

Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno

*Diego Pardo Álvarez**

“El punto central no es quién hace la ley, sino lo que debe hacerse para solucionar los problemas de la gente”.

Iván Aróstica

Ministro del Tribunal Constitucional de Chile¹

RESUMEN

La Constitución Política atribuye competencia al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de reforma constitucional. La noción de una reforma constitucional inconstitucional apela a la existencia de límites jurídicos de la potestad de reforma constitucional. Este artículo descarta varias alternativas de justificación e interpretación de los límites de la potestad de reforma constitucional y favorece, en cambio, una lectura restrictiva formal de tales límites como los únicos compatibles con los principios de la democracia y de la soberanía popular. Esta interpretación restrictiva tiene una enorme significación para la comprensión de la potestad de reforma constitucional en tiempos de redefinición constitucional.

Potestad de reforma; Reforma constitucional inconstitucional; soberanía

The limits of the constitutional amending power in Chilean constitutional law

ABSTRACT

The Chilean Constitution puts under the Constitutional Court's jurisdiction the review of constitutional amendments. The notion of an unconstitutional constitutional amendment appeals to

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5869-7133>. Correo electrónico: diego.pardo@uai.cl

Investigación realizada en el contexto del proyecto FONDECYT de iniciación en investigación n° 11200291 “Creación y reforma constitucional mediante reglas de la mayoría calificada”, del que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 12.4.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

¹ Consignadas por el desconcierto. <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2021/04/27/fallo-del-tc-ministro-arostica-enciende-las-alarmas-en-la-moneda-por-el-10-y-habla-de-posible-inhabilitacion-de-brahm.html>.

the existence of legal limits to the constitutional amending power. This article discards several alternatives of interpretation of the constitutional amendment's limits and favors, instead, a formal, restrictive reading of such limits as the only ones compatible with the principles of democracy and popular sovereignty. This restrictive interpretation has enormous significance for understanding the amending power in times of constitutional change.

Amending power; Unconstitutional constitutional amendment; sovereignty

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL ENIGMA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional de Chile declaró recientemente “inconstitucional una ley de reforma constitucional”². Esta enigmática noción, como ya reconoce el propio tribunal, podría tener un sentido trivial o uno paradójico. Trivial, porque una reforma de la ley constitucional es siempre contraria a la propia ley constitucional. Si la potestad de reforma es una potestad jurídica que permite agregar, modificar o derogar disposiciones constitucionales, puede –por definición– contradecir lo dispuesto por las disposiciones constitucionales reformadas. Luego, declarar una reforma constitucional inconstitucional equivaldría a afirmar que una reforma de la Constitución cambia la Constitución: una tautología, un razonamiento siempre correcto y, por tanto, trivial.

Para no serlo, toda declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional tendría que asumir como presupuesto la existencia de una o de un conjunto de normas que limiten la propia potestad de reforma. No por contradecir la ley constitucional que pretende reformarse –eso sería trivial–, sino por contradecir *este* conjunto de normas que actúa como límite de la potestad de reforma, podría declararse “inconstitucional” una reforma constitucional. Limitar la potestad de reforma supondría, luego, la existencia de normas de jerarquía superior a las normas contenidas en las disposiciones constitucionales. El alegato de inconstitucionalidad corre el riesgo, entonces, de devenir paradójico. O más bien, de conducir a un dilema: o la Constitución es suprema, y por tanto la potestad de reforma contenida en ella no se encuentra sujeta a límites; o la potestad de reforma se encuentra sujeta a límites, y por tanto la Constitución no sería suprema: existiría una supra-Constitución³.

Los enigmas que plantea la noción de inconstitucionalidad de la potestad de reforma, sin embargo, no implica considerar todo alegato de inconstitucionalidad de una reforma constitucional paradójico, incoherente o carente de sentido. De hecho, el propio art. 93 n° 3 CPR otorga competencia al Tribunal Constitucional para resolver “sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (...) reforma constitucional”. Asimismo, algunas cortes constitucionales han impuesto límites constitucionales a la potestad de reforma, y conspicuos teóricos

² Considerando 4º de la sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

³ Este es el razonamiento expuesto por ROSS, 1969, *passim*. Al respecto, HENRÍQUEZ y LAMBETH, 2015, *passim*; PARDO-ÁLVAREZ, 2017, pp. 92-99.

de derecho constitucional han defendido esta idea. La pregunta, luego, requiere de una problematización a nivel teórico y a nivel jurídico-constitucional: ¿cuál es el sentido que, en el sistema constitucional chileno, podría atribuirse a la competencia del Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional?

Mucho puede entenderse en un contexto de redefinición constitucional de la consideración teórica de la competencia para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional. El presente trabajo provee de una interpretación restrictiva del art. 93 n° 3 CPR a base de una consideración sistemática de los principios de la democracia y de la soberanía popular de los arts. 4 y 5 CPR. Para emprender esa tarea se propone, en primer lugar, una revisión sinóptica de las teorías que postulan límites de la potestad de reforma constitucional (II). Esta revisión permitirá operar mediante reducciones al absurdo: se descartarán aquellas construcciones que resulten en una interpretación injustificada del art. 93 n° 3, a la luz tanto de su tenor literal como de algunos elementos básicos y centrales de teoría constitucional y del sistema constitucional chileno (III). A base de esta crítica, en tercer lugar, se podría concluir que la interpretación más razonable del sistema constitucional chileno radica en considerar que bajo el título del art. 93 n° 3 solo son controlables los límites expresos de la potestad de reforma⁴ y los límites sustantivos provenientes del tenor literal del art. 5° inc. 2° de la Constitución, siempre *bajo el presupuesto y en la medida* en que la potestad de reforma sea entendida como expresiva de la soberanía popular (IV)⁵. En la conclusión se indica la significación que tiene la posible función de control de constitucionalidad de la potestad de reforma constitucional, de forma que esta indagación teórica sea, *mutatis mutandis*, generalizable a otros contextos constitucionales.

II. CLASIFICACIONES DE LAS LIMITACIONES DE LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Para comprender la competencia de control de constitucionalidad respecto de los proyectos de reforma constitucional es imprescindible observar la intensa discusión acerca de los límites a la potestad de reforma en el derecho extranjero. Las diversas construcciones que han postulado límites a la potestad de reforma constitucional pueden ser clasificadas en tres categorías.

⁴ Esta ha sido la postura tradicional de la doctrina constitucional chilena, aunque ha sido defendida siguiendo un razonamiento distinto al aquí por propuesto. Por todos, véase ZÚÑIGA, 2004; HENRÍQUEZ, 2011.

⁵ Aproximaciones críticas al principio de la soberanía popular se encuentran en los siguientes trabajos: VINX (2013), pp. 101-114; DUKE (2017), *passim*; VINX (2018), pp. 12-17; DYZENHAUS (2012), *passim*, y especialmente pp. 253-258. Cada uno cuenta con referencias adicionales. No resulta necesario dar cuenta de la extendida literatura crítica del principio de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo en la represente reconstrucción dogmática de la competencia del Tribunal Constitucional chileno, en la medida en que ambos principios son considerados aquí primariamente como principios constitucionales, no en cambio como principios teórico-políticos.

En primer lugar, dependiendo del origen o de la fuente de la limitación, puede hablarse de límites *preconstitucionales*, de límites *supraconstitucionales* y de límites *intraconstitucionales* de la potestad de reforma. Tanto los límites preconstitucionales como los supraconstitucionales representan límites externos a una Constitución. Los límites preconstitucionales se emplazan no sobre, sino al nivel del poder constituyente del pueblo⁶: esta categoría plantea la existencia de límites conceptuales inherentes a la potestad de reforma constitucional. Los límites supraconstitucionales, en cambio, se emplazan por sobre un sistema constitucional determinado: al ser superiores, pretenden valer no solo como límites de la potestad de reforma constitucional, sino sobre todo como límites axiológicos del poder constituyente del pueblo y de la soberanía popular⁷. Los candidatos usuales a este último respecto son el derecho natural y el derecho internacional de los derechos humanos.

Los límites intraconstitucionales se caracterizan por ser internos a un sistema constitucional determinado y por ser no de rango superior sino de igual rango que la Constitución. Los ejemplos más conocidos son las cláusulas pétreas presentes en la Ley Fundamental alemana y la doctrina de la “estructura básica de la Constitución” desarrollada por la Corte Constitucional india⁸. A diferencia de los límites supraconstitucionales, que se encuentran en manifiesta tensión con el principio de la soberanía popular y con el poder constituyente del pueblo, los límites intraconstitucionales solo cuentan como limitaciones de la potestad de reforma⁹: pretenden valer no como límites del poder constituyente del pueblo, sino al contrario, como expresión de su debido reconocimiento.

