

# PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE DERIVADO\*

Consideraciones sobre la Unificación alemana y  
el desarrollo constitucional chileno desde el punto de  
vista de la teoría del Estado

DIETER BLUMENWITZ\*\*

## I. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

El poder constituyente es aquel que tiene la capacidad de dictar o modificar una Constitución. El poder constituyente originario —*verfassunggebende Gewalt*, *pouvoir constituant originaire*— es el que actúa independientemente de un poder constituyente anterior. Es el caso del poder constituyente que emerge con un nuevo Estado o que surge de un acto revolucionario. El poder constituyente derivado —*verfassungsändernde Gewalt*, *pouvoir constituant institué*— reconoce la existencia de un poder anterior y subordina su acción a lo preceptuado por éste; actúa dentro de tales límites preestablecidos y respeta la voluntad del Constituyente originario.

La tensión entre los poderes constituyente originario y derivado surge con especial claridad al momento de modificar las disposiciones que la Constitución contempla para su propia reforma.

---

\* Conferencia dictada en la Fundación Hanns-Seidel en Santiago de Chile, el día 16 de septiembre de 1991.

\*\* Abogado. Doctorado en Derecho, Universidad de München. Decano de la Facultad de Derecho Internacional, Doctrina General del Estado, Derecho Público Bávaro y de Ciencias Políticas de la Universidad de Würzburg, Alemania. Representante legal del Estado libre de Baviera ante la Corte Suprema Constitucional de Alemania.

## II. EL CASO ALEMÁN

### *Las posibilidades de Ley Fundamental*

Con motivo de consumarse el proceso de Reunificación Alemana surge el problema de decidir entre dos alternativas: reformar la Ley Fundamental (Grundgesetz) o darse una nueva Constitución.

El problema se presenta porque, en 1949, al momento de redactarse y entrar en vigor la Ley Fundamental (LF), los territorios alemanes no estaban unidos; esto es, la LF sólo fue ratificada por los Estados (Länder) ocupados militarmente por tropas aliadas occidentales —esto es, quedaron fuera los Länder ocupados por tropas soviéticas— que constituían todo el Centro y Este de Alemania. El territorio ocupado por los aliados pasó a formar la República Federal. En el preámbulo se dejó eso sí expresa constancia que “el pueblo alemán de los Länder ... (los ocupados por tropas no soviéticas) actuando también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada la colaboración (se refiere a quienes vivían en la zona de ocupación soviética) y manteniendo la invitación para que todo el pueblo alemán, en libre auto-determinación, consume la unidad y libertad de Alemania”.

Para superar este “déficit de legitimidad” de la LF, su Art. 23 dejó abierta la posibilidad de que en los Länder cuyos representantes no había concurrido a la de su aprobación, rigiera también la LF, mediante su incorporación a la República Federal de Alemania; esto es, que se ampliara al campo de aplicación de la LF mediante la incorporación voluntaria de otros territorios alemanes. En ese momento los “Padres de la Constitución” no pensaban sólo en los territorios que ocupaba la República Democrática Alemana (RDA), sino también en el amplio territorio que formaba el Reino Alemán en sus fronteras de 1937. Es así como en 1955, empleando el Art. 23, se incorpora el territorio del Sarre, hasta ese entonces bajo administración francesa.

A su vez, como la LF fue la consecuencia dolorosa de la necesaria organización constitucional de un Estado alemán disminuido territorialmente, los “Padres de la Constitución” establecieron: “La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán” (Art. 146).

Por consiguiente, la LF ofrecía dos alternativas para lograr la Unidad Alemana:

1. La incorporación de la RDA a través del Art. 23 inc. 2, opción que le permitía, además, pactar un “tratado constitucional” (Verfassungsver-

trag) en beneficio de sus ciudadanos. Esta opción no requiere la aceptación de la incorporación por parte de la República Federal, como tampoco la realización de un plebiscito en el territorio de la RDA. La incorporación constituye lo que el Derecho Internacional llama integración de Estados; asimismo, la República Federal era, como sujeto de Derecho Internacional, idéntica con el Reino Alemán creado en 1867 y al que en 1870/71 se incorporan los países del Sur de Alemania.

