 129 de la Constitución.

2.2. Naturaleza de la norma de reforma constitucional

Para dilucidar la naturaleza de la norma de reforma –la norma sustancial–, corresponde comenzar preguntándose: ¿la norma de reforma es una ley o es constitución? La respuesta que adelanto es que se trata de “constitución”. Si se supone lo contrario, es decir, que es una ley, las consecuencias que se derivarían de dicha afirmación son: a) que, por tratarse de una norma infraconstitucional, procedería ampliamente el control de constitucionalidad, previo y represivo, por vicios de fondo y forma; b) las normas incorporadas a la constitución en virtud de una reforma tendrían menor jerarquía que las normas de la constitución original.

En los sistemas en que las constituciones hacen referencia a “leyes de revisión”¹⁵ o “leyes constitucionales”, existe cierto fundamento para considerar a la norma de reforma como una ley. Es conocido que Carl Schmitt distinguió, en su obra *Teoría de la constitución*, entre “constitución” y “ley constitucional”. Para Schmitt, la constitución en su sentido positivo es un acto del poder constituyente que puede consistir en una pluralidad de decisiones fundamentales, como, por ejemplo, la forma republicana del Estado, la forma democrática y federal del Estado, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes. Schmitt sostuvo que tales decisiones fundamentales –la constitución– no son reformables por los poderes constituidos, pero sí pueden serlo las leyes constitucionales. Un cambio que afecte a la constitución como un todo, es decir, que afecte a los principios constitucionales fundamentales, no puede concebirse como mera reforma¹⁶.

Por otro lado, autores como Pérez Royo sostienen que la naturaleza de norma de reforma es una ley, separando de esta forma claramente el ejercicio del poder constituyente del poder constituido, es decir, el poder reformador. A su vez, estiman que la constitución es superior jerárquicamente a las leyes de reforma¹⁷. En sus palabras, “La Constitución, sin embargo,

15 La Constitución italiana, en su artículo 138, dispone expresamente sobre las leyes de revisión, de la forma que sigue: “Revisión de la Constitución. Leyes Constitucionales. Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación. Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de la Cámara o 500.000 (quinientos mil) electores o 5 (cinco) Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgará si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos. No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes.”

16 Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, (Alianza) 1982, pp. 23-31.

17 Pérez Royo funda su afirmación en el hecho que la constitución prescribe el procedimiento a través del

ocupa una posición jurídica superior a la de las Leyes de Reforma.”¹⁸ Sin embargo, cabe aclarar que Pérez Royo realiza este razonamiento –esto es, que la norma de reforma es una ley y, por tanto, inferior a la constitución– respecto de la reforma que aún no entra en vigencia, toda vez que luego –a juicio del autor–, una vez que la ley de reforma se aprobó, sancionó y publicó, esta se incorpora al texto constitucional y se convierte en constitución a todos los efectos. Expresa el referido autor: “Las leyes de Reforma o de Revisión aprobadas por estos procedimientos pasan a convertirse en Constitución a todos los efectos y a ocupar, en consecuencia, el lugar correspondiente en el ordenamiento jurídico.”¹⁹

En idéntico sentido, en nuestro medio, Nogueira Alcalá distingue entre Constitución formal y leyes de reforma constitucional, asimismo atribuye mayor jerarquía a la Constitución. El referido autor señala: “Junto con la Constitución Política de la República como fuente formal del Derecho Constitucional, se encuentran las leyes de reforma de la Constitución, que requieren de la puesta en acción del poder constituyente derivado o instituido [...] Las leyes de reforma de la Constitución una vez que pasan por las etapas de aprobación, sanción, promulgación, se incorporan al texto constitucional y son Constitución para todos los efectos.” Luego agrega:

Sin embargo, la reforma de la Constitución ocupa una posición jurídica inferior a la Constitución establecida por el constituyente originario, en la medida que hay límites materiales que emanan de la naturaleza humana, que constituyen el límite a la soberanía (artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental), y la concepción republicana democrática además de los límites formales, ya que la Carta Fundamental determina el procedimiento a través del cual se realiza el proceso de revisión constitucional, fuera del cual la reforma es nula (vicio de inconstitucionalidad de forma), el cual lo controla el Tribunal Constitucional [...]

cual tienen que ser aprobadas las leyes de reforma, siendo por lo tanto la constitución superior desde un punto de vista lógico, ya que fija los criterios en base a los cuales las leyes de reforma pueden incorporarse válidamente al ordenamiento jurídico, y desde un punto de vista normativo, ya que una ley de reforma aprobada con violación del procedimiento previsto en la constitución sería nula y susceptible de control por el Tribunal Constitucional. Pérez Royo, Javier, op.cit., pp. 41-42.

18 Ibid., p. 42.

19 Ibid., p. 47.

Finalmente, cabe destacar del autor la siguiente opinión: “Es tarea fundamental y de gran trascendencia del Tribunal Constitucional, impedir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales [...]”²⁰

También en nuestro medio, Silva Cimma asimiló la norma de reforma con la ley. En 1977, a propósito del fallo del Tribunal Constitucional sobre “áreas de la economía”, señaló: “En el ámbito del derecho comparado vigente, dicho poder se expresa, normalmente, a través de costumbres constitucionales, de leyes ordinarias o de leyes de rango superior llamadas fundamentales o constitucionales. La circunstancia de que estas últimas presenten aspectos jurídicos singulares, no muda o altera su carácter genérico de leyes”²¹. Citó en apoyo de su tesis a autores como Evans de la Cuadra y Silva Bascuñan, quienes consideraban que la reforma a la Constitución se hacía mediante una ley con procedimientos especiales²². Silva Bascuñan, citado por Silva Cimma, defendía la competencia del Tribunal Constitucional señalando que, si el artículo 78 de la Constitución de 1925 se refiere a las leyes sin otra denominación o distinción, deberá considerarse en principio que el mandato alude tanto a las leyes ordinarias como a las fundamentales o constitucionales²³.

Por mi parte, estimo que la norma de reforma tiene naturaleza constitucional y no legal. Las diferencias entre ambas normas, para estos efectos, se centran en que: a) la norma de reforma tiene un ámbito competencial y funciones distintas que la ley; b) tienen un distinto origen; y c) poseen una fuerza pasiva y activa diferente²⁴.

Con relación al primer aspecto –la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley–, corresponde decir que a la norma de reforma le está reservada la modificación de las disposiciones constitucionales de forma *expresa*²⁵. Su principal función es servir como instrumento de

20 Nogueira, Humberto, *Dogmática Constitucional*, (Editorial Universidad de Talca) 1997, pp. 26 y 27.

21 Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, (Editorial Jurídica Venezolana) 1977, p. 174.

22 *Ibíd.*, p. 175.

23 *Ibíd.*, p. 177.

24 De Cabo Martín, Carlos, *op.cit.*, pp. 63 y 64.

25 Blanco Valdés señala que: “La garantía que para cualquier Constitución supone la exigencia de una modificación expresa, sea o no sea además rígida, puede resultar, prácticamente, inoperante de no afirmarse también que toda reforma implícita –la que se produce de facto, sin una manifestación expresa de la voluntad parlamentaria de cambiar la Constitución, y al margen, por lo tanto, de cualquier procedimiento de reforma– es inconstitucional. La inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución, leyes que la cambian siempre implícitamente, con independencia de que sea ésa la intención expresa de quienes la aprueban, es así el corolario lógico –en buena lógica jurídica– de la afirmación de la superioridad de la

adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y como institución básica de garantía de la Constitución²⁶.