Una segunda clasificación depende de la existencia o no de la formulación específica de la limitación. Las limitaciones de la potestad de reforma pueden ser clasificadas en este sentido en explícitas e implícitas¹⁰. Limitaciones *explícitas* son aquellas expresamente establecidas en la Constitución. Limitaciones *implícitas*, en cambio, son aquellas construidas interpretativa, deductiva o culturalmente, mas no a base de una formulación constitucional expresa. Esta clasificación puede ser combinada con la clasificación anterior. Podría postularse, por ejemplo, que una limitación explícita supraconstitucional serían los tratados de derechos humanos ratificados por Chile –si ellos se interpretan como superiores al derecho constitucional doméstico–. Limitaciones explícitas intraconstitucionales son, en cambio, las cláusulas pétreas. Como limitación implícita supraconstitucional suele postularse el derecho natural¹¹. Una limitación implícita intraconstitucional sería, en cambio, la teoría de la “identidad constitucional” de Carl Schmitt y las doctrinas de la estructura básica desarrolladas por algunas cortes constitucionales.

⁶ BÖCKENFÖRDE, 2000, representa ya un *locus classicus* en la materia.

⁷ TAPIA, 2008, pp. 129-136.

⁸ De las cláusulas pétreas, véase el reciente trabajo de SUTEU, 2021, pp. 89-168.

⁹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 177-179.

¹⁰ ALBERT, 2019b, pp. 139-174; ROZNAI, 2017, pp. 15-70.

¹¹ Del rol de la fórmula de Radbruch en la evolución del Tribunal Constitucional federal alemán, véase RUTHERS, 2016, pp. 58-72.

Por último, en consideración a su sentido normativo, las limitaciones de la potestad de reforma pueden clasificarse en limitaciones formales y limitaciones sustantivas (o de “fondo”). Las limitaciones *formales* regulan la forma (la competencia y el procedimiento) que debe observar la potestad de reforma constitucional. Las limitaciones *sustantivas*, en cambio, regulan los aspectos materiales o de contenido de que no pueden ser reformados por la potestad. Por cierto, esta distinción también es combinable con las otras dos señaladas anteriormente. Que en Chile la reforma constitucional deba realizarse, por ejemplo, con el voto favorable de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio constituye un límite de forma, expreso e intraconstitucional. El reconocimiento de “los tratados de derechos humanos firmados por Chile y que se encuentren vigentes” como límites de la soberanía por el art. 5 inc. 2° de la Constitución podría constituir, en cambio, un límite sustantivo, expreso y supraconstitucional¹².

III. INTERPRETACIONES INJUSTIFICADAS DEL ART. 93 N° 3 CPR

Esta clasificación puede ser usada en un sentido negativo: como una forma de descartar posibles interpretaciones del art. 93 n° 3 que, ya sea por el tenor literal, ya sea por criterios sistemáticos o teóricos, deben ser consideradas inadecuadas. En concreto, la competencia otorgada por el art. 93 n° 3° CPR al Tribunal Constitucional no lo autoriza a hacer valer ni límites supraconstitucionales (ni implícitos ni expresos), ni límites preconstitucionales (ni sustantivos ni procedimentales) ni límites intraconstitucionales implícitos (ni formales ni sustantivos) contra la potestad de reforma establecida en los arts. 127 a 129 CPR.

1. *Los límites supraconstitucionales son incompatibles con la democracia y la soberanía popular (arts. 4 y 5 inc. 1° CPR)*

Declarar inconstitucional una reforma constitucional tiene cierto aire paradójico, al menos para una concepción positivista del derecho. Pues las condiciones positivas de inconstitucionalidad se encuentran en la propia ley constitucional: ellas pueden también ser reformadas. Los límites constitucionales de la potestad de reforma constitucional, luego, se encontrarían siempre a disposición de la misma potestad de reforma constitucional. Un límite a disposición de la potestad limitada no representa límite efectivo alguno. Esto plantea un dilema: o la potestad de reforma no se encuentra sujeta a límites, o existe una o un conjunto de normas superiores a la propia Constitución —que yace fuera del alcance de la potestad de reforma— que establece sus límites. A juicio de Alf Ross este dilema constituye un puzle para el positivismo¹³. Otros, en cambio,

¹² Véase *infra*, IV.

¹³ Puzle que él resuelve con un límite interno implícito: la propia regla de reforma constitucional sería inderogable. Véase Ross, 1969, *passim*.

desconocen el dilema abrazando uno de sus extremos: habría límites supraconstitucionales de la potestad de reforma constitucional¹⁴. En su formulación presecular, estos límites supraconstitucionales de la potestad de reforma fueron conceptuados como derecho natural¹⁵; el derecho internacional de los derechos humanos recoge su contenido¹⁶. El apoyo normativo en la Constitución de 1980 a esta construcción se encontraría en el art. 5 inc. 2° CPR.

Un problema central tanto del derecho natural como de los derechos humanos es la imprecisión de su contenido y la inestabilidad subsecuente de su aplicación¹⁷. Esos problemas conspiran contra la posibilidad de que se erijan como límites efectivos de la potestad de reforma constitucional. No solo porque el derecho natural y el derecho internacional, al menos cuando su indefinición y abstracción resulta extrema, contrarían la comprensión del derecho como un sistema social predecible, sino también porque dificultan la comprensión del derecho como un sistema de normas basado en una determinación político-democrática anterior a, y separada de, su aplicación¹⁸. La abstracción e imprecisión del derecho internacional de los derechos humanos –elementos también predicables del derecho constitucional– abonan la tesis según la que un tribunal que los haga valer en contra de la potestad de reforma constitucional podría ser acusado de “juristocracia”¹⁹. La determinación judicial del derecho constitucional al que conducen se encuentra en evidente tensión con el art. 4 CPR.

Pero los déficits más significativos de esta construcción son conceptuales. Los supuestos límites supraconstitucionales de la potestad de reforma son conceptualmente incompatibles con la comprensión del orden constitucional como una expresión de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo²⁰. Esto resulta del todo evidente en la (ya minoritaria) elevación del derecho natural como límite implícito-sustantivo de la potestad de reforma constitucional²¹. Menos clara, aunque también existente, es tal relación de incompatibilidad en el caso del derecho internacional de los derechos humanos²². El art. 5 inc. 1° CPR establece que “la soberanía reside esencialmente en la

¹⁴ El mismo Kelsen, 2017), pp. 559-591.

¹⁵ Referencias en ROZNAI, 2017, pp. 72-82.

¹⁶ En general, con más referencias, ROZNAI, 2017, pp. 82-102. Referencias en Chile pueden encontrarse en VERDUGO, 2013, pp. 299-304. A esta conclusión arriban también los estudios que siguen la línea del *global constitutionalism*. Por todos, véase KUMM, 2004; KUMM, 2016, con más referencias. El *global constitutionalism* desconoce en general la relevancia del principio de la soberanía popular, por lo que no representa una postura cuyo rendimiento sea significativo para una reconstrucción dogmática de la competencia del Tribunal Constitucional bajo la Constitución chilena vigente.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, 1991, pp. 81-91.

¹⁸ MAUS, 2018, pp. 227-249; ROZNAI, 2017, p. 80. Véase también LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 60-68. En Chile, VERDUGO, 2013, pp. 309-311.

¹⁹ Término acuñado por HIRSCHL, 2004. Véase RÜTHERS, 2016, pp. 38-57 acerca de las limitaciones de la dogmática jurídica para controlar el activismo judicial del tribunal constitucional alemán.

²⁰ TAPIA, 2008, pp. 133-134.

²¹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 177-180.

²² Al respecto, COLÓN-RÍOS, 2014, *passim*.

Nación". Si en la Nación (léase: en el pueblo) reside la soberanía, entonces en ella reside también su principal atributo: el poder constituyente. Luego, conforme con la misma definición constitucional, la potestad de reforma constitucional vale como una forma de expresión y de ejercicio de la soberanía. ¿Cómo podría entonces el pueblo o la Nación ser soberano (ser autónomo) en el permanente proceso de autolegislación constitucional y, a la vez, encontrarse limitado (de manera heterónoma) por el derecho internacional o los derechos naturales? Si la soberanía reside esencialmente en la Nación, como declaran apodícticamente los arts. 5 inc. 1º y 135 inc. 3º CPR, entonces sus límites no pueden ser externos al derecho doméstico. No al menos en la medida en que pueda ofrecerse una interpretación alternativa de los límites de la potestad de reforma que reconozca su compatibilidad con el principio de la soberanía popular.