2. La segunda vía consiste en la “reconstitución” (Neukonstituierung) como Estado, de Alemania unida. Para esto habría debido usarse el Art. 146, en que la propia LF se pone a disposición del pueblo para obviar cualquier obstáculo a la unificación, pues ésta se considera más valiosa que la conservación de cualquier texto constitucional. En este caso, se trataría de un acto del poder constituyente originario, evidentemente no sujeto a las disposiciones de reforma constitucional contenidas en la LF; pero sí al Derecho Internacional y al Derecho Europeo, que son límites formales al poder constituyente originario. El ejercicio del poder constituyente originario se identifica con el ejercicio del derecho de autodeterminación del pueblo alemán, asegurando asimismo, por la Carta de las Naciones Unidas (Art. 1 N° 2).
3. Existe además una “tercera vía”, que fue planteada durante la discusión preliminar anterior a la Reunificación. Consiste en una combinación de las posibilidades que ofrece el Art. 23 inc. 2 y el Art. 146: primero incorporación de la RDA según el Art. 23 y luego reconstitución o nueva constitución del Estado alemán. Esta alternativa no era viable de acuerdo al texto de la LF, pues el Art. 146 perdía validez en cuanto se produjera la incorporación de la RDA según el Art. 23. Con esta incorporación se producía la legitimación a que se refería el Preámbulo (...actuando también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada su colaboración).

### *Las modificaciones constitucionales consecuencia de la Unificación*

En definitiva, las negociaciones previas a la Unificación, entre las autoridades de la República Federal y de la RDA, condujeron a compromisos políticos expresados en el “Tratado de Unión” (Einigungsvertrag de 31.8.1990). Según el Art. 1 del Tratado de Unión (TU), los Länder que formaban la RDA —que se menciona expresamente— ingresan a la República

Federal de acuerdo al Art. 23, que se deroga (Art. 4 N° 2 TU). En ese momento, la LF inicia su vigencia sobre esos territorios (Art. 3 TU), que, por expresarlo de una manera gráfica, ingresan a su campo de aplicación. Mediante el Art. 4 N° 1 TU el texto del preámbulo es reemplazado por otro, en que se declara que “el pueblo alemán, en ejercicio de su poder constituyente originario, se ha dado esta Ley Fundamental”. Luego se enumera todos los Länder en los que la LF tiene vigencia y se agrega “esta LF rige para la totalidad del pueblo alemán”. De acuerdo al Art. 4 N° 6 TU se reemplaza el texto del antiguo Art. 146 de la LF: “Esa Ley Fundamental, que rige para todo el pueblo alemán, después del logro de su unidad y libertad, pierde su vigencia el día que entre a regir una Constitución que haya sido acordada por todo el pueblo alemán”. A su vez, el Art. 5 TU se refiere a las futuras modificaciones constitucionales y señala que los gobernantes de las dos partes contratantes —la República Federal y la RDA— recomiendan (“empfehlen”) a los cuerpos legislativos de Alemania unificada (Bundestag—Parlamento Federal— y Bundesrat—Consejo Federal—) que, dentro de los dos años siguientes se ocupen de algunas materias planteadas con ocasión de la Reunificación: N° 4 la cuestión acerca de la aplicación del Art. 146 de la LF y, en su marco, la realización de un referéndum.

### *La intervención de las potencias aliadas de la II Guerra*

Por otra parte, debido a la relevancia del problema alemán en el plano internacional, se produjo, entre las potencias aliadas vencedoras de la II Guerra Mundial, por una parte y la República Federal y la RDA, por otra, conversaciones que condujeron al llamado “Tratado 2+4” de 12.9.1990 (Zwei-plus-vier-Vertrag). Las cambiantes circunstancias políticas —especialmente en el bloque socialista— llevaron a las potencias vencedoras a asumir su responsabilidad en relación a la situación de Alemania de la postguerra.