Respecto al segundo punto –la norma de reforma y la ley tienen un origen distinto–, corresponde señalar que en la norma de reforma está involucrado el poder de reforma o de revisión. Este poder difiere del Poder Constituyente²⁷; en oposición a aquél, es un poder jurídico, limitado y condicionado por la Constitución. Si bien, tanto el poder legislativo como el poder de revisión son poderes constituidos, el poder de revisión destaca sobre los otros poderes, toda vez que en su origen se encuentra la voluntad del pueblo, indirectamente representado por los órganos constituidos representativos o directamente por la vía del plebiscito o referéndum constitucional²⁸.

En cuanto al tercer criterio de diferencia, corresponde señalar que la norma de reforma, como norma constitucional, tiene fuerza activa y pasiva respecto de la ley. La ley, cualquiera sea su tipo, no puede modificar o derogar la norma de reforma; en ello radica la rigidez y supremacía de la Constitución. Sin embargo, la norma de reforma sí tiene la virtualidad para derogar o invalidar la ley, ya sea que se trate de una ley anterior materialmente incompatible con ella o para invalidar y derogar la ley nueva que la contradiga, ya sea en la forma o en el contenido.

La CPR no concibe a la norma de reforma de la Constitución como una ley. Esto se deduce por cuanto no la contempla entre los distintos tipos de ley previstos en el artículo 66 de la Constitución y tampoco señala que es una materia de ley en el artículo 63. La Constitución tampoco se refiere a ella como

Constitución sobre la ley y de su manifestación fundamental, que no es otra que la exigencia de un procedimiento expreso de reforma”. Blanco Valdés, Roberto, “La reforma de la Constitución: La exigencia de la modificación expresa”, en *La Constitución de 1978*, (Alianza) 2003, pp. 320-321.

26 De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, (Tecnos) 2007, p. 67.

27 Se ha intentado denodadamente en la doctrina encontrar el origen preciso de la distinción entre Poder Constituyente y Poder de Reforma como un poder constituido. Lo que se ha establecido es que dicho origen debe buscarse, como dice De Vega, a partir de la confluencia histórica de los esquemas representativos y el principio democrático de la soberanía popular. Fue en los procesos revolucionarios norteamericano y francés en el que se dieron las condiciones políticas y sociales antedichas que permitieron el surgimiento de tal distinción. De Vega, Pedro, op. cit., p. 25.

28 Miguel Carbonell enfatiza que, si se acepta que el poder reformador es un poder distinto al resto de los poderes constituidos, conviene que esa diferencia se proyecte, cuando menos, en la distinta integración o funcionamiento de uno y otros. Es decir que ningún poder constituido puede identificarse, en cuanto “órgano”, con el poder revisor de la Constitución. Carbonell, Miguel, “Sobre la Reforma Constitucional y sus funciones”, en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, (Porrúa) 2008, pp. 385-386.

“proyecto de ley” susceptible de ser controlado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, sino que expresamente dispone sobre proyectos de “reforma constitucional”. Así, según el artículo 93 N° 3, son atribuciones del Tribunal Constitucional: “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.” Por otra parte, el Capítulo XV de la Constitución, llamado Reforma de la Constitución, no hace mención en su articulado en caso alguno a ley o proyecto de ley, sino directamente a “proyectos de reforma” o “reforma constitucional”. De esta forma, el artículo 127 primer inciso señala: “Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados [...]”; luego, en el segundo inciso, dispone: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado [...]”; finalmente, en el tercer inciso, expresa: “En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórumos señalados en el inciso anterior”.

De esta forma, puede concluirse que, de conformidad con el articulado de la Constitución, la norma de reforma es Constitución y no ley. Lo anterior se reafirma con lo dispuesto en el artículo 129: “Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta”.

Como se verá en el próximo apartado, es fundamental establecer la naturaleza jurídica de la norma de reforma, a fin de analizar la incidencia de esta sobre su eventual control de constitucionalidad.