La práctica internacional evidencia este monismo moderado²³. La pregunta por los límites de la reforma constitucional se orienta a la determinación de las razones por las que un ejercicio de la potestad podría ser declarado nulo o inválido. Ni el derecho natural²⁴ ni el derecho internacional²⁵ de los derechos humanos, sin embargo, constituyen un requisito normativo de validez de una reforma constitucional. Que un acto legislativo pueda ser contrario al derecho natural o al derecho internacional no conlleva su invalidación: el derecho internacional puede servir para afirmar la "irregularidad" de una decisión constitucional, mas no su invalidez²⁶. Así, el derecho internacional de los derechos humanos no provee de una respuesta a la pregunta por los límites jurídicos de la potestad de reforma constitucional. Y, por cierto, si los derechos que emanan de la naturaleza humana fueran un límite supraconstitucional del poder constituyente del pueblo y de la potestad de reforma constitucional, entonces su revisión por el Tribunal Constitucional sería incompatible con el tenor literal del art. 93 n° 3. Pues el derecho internacional de los derechos humanos no deja describirse como una "cuestión de constitucionalidad" si son concebidos como una limitación superior, y por tanto externa, al orden constitucional doméstico²⁷.

Los derechos humanos pueden, desde luego, limitar la potestad de reforma constitucional. Pero interpretar los derechos humanos como si se trataran de un límite externo supraconstitucional resulta incompatible con el principio de la soberanía popular y de la república democrática. Para evitar esa interpretación asistemática de las limitaciones, debe asumirse que el art. 5 inc. 2º CPR establece una internación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho doméstico²⁸. Esto implica que, analíticamente, para valer, los límites que emanan del derecho internacional de los derechos humanos no pueden ser considerados límites supraconstitucionales. La única forma en que estos

²³ "Monismo moderado" conforme con Díez-PICAZO, 2006, p. 28.

²⁴ ROZNAI, 2017, p. 81-82.

²⁵ Díez-PICAZO, 2006, pp. 25-30.

²⁶ Así también lo reconoce TAPIA, 2008, pp. 129-134. Acerca de las razones que subyacen a esta diferencia, HALTERN, 2007, pp. 75-97.

²⁷ *Infra*, III, 3.

²⁸ ROZNAI, 2017, pp. 89-100.

límites sean compatibles con el principio de la soberanía popular es interpretándolos como límites intraconstitucionales explícitos (*infra*, IV).

2. *La teoría del mandato como postulación de límites preconstitucionales*

Los límites preconstitucionales tienen su asiento natural en el poder constituyente del pueblo: un ejercicio del poder constituyente del pueblo no deja describirse como tal si no satisface sus condiciones constitutivas²⁹. ¿Es posible considerar, en paralelo, que la potestad de reforma constitucional también se encontraría sujeta a condiciones constitutivas preconstitucionales? ¿Existe un concepto de potestad de reforma constitucional anterior a su consagración en un sistema constitucional? En principio la respuesta debiera ser negativa. La potestad de reforma “no es obvia en sí misma”³⁰: es una potestad constituida; su existencia depende de su configuración constitucional. El concepto de reforma constitucional no configura, en principio, límites conceptuales o inmanentes en una dimensión preconstitucional³¹.

Ahora bien, los límites preconstitucionales de la potestad de reforma podrían no ser constitutivos, sino derivarse de su relación externa, de mutua exclusión, con el poder constituyente del pueblo. En la teoría constitucional de Schmitt, los elementos de la “identidad y continuidad de la Constitución como un todo” representarían límites sustantivos de la potestad de reforma constitucional. Por plantear un ejemplo polémico, el art. 1 inc. 3° de la Constitución, según el que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” no podría ser derogado mediante una reforma constitucional, si se asumiera (como probablemente haría Schmitt) que dicha declaración corresponde a la identidad constitucional chilena³². Aparentemente por esta vía Yaniv Roznai ha defendido la existencia de límites conceptuales, inmanentes, de la potestad de reforma constitucional. La potestad de reforma, sostiene, no puede “ser usada con el objeto de destruir la Constitución” ni sus “principios básicos”³³. Ella debe actuar, “como cualquier otra institución de gobierno, de buena fe”³⁴.

Roznai elabora estos límites preconstitucionales de la potestad de reforma a partir de la comprensión de la relación entre potestad de reforma constitucional y poder constituyente del pueblo como una de *mandato*: los límites de la potestad de reforma valdrían, en su elaboración, como una protección del mandante —el poder constituyente— ante la

²⁹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 176-177. Acerca de los límites implícitos del poder constituyente del pueblo y de la soberanía popular, véase también STANCEY (2016).

³⁰ SCHMITT, 1957, p. 102.

³¹ A pesar de los argumentos que intentan vincular los conceptos de reforma, enmienda y el inglés *amendment* a cierto contenido semántico que excluiría la sustitución y la destrucción de una Constitución. ROZNAI, 2017, pp. 154-156, reconoce los límites de ese argumento.

³² Un ejemplo en la misma dirección se encuentra en BERNAL, 2013, p. 350, quien considera que sería parte de la identidad constitucional de la Constitución de Colombia la institucionalización de un sistema de democracia deliberativa (p. 356).

³³ También SCHMITT, 1957, p. 103.

³⁴ ROZNAI, 2017, pp. 141-144.

posibilidad de que el mandatario –la potestad de reforma– se extralimite³⁵. Roznai, en otras palabras, reinterpreta el límite político que representa la identidad constitucional en Schmitt como una exclusión de competencias de las potestades constituidas *vis-à-vis* el poder constituyente. Ciertos aspectos básicos del orden constitucional no se encontrarían al alcance de la potestad de reforma porque fueron decididos por, y permanecen bajo, la autoridad del poder constituyente del pueblo³⁶. Esta inversión democrática de la teoría de Schmitt supone sin embargo una noción distinta, normativizada y no política, del poder constituyente –una noción en las antípodas de Schmitt–. Esta visión normativizada, adicionalmente, exhibe con claridad su déficit explicativo en el caso de las constituciones impuestas. La comprensión de la potestad de reforma constitucional como mandataria del poder constituyente es inadecuada como base para la elaboración de límites preconstitucionales.

La relación de mandato construida por Roznai se compone de dos aspectos: competencias separadas y vinculación de intereses³⁷. Solo bajo este segundo aspecto una limitación de las competencias del mandatario puede evidenciar el reconocimiento y protección de la agencia del mandante: el poder constituyente define y configura la identidad constitucional; los mandatarios –los poderes constituidos– reconocen, mediante la sujeción a sus límites, la autoridad del mandante, del poder constituyente. En leyes constitucionales impuestas, sin embargo, la construcción de Roznai arriesga asumir, sin demostrar, la continuidad de intereses entre la potestad de reforma y quienes, usurpando el poder constituyente del pueblo, redactaron la ley constitucional. En Chile, por ejemplo, existe un riesgo evidente de que la identidad constitucional haya sido políticamente configurada por la Junta, no por el pueblo. ¿Por qué entonces la potestad de reforma democrática tendría que someterse a los designios de quien, *manu militari*, impuso la ley constitucional de 1980? ¿Cómo debe actuar la potestad de reforma, en el ejemplo, frente a la declaración constitucional a favor de la familia tradicional, si se le entiende como mandataria del poder constituyente? Dos posibilidades emergen: o la potestad de reforma reconoce al captor del poder constituyente del pueblo (a la Junta) sometién dose a una identidad constitucional apócrifa; o la potestad de reforma se autocomprende en cambio como mandataria no del captor sino del genuino poder constituyente del pueblo.

La primera respuesta es la única compatible con la comprensión de la potestad de reforma como mandataria del poder constituyente: la Junta decidió que la familia fuera “el núcleo fundamental de la sociedad” chilena; y a la potestad de reforma no cabe sino ejecutar esa identidad constitucional, sin modificarla. Las dificultades políticas de esta alternativa son por cierto múltiples. Implica, por de pronto, sujetarse a un ejercicio antidemocrático del poder constituyente, poniendo asimismo contra la pared a la potestad de

³⁵ Este razonamiento ya estaba presente en MORESO, 1991, pp. 202-208. Esto supone atribuir al pueblo una agencia doble, separada, entre creación constitucional y legislación constituida, siguiendo el modelo que CARRÉ DE MALBERG, 2011, pp. 113-119, atribuye a Estados Unidos.

³⁶ Véase también LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 54-57.

³⁷ GARGARELLA, 2021, pp. 381-385. Las aporías de esta “teoría de la delegación de la soberanía” ya fueron explicadas por HAURIU, 2013, pp. 76-89.

reforma: como alternativa a la decisión de la Junta Militar quedaría solo la revolución³⁸. A la segunda respuesta, en cambio, subyace una comprensión democrática del poder constituyente del pueblo y una relación no de sospecha, sino de continuidad, entre el poder constituyente del pueblo y la potestad de reforma³⁹. Sin embargo, implica adoptar un concepto normativo de poder constituyente: la potestad de reforma se encuentra sometida a límites derivados no desde la decisión política (fáctica) acerca del régimen general de la unidad política y el orden social de un Estado⁴⁰, sino al contrario, desde el reconocimiento (normativo) debido a un “genuino” poder constituyente del pueblo⁴¹.

El caso límite de las constituciones impuestas muestra que a la elaboración de Roznai subyace una comprensión normativa de mandante constituyente. Normativa hasta el punto en que su manifestación política efectiva –la identidad constitucional– deviene irrelevante. Así, hablar en este contexto de mandante y mandatario, cuando el mandante es interpretado desde un punto de vista normativo-ideal, no tiene ni sentido metafórico ni rendimiento explicativo alguno. De hecho, la propia noción de identidad constitucional se vacía de contenido político: ahora por identidad constitucional habría de entenderse lo que la mejor teoría democrática del poder constituyente considera irreformable; y la ley constitucional sería apenas un indicio, para nada concluyente, de tal genuina identidad constitucional⁴². ¿Qué sentido podría tener aquí hablar del poder constituyente como mandante? Al fin y al cabo, la potestad de reforma debería someterse a límites democráticos, no a la voluntad de mandante alguno. El caso límite, pero común, de constituciones impuestas, muestra que en la elaboración de Roznai la potestad de reforma deja de ser mandataria del pueblo y termina siéndolo del liberalismo democrático. Tal liberalismo podría ser para algunos deseable, pero ciertamente se encuentra en tensión con la propia noción de poder constituyente del pueblo que Roznai dice defender.

La construcción de límites preconstitucionales de la potestad de reforma a base de la construcción de una relación de mandante y mandatario entre poderes constituidos y poder constituyente adolece de un déficit explicativo. Consecuente sería en realidad, al menos para el caso chileno, considerar que precisamente la *falta* de limitación de la potestad de reforma expresa el mandato del genuino poder constituyente del pueblo *contra* la decisión tomada por los militares cuando usurparon el poder. Una interpretación del art. 93 n° 3 CPR que pretenda ser autoconsciente del déficit político-constitucional

³⁸ TUSHNET, 2018, p. 319, con más referencias. ELKINST *et al.*, 2009, pp. 99-103, puntualizaron como factor de riesgo para la supervivencia y estabilidad de las constituciones la alta rigidez de los procedimientos de reforma constitucional.

³⁹ Véase *infra*, V.

⁴⁰ En la célebre definición de SCHMITT, 1957, pp. 3-5.

⁴¹ La adopción por Roznai de esta posible consecuencia puede apreciarse también en ROZNAI, 2018, pp. 380-383.

⁴² Precisamente esto explica que la teoría del mandato de Roznai pueda extenderse, también en las antípodas de Schmitt, a la realización de un control procedimental implícito no de la potestad de reforma, sino ya del propio proceso de creación constitucional. En esta dirección, véase LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 55-57.

chileno no puede concluir que la potestad de reforma debe respetar límites sustantivos derivados de su condición de mandataria del poder constituyente del pueblo. Para elaborar límites implícitos de la potestad de reforma debe encontrarse otro fundamento.

3. *El control de límites implícitos como contradicción performativa*

La tensión política entre los límites constitucionales de la potestad de reforma y el poder constituyente del pueblo se expresa en la comprensión del rol que cumplen las cortes y tribunales constitucionales al hacerlos valer. Roznai considera que el control de constitucionalidad de los límites de la potestad de reforma podría entenderse adecuadamente también a base de la distinción entre poder constituyente primario –el mandante– y poderes constituidos secundarios –el mandatario–. Roznai reproduce aquí, sin divergencia alguna, la comprensión estándar del control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. Esta equivalencia muestra que su concepto de poder constituyente se encuentra en exceso normativizado: es un poder constituyente en sentido normativo –una competencia–, no en cambio una magnitud política real⁴³. Pero incluso esta concepción normativizada del poder constituyente del pueblo (como mandante normativo-ideal) muestra que un tribunal que hace valer límites implícitos de la potestad de reforma constitucional arriesga incurrir en una “contradicción performativa”: hacer valer límites implícitos de la potestad de reforma resulta contrario a los presupuestos de legitimidad del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional.

Este punto puede ser explicado con un argumento casi inofensivo aducido por Roznai. En los pasajes en que expone la teoría del mandato como fundamento de los límites de la potestad de reforma constitucional, Roznai argumenta que uno de los límites implícitos a los que estaría sometida la potestad de reforma sería la imposibilidad de promulgar cláusulas pétreas. Considérese, como ejemplo, que el art. 4 CPR, que establece que “Chile es una república democrática”, es reconocido como parte de la identidad constitucional chilena. Roznai considera que la teoría del mandato implica que la potestad de reforma *no tiene permitido* establecer que el art. 4 CPR sea inderogable. Pues tal decisión equivale a una reducción (reflexiva) de las competencias de la potestad de reforma constitucional (del mandatario); decisión que, siguiendo su argumento, corresponde exclusivamente al poder constituyente del pueblo (al mandante)⁴⁴. Así, a su juicio, si la potestad de reforma establece una cláusula pétrea estaría actuando *ultra vires* –incluso cuando con su actuar se *profundice* la identidad constitucional democrática–.

El argumento de Roznai, luego, parece afirmar que el único competente para determinar los límites de la potestad de reforma constitucional es el poder constituyente del pueblo. De hecho, bajo el argumento de Roznai el pueblo es tan quisquilloso y receloso de su autoridad constituyente, que incluso no permite que la potestad de reforma

⁴³ Acerca de esta distinción, BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 162.

⁴⁴ Este ejemplo muestra, por de pronto, que Roznai elabora una teoría de la “delegación”, no de la “investidura”, respecto de la potestad de reforma constitucional. En relación con esta distinción, véase HAURIU, 2013, pp. 87-99.

profundice la identidad constitucional. Pero entonces ¿por qué la potestad de reforma tendría que obedecer límites implícitos *elaborados* por el Tribunal Constitucional? El Tribunal Constitucional, por cierto, es también una potestad constituida y delegada. Roznai podría asumir que en los sistemas que contemplan el control de constitucionalidad de la potestad de reforma habría no uno sino dos mandatos: uno, a favor de la potestad de reforma, para llevar a cabo el plan del poder constituyente; otro, a favor del Tribunal Constitucional, para proteger las competencias del poder constituyente originario frente al primero⁴⁵. Pero incluso bajo el modelo de los dos mandatos el aire paradójico no se disipa. ¿Cómo puede, sin contradicción, el Tribunal Constitucional elaborar límites *implícitos* de la potestad de reforma *en pos de proteger la competencia exclusiva* que tiene el poder constituyente para establecer los límites de la potestad de reforma? Si el pueblo constituyente se asume quisquilloso contra la potestad de reforma, también lo será frente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede elaborar límites implícitos de la potestad de reforma sin atribuirse la competencia exclusiva del pueblo para establecer prohibiciones de reforma y sin incurrir, así, en el mismo actuar *ultra vires* que atribuye a la potestad de reforma constitucional. La única manera, al contrario, de entender la competencia del Tribunal Constitucional como un mandato de protección ante el riesgo de actuar *ultra vires* de la potestad de reforma es restringiendo su actuar a limitaciones explícitas intraconstitucionales.

4. *El procedimiento democrático como límite implícito*

Lo mismo ocurre, por cierto, con la postulación de límites preconstitucionales procedimentales de la potestad de reforma. En esta variante de la tesis de la existencia de límites implícitos de la potestad de reforma, las condiciones constitutivas del poder constituyente del pueblo podrían devenir no limitaciones sustantivas, sino limitaciones procedimentales. Ellas buscarían garantizar la existencia del poder constituyente y de la deliberación constitucional como procedimiento democrático de formación de la voluntad colectiva. Este tipo de limitaciones no suponen, como las anteriores, una relación de exclusión entre el poder constituyente y la potestad de reforma. Al contrario, también son predicables cuando se asume una relación de continuidad entre ambas nociones. Pues ella se erige sobre la permanente autoconfiguración del pueblo por medio de las diferentes instancias de la deliberación constitucional. La permanente autoconfiguración democrática del pueblo no debería poder ser víctima del ejercicio abusivo de la potestad de reforma constitucional por parte de grupos políticos que, bajo determinada coyuntura, la tengan a disposición⁴⁶.

⁴⁵ Esta distinción entre dos mandatos es propia del modelo estadounidense de relación entre poder constituyente del pueblo y legislación. Así, MAUS, 2018, p. 217.

⁴⁶ DIXON y LANDAU, 2015, pp. 611-614, 623-638. Ambos autores han defendido la idea de un *democratic minimum core* como eventual limitación del cambio constitucional y de la reforma constitucional. También, DIXON y LANDAU, 2016, pp. 275-285; LANDAU, 2013, pp. 231-239. También discutida ha sido la postura de Carlos Bernal para el caso colombiano. BERNAL, 2013, *passim*, y en particular pp. 350-357. BERNAL, 2019,

Desde luego, un partido político o una “mayoría circunstancial” no debería inhabilitar al pueblo y devenir dictadura. Esta podría ser una buena razón para incluir disposiciones explícitas que inhiban esta eventualidad. Pero, al igual que en el argumento anterior, la construcción de estas limitaciones implícitas no deja implementarse sin contradecir la propia voluntad que se dice defender. El argumento de la soberanía popular como procedimiento obliga a los tribunales constitucionales a ser muy deferentes con la decisión político-legislativa expresada en la regulación de la potestad de reforma constitucional. Pues la única razón pertinente que resta para declarar inconstitucional una reforma constitucional —expresión legislativa que “tiene a su favor la presunción de razón”—⁴⁷ sería que el procedimiento de reforma seguido es insuficiente como expresión del proceso permanente de autoconfiguración soberana del pueblo. Si un Tribunal Constitucional, echando mano a criterios procedimentales implícitos, decide declarar inconstitucional una manifestación formalmente correcta de la potestad de reforma, es decir, una reforma que respeta todas sus condiciones positivas de validez, entonces estaría elevando su propia autoridad para determinar el procedimiento democráticamente correcto por sobre la autoridad del poder constituyente encarnada en su determinación constitucional del procedimiento de formación de la voluntad colectiva.

Con razón entonces un Tribunal Constitucional que defiende límites implícitos por sobre la observancia del procedimiento explícito de reforma constitucional puede ser acusado de “juristocracia”. Pues si a juicio del Tribunal Constitucional el procedimiento de reforma establecido en la Constitución es insuficiente para expresar la voluntad del pueblo, entonces tendría que concluir que la regulación constitucional del procedimiento de reforma constitucional es deficitaria desde el punto de vista de la deliberación constitucional. Su parecer al respecto se posicionaría por sobre el procedimiento validado (*ex hypothesi*) por el poder constituyente del pueblo: el procedimiento establecido y observado por el propio pueblo para formar su voluntad colectiva sucumbiría ante la imagen que el Tribunal Constitucional elabora del mismo⁴⁸. Una postulación semejante de límites procedimentales preconstitucionales arriesgaría, así, incurrir en la misma contradicción

elabora con detalle su postura acerca de los límites conceptuales del poder constituyente del pueblo. Para el caso chileno, VERDUGO, 2019, pp. 216-218 ha promovido que el Tribunal Constitucional chileno asuma la tarea de “hacer valer una doctrina restringida de limitaciones de la reforma constitucional a base de fundamentos sustantivos”, en el caso en que la reforma constitucional tenga por sentido “revertir los logros democráticos de la era postautoritaria”. Tal doctrina, afirma Verdugo ahora en el plano dogmático, “no es incompatible con el derecho constitucional chileno”. También véase POEHLS y VERDUGO, 2021, pp. 274-288. El presente trabajo difiere: el control de límites implícitos por parte del Tribunal Constitucional se encuentra en tensión con el principio de la democracia (art. 4 CPR) y de la soberanía popular (art. 5 CPR); la afirmación dogmática de Verdugo no considera estas disposiciones constitucionales. Además, afirma que la Constitución chilena “no distingue expresamente entre límites procedimentales y sustantivos de la reforma constitucional”, sin mencionar que el art. 93 n° 3 se refiere expresamente a las cuestiones de constitucionalidad que se susciten “durante la tramitación” de la reforma constitucional. Esta postura, luego, carece de un apoyo textual en la Constitución Política de Chile. Un correcto contrapunto puede encontrarse en HENRÍQUEZ, 2021.

⁴⁷ HABERMAS, 2005, p. 601.

⁴⁸ Esta afirmación observa lo expuesto en los considerandos 10 a 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional 272 de 1997 del Tribunal Constitucional chileno.

performativa: su propio actuar sería contrario a sus condiciones de legitimidad. El Tribunal Constitucional reclama legitimidad por el hecho de haber sido establecido por el poder constituyente del pueblo; pero esa misma legitimidad es rechazada cuando antepone su propio criterio al del poder constituyente del pueblo para establecer la regulación correcta del procedimiento de reforma constitucional.

5. *La determinación jurisprudencial de una identidad constitucional como contradicción performativa*

Las doctrinas constitucionales desarrolladas por las cortes constitucionales de India y de Colombia son, a diferencia de la teoría del mandato de Roznai, genuinas continuadoras de la teoría constitucional de Schmitt⁴⁹. Erigen, por vía jurisprudencial, una “identidad constitucional” que atribuyen a una decisión del pueblo en ejercicio de su poder constituyente originario. Esta identidad constitucional se encontraría determinada por ciertas características constitucionales que —ahora en abierta traición a sus raíces schmittianas—⁵⁰ incluyen en general elementos del constitucionalismo liberal (reflexivamente también incluyen la revisión judicial)⁵¹. La potestad de reforma, en permanente estado de sospecha por suplantación, no podría alterar “esta estructura básica” —esa identidad constitucional—. Para cambiarla se requeriría necesariamente un nuevo ejercicio de poder constituyente originario⁵².

Esta construcción fue adoptada también por el Tribunal Constitucional chileno, de una forma carente de sofisticación argumentativa e ignorando el origen espurio de la Constitución de 1980⁵³. Pero incluso sus formulaciones más avanzadas adolecen de problemas conceptuales. Su presupuesto es correcto: los poderes constituidos no pueden suplantar al poder constituyente del pueblo. Pero este poder constituyente se manifiesta en una decisión constitucional que, *ex hypothesi*, contiene una delegación a favor de las potestades constituidas en orden a modificar la Constitución. Aquí entonces emerge

⁴⁹ Acerca de estas teorías, SUTEU, 2021, pp. 126-144; ALBERT, 2019a, *passim*; ROZNAI, 2017, pp. 42-70; ARATO, 2017, pp. 404-411. En relación con el caso colombiano, RAGONE, 2021, pp. 99-115.

⁵⁰ Por supuesto, Schmitt no estaría de acuerdo con la posibilidad de que un tribunal pueda erigirse como “guardián de la Constitución”. Al respecto, SCHMITT, 1985, pp. 36-48; una exposición de la polémica entre KELSEN y SCHMITT en Grimm, 2020, pp. 9-28.

⁵¹ ARATO, 2017, p. 407; RAGONE, 2021, pp. 115-123. La legitimidad del Tribunal Constitucional supone, sin embargo, la posibilidad siempre abierta de modificar sus competencias mediante una reforma constitucional. Al respecto, MÖLLERS, 2019, pp. 329-333; HOHNERLEI, 2020, pp. 139-143. Los elementos para esta afirmación ya eran parte de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional: en el considerando 36° de la sentencia del Tribunal Constitucional 46, de 1987, el Tribunal afirma que “si se aceptara la ilegitimidad [de la Constitución de 1980] también el Tribunal, creación de esta Constitución, sería un órgano jurídicamente inhabilitado para dictaminar”. Esta afirmación implica que en la autocomprensión del Tribunal Constitucional su legitimidad depende de haber sido establecido por, y estar a disposición de, el poder constituyente del pueblo.

⁵² En Colombia esta jurisprudencia es conocida como la “doctrina de la sustitución”. Al respecto, y acerca de la transformación del examen procedimental en uno sustantivo, RAGONE, 2021, pp. 101-115.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

un dilema: o se considera, como en Schmitt, que la Constitución escrita es una mera expresión imperfecta de la genuina voluntad constituyente⁵⁴; o se considera que no puede identificarse un poder constituyente sino solo por vía de su decisión constituyente⁵⁵. Si se elige esta segunda alternativa del dilema, hipostasiar jurisprudencialmente una identidad constitucional en contra de la formulación explícita adoptada por el poder constituyente del pueblo constituye, ya en sus propios términos, un “acto soberano apócrifo”⁵⁶. Pues no es compatible con el reconocimiento de la decisión del poder constituyente del pueblo erigir una identidad constitucional *implícita*, esto es, *sobre el silencio* de la Constitución al respecto⁵⁷. La única vía de reconocer al poder constituyente como la genuina expresión de la voluntad soberana del pueblo consiste en sujetarse estrictamente a su decisión adoptada en la Constitución.

Solo bajo la primera alternativa es posible, al contrario, hipostasiar una identidad constitucional implícita sobre el silencio de la Constitución. Desde luego, construir esta identidad constitucional siempre es posible desde una perspectiva teórico-constitucional. Mas su juridificación, y peor aún, por vía jurisprudencial, implica una traición⁵⁸. No es verosímil considerar que la voluntad del poder constituyente se respeta ignorando los silencios que decidió conservar en la Constitución. El precio que una corte o Tribunal Constitucional debe pagar al elegir la alternativa de Schmitt es alto. Estaría, desde luego junto a Schmitt, relativizando el sentido normativo de contar con una Constitución escrita⁵⁹. Pero no solo eso: estaría, por vía jurisprudencial, desvinculando al poder constituyente del pueblo de su decisión constituyente, erigiendo una identidad constitucional sustantiva por sobre la decisión contenida en la ley constitucional y elevándose como el guardián de dicha identidad constitucional contra los otros poderes representativos constituidos, incluido el electorado. Con ello, prospectivamente, estaría informando a todo nuevo ejercicio de poder constituyente del pueblo que su decisión constitucional originaria sería, en rigor, un mero elemento, y no el más relevante, para determinar la genuina identidad constitucional del pueblo⁶⁰. Así, el Tribunal Constitucional –protegiéndose reflexivamente de la potestad de reforma constitucional– estaría informando al soberano que la única forma de recuperar las competencias que se atribuye es mediante una revolución.

⁵⁴ En Schmitt la voluntad constituyente del pueblo solo puede ser expresada de manera genuina mediante la *akklamatio*. Véase SCHMITT, 1957, pp. 238-251.

⁵⁵ Acerca de la significación social de la adopción del positivismo, véase LUHMANN, 1983, pp. 141-154.

⁵⁶ ARATO, 2017, pp. 404-405, plantea en este sentido que la construcción de una doctrina de la estructura básica de la Constitución representa ya un cambio fundamental de la estructura básica de la Constitución. RUTHERS, 2016, pp. 103-138, sarcásticamente, considera la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional un ejercicio inconstitucional de la potestad de reforma constitucional.

⁵⁷ MAUS, 2011, pp. 48-57; pp. 62-72.

⁵⁸ Fundamental, BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 176-180.

⁵⁹ En la teoría constitucional de Schmitt la propia ley constitucional también puede ser contraria a la Constitución. Al respecto, MAUS, 2011, p. 130; pp. 128-134; también MAUS, 2018, pp. 220-226.

⁶⁰ Un reflejo de estos presupuestos se encuentra expuesto en ALBERT, 2019a, pp. 135-138.

El art. 93 n° 3 de la Constitución de Chile establece como atribución del Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos (...) de reforma constitucional”. Por las razones expuestas no puede interpretarse dicha atribución como referida a limitaciones implícitas de la potestad de reforma. No solo porque el tenor literal usado –“cuestiones sobre constitucionalidad”– las excluye. Sino sobre todo porque dichos límites preconstitucionales o intraconstitucionales implícitos no pueden, sin una perversión completa de su naturaleza, ser puestos en vigor por una potestad constituida como el Tribunal Constitucional. El art. 7 inc. 2° establece que ninguna magistratura podrá atribuirse otras competencias que las que *expresamente* haya sido establecida por la Constitución y las leyes. Así como el “expresamente” vale para la potestad de reforma constitucional, vale también para el Tribunal Constitucional. Reconocer competencia en el art. 93 n° 3 CPR en orden a elaborar un catálogo de límites implícitos de la potestad de reforma constitucional se encuentra en tensión con el principio de la soberanía popular del art. 5 inc. 1° CPR y con el de la democracia del art. 4 CPR. Una interpretación de los límites constitucionales de la potestad de reforma que no incurra en contradicciones performativas y que no plantee tensiones constitucionales es, luego, una alternativa más plausible.

IV. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DE REFORMA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

Hasta aquí se han presentado solo resultados negativos respecto del problema interpretativo que subyace a la competencia otorgada al Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional. Conforme con lo expuesto, esta competencia no puede significar una aplicabilidad directa –sin mediación positiva del derecho doméstico– ni del derecho natural ni del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco esta disposición deja interpretarse como una competencia para hacer valer límites implícitos de la potestad de reforma, sean preconstitucionales o intraconstitucionales; sean procedimentales o sustantivos. Todas estas interpretaciones se encuentran en tensión con los principios de la democracia y de la soberanía popular. Resta como alternativa para dar sentido a la competencia del Tribunal Constitucional analizar si, y en qué medida, los límites intraconstitucionales explícitos de la potestad de reforma constitucional son compatibles con los principios de la democracia y de la soberanía popular. El análisis de esta posibilidad, luego, es extensible a otros contextos constitucionales contruidos sobre ambos principios.

1. *Los límites explícitos, intraconstitucionales y formales*

En términos por entero triviales, el art. 93 n° 3 CPR otorga competencia al Tribunal Constitucional en orden a controlar la constitucionalidad formal de la potestad de reforma constitucional. Este límite expreso procedimental es de suma significación para la democracia y la soberanía popular. Existe, sin embargo, la permanente tentación de

elaborar límites explícitos intraconstitucionales a partir del art. 5 inc. 2° CPR. Bajo la fórmula “los derechos que emanan de la naturaleza humana”, la Constitución igualaría, en esta lectura, el lugar de los derechos constitucionales con aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes para efectos de limitar el ejercicio de la soberanía que representa la potestad de reforma constitucional. En este sentido, y sin aún determinar el contenido preciso de esta limitación, es claro que se trata de un reconocimiento de límites intraconstitucionales de la potestad de reforma. Esa es una decisión que, en teoría, fue tomada por el pueblo soberano. Y, también es una decisión que, en teoría, vale en la medida en que no ha sido modificada por el propio pueblo soberano⁶¹.

Una primera posibilidad consiste en interpretar las disposiciones referidas por el art. 5 inc. 2° CPR como normas de *competencia negativa*⁶². En este caso, no podrían ser derogadas las disposiciones que consagran los derechos mencionados en el art. 5 inc. 2° CPR –buena parte del art. 19 CPR, por ejemplo–: el art. 5 inc. 2° cumpliría la función de *norma precludendi* respecto de la potestad de reforma constitucional⁶³. Esta lectura formal o procedimental del posible límite establecido en el art. 5 inc. 2°, sin embargo, no es de recibo. Primero, por una razón de tenor literal: la disposición se refiere al “respeto de tales derechos”, no en cambio a la imposibilidad de reformarlos. El tenor literal del art. 5 inc. 2° se encuentra ciertamente reñido con una interpretación que lo dote de un sentido equivalente a una cláusula pétrea como la contemplada en el art. 79 inc. 3° de la Ley Fundamental alemana. Pues el art. 5 inc. 2°, de acuerdo con su tenor literal, no protege disposiciones formales específicas, sino derechos subjetivos específicos. Asimismo, adicionalmente, esta interpretación del art. 5 inc. 2° como norma de competencia negativa es inverosímil por una razón sistemática: el art. 127 inc. 2° CPR permite expresamente la reforma de los capítulos I y III de la Constitución, sin excluir los arts. 5 y 19 CPR. Luego, el art. 5 inc. 2° no puede funcionar como regla de competencia negativa si la reforma al art. 19 CPR o al propio art. 5 CPR se encuentra expresamente permitida.

Interpretar el art. 5 inc. 2° como un límite de forma de la potestad de reforma constitucional, de manera tal que pueda ser hecho valer por el Tribunal Constitucional mediante el art. 93 n° 3 CPR adolece también de un déficit analítico (como pone de relieve el puzzle de Ross)⁶⁴: se estaría atribuyendo al art. 5 inc. 2° el carácter de límite supraconstitucional de la potestad de reforma constitucional si –ignorándose los argumentos anteriores– se considerase que impide que ella *tenga por objeto las disposiciones* que consagrarían “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Si se tratase

⁶¹ MAUS, 2011, pp. 367-371. Nótese, en consecuencia, que las teorías acerca de la limitación de la potestad de reforma que parten de la base de una relación de tensión o de mutua exclusión con el poder constituyente del pueblo –como la teoría del mandato de Roznai o como la teoría de la “identidad constitucional”– no tienen una base de apoyo explícito en el art. 5 CPR.

⁶² En relación con la función objetiva de las normas de derechos fundamentales como “competencia negativa”, ver PIEROTH y SCHLINK, 2012, p. 24.

⁶³ Respecto de esta función de *norma precludendi*, por todos, ITURRALDE, 1998, p. 195.

⁶⁴ Véase *supra*, I y III.1.

de un límite supraconstitucional, entonces el art. 93 n° 3 no podría estar refiriéndose al art. 5 inc. 2° cuando adopta la fórmula “cuestiones de constitucionalidad”. Esta posición se ve, así, sometida a un dilema: el art. 5 inc. 2° o bien representa un límite intraconstitucional o bien uno supraconstitucional. Si se trata de un límite intraconstitucional, entonces no puede entenderse de un modo formal-procedimental –como normas de competencia negativa–; si se trata de un límite supraconstitucional procedimental, entonces no puede entenderse como una cuestión de “constitucionalidad” controlable por el Tribunal Constitucional conforme con el art. 93 n° 3 CPR.

2. *Los límites explícitos, intraconstitucionales y sustantivos*

El art. 5 inc. 2°, luego, no impide en sentido formal una reforma constitucional que *tenga por objeto* los numerales del art. 19 CPR. No impide siquiera su derogación expresa, desde un punto de vista formal. Una posibilidad adicional para evitar esta conclusión sería interpretar el art. 5 inc. 2° CPR como un límite intraconstitucional *sustantivo* de la potestad de reforma constitucional⁶⁵. Bajo esta interpretación, los “derechos que emanan de la naturaleza humana” no podrían ser vulnerados por la potestad de reforma constitucional. Central para la cuestión de constitucionalidad sustantiva del Tribunal Constitucional sería, luego, determinar que una reforma constitucional *no respeta* los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Esta formulación es por cierto abiertamente nebulosa. Pues ¿podría acaso la potestad de reforma *vulnerar* derechos que emanan de la naturaleza humana? Una interpretación *laxa* de esta cláusula implicaría que cualquier ejercicio de la potestad de reforma constitucional que pudiera reducir (o “retroceder” en) el contenido normativo de las disposiciones que consagran “los derechos que emanan de la naturaleza humana” sería inconstitucional. El art. 93 n° 3 permitiría, así, al Tribunal Constitucional declarar inconstitucional toda regulación constitucional que pudiera implicar tal reducción: paradigmáticamente, la derogación de una disposición o la dictación de una norma contraria a una norma de derechos fundamentales, pero también una reducción de su contenido o incluso la mediación a nivel constitucional de un conflicto entre principios. La cláusula “los derechos que emanan de la naturaleza humana” constituiría en este sentido un límite material en manos del Tribunal Constitucional para controlar, sin parámetro alguno, cualquier ejercicio de la potestad de reforma constitucional –en abierto desconocimiento de su “dignidad” en tanto expresión de la soberanía popular–.

Bajo una interpretación alternativa del art. 5 inc. 2°, no *laxa* sino *estricta*, se reconoce la dignidad de la potestad de reforma, no se confunde disposición con objeto de protección ni se interpreta el art. 93 n° 3 como si careciera de parámetro alguno de control. Bajo esta interpretación estricta, un ejercicio de la potestad de reforma tendría que representar, en sí, una vulneración del objeto de protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana para poder ser declarado inconstitucional a base del art. 5 inc.

⁶⁵ Esta distinción en ALBERT, 2019b, pp. 218-222.

2° en relación con el art. 93 n° 3 CPR. Desde luego, la posibilidad de que por vía del ejercicio de la potestad de reforma no sean respetados los derechos que “emanan de la naturaleza humana” resulta *prima facie* exigua⁶⁶. Esto es sin embargo una ventaja de la interpretación estricta: ella reconoce el lugar de la potestad de reforma como expresión de la soberanía popular y, por tanto, expresa la deferencia que amerita frente al control jurisdiccional. Una dogmática constitucional de los límites sustantivos de la potestad de reforma tendría que estructurar una tipología de “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” que podrían llegar a no ser respetados por medio de un ejercicio concreto de la potestad de reforma constitucional⁶⁷.

V. CONCLUSIONES

Chile es una república democrática y la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo, también, por medio de las autoridades que la Constitución establece. La potestad de reforma constitucional es una expresión de la soberanía. Mediante su ejercicio pueden agregarse, modificarse y derogarse disposiciones constitucionales.

La Constitución otorga al Tribunal Constitucional competencia para resolver “sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (...) reforma constitucional”. Esta disposición es enigmática: ¿cómo puede una reforma constitucional ser inconstitucional? Este carácter enigmático exige revisar algunos de los argumentos acerca de los límites de la potestad de reforma constitucional. Sobre la base de esa revisión, puede concluirse que el Tribunal Constitucional no tiene permitido, sin cometer una contradicción con los principios de la república democrática y de la soberanía popular, hacer valer límites implícitos, de cualquier tipo, contra la potestad de reforma ni hacer valer límites supraconstitucionales explícitos. La competencia, en principio, tendría que restringirse a los límites explícitos intraconstitucionales.

Desde luego estos límites explícitos intraconstitucionales adoptan un carácter formal-procedimental en los arts. 127 a 129 CPR. Mediante la protección del procedimiento de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional controla que su ejercicio se someta a las normas que (en la autocomprensión del art. 5 inc. 1° CPR) definió el pueblo soberano. Existe adicionalmente la posibilidad de elaborar una dogmática de los límites intraconstitucionales sustantivos de la potestad de reforma constitucional por vía del

⁶⁶ Por definición la posibilidad de afectación por medio de una reforma constitucional es, en general, solo mediata. Acerca de las restricciones mediatas, véase ALEXY, 1994, pp. 254-255. Dicho sea de paso: la derogación expresa del art. 5 inc. 2° CPR evidentemente no representa una vulneración de los derechos que emanan de la naturaleza humana.

⁶⁷ Por cierto, una reforma constitucional que permite el ejercicio del derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones ahorrados en cuentas individuales no puede ser considerada una vulneración de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en contra de lo sostenido por la sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

art. 5 inc. 2º, siempre bajo el presupuesto que la potestad de reforma sea considerada un ejercicio de la soberanía popular conforme con art. 5 inc. 1º CPR. Los principios de la democracia y de la soberanía popular exigen interpretar esta posible limitación de forma estricta: por razones de tenor literal y sistemáticas, los límites no pueden ser interpretados como normas de competencia negativa; y como límites sustantivos, el art. 5 inc. 2º apela a una equívoca formulación: “derechos que emanan de la naturaleza humana”. Por regla general, tales derechos no se encuentran al alcance efectivo del ejercicio de la potestad de reforma. La cláusula del art. 5 inc. 2º debe ser interpretada restrictivamente para permitir una aplicación racional del control judicial y prestar debido respeto a los principios de la democracia y de la soberanía popular.

El art. 93 n° 3, en definitiva, otorga al Tribunal Constitucional la competencia más natural y obvia posible: controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales procedimentales de la potestad de reforma constitucional. Por obvia que resulte, esta competencia es de toda significación al interior del paradigma de la soberanía popular⁶⁸. La soberanía se expresa en autonomía y autolegislación: el pueblo, como sujeto y objeto de legitimidad dentro del sistema democrático del art. 4 CPR, ejerce su soberanía no en la excepción, sino en cambio por medio de su permanente autoconfiguración⁶⁹. La soberanía es considerada por el art. 5 CPR como un proceso permanente de autoconstitución colectiva con el que se busca la legitimación del orden constitucional⁷⁰. La potestad de reforma constitucional no es conceptualizada en la Constitución bajo la permanente sospecha de usurpación del poder constituyente, sino como una expresión de la voluntad del pueblo, aunque mediada y representada⁷¹. Contra la opinión consignada en el epígrafe de este trabajo, precisamente *quien hace la ley* y la reforma constitucional es protegido por el art. 93 n° 3. El Tribunal Constitucional chileno tiene, gracias a esta competencia, una vía directa para “solucionar los problemas de la gente”: defender la democracia y la soberanía popular. No coartando la potestad de reforma constitucional, sino al contrario, permitiendo y protegiendo su ejercicio regular y continuo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT, Richard, 2019a: “Amendment and revisión in the unmaking of constitutions”, en David Landau y Hannah Lerner (eds.), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 117-140.

⁶⁸ HAURIOU, 2013, p. 43: “Es por ello por lo que los regímenes de soberanía nacional son al mismo tiempo regímenes de discusión. La supremacía del bloque de las ideas incontestables no puede mantenerse durante largo tiempo si este bloque está cerrado”.

⁶⁹ Al respecto, MAUS, 2011, pp. 44-48; también, MAHLMANN, 2007, pp. 273-277. Acerca de la alternativa entre “poder arbitrario de decisión” frente a la “autonomía” de la asociación política, brevemente, LADWIG, 2007, pp. 280-285.

⁷⁰ Frente a SCHMITT, Hermann Heller defendió una lectura semejante. Al respecto, POMARICI, 2010, pp. 47-63.

⁷¹ En nuestro medio, MARSHALL, 2010, p. 280.

- ALBERT, Richard, 2019b: *Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press.
- ALEXY, Robert, 1994: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.
- ARATO, Andrew, 2017: *The Adventures of the Constituent Power*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BERNAL, Carlos, 2013: "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *I-CON* 11 (2), pp. 339-357.
- BERNAL, Carlos, 2019: "Constitution-Making (without Constituent) Power: On the Conceptual Limits of the Power to Replace or Revise the Constitution", en Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford, pp. 21-49.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 2000: "El poder constituyente del pueblo: un concepto límite de derecho constitucional", en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, pp. 159-180.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 1991: "Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts", en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 67-91.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, 2011: *La ley, expresión de la voluntad general*, Marcial Pons, Madrid.
- COLÓN-RÍOS, Joel, 2014: "A New Typology of Judicial Review of Legislation", *Global Constitutionalism* 3(2), pp. 143-169.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2006: "Límites internacionales al poder constituyente", *Revista Española de Derecho Constitucional* 76, pp. 9-32.
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David, 2015: "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *I-CON* 13 (3), pp. 606-638.
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David, 2016: "Competitive democracy and the constitutional minimum core", en Tom Ginsburg y Aziz Huq (eds.), *Assessing Constitutional Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 268-292.
- DUKE, George, 2017: "Strong popular sovereignty and constitutional legitimacy": *European Journal of Political Theory* 19(3), pp. 354-374.
- DYZENHAUS, David, 2012: "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power", *Global Constitutionalism* 1(2), pp. 229-260.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James, 2009: *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GANGL, Manfred, 2010: "Souveränitätskonzeptionen im Staatsrechtsdenken der Weimarer Republik", en Marcus Llanque (ed.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, Nomos, Baden-Baden, pp. 15-42.
- GARGARELLA, Roberto, 2021: "Constitutional Amendments and Democracy: A View from Latin America", *Revista Derecho del Estado* 48, pp. 371-389.
- GRIMM, Dieter, 2020: *Rechth der Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlín, Duncker & Humblot.
- HABERMAS, Jürgen, 2005: "La soberanía popular como procedimiento", en Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, pp. 589-617.
- HALTERN, Ulrich, 2007: *Was bedeutet Souveränität?*, Tübinga, Mohr Siebeck.
- HAURIU, Maurice, 2013: *La soberanía nacional*, Madrid, Marcial Pons.
- HENRÍQUEZ, Miriam, 2021: "¿Inconstitucionalidad de fondo del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales?", en Domingo Lovera (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 289-303.
- HENRÍQUEZ, Myriam, 2011: "El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno", *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 416-477.

- HENRÍQUEZ, Myriam, LAMBEHT, George, 2015: “¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores”, *Estudios Constitucionales* 13 (2), pp. 153-168.
- HIDALGO, Oliver, 2019: “Der antinomische Gegensatz zwischen Repräsentation und Volkssouveränität”, en Rüdiger Voigt (ed.), *Repräsentation. Eine Schlüsselkategorie der Demokratie*, Baden-Baden, Nomos, pp. 125-150.
- HIRSCHL, Ran, 2004: *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge.
- ITURRALDE, Victoria, 1998: “Consideración crítica del principio de permisión según el cual ‘lo no prohibido está permitido’”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 15, pp. 187-218.
- KELSEN, Hans, 2017: *Reine Rechtslehre* (Matthias Jestaedt, ed.), Tubinga/Viena, Mohr Siebeck.
- KUMM, Mattias, 2016: “Constituent Power, Cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist-law”, *International Journal of Constitutional Law* 14(3), pp. 697-711.
- KUMM, Mattias, 2004: “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *European Journal of International Law* 15(5), 907-932.
- LADWIG, Bernd, 2007: “Das Recht der Souveränität und seine Grenzen” en Tine Stein *et al.* (eds.), *Souveränität, Recht und Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, Frankfurt del Meno, Campus, pp. 280-295.
- LANDAU, David, 2013: “Abusive Constitutionalism”, *University of California, Davis, Law Review* 47, pp. 189-260.
- LANDAU, David, DIXON, Rosalin, ROZNAI, Yaniv, 2019: “From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras”, *Global Constitutionalism* 8(1), pp. 40-70.
- MAHLMANN, Matthias, 2007: “Gründungsmythos und Autonomie – Aspekte der Souveränität”, en Tine Stein *et al.* (eds.), *Souveränität, Recht und Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, Frankfurt del Meno, Campus, pp. 270-279.
- MARSHALL, Pablo, 2010: “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho PUCV*, pp. 245-286.
- MAUS, Ingeborg, 2011: *Über Volkssouveränität*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MAUS, Ingeborg, 2018: *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MÖLLERS, Christoph, 2019: “Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts”, en: Matthias Jestaedt *et al.*, *Das entgrenzte Gericht*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MORESO, José Juan, 1991: “Disposiciones de reforma constitucional”, en *Doxa* 10, pp. 201-222.
- PARDO-ÁLVAREZ, Diego, 2017: “El puzzle de Ross y el problema constitucional chileno: una lectura alternativa”, *Revista de Estudios de la Justicia* 27, pp. 81-100.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, 2012: *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller.
- POEHLS, Marianne y VERDUGO, Sergio: “Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021”, en Domingo Lovera (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 263-288.
- POMARICI, Ulderico, 2010: “Hermann Hellers Souveränitätslehre als Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik und ihre Auseinandersetzung mit Carl Schmitt”, en Marcus Llanque (ed.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, Baden-Baden, Nomos, pp. 43-64.
- RAGONE, Sabrina, 2021: “La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material”, *Revista Derecho del Estado* 50, pp. 99-131.
- ROSS, Alf, 1969: “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* 78 (309), pp. 1-24.
- ROZNAI, Yaniv, 2017: *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press.

- ROZNAI, Yaniv, 2018: "Constitutional Unamendability – Four Observations", *ICL Journal* 12(3), pp. 369-385.
- RÜTHERS, Bernd, 2016: *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck.
- SCHMITT, Carl, 1985: *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl, 1957: *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot.
- SUTEU, Silvia, 2021: *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press.
- TAPIA, Jorge, 2008: "Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario", *Estudios Constitucionales* 6, núm. 2, pp. 121-142.
- TUSHNET, Mark, 2018: "Amendment theory and constituent power", en Gary Jacobson y Miguel Schor (eds.): *Comparative Constitutional Theory*, Northampton, Edward Elgar, pp. 317-333.
- VERDUGO, Sergio, 2019: "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change", en Richard Albert, Carlos Bernal & Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford, pp. 203-218.
- VERDUGO, Sergio, 2013: "La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional", *Actualidad Jurídica XIV*, N° 28, pp. 299-314.
- VINX, Lars, 2018: "Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power", *Jurisprudence* 2018, pp. 1-24.
- VINX, Lars, 2013: "The Incoherence of Strong Popular Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 11(1), pp. 101-124.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2004: "Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional", *Estudios Constitucionales* 4(2), pp. 415-434.

Normas jurídicas citadas

DECRETO N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicada el 22 de septiembre de 2005.

Sentencias

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 30 de diciembre de 2020, Rol 9797-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de marzo de 1997, Rol 272-97.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 21 de diciembre 1987, Rol 46-87.