El Art. 1 limita la frontera de Alemania reunificada al territorio que, hasta el momento de entrada en vigencia del Tratado 2+4, correspondían a la República Federal y a la RDA, esto significa una renuncia por parte de Alemania a toda pretensión territorial “al otro lado de la línea Oder-Neisse”, esto es, a territorios actualmente en poder de Polonia y la URSS. A su vez, según el Art. 1 N° 4, la Constitución de Alemania unificada no puede contener disposiciones contrarias a esta disposición. Esto tiene validez —agrega el texto— tanto para el caso del Art. 23 como para el del Art. 146 de la LF.

*Problemas constitucionales derivados de la nueva normativa*

El problema que se plantea surge de la interpretación del nuevo Art. 146 de la LF y del Art. 5 del TU. Cabe señalar que el TU comenzó siendo un tratado internacional y luego del ingreso de la RDA a la República Federal (3 de octubre de 1990) perdió dicho carácter y pasó a ser ley federal (Art. 45 N° 2 del TU).

Se ha planteado la tesis que el Art. 146 es una "norma de transmisión" (Überleitungsnorm), esto es, una disposición que permite la "disolución de la Constitución" (Verfassungsablösung). La Constitución Federal suiza y las constituciones de algunos cantones helvéticos, contienen normas de tal naturaleza, que permiten la "revisión total" de los textos fundamentales. El objeto de una norma de transmisión es evitar un quiebre del orden constitucional. El Art. 146 alemán carece de una regulación plebiscitaria, que es en Suiza, una condición para la revisión total.

En definitiva, lo que interesa estudiar es el rol del nuevo Art. 146 en el orden constitucional de la LF. Lo primero que se constata es que tal disposición es parte integrante del orden constitucional federal y que, en consecuencia, debe ser aplicado por órganos constitucionales, cuyas atribuciones emanan igualmente de la LF y no derivan directamente del poder constituyente originario. Por consiguiente, el Art. 146 no puede ser considerado una norma de transmisión.

Por otra parte, el Art 5 N° 4 TU no es sino mera recomendación a los órganos legislativos, sometidos de igual manera al poder constituyente originario, para que se ocupen de la posibilidad de un eventual referéndum en el marco de la aplicación del Art. 146.

Se presenta además el problema de la aparente contraposición dentro de la propia LF del Art. 146 y el Art. 79 inc. 2°, según el cual, la reforma de a LF exige un quórum de 2/3, tanto en el Parlamento Federal (Bundestag), como en el Consejo Federal (Bundesrat). Por su parte, el texto de Art. 146 establece como requisito para ejercer el poder constituyente la "decisión libre" (freie Entscheidung) del pueblo y no sujeta una eventual reforma constitucional a una determinada mayoría.

El nuevo Art. 146 debe ser interpretado en armonía con las normas de revisión constitucional del Art. 79; el Art. 146 no puede ser más interpretado

en su antigua función de “artículo de reunificación” (Wiedervereinigungsartikel), sino como norma de reforma constitucional. El nuevo Art. 146 pretende posibilitar someter a la decisión popular una LF reformada; el camino hacia esa reforma pasa a través del Art. 79. El Art. 146 no es una alternativa al Art. 79, sino que lo complementa armónicamente. En suma, el Art. 146 no pretende permitir el ejercicio del poder constituyente originario, sino que es parte del poder constituyente derivado y complementa la reglamentación de la reforma constitucional.

### *Legitimación política de la Ley Fundamental*

Por otra parte, ante la insistencia de ciertos sectores políticos en realizar un referéndum, se ha planteado la legitimación de que ya goza la LF de 1949. Si bien es cierto que la LF no fue sometida a ningún plebiscito, fue aprobada por el Parlamento de los distintos Länder que, a su vez, había sido elegido por el pueblo. Además, existe el convencimiento que, más importante que una aprobación plebiscitaria es la aceptación posterior de la norma constitucional, sobre todo, por los nacidos después de 1949. La LF ha permitido, en cuatro décadas, la realización de elecciones, ha merecido el reconocimiento internacional; en fin, es una Constitución que no está solamente bien concebida, sino que ha funcionado bien, en la práctica.