3. El control constitucional de la norma de reforma

El tema del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, al igual que los anteriores, no está exento de debate. Al respecto, que las posturas se dividen entre quienes sostienen que: a) procede un control amplio –previo y represivo, de vicios de fondo y de procedimiento– de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, incluida la reforma constitucional; b) corresponde el control previo de constitucionalidad de la reforma constitucional en lo relativo al cumplimiento del procedimiento fijado por la Constitución; c) autoriza el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, pero no por los órganos jurisdiccionales, sino por el mismo órgano de reforma o el Congreso; y d) no procede en caso alguno el control de constitucionalidad de la reforma constitucional.

A mayor abundamiento, parte de la doctrina sostiene la procedencia del control de constitucionalidad amplio de la reforma constitucional –previo y

repressivo, por vicios de forma y fondo— por un órgano jurisdiccional. De esta forma, dicen, se aseguraría la protección de la supremacía y rigidez constitucional sobre todo poder constituido, entre ellos el poder reformador. Desde esta perspectiva, los límites a la reforma adquieren una dimensión jurídica y política de gran trascendencia. En esta postura se inscribe el autor nacional Nogueira Alcalá, quien concibe al poder de reforma constitucional como un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, que tiene limitaciones formales y materiales. A juicio del autor, el ejercicio del poder constituyente instituido, en cuanto poder subordinado a la Constitución, puede ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional de defensa de la Constitución, quien deberá controlar que no sean sobrepasados los límites materiales y formales establecidos en la Carta, pudiendo determinar la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución tanto por infringir procedimientos como por vulnerar las líneas estructurales esenciales, la identidad y continuidad de la Constitución y la fórmula política establecida por el poder constituyente originario. Concluye Nogueira Alcalá su razonamiento señalando que forman parte de los límites materiales al poder de reforma los atributos de los derechos fundamentales asegurados por el texto constitucional y por el derecho internacional vinculante y vigente²⁹.

Sin embargo, parte de la doctrina, a pesar de que considera procedente el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, entiende que éste debe estar circunscrito en su oportunidad —solo control previo— y en el objeto del control (solo por vicios de procedimiento). En este grupo destaca Zúñiga Urbina, quien sostiene la procedencia del control de constitucionalidad con carácter preventivo, facultativo y puramente formal. En sus palabras:

Nuestro planteamiento, expuesto con anterioridad en diversos trabajos, es que el control de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso (referido esto último al control del decreto que convoca a referéndum constitucional), y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control de constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad

29 Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, 1, 2009, p. 262. En el mismo sentido, Nogueira, Humberto, “La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIII, 129, 2010, p. 1309 y ss.

competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento primitivo en orden a que el poder constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la Constitución o por remisión en el Derecho Internacional Convencional que son objeto de justiciabilidad.³⁰

En el mismo sentido, en otra época y en nuestro medio, el primer Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 15 del 2 de junio de 1973, se pronunció sobre la procedencia del control de constitucionalidad de una norma de reforma, señalando que solo era procedente el control previo respecto de vicios de forma y no de fondo o sustanciales, porque de lo contrario –resolviéndose estarían usurpando las funciones del constituyente. Tal sentencia fue dictada en virtud de un requerimiento formulado por el Presidente de la República, quien solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de las disposiciones del proyecto de ley de reforma constitucional sobre áreas de la economía, que modificaba el artículo 10 de la Constitución de 1925. En ese contexto, el Presidente del Senado y de la Cámara de Diputados dedujeron una excepción de incompetencia del Tribunal respecto del asunto materia del requerimiento, apoyándose en que la letra a) del artículo 78 B) de la Constitución de 1925 –reformada en esta parte en 1970– no comprendía la competencia para resolver sobre reformas constitucionales. El Tribunal Constitucional de la época, resolvió, en el considerando N° 20: “Que tratándose de una ley ordinaria es incuestionable que la constitucionalidad que este Tribunal debe resolver es tanto la sustancial como la formal, porque el artículo 78 b), párrafo a), de la Constitución, no hace distingos entre la una y la otra; mientras que resulta inadmisibles que en materia de reformas constitucionales el Tribunal pudiera resolver la inconstitucionalidad sustancial de los proyectos de reformas: si pudiera hacerlo usurparía la función genuina del Poder Constituyente para reformar la Carta Fundamental y establecer nuevas disposiciones que eliminen y modifiquen las vigentes.” Con este razonamiento, el Tribunal Constitucional acogió la excepción de incompetencia absoluta promovida por el Senado y la Cámara de Diputados.

Por otro lado, parte de la doctrina ha sostenido la improcedencia del control de constitucionalidad de la reforma de la Constitución por un órgano jurisdiccional, con base en que el órgano jurisdiccional es incompetente para

30 Zúñiga, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, 2, 2006, p. 417.

conocer tal tipo de asuntos, señalando que sería el órgano político –el Congreso– quien podría desempeñar mejor esta tarea; o porque su intervención supondría más perjuicios que beneficios, generando una crisis en el sistema y una consiguiente pérdida de firmeza de la Constitución³¹. Para los sostenedores de esta tesis –conocida como de “las cuestiones políticas no justiciables”–, existen límites a la reforma de la Constitución, pero el control del cumplimiento de aquellos corresponde al Congreso y no a las Cortes.

En un sentido contrario a los anteriores, ciertos autores han negado la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional fundados en que la reforma es el producto de un órgano superior: el poder constituyente. Razonan que el poder de reforma elabora normas constitucionales, lo cual es tarea del poder constituyente. Esas nuevas normas constitucionales, al igual que las demás disposiciones de la Carta, regulan y conceden atribuciones a todos los poderes creados por la Constitución. Luego, si la competencia implica en sí misma una producción superior y vinculante para todos los órganos, entonces el reformador no puede ser de la misma naturaleza que los poderes constituidos, pues, de lo contrario, tendríamos que aceptar que las normas constitucionales no encuentran su explicación en alguien superior a ellas³². En esta lógica, la reforma constitucional carecería de límites³³ y no podría ser objeto de control por ningún órgano constituido. En un sentido semejante a esta lógica, pero con un matiz distinto, puede mencionarse a quienes plantean que el poder de reforma es un “poder constituyente constituido”.

31 La Corte Suprema de Estados Unidos, desde 1939, ha resuelto los casos de enmiendas constitucionales sometidos a su conocimiento en base a la doctrina de las “cuestiones políticas”. La Corte Suprema Federal sostuvo: “En resumen, la cuestión de un tiempo razonable en muchos casos implicaría, como en este caso, una valoración de una gran variedad de condiciones relevantes, políticas, sociales y económicas que difícilmente pueda decirse que están dentro del rango apropiado de evidencia admisible en una Corte de Justicia, lo cual sería una extensión extravagante de competencia judicial para afirmar la atención judicial como base para decidir una controversia con respecto a la validez de una enmienda ratificada actualmente. Por otra parte, estas condiciones son apropiadas para la consideración de los Departamentos políticos del Gobierno. Las cuestiones que implican son esencialmente políticas y no justiciables. Estas pueden ser decididas por el Congreso con el completo conocimiento y valoración, atribuido a la Legislatura Nacional, de las condiciones políticas, sociales y económicas que han impedido desde la presentación de la enmienda.” Caso *Colleman Vs. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

32 Rodríguez, Roberto, *El control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución*, (Dykinson) 2006, p. 153.

33 Señala Pedro de Vega: “Obvio es indicar que esa equiparación entre el poder de revisión y el poder constituyente, no constituye una mera reliquia doctrinal, archivable en los recuerdos de la historia, sino que forma parte de las más reciente teoría y praxis constitucional. De ahí la importancia de su mención. A ella forzosamente tienen que adherirse todas las posturas doctrinales que, por no reconocer límites a la reforma, implícitamente postulan la naturaleza soberana del poder de revisión (Meyer, Laband, Jellinek, Zwieg, Biscaretti di Ruffia, Hildesheimer, Vanossi, etc.)”, De Vega, Pedro, op. cit., pp. 227-228.