Asimismo, el hecho que la vigencia de la LF esté limitada en el tiempo, según señala el texto original del Preámbulo (“con el propósito de dar un nuevo ordenamiento a la vida política durante un período de transición...”) no significa un déficit de legitimidad. Este “período transitorio” tuvo su culminación en 1990 con la Unificación alemana. Por consiguiente, la modificación del texto del Preámbulo significa la derogación de la limitación temporal.

En relación al ingreso de la RDA, la Cámara del Pueblo (Volkskammer) estaba legitimada democráticamente, pues había sido elegida en las elecciones de 18 de marzo de 1990. Es bastante discutible que se llegue a una mayor aceptación por la vía de realizar un plebiscito. Por otra parte, en la realidad política, todo referéndum constitucional, plantearía —aunque fuera solapadamente— no sólo la decisión acerca de una modificación constitucional, sino además, reviviría la discusión acerca de la conveniencia o inconveniencia de la Unificación.

### III. EL CASO CHILENO

Así como a raíz de la situación político-constitucional, surgida en Alemania tras la Reunificación, surgen importantes y polémicas interrogantes sobre el orden constitucional alemán, la situación chilena tras el Pronunciamiento militar de 1973, plantea una situación de quiebre constitucional que, aunque muy diversa a la alemana, presenta también la necesidad de distinguir claramente entre poder constituyente originario y derivado. En primer término, debe analizarse cuál es el fundamento de la intervención militar de 1973.

#### *Revolución o Derecho de resistencia*

Revolución es la destrucción del orden social y político preexistente y pretende la creación de un nuevo orden. Significa la modificación de toda posición de poder dentro de la sociedad. Los conceptos de revolución y derecho de resistencia son frecuentemente confundidos. Sin embargo, son esencialmente diferentes en su finalidad y legitimación: el derecho de resistencia se orienta a resguardar el orden existente, que se considera bueno o valioso. La revolución pretende destruir aquel sistema y establecer uno nuevo; significa una ruptura, un quebrantamiento del ordenamiento establecido. Por el contrario, el derecho de resistencia importa la restauración del orden quebrantado.

El derecho de resistencia es esencialmente defensivo, pretende la conservación y resguardo de las instituciones ya existentes y es, por ello, la contrapartida de la revolución. La mejor justificación para el ejercicio del derecho de resistencia es el restablecimiento del orden quebrantado.

De la revolución emana el poder constituyente originario, que crea un nuevo orden político y constitucional y que es, en su actuación, independiente del constituyente anterior. Por el contrario, del ejercicio del derecho de resistencia, emana un poder constituyente derivado, que reconoce la existencia de un poder constituyente anterior, cuya voluntad debe respetar. Los límites pueden ser, según el caso concreto, formales o materiales. Esto significa que no necesariamente debe sujetarse al procedimiento de reforma de la Constitución preexistente, lo cual, en determinadas circunstancias, puede resultar imposible, pero sí a límites materiales.

En Chile de 1973 se hizo ejercicio del derecho de resistencia. No existiendo en la Constitución de 1925, entonces vigente, una norma como la del Art. 20 inc. 4 de la LF alemana, que establece positivamente el derecho de resistencia ("Contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a todos los alemanes el derecho de resistencia cuando no fuera posible otro recurso"), se trató del ejercicio de un derecho suprapositivo.

En octubre de 1973, el Colegio de Abogados emite un informe público en que justifica el Pronunciamiento Militar, invocando el derecho de resistencia, que fundamenta en la doctrina de Santo Tomás y en el derecho político tradicional hispano. Dicho informe señala que, si bien el gobierno de Allende había sido elegido democráticamente, de acuerdo a la Constitución de 1925 y a su sistema normativo legal, devino en ilegítimo. Esto es, no estamos ante un tirano en su origen (*tyrannus ab origine* o *secundum titulum*), sino por el ejercicio de su gobierno (*tyrannus secundum regimen* o *usu potestatis*). El Colegio de Abogados cita una frase de las Partidas "Rey serás si obrares según derecho, sino que será rey".

En definitiva, cuando la autoridad conculca los derechos fundamentales, cuando no es capaz de regular las relaciones al interior de la comunidad, cuando quebranta el estado de derecho y no persigue el logro del bienestar general, su ejercicio del poder se torna ilegítimo.

La intervención militar tiene por objeto, precisamente, resguardar el orden institucional quebrantado por un gobierno que se reconocía como revolucionario. La intención de restablecer la institucionalidad es expresado por la Junta ya en el Bando N° 5 y en el DL 1. A partir de ese instante, el gobierno militar asume el poder constituyente. La Constitución de 1925 es mantenida en vigencia "en la medida que la actual situación lo permita" (DL 1).

Desde el primer momento queda claro que en el nuevo gobierno tiene como objetivo restablecer el orden institucional quebrantado por la acción revolucionaria. Esto supone rescatar los principios que informan el sistema institucional y que han sido conculcados o violados por el gobernante contra quien se ejerce el derecho de resistencia.

La Constitución de 1925 es una norma positiva y, como tal, modificable. La tarea del poder constituyente es salvaguardar los principios básicos de la institucionalidad. La concreción en un cuerpo normativo positivo, que de ellos se haga, admite diversas posibilidades. El nuevo gobierno, al hacer ejercicio del poder constituyente está obligado a respetar el conjunto de



valores y principios que informan la institucionalidad chilena. Sin embargo, hay acuerdo en que la Carta de 1925 ha sido sobrepasada y que la conservación de la institucionalidad exige su reemplazo. Por esta razón, el gobierno militar inicia, inmediatamente después de la intervención que la conduce al poder, un proceso destinado a la redacción de una nueva Carta Fundamental. En el documento de creación de la Comisión Ortúzar se expresa que ésta se establece para "que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución". Esta Constitución no pretende simplemente restaurar las condiciones vigentes en 1973, sino que se trata de reformular modernizando los principios fundamentales de la tradición constitucional chilena. El nuevo texto constitucional corresponde a la tradición democrática y constitucional chilena.

Luego de las elecciones de 1990, el derecho de resistencia ejercido en 1973 ha tenido su mayor justificación, al cumplirse con todas las exigencias para su legitimación. Se ha devuelto el poder a los civiles y otorgado una nueva institucionalidad, a través de un sistema democrático renovado.

#### IV. EL MECANISMO CHILENO DE REFORMA

Existe en toda Constitución un "juego" entre dos principios importantísimos en el Estado constitucional: el de la supremacía constitucional y el de la soberanía popular o nacional. En la democracia representativa, el principio de la supremacía constitucional presenta una fundamentación democrática, al limitar el poder de quienes, en nombre del pueblo, ejercen el poder estatal. La Constitución fija así, en nombre del titular de la soberanía, los límites, formales y materiales, al actuar de los gobernantes.

De acuerdo al Derecho Constitucional, el detentador de la soberanía, y por ende titular del Poder Constituyente es el pueblo (Abate Sieyés, 1789). El Art. 5 inc. 1° de la Constitución chilena señala, en consecuencia, que "la soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece". A su vez, el principio de la supremacía de la Constitución se expresa en forma genérica en el Art. 6 de la Carta Fundamental: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de

esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo —esto es, a gobernantes y gobernados—. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

El texto original de la Constitución chilena contempla cuatro diversos procedimientos de reforma.

1. El contenido en el articulado transitorio, durante el cual la Junta de Gobierno ejerce por unanimidad el Poder Constituyente, sujeto a la aprobación plebiscitaria, la que es reglada por ley (Disposición transitoria, DT 18 A). El poder que ejercía la Junta es derivado, pues está sujeto a las normas constitucionales y legales que regulan el procedimiento de reforma. A su vez, hay que destacar que el texto señala que la Junta “ejerce” este poder, pues evidentemente no le pertenece, por el principio de la soberanía nacional. La Junta es uno de los órganos estatales a que se refiere el Art. 5.

Asimismo, la DT 21 d reafirma el texto de la DT 18: “La Constitución sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente. Sin embargo, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito, el cual deberá ser convocado por el Presidente de la República”.

En el texto original de la Constitución, el articulado permanente establece tres procedimientos de reforma, especificados según la materia de que se trate:

2. El procedimiento general de los Arts. 116 y 117.
3. El procedimiento agravado de reforma del Art. 118 inc. 1°.
4. El procedimiento especial de reforma del Art. 118 inc. 2°, que contempla un mecanismo mucho más agravado de reforma que, en el fondo, busca el mantenimiento de ciertas disposiciones constitucionales, esto es, “petrifica” las materias sometidas a este trámite.

No nos detendremos en el análisis pormenorizado de estos mecanismos de reforma, sólo se puede decir que, en los tres casos, se trata de disposiciones que son expresión del poder constituyente derivado. En ningún caso hay una norma que contemple una “norma de transmisión” conducente a una “revisión total” de la Constitución, según el modelo suizo, lo que seguramente sería inaceptable para la doctrina chilena, puesto que, en el fondo, implica la derogación de la Constitución existente y su sustitución por otra.

Una de las críticas a la Constitución en su texto primitivo, era su rigidez. A este respecto, debe señalarse que la clasificación entre constituciones rígidas y constituciones flexibles, que data del siglo pasado está hoy prácticamente superada. Ciertamente el principio de la supremacía constitucional supone que la modificación de la Ley Fundamental de un Estado se someta a un procedimiento de reforma mucho más estricto que el señalado por una ley común. Incluso entre las normas legislativas se aprecia hoy en día diferencias en el procedimiento y quora más elevados para ciertos casos, un buen ejemplo de ello es el propio Art. 63 de la Constitución chilena en su texto reformado, que contempla la existencia de leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y “las demás normas legales”, que son todas las restantes.

La reforma constitucional de 1989 modificó el procedimiento de reforma de la Constitución permanente, mediante el procedimiento de reforma constitucional transitorio. Se aprovechó esta posibilidad, debido a que el mecanismo transitorio era mucho más viable y fácil de realizar de lo que habría significado el procedimiento permanente.

La reforma de 1989 simplifica el mecanismo de revisión constitucional: los dos últimos procedimientos son eliminados. Se conserva sólo el procedimiento general de los Arts. 116 y 117. Los quora para la reforma de ciertos capítulos de la Constitución, cuya modificación se pretende dificultar, en razón de las materias por ellos reguladas. Los capítulos son los mismos para los cuales se contemplaba el procedimiento especial del Art. 118 inc. 2º más otros que igualmente se intenta proteger de la reforma. A grandes rasgos, la reforma modifica la relación existente entre los órganos que ejercen el poder constituyente originario —el Presidente de la República y el Congreso—, al modificar los quora de aprobación e insistencia, en beneficio del Congreso y en detrimento del Presidente.

Es interesante destacar la mantención en la Constitución reformada de la institución del plebiscito, que pertenece a la tradición constitucional chilena. Tres textos constitucionales chilenos habían sido aprobados, con anterioridad a 1980, por este mecanismo (Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 y Constitución de 1925). En el fondo, la necesaria aprobación de una reforma constitucional por dos Congresos, contemplada en la Constitución de 1833 (Art. 167 inc. 6) y en el texto original de 1980, era un “germen” plebiscitario, pues el electorado debía elegir a sus representantes en el nuevo Congreso, considerando siempre cuál sería su actitud frente a la reforma.