Sostiene el autor español Requejo Pagés: “Se trata, en efecto, de un poder constituyente, pues de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales [...] Pero se trata, también, de un poder constituido, lo que supone que está condicionado, en su existencia misma y en sus facultades, por el poder constituyente originario.” Agrega: “[...] el condicionamiento positivo que padece el constituyente constituido no se extiende más allá del momento en el que la nueva norma constitucional se incorpora a la cúspide del sistema. Con esa incorporación, la obra del constituyente constituido se confunde con la del constituyente originario y es, como ésta, inaccesible a toda afectación por parte de los poderes constituidos.” Respecto del control de constitucionalidad, señala: “La promulgación de la nueva norma constitucional implica la imposibilidad de todo enjuiciamiento posterior, pues, como tal norma constitucional, ha de ser tenida por norma incondicionada en su validez [...] que no podría ser fiscalizada por ningún órgano constituido.”³⁴

Enunciadas las distintas posturas doctrinales sobre la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, el enfoque que plantea en este estudio es el siguiente: la validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma; solo esto puede ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la oportunidad del control, solo procederá en forma previa a su entrada en vigencia y de forma facultativa por los órganos legitimados según la Constitución. En tal sentido, la Constitución señala en su artículo 93 que: “En el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional [...]”.

La norma de reforma vigente no podrá ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional como si fuera una ley o un precepto legal, por cuanto una norma de reforma vigente es ya norma constitucional, quedando vedado entonces el control represivo de constitucionalidad.

En vista de lo anterior, el control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, consagrado, como se dijo, en la Constitución en el artículo 93 N° 3, deberá verificar si la norma de reforma se ajustó al ámbito y procedimiento fijado por la norma sobre la reforma. Puntualmente debería verificar:

34 Requejo Pagés, Juan, op. cit., p. 361 y ss.

a) si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma; b) si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma; y c) si la norma de reforma se ajustó a los límites –de haberlos– fijados por la norma sobre reforma.

En caso de estimar el Tribunal Constitucional que la norma de reforma no cumplió los aspectos enumerados precedentemente, deberá declarar su inconstitucionalidad, impidiendo que la norma se transforme en una vigente y sobre ella recaiga una presunción de validez. Puntualmente, el artículo 94 inciso segundo de la Constitución dispone sobre el efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.”

El Tribunal Constitucional no podrá *a posteriori* ejercer un control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional, estimando, por ejemplo, que tal norma es un “precepto legal”, toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional.

4. Conclusiones

El estudio de la *reforma constitucional* puede analizarse desde distintas aristas. Desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho, es menester distinguir entre la naturaleza de las normas sobre la reforma y las normas de reforma. Las primeras versan sobre la producción; las segundas son las normas concretas realizadas conforme a las anteriores. Las normas sobre la reforma van a determinar el ámbito posible y el procedimiento de la norma de reforma, convirtiéndose así en el parámetro de validez de la misma.

La naturaleza jurídica de la norma de reforma es constitucional y no legal. Esto por cuanto la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley. A la primera le está reservada la modificación de la Constitución y su principal función es servir como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y como institución básica de garantía de la Constitución. A su vez, la norma de reforma y la ley tienen un origen distinto. En la norma de reforma está involucrado el poder de reforma, cuya entidad y voluntad es distinto y superior al poder legislativo que interviene en la dictación de la ley. Finalmente, la norma de reforma, como norma constitucional, tiene fuerza activa y pasiva respecto de la ley: la norma de reforma puede derogar o invalidar la ley, ya sea que

se trate de una ley anterior materialmente incompatible con ella o una ley nueva que la contradiga en la forma o en el contenido.

La validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma. Solo tal conformidad será objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, de forma previa a su entrada en vigencia y de modo facultativo, esto es, a requerimiento de los órganos legitimados.

El control de constitucionalidad represivo está vedado para el Tribunal Constitucional toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional.