



2020

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9797-20-CPT

[30 de diciembre de 2020]

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, RESPECTO DEL PROYECTO QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES, EN LAS CONDICIONES QUE INDICA (BOLETINES N° 13.736-07, 13.749-07 Y 13.800-07 REFUNDIDOS)

VISTOS:

1. Introducción

A fojas 1, con fecha 22 de noviembre de 2020, Sebastián Piñera Echenique, Presidente de la República; Ignacio Briones Rojas, Ministro de Hacienda; Cristián Monckeberg Bruner, Ministro Secretario General de la Presidencia, y María José Zaldívar Larraín, Ministra del Trabajo y Previsión Social, conforme al artículo 93 N° 3 de la Constitución Política de la República, formulan requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos).

Conforme consta de la tramitación del proyecto de reforma constitucional, su objetivo o idea matriz es que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Trigésima Novena Transitoria de la Constitución, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, se autorice a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en sus cuentas de



capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y como mínimo 35 unidades de fomento.

Al efecto, el proyecto de reforma constitucional impugnado, consta de un artículo único, que agrega a la Constitución Política de la República una nueva Disposición Transitoria Cuadragésima Tercera.

2. Texto del proyecto de reforma constitucional impugnado

El texto cuestionado se transcribe a fojas 4 y 5 del requerimiento, señalándose que corresponde al proyecto aprobado en primer trámite constitucional por la H. Cámara de Diputados, cuyo texto fue aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H., Senado, con modificaciones.

Luego, en respuesta a la medida para mejor resolver previa a la admisión a trámite que fue decretada por este Tribunal a fojas 660, S.E. el Presidente de la República, a fojas 669 cumplió con acompañar el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, indicando que el texto del proyecto impugnado se encuentra en las páginas 75 a 78 del referido instrumento, agregado a fojas 749 a 751 del presente expediente constitucional, cuyo texto es el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“Artículo único.- Agrégase en la Constitución Política de la República la siguiente disposición transitoria:

“CUADRAGÉSIMA TERCERA. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición trigésima novena transitoria, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta. La entrega de los fondos se efectuará en una sola cuota y en el plazo máximo de quince días hábiles contado desde la presentación de la solicitud ante la respectiva administradora de



fondos de pensiones, y estará sujeta a la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad con lo previsto en la ley N° 21.254.

Las administradoras de fondos de pensiones, para el procedimiento de retiro de fondos, deberán modificar los datos del afiliado a simple requerimiento de éste, acreditando su identidad en base a la información entregada por el afiliado, sea con certificado de nacimiento, clave única o sentencia judicial ejecutoriada, y no podrán efectuar discriminación arbitraria alguna, en especial en el caso de personas que se sometieron al cambio registral de identidad establecido en la ley N° 21.120.

La facultad establecida en esta disposición transitoria no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésima novena transitoria.

Los afiliados que soliciten el retiro de fondos previsionales de conformidad con lo preceptuado en esta disposición podrán reintegrar todo o parte de dichos fondos mediante una cotización voluntaria adicional equivalente al 5 por ciento mensual calculada sobre la última remuneración cotizada y que podrá enterarse durante todo el período que sea necesario para restituir el saldo retirado reajustado, sin perjuicio de su facultad de suspenderlo o discontinuarlo. La Superintendencia de Pensiones establecerá la normativa que regule esta cotización.

Todas aquellas autoridades cuyas remuneraciones se encuentren reguladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 bis de la Constitución Política de la República que, a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, hayan ejercido el derecho establecido en la ley N° 21.248, deberán, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la fecha antes indicada, incorporar a su declaración de patrimonio e intereses, de conformidad a la ley N° 20.880, la información relativa al retiro efectuado, con indicación del monto. Lo mismo se aplicará en el caso de que soliciten el retiro establecido en esta disposición.

Para efectos del cumplimiento de lo prescrito en el inciso segundo de la disposición trigésima novena transitoria respecto a las deudas originadas por obligaciones alimentarias, decretado el pago por el tribunal, el alimentario acreedor se subrogará, por el solo ministerio de la ley y hasta el monto de lo adeudado por obligaciones alimentarias, en los derechos del afiliado deudor. Recibida la orden del tribunal, la administradora de fondos de pensiones procederá a efectuar el pago de conformidad a la resolución respectiva.

Ante la pluralidad de alimentarios, la subrogación que opere en favor de uno de ellos, aprovechará a los restantes. En el caso de pluralidad de alimentarios con medidas cautelares vigentes, el monto retenido se dividirá en partes iguales según número de



alimentarios. Si lo adeudado a uno o más es menor a la cuota que le correspondiere, el sobrante acrecerá la cuota de los restantes alimentarios.

Las medidas cautelares de retención de fondos decretadas por los tribunales de familia en virtud de la disposición trigésima novena transitoria, extenderán su aplicación y vigencia a lo establecido en la presente disposición, salvo que el tribunal decrete lo contrario.

Desde la entrada en vigencia de esta disposición o desde la solicitud de retiro, según corresponda, las administradoras de fondos de pensiones deberán informar al tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el correo electrónico y el domicilio del afiliado para efectos de la notificación de las resoluciones que los tribunales deban realizar hasta hacer efectivo el pago.

Lo señalado en los incisos anteriores, sobre el procedimiento de retención de los fondos por concepto de deudas de pensiones alimenticias, regirá para las disposiciones trigésima novena y cuadragésima tercera transitorias.

Los demás términos y condiciones de este segundo retiro se sujetarán a lo establecido en la disposición trigésima novena transitoria.”.

3. Tramitación, partes y antecedentes

Previo a proveer acerca de la admisión a trámite, a fojas 660, este Tribunal Constitucional decretó medidas para mejor resolver. Al tenor de la respectiva resolución, se solicitó a los Secretarios de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, y del H. Senado, que informaren acerca del estado de tramitación actual del proyecto cuestionado, y sobre los quorum de votación relacionados con él.

Al efecto, por oficios de fecha 2 de diciembre de 2020, a fojas 762, el señor Secretario de la H. Cámara, expresa que en el primer trámite constitucional, se estimó por la Comisión de Constitución que el proyecto requería para su aprobación el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados en ejercicio, correspondientes a 93 diputados. Agrega que en votación en Sala, con fecha 10 de noviembre 2020, se aprobó en general el proyecto con 130 votos a favor (18 en contra y 2 abstenciones), y en particular, fueron aprobados todos los incisos alcanzando igualmente el quorum de aprobación establecido.

Y a fojas 759, el señor Secretario del H. Senado manifiesta que, en segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución de dicha corporación, asimismo, determinó que el proyecto requería para su aprobación el voto conforme de las tres quintas partes de los senadores en ejercicio, correspondientes a 26 senadores. Añade



que el día 1° de diciembre de 2020, la iniciativa fue rechazada por el Senado en segundo trámite, al alcanzarse sólo 23 votos a favor (10 en contra y 8 abstenciones).

Finalmente se consigna por ambos secretarios que atendido el rechazo del Senado y conforme al artículo 70 de la Constitución, procede la formación de Comisión Mixta.

Por presentación de 24 de noviembre de 2020, a fojas 513, doña Adriana Muñoz D'Albora, como presidenta y en representación del H. Senado de la República, se hizo parte en autos.

Por resoluciones del Pleno de este Excelentísimo Tribunal, de 10 de diciembre de 2020, a fojas 891, se acogió a tramitación el requerimiento, y a fojas 912, se declaró admisible y se ordenó ponerlo en conocimiento del H. Senado y de la H. Cámara de Diputadas y Diputados para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, formularan observaciones y presentaren antecedentes.

Por presentación de 15 de diciembre de 2020, a fojas 1001, don Diego Paulsen Kehr como Presidente y en representación de la H. Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, se hizo parte en autos.

4. Conflicto constitucional. Requerimiento y observaciones de los órganos constitucionales interesados

A continuación se hará referencia al conflicto constitucional sometido a conocimiento y resolución de este Tribunal Constitucional, conforme al contenido del requerimiento de S.E. el Presidente de la República, y a las observaciones evacuadas oportunamente por los órganos constitucionales interesados, H. Senado de la República y H. Cámara de Diputadas y Diputados.

4.1. Requerimiento de S.E. el Presidente de la República

Las infracciones constitucionales denunciadas por S.E. el Presidente de la República, se dividen en los siguientes tres capítulos:

- a) Primer Capítulo: Infracción al artículo 127 de la Constitución, en la tramitación de la reforma de las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental

Se afirma que el proyecto de reforma constitucional impugnado ha sido y está siendo tramitado y aprobado infringiendo severamente las normas del y el Capítulo XV de la Constitución, en particular el artículo 127, toda vez que se incorpora o aprueba mediante una Disposición Transitoria una reforma implícita de la Carta Fundamental



que no respeta el procedimiento, las formas ni los quórumos que la Ley Fundamental exige para reformar sus capítulos y normas.

Agrega que el Proyecto no enmienda o reforma ninguna palabra, frase, oración, artículo o capítulo de la Constitución, sino que, implícitamente, contradice sus reglas permanentes, agregando un artículo transitorio que autoriza el retiro de fondos previsionales. Así, se incorpora una disposición sustantiva, pero sin enmendar normas permanentes, lesionando asimismo la supremacía constitucional, en relación los artículos 6° y 7° de la misma Carta Fundamental.

Añade que se violenta el sentido mismo de la Constitución, conforme al cual, se promulgan reglas generales y permanentes que imperan sobre todos los ciudadanos y autoridades, al pretenderse, por el contrario, fijar reglas de seguridad social selectivas, vía “Disposiciones Transitorias”, y que, además vulneran normativa permanente, como el artículo 19 N° 18 y la preceptiva sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

De este modo, de aprobarse una reforma como la propuesta, se constataría la existencia de dos Constituciones paralelas, con normativas contradictorias. Una, permanente y general, que crea objetivamente un sistema de seguridad social, que contempla un derecho fundamental y una legislación que dota de contenido esencial al sistema, prescribiendo cotizaciones obligatorias afectas constitucionalmente a ese fin. Y otra “Constitución paralela”, que establece reglas contradictorias a las establecidas en el texto permanente, transformando las cotizaciones previsionales en un depósito de sus titulares, que aquellos pueden libremente retirar de sus cuentas individuales.

Manifiesta que reformar la Constitución exige derogar, modificar o incorporar artículos, cambiando el texto o capítulos de la Constitución, según el quórum de 3/5 o de 2/3 conforme al capítulo en que “recayere” la reforma, según indica el mismo artículo 127, además de que las disposiciones transitorias no son un capítulo de la Constitución. En consecuencia, al agregar una Disposición Transitoria que reconoce un “nuevo” derecho de retiro “excepcional” y “voluntario”, el legislador/constituyente estaría vulnerando instituciones basales del orden institucional (iniciativa exclusiva del Presidente de la República) y derechos fundamentales (seguridad social).

Finalmente se indica que la naturaleza jurídica y función de las Disposiciones Transitorias es regular la vigencia temporal o territorial de la Carta Fundamental o de las reformas que se introducen a ella, o bien fijar reglas de competencia en relación a disposiciones permanentes. Pero, jamás han sido usadas las Disposiciones Transitorias para promulgar normas que imponen obligaciones, o crean derechos o deberes a los ciudadanos, ni tampoco para promulgar reglas que infringen sustantiva o materialmente la Constitución, como sucede en la especie.



b) Segundo Capítulo: Infracción al derecho a la seguridad social del artículo 19 N° 18, en relación al artículo 127

Se afirma que el Proyecto permite nuevamente un retiro del 10% de los fondos previsionales, para cualquier propósito, exento de tributación y sin obligación de devolverlos para los fines para los cuales estaban previstos, en circunstancias que, constitucionalmente, estos fondos están afectos o adscritos a la seguridad social, esto es, para enfrentar las contingencias futuras que depara la vida.

Se vulnera igualmente el artículo 19 N° 18 en tanto prescribe que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, y el mandato de que sea el legislador de quorum calificado el que regule el ejercicio del derecho a la seguridad social, mientras, ahora, se amplía inconstitucionalmente el destino de las cotizaciones obligatorias, sin proveer alternativas ni soluciones.

Adicionalmente, se afirma que el Proyecto debió y debe votarse –con independencia del resultado final de la votación- acorde al quórum establecido para modificar el artículo 19 N° 18, esto es, por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio; y no por los 3/5; toda vez que el proyecto incide en el Capítulo III de la Constitución, y así lo ordena el propio artículo 127.

En relación con este segundo capítulo de inconstitucionalidad, en respuesta a la medida para mejor resolver previa a la admisión a trámite decretada a fojas 660, y frente a la solicitud de que se indicara qué parte del texto del proyecto se impugnaba por infringir el artículo 19 N° 18 constitucional, S.E. el Presidente de la República, a fojas 672 y 673, señala que se genera la vulneración en relación con el inciso primero de la disposición transitoria cuadragésima tercera que se viene agregando, al ampliarse el destino de la cotización obligatoria, y al votarse en el Congreso con un quorum inferior al requerido. Además, la infracción alcanza por defecto al inciso final y, con todo, se señala que la inconstitucionalidad no permite salvar ninguno de los incisos de la disposición transitoria, ya que la totalidad de la norma, infringe el artículo 19 N° 18.

c) Tercer Capítulo: Infracción al estatuto de la iniciativa exclusiva legislativa del Presidente de la República, artículo 65 inciso tercero e inciso cuarto N°s 1 y 6, en relación al artículo 127

Indica la parte requirente que vía Disposición Transitoria se vulneran las reglas constitucionales previstas en resguardo de la jerarquía normativa de la Carta Fundamental, en particular, las que fijan las atribuciones, facultades y competencias



que el régimen presidencial concibe como atribuciones exclusivas del Presidente de la República.

A través de una Disposición Transitoria no puede pasarse por alto el sistema de normas que la Constitución contempla en esta materia, sin reformar la Carta Fundamental expresa y literalmente. Así, el legislador/constituyente derivado está burlando las reglas permanentes de la Constitución, y todo el sistema de pesos y contrapesos que la misma dispone, creando reglas de iniciativa legislativa parlamentaria donde la Constitución reserva dicha iniciativa al Presidente. Y en circunstancias que -de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional- las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva son limitaciones al proceso de formación de la ley y constituyen prohibiciones constitucionales para los parlamentarios.

En concreto, en este capítulo se denuncian 3 sub infracciones:

1°. La Disposición Transitoria que se pretende agregar vulnera el artículo 65 inciso tercero de la Carta Fundamental, en tanto corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado o que irroguen gasto fiscal;

2°. La Disposición Transitoria vulnera el artículo 65 inciso cuarto N° 1 de la Constitución, pretendiendo reemplazarse la facultad exclusiva del Presidente para establecer por ley una exención tributaria, al disponerse a través de Disposición Transitoria que el retiro de fondos previsionales estará exentos del pago de impuesto, y

3°. La Disposición Transitoria vulnera el artículo 65 inciso cuarto N° 6, al introducir una nueva regla de iniciativa legislativa de los parlamentarios para modificar las normas sobre seguridad social, materia igualmente de iniciativa exclusiva presidencial conforme al articulado permanente de la Ley Suprema.

d) Reservas de constitucionalidad

En cuanto a las reservas de constitucionalidad durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional, estas son referidas a fojas 29 y 30, y 32 a 35, del libelo, constando reservas efectuadas por el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Cristián Monckeberg, y por el Subsecretario General de la Presidencia, señor Juan José Ossa, en las Comisiones de Constitución de la Cámara de Diputadas y Diputados, en primer trámite, y del Senado, tanto en el primer como en el segundo trámite constitucional. Constan asimismo en los informes de las Comisiones acompañados, y agregados a fojas 373, 377, 399 a 401, y 745 a 747 de este expediente constitucional.



e) Petitorio

Concluye S.E. el Presidente de la República, a fojas 120 solicitando a esta Magistratura Constitucional, que en definitiva, se acoja el requerimiento de inconstitucionalidad, declarando que el proyecto que modifica la Carta Fundamental para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica, es contrario a los artículos 6°, 7°, 19 N° 18 y 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, y 127 de la Constitución Política de la República.

4.2. Observaciones del H. Senado de la República

A fojas 930 y siguientes, el H. Senado insta por el completo rechazo del requerimiento. Al efecto, se exponen 8 capítulos argumentativos. Para efectos de orden, en primer término se hará alusión a los capítulos VI, VII, y VIII del escrito, que rolan de fojas 963 a 999, y que precisamente, se hacen cargo de refutar los tres capítulos de inconstitucionalidad expuestos en el requerimiento del Presidente de la República, y luego se aludirá a otros argumentos para el rechazo contenidos en los demás capítulos de la contestación.

- a) Primero: No se infringe el artículo 127 de la Constitución ni el capítulo XV de la misma, en la tramitación de la reforma constitucional impugnada

El Requerimiento se funda en una doctrina y definiciones ad-hoc sobre la naturaleza jurídica y el sentido y alcance de las disposiciones transitorias, que no es coherente ni cierta en la tradición constitucional chilena.

La parte requirente pretende una vulneración al artículo 127, porque vía disposición transitoria no se estaría adicionando, cambiando o suprimiendo artículos, palabras, oraciones o capítulos de la Carta Fundamental; no se estaría modificando el articulado permanente de la Constitución, pero igualmente se estaría contrariando y modificando implícitamente su texto. Luego, no se podría mediante el procedimiento del Capítulo XV sobre reforma constitucional, enmendar disposiciones de la Carta sin reformar su texto permanente.

Para arribar a estas afirmaciones, el requerimiento del Presidente de la República entiende que las Disposiciones Transitorias no son parte de la Constitución, en tanto no forman un Capítulo de aquella, y solamente podrían contener normas que regulan la vigencia temporal o territorial.

Indica el Senado que yerra el requirente en su argumentación, toda vez que las Disposiciones Transitorias son verdaderas normas autónomas, que sí forman parte de la Constitución Política de la República, y no solo regulan la temporalidad o vigencia



de normas constitucionales. Esta tesis omite la realidad constitucional chilena y las instituciones jurídicas que consolidan nuestro modelo constitucional, donde las disposiciones transitorias también regulan cuestiones esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que las Disposiciones Transitorias son normas autónomas e independientes, integrantes del sistema jurídico y de la Constitución misma. En la especie, fue precisamente en razón de técnica constitucional y no por capricho que el Constituyente Derivado insertó el derecho a retiro de un porcentaje de los ahorros previsionales a través de una Disposición Transitoria, atendido que se trata de una norma excepcional, y que solamente tendrá efecto temporal y, agotándose el derecho una vez ejercido.

La misma Constitución de 1980, en efecto, no contempla límite alguno al contenido de las Disposiciones Transitorias, y desde sus orígenes ya contenía normas autónomas que imponían directamente obligaciones o deberes a las personas, citándose por el Senado varios ejemplos al efecto, relativos a partidos políticos, a las facultades del Presidente durante estados de excepción constitucional; y a otros asuntos de naturaleza orgánica también introducidos vía disposiciones transitorias en la reforma constitucional de 2005, entre varios ejemplos, incluyendo además disposiciones dictadas este año 2020 con motivo de la pandemia por el COVID-19, como aquellas sobre trabajo telemático del Congreso, sobre paridad de género en la Convención Constitucional que redactará la nueva Constitución, etc., que confirman un contenido permanente, incluso relativo a garantías fundamentales en ocasiones, independientemente de estar ubicadas geográficamente fuera de los Capítulos de la Constitución, lo que ratifica que en nuestra tradición constitucional no existen los límites pretendidos por la parte requirente, careciendo sus tesis de sustento jurídico e histórico.

En fin, se cita la propia Disposición Trigésimo Novena Transitoria que ya estableció previamente el derecho excepcional de retiro de un porcentaje de los fondos previsionales; igualmente originada en reforma constitucional iniciada por moción parlamentaria, no impugnada ante esta Magistratura Constitucional, y que fue sancionada y promulgada por S.E. el Presidente de la República, y publicada como Ley N° 21.248, el 30 de julio de 2020, y cuyo contenido es prácticamente idéntico al que se viene agregando en el proyecto ahora impugnado que agrega la nueva disposición transitoria cuadragésima tercera a la Carta Fundamental.

Concluye así el Senado que este primer capítulo de inconstitucionalidad del requerimiento se sustenta en una infundada y artificial doctrina ad-hoc sobre las disposiciones transitorias.

Asimismo, se afirma que el requerimiento plantea un falso e imaginario dilema al sostener que de aprobarse el proyecto por el Congreso existirían textos contradictorios, uno permanente y expreso, contenido en la Carta Fundamental, y otro



implícito, contenido en una “Constitución Paralela”, toda vez que ya se ha comprobado que las disposiciones transitorias pueden establecer normativa permanente y, también, forman parte de la Constitución. Además, este dilema del requerimiento es absurdo, cuando el mismo Presidente de la República recientemente dio validez al segundo retiro previsional a través de su propia iniciativa legislativa, con la Ley N° 21.295, publicada el 10 de diciembre de 2020, sin que se vislumbre en consecuencia en la especie infracción alguna al artículo 127 de la Constitución.

- b) Segundo: No se infringe el derecho de a la seguridad social del artículo 19 N° 18 de la Constitución, en relación con el artículo 127

El contenido del precepto constitucional propuesto constituye una medida excepcional de emergencia, y no una modificación al derecho a la seguridad social regulado en el artículo 19 N° 18. La idea matriz del proyecto de reforma constitucionales es establecer como medida excepcional y voluntaria el retiro de fondos previsionales acumulados en las cuentas de capitalización individual; medida que tiene como único objeto habilitar un mecanismo ad-hoc para enfrentar las graves consecuencias económicas que han sufrido las personas, en atención a la catástrofe generada por la pandemia del COVID-19.

En consecuencia, no es correcto atribuir, como pretende el requerimiento del Presidente de la República, que se estaría incorporando una nueva regla que vulnera el sistema de seguridad social consagrado en la Ley Fundamental, sin proveer alternativas ni soluciones. Ello queda desestimado, desde luego, porque el derecho a la seguridad social garantizado constitucionalmente tiene una eminente naturaleza prestacional, permanente, y para finalidades precisas, relacionadas con vejez, enfermedad e, invalidez, maternidad, entre otras, y que difieren de aquella que persigue el proyecto de reforma constitucional impugnado; lo cual además se ve nuevamente validado por el propio actuar del Presidente de la República, que tramitó bajo su iniciativa un proyecto de ley “espejo”, con la misma idea matriz, así como por la anterior promulgación y publicación de una reforma constitucional prácticamente idéntica, y no impugnada en esta sede constitucional.

Así, se concluye que es indubitado que la disposición transitoria cuestionada no modifica el artículo 19 N° 18 constitucional, siendo su contenido ajeno al derecho a la seguridad social.

- c) Tercero: No se infringe el estatuto de la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República, del artículo 65, inciso tercero e inciso cuarto N°s 1 y 6, en relación con el artículo 127 de la Constitución

Afirma el Senado que el Presidente de la República confunde el procedimiento de formación de la ley con el de reforma constitucional. La iniciativa exclusiva legislativa del Presidente dice relación con la regulación del proceso de formación de la ley, pero



en la especie nos encontramos frente a un proyecto de reforma constitucional, que se rige conforme a la misma Carta Fundamental por un procedimiento particular y especial dispuesto en su capítulo XV, y en particular por los artículos 127 a 129, aplicándose sólo excepcional y supletoriamente algunas reglas comunes con el proceso de formación de la ley. Así, el propio artículo 127 preceptúa que los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65, que se refiere al número de parlamentarios firmantes, sin hacerse referencia alguna a la iniciativa exclusiva del Presidente de los incisos tercero y cuarto de dicho artículo. Luego el inciso segundo del artículo 127 consigna los quórum de aprobación de la reforma constitucional requeridos en cada cámara, de 3/5 o 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, según sea el caso. Y, finalmente, el inciso tercero, agregado por la reforma constitucional de 2005 añade que “en lo no previsto, serán aplicables las normas sobre formación de la ley”. Y, de la historia de este inciso queda claro que se buscó salvar un vacío, en caso de divergencias entre ambas cámaras, para que se zanjara por una comisión mixta. En consecuencia, del propio texto constitucional y de la doctrina uniforme se desprende que la iniciativa exclusiva en la formación de la ley no es aplicable a los proyectos de reforma constitucional.

Además, ello se concluye tanto por el principio de especialidad del proceso de reforma constitucional, por la excepcionalidad de la iniciativa exclusiva de ley, y porque naturalmente el procedimiento de reforma constitucional regula el ejercicio del poder constituyente derivado, y no el ejercicio de la función legislativa a que hace referencia el artículo 65.

En fin, el Senado afirma que de acogerse la tesis del requerimiento, en orden a la aplicación de la iniciativa exclusiva de ley al ejercicio del poder constituyente derivado, se terminaría prácticamente confiriendo el poder constituyente derivado al Presidente de la República, algo inédito en nuestra historia republicana y que además devendría en la inconstitucionalidad de decenas de reformas constitucionales ya aprobadas.

d) Otras observaciones al requerimiento formuladas por el H. Senado

De fojas 938 a 962 se agregan otras argumentaciones de mérito y de fondo para el rechazo del requerimiento interpuesto.

Así, se reitera la idea de que la alegación de la “Constitución Paralela” y la “reforma constitucional implícita”, omiten la situación fáctica que motiva el proyecto de reforma constitucional discutido, que es totalmente excepcional en el contexto de pandemia mundial que nos aqueja, y que ha determinado que los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, han debido adoptar medidas excepcionales, incluyendo la ley de reforma constitucional que permitió el primer retiro excepcional



de fondos previsionales, generándose ahora una inestabilidad y afectándose la seguridad jurídica con un “requerimiento espejo” o “requerimiento reenvío” que en realidad persigue la declaración de inconstitucionalidad de aquel primer retiro del 10% regulado en la disposición trigésima novena transitoria, y no objetada de inconstitucional en su oportunidad. Ello, agregan podría generar graves perjuicios patrimoniales al Estado, que podría ser demandado por las Administradoras de Fondos de Pensiones con motivo de perjuicios sufridos con ocasión de la materialización del primer retiro.

Finalmente, se dan otras dos argumentaciones para el rechazo del requerimiento de inconstitucionalidad, a saber:

Primero: Que el Requerimiento ha perdido oportunidad, en tanto, en ejercicio del principio democrático y de deliberación, el Congreso y el Ejecutivo ya han materializado el denominado segundo retiro del 10%, a través de la dictación de la reciente Ley N° 21.295, iniciada por mensaje de S.E el Presidente de la República; lo que a su vez también legitima el primer retiro del 10%, al disponer esta ley expresamente en su artículo 1° que la facultad del segundo retiro no es incompatible con el derecho del primer retiro, dispuesto por la disposición trigésimo novena transitoria de la Constitución. Luego, aparece nítida la falta de coherencia en el actuar de la parte requirente.

Además, el Requerimiento ha perdido oportunidad, toda vez que, como se refirió al aludir a las medidas para mejor resolver decretadas por este excelentísimo Tribunal, en segundo trámite, el Senado rechazó en su totalidad el texto de reforma constitucional aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputadas y Diputados, lo que determinó que conforme al artículo 70 constitucional corresponde la formación de una Comisión Mixta que proponga la forma de resolver las divergencias entre ambas cámaras. Esta Comisión Mixta aún no se ha constituido ni ha fijado texto alguno. En consecuencia, atendido el estado de tramitación en el Congreso Nacional, no existe actualmente un texto del proyecto a cuestionar.

Y, en segundo lugar: se señala que el Requerimiento solo pretende el ejercicio de una competencia consultiva y abstracta por parte de éste Tribunal Constitucional, lo que se encuentra al margen de las competencias que le confiere el artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental.

4.3. Observaciones de la H. Cámara de Diputadas y Diputados

A fojas 1001 y siguientes, la H. Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, solicita igualmente que se rechace en todas sus partes el requerimiento de inconstitucionalidad de autos.



La presentación se divide en un capítulo introductorio, uno de conclusiones y 6 capítulos argumentativos para el rechazo. Para efectos de orden, al igual como se hizo con las observaciones del H. Senado, se aludirá en primer término a los capítulos que propiamente se hacen cargo de refutar las inconstitucionalidades alegadas por S.E. el Presidente de la República, y posteriormente a otras observaciones y argumentaciones para el rechazo.

- a) Primero: No se infringe el artículo 127 de la Constitución ni el capítulo XV de la misma, en la tramitación de la reforma constitucional impugnada

A fojas 1005 y siguientes la H. Cámara fija su posición afirmando una naturaleza dual de las disposiciones transitorias, pudiendo ser transitorias propiamente tales o transitorias regulatorias. El requerimiento del Presidente de la República sólo se refiere a las primeras buscando una interpretación “ad-hoc” para limitarlas sólo a asuntos de vigencia, que desconoce el contenido propio de las disposiciones transitorias en la Constitución y en toda la tradición constitucional histórica del país, que incluye también disposiciones transitorias regulatorias, esto es, aquellas que desarrollan materias más allá de la mera aplicación de normas en el tiempo o el espacio. Al efecto se citan varios ejemplos de disposiciones regulatorias, de contenido material, como, entre otras, la que reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, y las relativas al funcionamiento del Senado y a la regulación del sistema electoral.

Luego, siendo la disposición transitoria discutida en autos, vinculada con la calamidad pública por el COVID-19, y por ende de naturaleza excepcional y limitada en sus efectos en el tiempo, se concluye que la técnica legislativa del poder constituyente derivado fue la correcta, al agregarla en esa parte del texto constitucional y no en la normativa permanente. Además, resulta absurdo el requerimiento al alegar una pretendida infracción al artículo 127, desde que el mismo Presidente de la República no hizo cuestión de constitucionalidad alguna respecto de la disposición transitoria trigésimo novena, incorporada a la Carta Fundamental en julio de 2020, y que autorizó el primer retiro del 10% de los fondos previsionales, y cuyo texto es prácticamente idéntico al del proyecto que ahora se viene a discutir.

A continuación se refuta lo mencionado en el requerimiento en orden a un “uso subrepticio” de las disposiciones transitorias por el Congreso Nacional para alterar el derecho a la seguridad social, ni mucho menos a que nos encontremos frente a una reforma “implícita” o una “Constitución Paralela”, toda vez que se trata en la especie de una incorporación “explícita” vía disposición transitoria, como lo permite perfectamente la Constitución, y siguiendo al efecto, en forma, todo el procedimiento, y cumpliendo con los quorum exigidos para la reforma constitucional por el artículo 127 y el capítulo XV de la Constitución, por lo que en definitiva no se aprecia de modo alguno infracción al artículo 127 como alega la parte requirente.



- b) Segundo: No se infringe el derecho de la seguridad social del artículo 19 N° 18

A fojas 1029 y siguientes afirma la H. Cámara que el proyecto no modifica dicho artículo de la Carta Fundamental, desde que no altera en nada la dimensión del derecho a la seguridad social.

Luego, no es efectivo que el proyecto de reforma constitucional impugnado altere los deberes del Estado en la materia. Ni tampoco corresponde, como se alega en el libelo, que se hubiere votado en la Cámara con un quorum de 2/3 de los Diputados en ejercicio. Al contrario, fue correctamente calificado y votado con el quorum de 3/5, y ajustándose al artículo 127 constitucional, precisamente, porque el proyecto en nada incide en el ejercicio del derecho a la seguridad social, sino que solamente regula una situación excepcional, no permanente, y por lo mismo es que se incorporó como disposición transitoria, y que al consistir en autorizar a los afiliados del sistema privado de pensiones de Decreto Ley N° 3500, voluntaria y excepcionalmente, a realizar un segundo retiro de hasta el 10 % de sus fondos, para mitigar los efectos del estado de catástrofe decretado a causa de la pandemia por el COVID-19. Ello, en nada altera el contenido subjetivo ni objetivo del derecho a la seguridad social.

Así, este derecho a retirar el 10%, es un derecho diferente, independiente, y muestra de ello es también que el propio Presidente de la República presentó al Congreso el proyecto de ley que permitió el segundo retiro, y que fue aprobado por la Ley N° 21.295, de 10 de diciembre de 2020. Luego, si se siguiera la tesis de afectación del artículo 19 N° 18 propuesta por el requerimiento, la ley iniciada en mensaje del mismo Presidente –que persigue exactamente el mismo objetivo que el proyecto de reforma constitucional cuestionado- sería también inconstitucional, lo que demuestra la incoherencia en esta parte del libelo.

- c) Tercero: No se infringe la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República, del artículo 65, inciso tercero e inciso cuarto N°s 1 y 6.

A fojas 1014 y siguientes se hace referencia a asuntos relacionados con la tercera infracción constitucional denunciada en el requerimiento, en relación con la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República, afirmando la H. Cámara que el proceso de reforma constitucional es claro en el artículo 127, que alude sólo al inciso primero del artículo 65, generándose así una evidente confusión en el requerimiento, al pretender llevar exigencias para proyectos de ley, a la esfera de proyectos de reforma constitucional, además de que la disposición transitoria cuadragésima tercera propuesta, como se indicó, en nada incide en la regulación de materias de seguridad social, ni en la iniciativa de ley del Presidente sobre dicho asunto. Así, de fojas 85 a 108, el requerimiento intenta “subvertir la Carta Fundamental” pretendiendo vincular los incisos tercero y cuarto del artículo 65, con el artículo 127, que regula el



procedimiento de reforma constitucional y confundiendo la esfera legal con las disposiciones de carácter constitucional.

- d) Otras observaciones al requerimiento formuladas por la H. Cámara de Diputadas y Diputados

A fojas 1034 y siguientes se alude al control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, manifestándose que la atribución que al efecto confiere a este excelentísimo Tribunal Constitucional el artículo 93 N° 3 de la Constitución Política de la República, estimada como un control amplio y tanto material como formal por la parte requirente, en realidad, y aludiendo la Cámara a experiencias de derecho comparado, debiese limitarse sólo a un control formal, fundando esta tesis en la no afectación de la deliberación propia de una democracia, y en el peligro que supondría para la democracia la asunción por parte del intérprete constitucional de atribuciones que le corresponden sólo al poder constituyente.

Agrega la H. Cámara que, hasta ahora, la jurisprudencia de esta Excelentísimo Tribunal Constitucionales se ha circunscrito a evaluar aspectos procedimentales en las reformas constitucionales sometidas a su control. Con todo, la Constitución no hace distinciones en su texto, y se afirma que el asunto tampoco ha sido aún zanjado a nivel doctrinal en nuestro país, existiendo doctrina tanto amplia como restrictiva.

5. Cuaderno separado y audiencia pública

El Pleno del Tribunal, conforme a resolución de fojas 920, autorizó que quienes sin ser parte como órganos constitucionales legitimados ni interesados, manifestaren interés en el presente asunto jurídico-constitucional, pudieran acompañar informes escritos, ordenándose abrir cuaderno separado al efecto, y también se convocó a audiencia pública para oír a quienes lo solicitaren en forma, la que se verificó el día 16 de diciembre de 2020, siendo oídas las siguientes exposiciones públicas:

N°	EXPOSITOR	INSTITUCIÓN A LA QUE REPRESENTA
1	Sergio Verdugo Ramírez	Sergio Verdugo Ramírez
2	Tomás Jordán Díaz	H. Senadora Ximena Rincón y H. Diputado Matías Walker
3	Andrea Iñiguez Manso	Fundación Cuide Chile
4	Javiera Toro Cáceres	Partido Comunes
5	José Antonio Ramírez Arrayás	Heraldo Muñoz Valenzuela y Partido por la Democracia.



6	Xavier Palominos Segovia	Partido Federación Regionalista Verde Social y H. Diputados Jaime Mulet y Esteban Velásquez
7	José Eduardo González Gaete	José Eduardo González Uribe
8	Enrique Aldunate Esquivel	Bancada de H. Diputadas y Diputados del Partido Socialista
9	Teodoro Ribera Neumann	Teodoro Ribera Neumann

6. Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 18 de diciembre de 2020 se verificó la vista de la presente causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados Gastón Gómez Bernal, por S.E. el Presidente de la República; Gabriel Osorio Vargas, por el H. Senado, y Reynaldo Núñez Estrada, por la H. Cámara de Diputadas y Diputados (todos por vía remota).

Posteriormente en sesión extraordinaria de Pleno celebrada el día 21 de diciembre de 2020, quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 1079).

Y CONSIDERANDO:

CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO: Que, al tenor del presente requerimiento presidencial así como de argumentos vertidos de contrario por los órganos parlamentarios, en estos autos aparecen debatidas diversas y relevantes cuestiones de constitucionalidad, a propósito del objetado Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que, refundiendo los Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07, establece un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que su texto indica.

Todas las cuales serán abordadas por esta sentencia, al acoger el requerimiento planteado sobre la base de los siguientes postulados:

I. Al Tribunal Constitucional le asiste plena jurisdicción para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones -de forma y de fondo- que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional;



II. La soberanía del Constituyente derivado se encuentra doblemente limitada, tanto por la sujeción irrestricta que debe a los principios de juridicidad y de separación de poderes, cuanto por el respeto integral que debe a los derechos fundamentales;

SEGUNDO: Que, con arreglo a tales criterios, la presente sentencia concluirá que el requerido Proyecto de Ley de Reforma Constitucional contraría los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, en relación con los artículos 63, N° 14, y 65, inciso cuarto, N° 6, del propio texto supremo, dado que a ninguna magistratura o autoridad le está permitido apropiarse de las atribuciones radicadas en otro órgano del mismo Estado, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias.

Basada en el principio de servicialidad del Estado, que lo compele a realizar el bien común pero con pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales, esta sentencia tendrá además por infringidos los artículos 1°, inciso cuarto, 19 N° 18, y 127, de la Constitución, toda vez que el Proyecto examinado afecta el derecho a la seguridad social involucrado, al amagar su eficacia práctica y vaciarlo de contenido real;

TERCERO: Que, en tanto, por escapar al asunto que le ha sido sometido a su conocimiento en esta oportunidad, al Tribunal Constitucional no le cabe emitir pronunciamiento alguno -ni de reproche ni de conformidad- respecto a la Reforma Constitucional efectuada por la Ley N° 21.248, que introdujo en el cuerpo constitucional una disposición transitoria Trigésima Novena, en términos análogos a los que se examinan en esta ocasión.

Por lo mismo, el hecho de que el Presidente de la República no haya impugnado en esta sede dicha Ley N° 21.248, o la circunstancia que esta misma ley haya aludido a un retiro de fondos previsionales “por única vez”, no pueden dar lugar a reproches de inconsecuencia de unos u otros, que desvíen al Tribunal Constitucional de su obligación de fallar con sujeción estricta a derecho.

Sea por la dinámica inherente al quehacer político, sea porque un mejor estudio de los antecedentes fuerza a cambiar de opinión, o porque a nadie le es obligado persistir en un error, desde la disidencia planteada en STC Rol N° 269-97, que luego se haría jurisprudencia inalterada con la STC Rol N° 1005-07, a los órganos legitimados para acceder a esta Magistratura no les es exigible mantener una conducta uniforme que cohíba su compromiso más primordial, de reclamar respeto hacia la Carta Fundamental;

CUARTO: Que, enseguida, interesa clarificar que, del hecho de declararse inconstitucional una ley de reforma constitucional, no se sigue lógicamente que el Tribunal Constitucional esté desconociendo las facultades parlamentarias para promover reformas constitucionales, pues no son ellas lo cuestionado acá, sino que el ejercicio concreto de dicha potestad a través del Proyecto referido.



Sostener lo contrario, de que todo lo que un órgano estatal haga o deje de hacer sería incuestionable, por incidir en lo que él mismo estima son sus prerrogativas intocables, conduciría al absurdo de eliminar toda posibilidad de reclamo jurídico contra los actos de la autoridad, extremo que no encuentra asidero alguno en el derecho público chileno, según más adelante se detallará;

QUINTO: Que tampoco a una sentencia del Tribunal Constitucional, en el sentido indicado, puede atribuírsele el desmesurado alcance de torcer las mayorías o de menoscabar las decisiones democráticas, habida cuenta que todos los órganos encontrados en este caso poseen igualmente investidura regular y han accedido a sus cargos por la vía electoral correspondiente, tanto el Presidente de la República cuanto los congresales que defienden el Proyecto en examen.

Es esa voluntad del pueblo, libremente expresada en su oportunidad, la que esta Magistratura partirá por considerar, dando prueba fehaciente de que es esta actitud inlaudicable de respeto a la Constitución y a las autoridades legítimamente electas, lo que refleja su auténtica vocación pro mayoritaria.

A un tiempo que, en una república como la chilena, no le cabe sino refrendar que la sola apelación a las mayorías no trae consigo un título de inmunidad ni exención de responsabilidad. Menos en este foro y en este proceso jurisdiccional, donde se debaten cuestiones relativas a la supremacía del Estado de Derecho constitucional, y en que ninguno puede adjudicarse la encarnación absoluta de la Democracia; misma que supone, por lo demás, que gobierno y oposición deben respetar las esferas de acción recíprocamente inviolables.

Así entonces, acotadas las materias que le incumben al Tribunal Constitucional, enseguida se procederá a su desarrollo en el orden señalado;

I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SEXTO: Que, a este respecto, corresponde recordar que el artículo 93, inciso primero, N° 3 de la Carta Fundamental le entrega ampliamente al Tribunal Constitucional la potestad para resolver las “cuestiones de constitucionalidad” que se susciten durante la tramitación -entre otros- de los proyectos de reforma constitucional; sin que en el resto del articulado constitucional ni en los preceptos de la Ley N° 17.997, que rigen a esta Magistratura (artículos 61-71), aparezca restricción alguna que limiten su actuar únicamente a los vicios de forma que pudieran afectar un proyecto de ley bajo examen.

Antes, al contrario, en el marco de una Constitución con alto contenido material o dogmático, como es el recogido en el capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, cuyas normas configuran un imperativo jurídico de derecho público, no resulta coherente sostener que su máximo defensor -el Tribunal Constitucional- solo podría controlar que las leyes se ciñan al procedimiento y se



ajusten a las formalidades exigidas en su preceptiva, mas no a las normas sustanciales llamadas justamente a producir efectos jurídicos directos por sobre los actos del legislador;

SEPTIMO: Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso (fs. 1036), no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes, tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, “Bases de la Institucionalidad”, y III, “De los derechos y deberes constitucionales”, que estatuye el ordenamiento supremo vigente.

Negar este criterio importa atribuirse una exención improcedente y apartarse de un principio básico de hermenéutica constitucional, cual es que las normas de la Constitución deben aplicarse como un solo todo y que, a menos que algunas de ellas consagren excepciones expresas o casos especiales donde no cabe su concordancia íntegra, están llamadas a producir efectos directos e inmediatos de manera armónica, sin que la aplicación de una pueda conducir a la ineficacia de otra (STC Roles N°s. 46-87; 280-98, y 1185-08).

Si, por lo demás, la propia Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, al consagrar la posibilidad de contar con una nueva Carta Fundamental, dispuso que en todo caso ésta debe respetar ciertos principios básicos, como el carácter de República del Estado de Chile y su régimen democrático, entre otros (artículo 135), con cuanta mayor razón una mera reforma a la Constitución vigente no puede sustraerse de respetar sus normas esenciales, sin riesgo de asumir un carácter insular incompatible con su necesaria inserción dentro de un sistema jurídico coherente y unitario;

OCTAVO: Que no se sostiene en derecho, por ende, lo alegado por la Cámara de Diputados en estrados, en punto a que el control del Tribunal Constitucional solo podrá ser formal, dado que esta afirmación no se encuentra tampoco avalada por la jurisprudencia ni halla respaldo en la historia del establecimiento de la Carta Fundamental.

En cuanto a la jurisprudencia, el único requerimiento análogo presentado bajo la vigencia de esta Carta Fundamental fue declarado inadmisibile, pero únicamente porque este Tribunal juzgó que no se cumplía el requisito de legitimación activa por parte de los requirentes (STC Rol N° 269-97).

En cuanto a la historia del establecimiento de la Constitución, en las Sesiones N°s. 359, de 26 de abril de 1978, y 409, de 10 de agosto de 1978, de la Comisión redactora, se dejó nítida constancia que un proyecto de ley en elaboración podía ser refutado por inconstitucionalidades de forma y de fondo;



NOVENO: Que, en línea con lo señalado, la doctrina ha enfatizado la imposibilidad de que el legislador se valga de una reforma constitucional para alterar sus elementos nucleares, estatuidos en el capítulo I sobre las “Bases de la Institucionalidad” y en el capítulo III sobre los “Derechos y deberes constitucionales”.

El profesor don José Manuel Díaz de Valdés Juliá, en un enjundioso estudio aparecido en “Sentencias Destacadas 2006”, publicada por el Instituto Libertad y Desarrollo, suministra mayores antecedentes que avalan este aserto: hay motivos históricos y doctrinarios suficientes para afirmar que el Tribunal Constitucional tiene competencia para controlar la forma y el fondo de todos los proyectos de ley de reforma constitucional (*Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional*, pp. 168-174).

De consiguiente, mientras no se reformen los capítulos I y III de la Constitución, con el objeto de mejorarlos, todos los proyectos en trámite no pueden sino darles cabal observancia;

DECIMO: Que, por ello igualmente, en el derecho comparado las reformas constitucionales no están exentas de reproche por ser contrarias a las respectivas Cartas Fundamentales. Existe, como es sabido, la tendencia creciente a reconocer una esencia inmutable en las Constituciones locales, las cuales, bajo ciertas condiciones, no pueden ser dejadas sin efecto bajo sanción de inconstitucionalidad (Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments*, en Oxford University Press, 2017, pp. 40-70).

En este ámbito, merecen especial consideración las razones por las cuales es posible declarar una reforma constitucional como inconstitucional. La principal se vincula con el empleo de los procedimientos de reforma para afectar el Estado de Derecho y, en lo que atañe a este caso, al modo en que está erigida la democracia (Rosalind Dixon y David Landau, *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional amendment* en *International Journal of Constitutional Law*, año 2015, Vol. 13, pp. 606-638);

DECIMOPRIMERO: Que, es así que la Corte Constitucional de Colombia ha puntualizado que “los límites al poder de reforma no sólo son los formales derivados de reglas procedimentales establecidas por la Constitución y por las normas legales que regulan la materia, sino también los que derivan del alcance de su competencia, la cual es reformar la Constitución” por lo que “debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución...o que, mediante los cambios que se introduzcan, se busque subvertirla” (sentencia pronunciada el 26 de febrero de 2010, C 141/10).



Asimismo, la Corte Constitucional de Hungría se ha pronunciado en orden a que no procede la modificación indirecta de la Ley Fundamental, mediante la adición de normas generales contenidas en disposiciones transitorias, que pretenden convertirse en parte integrante del texto constitucional (Decisión 45 del año 2012);

DECIMOSEGUNDO: Que la doctrina asentada por Otto Bachof en 1951, al inaugurar el año académico en la Universidad de Heidelberg, respecto a las normas constitucionales que son inválidas, sobremanera cuando pervierten la Constitución y pretenden desentenderse de los requisitos exigidos por el Estado de Derecho, sigue siendo un referente universal ineludible.

Hasta el día de hoy, cuando insignes comparativistas -Lucio Pegoraro y Ángelo Rinella entre varios- han agregado un conjunto de casos en que una ley de reforma constitucional puede ser catalogada como inconstitucional: aludiendo al fenómeno de la “hiperconstitucionalización”, es decir, cuando se sobrecarga el texto con contenidos no previstos inicialmente, apuntan que “una forma muy sutil de cambiar la Constitución es constitucionalizar disciplinas anteriormente encomendadas a la competencia de la ley”, ocurrente cuando una mayoría coyuntural encuentra en ello la oportunidad para impedir la acción de otro actor institucional (*Derecho constitucional comparado 2, Sistemas constitucionales* volumen B, Editorial Astrea año 2018, pp. 419-420).

Esta última situación es la que acontece precisamente en el presente caso;

DECIMOTERCERO: Que lo anterior refuerza la necesidad de contar con un control preventivo sobre tales leyes, cuyas consecuencias ulteriores suelen ser irreversibles o irreparables, máxime cuando ello engarza con el principio preventivo que informa el Estado de Derecho patrio, que permite a los afectados alzarse en un tribunal contra la sola amenaza de un acto de la autoridad, amén de requerirse en otros eventos para su nacimiento y entrada en vigor un control jurisdiccional previo.

Siendo útil mencionar que, anticipándose con mucho a una función cautelar posteriormente atribuida a otras cortes constitucionales, en los albores de la República el Proyecto de Constitución escrito el año 1811 por el Senador Dr. Don Juan Egaña, ya preveía un Tribunal con el nombre de Censura, con facultades para suspender cualquier ley que afectara la propiedad de los ciudadanos o que de su aplicación se siguieran perjuicios para la República (artículos 20 y 42) (Ramón Briseño, *Memoria histórica-crítica del Derecho Público chileno*, Imprenta Julio Belin & Co., 1849, pp. 283-285);

DECIMOCUARTO: Que, establecido el poder-deber que recae sobre el Tribunal Constitucional para examinar los posibles vicios de forma y de fondo que aquejarían a un proyecto de ley de reforma constitucional, y que la tantas veces demandada “deferencia para con el legislador” no comporta pasar por alto sus antijuridicidades, aunque las inspire un benévolo o vehemente propósito, en todo caso conviene



puntualizar que no por ello cualquier defecto adventicio o secundario podría justificar una declaración de inconstitucionalidad, sin dañar el sentido de las proporciones.

Es en este entendido que la presente sentencia encontrará justificación en la infracción directa a las disposiciones que se señalarán de los capítulos I y III de la Constitución, plenamente vigentes, en tanto y en cuanto representan la esencia de un Estado de Derecho. Las que, por eso, no distan medularmente de aquello que es la nota distintiva de cualquier constitución, según preceptuara en 1789 la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución” (artículo 16);

II. PRINCIPIOS Y DERECHOS AFECTADOS

DECIMOQUINTO: Que, a continuación, procede descartar de plano la alegación de que el Proyecto bajo examen, al consagrar una “excepción”, no remitiría a la única regla general con que es posible lógicamente conectarlo, que es la consagrada en los artículos 19 N° 18, y 65, inciso cuarto, N° 6 de la Constitución. Aducir que el Proyecto no se encuentra vinculado con estas reglas constitucionales, que versan sobre la seguridad social, implica aceptar el contrasentido de que las palabras tendrían el poder realizativo de alterar la realidad, o que la transducción de un texto podría desatender su exacto contenido y tenor literal.

Aunque, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que con la dictación de la Ley N° 21.295 -que en términos algo semejantes permitió un retiro único y extraordinario de fondos previsionales- la cuestión perdió su carácter disputado: el Mensaje N° 296-368, de 18 de noviembre de 2020, con que el Ejecutivo dio inicio a su tramitación hizo expresa mención a que estaba incidiendo en el derecho a la seguridad social reconocido en el artículo 19, N° 18, de la Carta Fundamental y que, por ende, la ley del caso no podía sino tener su iniciativa exclusiva en un acto del Presidente de la República, con arreglo al artículo 65, inciso cuarto, N° 6 de la misma Constitución.

En estos términos, y sin contradicción, la iniciativa presidencial fue aprobada como ley por el propio Congreso Nacional;

Principios de juridicidad y de separación de poderes

DECIMOSEXTO: Que, así entonces, si los citados artículos 19, N° 18, y 65, inciso cuarto, N° 6 constitucionales permanecen vigentes en su integridad, de donde se concluye que los retiros de fondos de pensiones afectan el derecho a la seguridad social y requieren de una ley de quorum calificado de iniciativa presidencial, según el citado precedente legislativo sentado por la Ley N° 21.295, al que se añade la doctrina en igual sentido sustentada en la STC Rol N° 7442-19 de esta Magistratura, la cuestión



constitucional no radica en elucidar si una Ley de Reforma Constitucional requiere o no de esa iniciativa presidencial, sino que revierte en determinar si el legislador a través de una enmienda constitucional tiene o no competencia para avocarse la materia, atribuirle la condición de reforma constitucional a lo que en el fondo es una ley, y actuar de esta forma paralelamente con el Jefe de Estado, o relevándolo derechamente en su función como colegislador.

Teniendo en cuenta, para ello, que el contenido del Proyecto bajo control y el de la señalada Ley N° 21.295 no difieren sustancialmente, al paso que poseen el mismo grado de abstracción y operatividad práctica inmediata.

Es decir, sin que sea menester enumerar de una vez y para siempre cuál es el contenido que puede adoptar una genuina reforma constitucional, a la luz de una larga práctica chilena donde ha primado la idea de mejora y perfeccionamiento de las normas preexistentes, sí se puede aseverar que el Proyecto de Ley examinado, menos que enmendar una regla constitucional vigente, pretende actuar como legislador, pero sin respetar las normas contempladas al efecto;

DECIMOSEPTIMO: Que, por de pronto, corresponde puntualizar que la Constitución, en el artículo 65, inciso cuarto, le asigna al Presidente de la República una competencia “exclusiva” como colegislador, entendiéndose por tal, según el Diccionario de la Lengua, que le corresponde de modo “único, solo, excluyendo a cualquier otro”.

En una tendencia que viene de 1943, como ilustrara la STC Rol N° 2025-11, fue la reforma constitucional contenida en la Ley N° 17.284 la que amplió el campo de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, reservándole un extenso abanico de materias; a saber: “suprimir, reducir o condonar impuestos y contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; fijar los sueldos y salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirven para determinarlos, establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social...”.

Ello, con el propósito de que “se ponga término al régimen de irresponsabilidad existente hasta ahora en la materia”, dado que una misma podía ser objeto de sendas y contradictorias iniciativas parlamentarias (Francisco Cumplido, *La reforma constitucional*, 1970, pp. 168-169);

DECIMOCTAVO: Que, al estudiarse la Constitución actual, la Comisión redactora estuvo por incluir en ella “especiales atribuciones al Presidente de la República para ejercer la administración económica del país (...) Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas



aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario” (STC Rol N° 2025-11, considerando 37°).

Lo que vino a corroborar el Consejo de Estado, al hacer presente que dicha iniciativa exclusiva en manos del Presidente de la República persigue “desterrar de nuestra política otro mal gravísimo (...) la irresponsabilidad parlamentaria (...) agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en contrario desplegadas por algunos Presidentes de la República) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado y de entrometerse en los mecanismos financieros” (STC Rol N° 2025-11 citada).

De allí que el texto vigente del artículo 65, inciso cuarto, constitucional, no pueda ser más claro y concluyente en este orden de temas, al prevenir que “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”;

DECIMONOVENO: Que, como se puede observar, la residencia de este género de asuntos en el Jefe de Estado no ha obedecido al mero afán teórico de exacerbar el régimen presidencial; tampoco a razones inmoderadas de ocluir el parlamentarismo o toda acción del Congreso Nacional. Lo ha sido, si bien se repara, por motivos basados en la experiencia práctica y que el presente caso contribuye a corroborar.

Puede concederse entonces que el Proyecto de Ley examinado no “modifica” formalmente las normas de seguridad social imperantes, como han puesto de resalto las defensas de órganos legislativos en estos autos. Pero no puede desconocerse que éste obviamente “incide” en el sistema vigente de seguridad social, al producir aquellos efectos o consecuencias que -como es de público conocimiento- han hecho notar destacados personeros del Banco Central y del Ministerio de Hacienda, tanto como especialistas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, y del Banco Mundial;

VIGESIMO: Que, en este orden de ideas, cabe tener presente que la altamente consensuada Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, del año 2005, no modificó esta atribución exclusiva presidencial.

Amén de considerar que los intentos parlamentarios por modificar el citado artículo 65, inciso cuarto, N° 6, en relación con el artículo 19, N° 18, ambos de la Constitución, aduciendo la crisis sanitaria mundial, tampoco han prosperado hasta ahora (Boletín N° 13.493-13, de 13 de mayo de 2020, y N° 13.619-07 de 30 de junio de 2020);

VIGESIMOPRIMERO: Que, despejado lo anterior, corresponde encadenar lo dicho con una premisa mayor prevista por nuestro ordenamiento positivo, consagrada -dentro del capítulo I “Bases de la Institucionalidad”- en el artículo 6° de la



Constitución Política de la República de Chile: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República” (inciso 1°). Sobre este particular, la STC Rol N° 8123-20 ha sido suficientemente explícita en cuanto a que el deber de lealtad constitucional exige su acatamiento, lo que es emanación directa de la supremacía de la Carta Fundamental, al estructurar el Estado Constitucional de Derecho, por lo que no respetarlo genera el indefectible resultado de mermar la institucionalidad toda. En el caso de los titulares de los poderes públicos se traduce en un deber general de realizar sus funciones de conformidad con aquel deber (c. 25°, Rol N° 8.123).

El artículo 7°, por su parte, constriñe a todos los órganos del Estado, sin exclusión, a actuar “dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (inciso 1°), para luego repetir -perfeccionándola- una regla prohibitiva muy preciada para el derecho nacional, que viene de la Constitución de 1833 (como artículo 160) y también se encuentra en la de 1925 (como artículo 4°): “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes” (inciso 2°), bajo pena de nulidad *ipso iure* si lo hicieren (inciso 3°).

Apenas aparece necesario destacar que son estas normas, observadas inveteradamente desde 1833, las que han permitido suprimir en Chile las aciagas prácticas de usurpación de funciones y hacer vívido el principio de juridicidad, único remedio a los males de anarquía institucional que suelen aquejar a los países y único capaz de impedir su repetición con esta u otras constituciones futuras;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, el debido respeto a este marco normativo, amerita una jurisdicción que preserve “la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales”, tal como ha subrayado esta Magistratura en STC Rol N° 591-06 (considerando 8°).

Cree, en este entendido, el Tribunal Constitucional que el Proyecto de Ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial, sin que a los órganos parlamentarios les sea dable capturarla a pretexto de acontecer una situación “excepcional” o arguyendo el aforismo de que “si puede lo más (reformular la Constitución), puede lo menos (legislar)”, comoquiera que ello distorsiona completamente los preceptos constitucionales pre copiados, que revisten la calidad de normas de derecho público y no de derecho privado, donde sí se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido;

VIGESIMOTERCERO: Que, como corolario de lo anterior, fuerza colegir que es la observancia rigurosa de los principios reseñados lo que obsta aceptar la duplicación o



interferencia de funciones, al traducir esta situación una anomalía institucional ampliamente rechazada en la legislación nacional, desde que riñe, naturalmente, con cualquier noción de orden y buen gobierno.

De allí que, como antes se señalara, en el régimen jurídico chileno no puede tener lugar la sobre constitucionalización; a menos que se asuma el riesgo de que empleando el arbitrio de una sedicente reforma constitucional, una mayoría amparada en lo excepcional y en el no ejercicio por parte de su legítimo titular, pueda legislar, reglamentar y hasta llegar a sentenciar.

Por tanto, dado que la materia de que se trata solo puede ser objeto de una ley de quorum calificado de iniciativa presidencial, con arreglo a la normativa constitucional vigente, el autor del Proyecto de Ley cuestionado carece de competencia para actuar en la misma; sin que su injerencia en dicha competencia ajena se valide por enfrentar el país circunstancias extraordinarias o a pretexto de una supuesta falta de acción del gobierno constituido;

Derecho y garantía a la seguridad social

VIGESIMOCUARTO: Que, siempre dentro de las “Bases de la Institucionalidad”, el artículo 1º, inciso cuarto, constitucional parte con una idea esencial y previa: que al procurar el bien común general, el Estado no puede hacerlo a costa de infligir males individuales, habida cuenta que a este fin ha de obrar “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (STC Rol N°s. 2299-14 en voto por acoger, considerando 2º al 5º, entre muchas).

Nada más errado, pues, que agitar motivos de bien público o de interés general para terminar vulnerando los derechos de las personas, ya sea de una manera directa, por vía de privación o perturbación o amenaza, ya sea desfigurando su esencia, vaciándolo de contenido real o privándolo de eficacia práctica, de modo que a la postre únicamente puedan quedar como una declamación meramente nominal;

VIGESIMOQUINTO: Que, tocante ahora específicamente al derecho a la seguridad social, interesa destacar que, acorde con el artículo 19, N° 18, de la Carta Fundamental, las cotizaciones previsionales que conforman los respectivos fondos de las cuentas de capitalización individual “son de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos” (STC Roles N°s. 519-06, considerando 14º; 3722-17 considerando 19º, y 5747-18, considerando 7º).

Lo propio ha reiterado la reciente STC Rol N° 7442-19: “la única forma de asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el acceso a una prestación mínima o a la que resulte de un monto superior por la cuantía de los fondos



previsionales acumulados, es que la ley exija que los fondos destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social tengan ese único objetivo” (considerando 30°).

“El afiliado -dice la STC Rol N° 7548-19- solo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el DL N° 3.500” (considerando 31°);

VIGESIMOSEXTO: Que es verdad que esta última sentencia hizo alusión a que la ley podía autorizar el retiro parcial o total de los fondos previsionales (considerando 31°), pero citando precedentes legislativos que se explican dentro de la lógica del sistema contemplado en el DL N° 3.500, de 1980, al cual se incorporaron y del que forman parte. Por lo que permanece indubitada la doctrina afianzada nuevamente allí: “que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones a que se refiere el Decreto Ley 3.500, como son las pensiones por vejez, por invalidez y por sobrevivencia, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social” (considerando 30° citado).

Esto es, ya que tales fondos tienen un destino predeterminado, amparado por la Constitución, no es lícito darles otra aplicación pública diferente de aquellas que justificaron su creación, a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad y sin mengua para dicho acervo;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, luego, obligado es decir que el derecho a la seguridad social no es de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional, regulados taxativamente en los artículos 39 y siguientes de la Constitución.

De donde se sigue que “el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19”, que motiva el Proyecto de Ley objetado, no constituye causal constitucional que permita distraer los fondos previsionales de una manera que, a la postre, puede terminar por consumirlos o dejarlos exangües para cumplir efectivamente su destino original.

No es éste el medio único o necesario para “mitigar los efectos sociales derivados de un estado de excepción constitucional”, como postula el Proyecto de Ley, comoquiera que a estos fines el principio de subsidiariedad y el deber del Estado de dar protección a la población, recogidos en la Carta, en su artículo 1°, incisos tercero y cuarto, lo instan a brindar su ayuda económica a los damnificados, tal como lo ha hecho al dictar la Ley N° 21.252, que estableció un aporte fiscal para la protección de los ingresos de la clase media en los casos que indica;

VIGESIMOCTAVO: Que, convenido que un derecho a subsistir como éste no puede ser afectado *in pejus*, y que en cambio sí puede y debe ser apoyado por el Estado *in bonus*, procede acotar que no atenúa la inconstitucionalidad constatada, el hecho de



que el Proyecto de Ley disponga que el retiro de fondos puede hacerlo el afiliado en forma “voluntaria”, toda vez que -según el sentido común que posee esta palabra- ello ocurre cuando media el libre albedrío o la libre determinación, y no cuando alguien obra por la fuerza o “por necesidad extraña a aquella” voluntad.

La situación acuciante en que se encuentran muchos afiliados, derivada precisamente de la calamidad pública invocada, no lleva a desconocer la mediación de un acto volitivo de su parte, pero resulta manifiesto que no puede erigirse en un fundamento suficiente como para exonerar la inconstitucionalidad en que ha incurrido a su respecto el legislador;

VIGESIMONOVENO: Que, desde el ángulo de las garantías normativas que cautelan el derecho a la seguridad social, corresponde recordar que el artículo 127, parte segunda del inciso primero, de la Constitución, prescribe que aquel proyecto de reforma constitucional que recayere -venir a parar- sobre los capítulos I y III, entre otros, necesitará en cada Cámara la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Así lo ha entendido, invariablemente, el poder constituyente derivado cada vez que ha aprobado reformas constitucionales que inciden en esos capítulos que, conforme al citado artículo 127, deben aprobarse por las dos terceras partes de los parlamentarios en ejercicio, como puede verificarse, por ejemplo, con las disposiciones transitorias vigésimo primera y vigésimo cuarta;

TRIGESIMO: Que, esta ha sido también la posición de esta Magistratura en alguno de los casos en que ha debido pronunciarse sobre reformas constitucionales, al señalar que el artículo 127 inciso final “permite deducir dos conclusiones: a) que supletoriamente, y en lo no previsto en el Capítulo XV sobre “Reforma de la Constitución”, a la tramitación de las modificaciones constitucionales, se aplican las normas sobre formación de la ley, y b) que en tal situación deben respetarse siempre los quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos” (STC Rol N° 464-06, considerando 3°).

El proyecto de reforma constitucional requiere, entonces, para ser aprobado, el voto conforme de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, lo cual justifica declarar la inconstitucionalidad solicitada también por este concepto, atendido que, como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, no fue así considerado en primer trámite constitucional y, en cualquier caso, en su segundo trámite constitucional, ni siquiera se alcanzó dicho quórum.

A lo que debe añadirse que la modificación de la esencia constitucional, mediante la reforma a una disposición transitoria, sin alterar disposiciones normativas permanentes, presenta un caso agravado de ilegitimidad. Aserto que se explica en



razón del bajo quorum de legisladores necesarios para efectuar el cambio a una disposición transitoria, versus el alto quorum requerido para lograr la modificación de las disposiciones permanentes, que en este Proyecto se dejó de alcanzar;

CONSIDERACIONES FINALES

TRIGESIMOPRIMERO: Que, al concluir la revisión de la cuestión planteada, es útil repetir cuanto se dijera en STC Rol N° 591-06, atinente a que, “desde 1970, el ordenamiento constitucional chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales que está radicado en este Tribunal Constitucional, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas” (considerando 3°).

“Lo dicho significa -indicaba dicho fallo- que tal como esta Magistratura, titular de este sistema de solución de conflictos, no podría permanecer indiferente si el Presidente de la República le planteara que una simple ley ha incursionado en materias propias del Poder Constituyente Derivado o que el Congreso está amagando su iniciativa legal exclusiva; o si el Congreso sostuviese que un reglamento presidencial ha invadido materias de reserva legal o desconocido el Poder Ejecutivo, mediante un acto administrativo, atribuciones exclusivas de las Cámaras o del Congreso”.

“Es, en consecuencia, deber de esta Magistratura -concluyó en esa oportunidad como lo hará de nuevo acá- examinar la cuestión que se le plantea, verificando la calificación jurídica del acto administrativo impugnado y, si concluye que se cuenta entre las materias de su competencia, resolver el conflicto, mediante un debido proceso constitucional, restableciendo la supremacía de la Constitución, en caso de que ella haya sido quebrantada. Proceder de otra manera careciendo de una justificación más allá de toda duda razonable para hacerlo, dejando este conflicto sin resolverse, significaría abdicar gravemente de la primera responsabilidad que cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad que ha previsto nuestra Carta Fundamental, además de constituir un incumplimiento inexcusable del deber que el artículo 6° de la Constitución impone a todo órgano del Estado de garantizar el orden institucional de la República” (en idéntico sentido se pronunció la STC Rol N° 2025-11, considerando 17°);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, tocante a la presente cuestión, resulta imprescindible agregar que el Tribunal Constitucional concuerda con lo expresado en la Sesión N° 409, de 10 de agosto de 1978, por la Comisión redactora de la Nueva Constitución,



donde dejó constancia que “las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional”, lo que da cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella.

Más aún si la doctrina más autorizada refuerza este parecer. Don Alejandro Silva Bascuñan, al comentar la imposibilidad del poder constituyente derivado de “atentar a la forma general las instituciones”, expresó en palabras que no pueden sino encontrar eco en este fallo, que “[t]al conclusión parece imponerse más claramente cuando el mecanismo de reforma consagrado en el documento ni siquiera consulta necesariamente la intervención del electorado en el proceso modificadorio, puesto que así, sin consentimiento directo del titular” (*Tratado de Derecho Constitucional*, 1997, Tomo I, punto 61, página 109);

TRIGESIMOTERCERO: Que interesa señalar finalmente que el ejercicio de la labor parlamentaria de reforma, desarrollada como constituyente derivado, implica asumir una de las funciones más altas y delicadas que reconoce la Democracia constitucional, por lo que debe llevarse a cabo con sumo celo y cuidadoso apego a la Carta Fundamental, evitando crear normativas que, bajo la forma de enmiendas, terminan desnaturalizando o tergiversando el texto supremo vigente, al no poseer la debida consonancia con sus principios y mandatos.

En otras palabras, si -acorde con su artículo 6°- todas las leyes deben guardar “conformidad” con la Constitución, y no simple compatibilidad con ella, al modo de preceptivas paralelas, la ley de reforma constitucional ha de detentar todavía más estrecha afinidad con las normas supremas, desde el momento que pasan todas juntas a incorporarse dentro de un orden altamente orgánico y sistematizado;

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo preceptuado en el artículo 93, inciso primero, N° 3°, e incisos cuarto a sexto, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO POR S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, POR LO QUE SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL PROYECTO QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES, EN LAS CONDICIONES QUE INDICA (BOLETINES N° 13.736-07, 13.749-07 Y 13.800-07 REFUNDIDOS), CUYO ARTÍCULO ÚNICO AGREGA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA UNA NUEVA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUADRAGÉSIMA TERCERA.



Acordada la sentencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8°, letra g), de la Ley N° 17.997, con el voto dirimente de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

DISIDENCIAS

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar el Control de Constitucionalidad, Rol N° 9797, respecto del Proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, sustentado en las siguientes razones:

ÍNDICE

- I. **IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN.**
- II. **CRITERIOS INTERPRETATIVOS.**
- III. **CUESTIONES PREVIAS.**
 - a. **Disidencia en derecho.**
 - b. **Control jurídico y no político. Exclusión del control de mérito.**
 - c. **No nos pronunciamos sobre estrategias legislativas de ningún colegislador sino que sobre sus obras en forma de reglas normativas.**
 - d. **Tampoco están en juego las futuras reglas de acción del poder de revisión de reforma del Congreso o del poder de sustitución de la Convención Constitucional.**
 - e. **No es problema constitucional la ausencia de apoyo político de parlamentarios de Gobierno.**
 - f. **No es un ejercicio sobre la coherencia política pero sí sobre las consecuencias jurídicas.**
- IV. **ARGUMENTOS FORMALES PARA EL RECHAZO.**
 - 1. **Una causa sin objeto**
 - 2. **No hay cuestión de constitucionalidad. Carece de oportunidad.**
 - 3. **La sentencia no va a tener efecto útil en el proyecto.**
 - 4. **El TC no es órgano consultivo. Planteamiento abstracto.**
- V. **CUESTIONES TEÓRICAS.**
 - A.- **La inconstitucionalidad de normas constitucionales.**
 - a) **Poder constituyente originario y derivado. Características.**
 - b) **Poder de reforma y no de sustitución.**
 - B. **El control de las reformas constitucionales por el Tribunal Constitucional.**



- a) La diferencia entre el control de proyectos de ley y el de reforma constitucional.
- b) Los límites formales y límites materiales de reforma constitucional.
- c) La hipótesis de los límites materiales expresos (artículo 5° inciso 2° y 19 N° 26).
- d) La hipótesis de los límites materiales implícitos (artículos 6° y 7°).
- e) No hay parámetro de control independiente de quién desea controlar. El problema metodológico de los límites del autocontrol.
- f) El requerimiento NO plantea un parámetro de control de normas constitucionales ni la sentencia tampoco.
- g) Este no es caso que comprometa la democracia ni el estándar de garantías de la dignidad humana y los derechos fundamentales.

C. La competencia del TC en materia de control de reformas constitucionales.

- a) El artículo 93 N° 3 en relación con las reformas constitucionales. El TC del 70 sin competencia.
- b) No puede prosperar un requerimiento que puede producir efectos en normas constitucionales vigentes.
- c) Tenemos competencia acotada sin ejercer poder constituyente. Árbitros no sustitutos del poder constituyente.
- d) El TC no puede controlar los fines establecidos en el artículo 135. No son justiciables. Nadie puede intervenir sobre la Convención.

VI. ARGUMENTOS DE FONDO PARA RECHAZAR.

- 1. Las disposiciones transitorias (DT) y las normas permanentes.
 - a. Lo cuestionado por el Presidente de la República.
 - b. Las DT: constitucionalidad, historicidad, características normativas y comparación constitucional.
 - b.1.- La constitucionalidad de las DT.
 - b.2.- Historicidad de las DT.
 - b.3.- La Constitución paralela del ochenta.
 - b.4.- La definición de DT.
 - b.5.- Las características de las DT.
 - b.6.- Las DT y las materias de ley.
 - b.7.- Consideraciones finales sobre las DT y sobre la excepcionalidad de las DT cuestionadas.
 - b.8.- Las disposiciones transitorias en el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano.

VII. CUESTIONES CONCRETAS.



1. EL PROBLEMA DEL QUÓRUM EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 127.

- a. No ha habido problema con quórum.
- b. El art. 128 lleva hasta los 2/3 dependiendo la voluntad del Presidente. Incluso plebiscito.
- c. No hay calificación ni incorporación automática. Art. 127 en relación con el art. 129.
- d. Se respetaron los quórum y procedimientos del artículo 127.

2. LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 65: NO HAY INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIAS DE REFORMAS CONSTITUCIONALES.

- a. Artículo 127 al remitir al art. 65 lo hace sólo al inciso 1°.
- b. No hay distribución de competencias en el ejercicio de los poderes constituyentes.

3.- NO HAY INFRACCIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

- a) El art. 19 N° 18 como parámetro de control. La jurisprudencia del TC. ¿Que está constitucionalizado de la seguridad social?
- b) La construcción de una contingencia social en la Disposición Transitoria 39° y en la Ley N° 21.295.

4. LA FALTA DE RIGOR TÉCNICO DE LA SENTENCIA.

VIII. EFECTOS COLATERALES POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

1. La seguridad sobre los sucesivos retiros del 10%.
2. El retorno interpretativo a reglas derogadas de la Constitución original.
3. Se introduce una nueva función al Presidente: Jefe de Poder Constituyente.
4. Poder del Ejecutivo en las reformas constitucionales desafía todo esquema racional de los regímenes presidencialistas configurando un giro anti-pluralista.
5. El tránsito de la función del TC en el poder de reforma: de despejar los canales del cambio político a desequilibrar el constituyente mismo.
6. La tensión constituyente.



I. IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN.

1.- Reconocer la importancia de esta decisión no se vincula a lo que usted, lector inusual de sentencias, puede inmediatamente esperar: ¿qué pasará con el retiro del 10 % de mis fondos previsionales? O lo que un ejecutivo de gobierno o un parlamentario sostengan respecto del procedimiento de reforma constitucional, ¿se puede o no se puede? O la inquietud del periodista sobre quién ganó o quién perdió. O que un analista financiero estime sobre el futuro de los fondos previsionales, su certeza y las reglas del juego.

Antes que todo eso, el requerimiento plantea un conflicto teórico profundo: ¿existen normas constitucionales, inconstitucionales? Esta es la cuadratura del círculo planteado. No es una pregunta común pero tampoco un imposible jamás pensado. Excepcionalmente, otras cortes y tribunales de esta naturaleza lo han hecho y normalmente han rechazado la inconstitucionalidad de normas constitucionales como lo haremos nosotros. Todas las respuestas parten de responder adecuadamente esta hipótesis.

Por lo mismo, y no siendo algo evidente por sí mismo y con consecuencias jurídicas insospechadas nos dedicaremos a responderlas teóricamente y traduciremos dicha posición a una aplicación práctica.

Pero a quiénes no tengan paciencia –lo que justificamos plenamente–, identificaremos los criterios interpretativos que nos conducen al rechazo de este requerimiento y haremos un resumen inicial para después abordarlos con mayor laxitud.

II. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

2.- Los criterios interpretativos son los elementos que guían una argumentación y que la conducen a un determinado resultado. Si los supuestos desde donde se parte son errados o no se responde una cadena lógica de razonamientos ligados, puede derivar en respuestas incorrectas. Muchas veces estos criterios son subyacentes, no se explicitan y quedan bajo una determinada o calculada ambigüedad. Estamos tan seguros de nuestra posición que develar los criterios interpretativos es una muestra de que estamos sometidos al control teórico de las analistas, profesores, la comunidad académica y, en general, de toda la ciudadanía.

3.- Sostendremos primero un conjunto de cuestiones previas a resolver. Éstas parten por sostener que esta disidencia está basada en el derecho por una exigencia constitucional relativa a ser un tribunal y que debe fallar “de acuerdo a derecho” (artículo 92 de la Constitución). Desde este punto de vista, este control es uno de



naturaleza jurídico, no político, lo que se traduce en la exclusión de cualquier control del mérito de la decisión, la bondad o error de haber impulsado una nueva disposición cuadragésima tercera transitoria que permitía un retiro de un segundo 10 % de los fondos previsionales desde las Administradoras de Fondos de Pensiones. Por lo mismo, el objeto del debate jurídico es un proyecto de ley desarrollado como moción parlamentaria. En consecuencia, no se trata de un caso relativo a la ausencia de apoyo político de los parlamentarios de gobierno al Presidente de la República ni a un movimiento político de reconstrucción de mayorías parlamentarias. La cuestión es jurídica y de ella no nos moveremos de examinarlas. Por último, en estas cuestiones previas, tampoco nos corresponde emitir juicios acerca de la coherencia en política, de apoyar proyectos de ley cuasi idénticos e impugnarlos a la vez ante esta Magistratura o de impulsar proyectos de reforma constitucional y aprobar proyectos de ley sobre contenidos muy similares. Estas incoherencias importan en cuanto producen efectos jurídicos y ellos sí son parte de nuestro examen.

4.- En cuanto a los criterios interpretativos propiamente tales. Existirán argumentaciones de tres tipos. Primero, los argumentos formales conducentes al rechazo del presente caso. En segundo lugar, hay un conjunto de tres elementos teóricos sobre los cuales reposa el problema planteado: la inconstitucionalidad de las normas constitucionales; la competencia del Tribunal Constitucional para conocerlas y el sentido, rango, naturaleza jurídica, historicidad y práctica de las disposiciones transitorias de la Constitución. En tercer lugar, nos dedicaremos a resolver las cuestiones planteadas relativas a la supuesta inconstitucionalidad del procedimiento de reforma y aprobación de las disposiciones transitorias, de la supuesta vulneración de la “iniciativa exclusiva de ley” del Presidente de la República y la infracción del derecho de seguridad social. Por último, sostendremos los efectos colaterales de esta decisión.

5.- En cuanto a los argumentos formales, sostendremos que el Tribunal Constitucional controla cuestiones de constitucionalidad durante la tramitación de leyes de reforma constitucional. En consecuencia, se pronuncia sobre un texto normativo que tiene perspectivas de prosperar y no sobre uno que no alcanzó los quórum de aprobación en una de las cámaras, que es distinto al texto impugnado por el Presidente de la República, y que no va a tener efecto útil porque dicha idea de legislar fue reemplazada por la Ley N° 21.295. Por lo mismo, es una causa sin objeto a conocer. Carece de oportunidad este planteamiento salvo que se quiera preguntar algo con ocasión de un proyecto de ley, cuestión absolutamente vedada al Tribunal dado que este es un órgano que decide y que no está para dilucidar dudas, consultas o preguntas por relevantes que fueren. Al no haber caso, no hay cuestión de constitucionalidad.

6.- En cuanto a las cuestiones teóricas, la inconstitucionalidad de las normas constitucionales exige delimitar la diferencia entre controlar leyes y hacerlo respecto de leyes de reforma constitucional. En uno se controla al legislador y, en el otro caso,



al poder constituyente derivado. Esto último es excepcional, debe traducirse en competencias expresas y bajo criterios acotados. El Tribunal Constitucional tiene competencias para controlar aspectos formales de las leyes de reforma constitucional pero hacerlo desde unos límites de contenido o materiales exige, en primer lugar, que el requirente lo plantee. No sólo que lo pida, sino que construya un parámetro de control bajo el cual se deba controlar. No sólo no elabora teóricamente uno, sino que vacila en un mar de contradicciones. El Tribunal Constitucional no puede sustituir al requirente y esta disidencia examina todas las hipótesis posibles de control (artículos 5°, inciso 2°, 6°, 7°, 19, numeral 26° y 127 de la Constitución). Estudiadas todas cabe sostener que estos Ministros podríamos tener posiciones distintas sobre el alcance de dicho control pero en cualquier caso hay dos problemas insolubles. Tener competencia para controlar no deriva en qué se pueda controlar todo y de cualquier manera. El TC es árbitro de conflictos y no sustituto de un poder constituyente. Interpreta la Constitución, no la reformula ni la rehace ni la completa. Y, en cualquier caso, en la hipótesis máxima de control sostenible en el derecho comparado (con normas de intangibilidad inexistentes en la Constitución chilena) no es este un caso que comprometa el régimen democrático ni la suspensión o restricción de derechos fundamentales. Si la Ley N° 21.295, impulsada por el Presidente de la República, no lo hace, ¿por qué lo hará esta reforma constitucional?

7.- Las disposiciones transitorias no son normas dependientes de las permanentes, plenamente armónicas con ellas y meramente ejecutiva de reglas del articulado permanente. En primer lugar, son normas constitucionales. Son parte de la misma y son el resultado de una decisión del poder constituyente derivado. En segundo lugar, tienen autonomía propia y reflejan una historicidad de cada ordenamiento constitucional. Algunas originaron gasto público. Otras son ejecutivas de ejercicio diacrónico o complementaria. Otras definieron órganos, empresas o identificaron jurisdicciones. Asimismo, han servido para resolver agudos problemas político-jurídicos. Y hasta el año 2020 nadie las cuestionó. Incluso, en los ochenta congelaron la Constitución y se gobernó conforme a ellas y fueron derogadas en democracia. Y, finalmente, si el problema es el quórum para decidir las o un procedimiento, es resorte del poder constituyente derivado resolverlo del mismo modo que lo hizo en 1989 con los capítulos sobre los derechos o sobre las reformas constitucionales o como en otros ordenamientos se debate sobre el valor de los preámbulos. Y, por lo mismo, no hay inconstitucionalidad del quórum del artículo 127 que define una regla general de aprobación por las tres quintas partes de los parlamentarios de cada cámara en todos los capítulos no enunciados expresamente, como es el caso de las disposiciones transitorias.

8.- No hay iniciativa exclusiva del Presidente de la República en leyes de reforma constitucional ni ésta facultad se puede crear por analogía. Eso es un contrasentido al poder constituyente derivado que no pueda decidir y ni siquiera toca presupuestos constitucionales esenciales como el régimen democrático y la defensa de derechos fundamentales. Por eso, no existe infracción al artículo 65 de la Constitución.



Asimismo, es otra contradicción argumentar que se afecta esta facultad, que se puede reformar por los 3/5 de cada cámara, y requerir que se haga por los 2/3.

9.- El proyecto de reforma constitucional paralizado no afecta el derecho de seguridad social. Ya la Ley N° 21.295 reguló la materia del mismo modo que aconteció con la Ley N° 21.248 que condujo a la Disposición Trigésimo Novena Transitoria. Todas están en una posición equivalente y todas ellas permitieron retiros de los fondos previsionales existiendo muchos chilenos ya sin recursos en sus cuentas de capitalización individual. Estas leyes excepcionales se basaron en el efecto social creado por la emergencia sanitaria del Covid-19. El largo parón de la economía creó una nueva contingencia de seguridad social la que ha sido financiada con ahorros de los propios afectados. Por eso, es peligroso sostener la inconstitucionalidad de una ley, basada en cuestiones de seguridad social, sin afectar a todas estas leyes. No es jurídicamente posible retrotraer decisiones ya adoptadas.

10.- Finalmente, esta disidencia examina los daños colaterales de la sentencia dirimente. En primer lugar, cuestiona la inseguridad jurídica que crea la sentencia en variadas hipótesis de personas que se puedan sentir perjudicadas por dichos retiros. La sentencia solo crea una retórica de contención, pero jurídicamente no vinculante. Adicionalmente, otro daño colateral es que la sentencia dirimente reformula el artículo 127 de la Constitución y vuelve al artículo 118 derogado el año 1989 con tres ideas nuevas: dos tercios para las reformas; impedimento de rebaja de atribuciones del Presidente y veto de éste a las reformas impulsadas por el Congreso. Interpretativamente resucita una nueva función: el Presidente de la República como jefe del poder constituyente exigiendo su pase previo a las reformas. Lo anterior, trae por colación las propias funciones del Tribunal adoptadas con los mínimos formalismos y el máximo activismo interpretativo. Y, finalmente, porque el rediseño de poderes que realiza la sentencia dirimente exacerba el presidencialismo, disminuye el poder del Congreso, desequilibra la función arbitral del Tribunal obstaculizando los canales de la reforma política, contribuyendo el conjunto a una tensión constituyente *ad portas* del proceso conducente a una nueva Constitución y donde los altos quórum deberían ser señales de acuerdo y no de trifulca. Por último, no deja de sorprender la falta de rigor técnico de la sentencia en cuestiones de teoría constitucional. Después de 54 reformas constitucionales y con una vía abierta a una nueva Constitución cuestiona una de ellas desconociendo la teoría de fuentes (la mayor jerarquía constitucional subordina la ley y no al revés y menos un Decreto Ley). Las Bases de la Institucionalidad no son intocables y se han reformulado todos sus artículos salvo el 2° y el 4°, incluyendo materiales legales que se constitucionalizaron como la probidad, entre otras cuestiones. Trasladar la teoría de control de leyes a leyes de reforma constitucional y no construir un parámetro a partir del cual se pueden limitar decisiones constitucionales, convierte esta sentencia en una de aquellas que no sólo no se pueden compartir sino que la doctrina constitucional en cualquier lugar reprobó.



III. CUESTIONES PREVIAS.

a. Disidencia en derecho.

11.- Nuestra disidencia está basada en el derecho por una exigencia constitucional relativa a ser un tribunal y que debe fallar “de acuerdo a derecho” (artículo 92 de la Constitución). Desde este punto de vista, este control es uno de naturaleza jurídico, no político, lo que excluye el control del mérito de la decisión de impulsar una ley de reforma constitucional mediante una disposición transitoria.

Lo anterior resulta particularmente relevante, pues siendo este órgano un Tribunal, según el artículo 3° de su ley orgánica solo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de las personas y los órganos constitucionales legitimados de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República, o de oficio, solamente en los casos señalados en la Constitución Política de la República y dicha ley. Ello significa que su catálogo de competencias es restringido, taxativo y cerrado, lo cual debe ser concordado con que no existe más legitimación activa que la expresamente aludida por dichas normas, a lo que se suma que el requerimiento debe contener, al tenor del artículo 63 de la misma ley, un conflicto de constitucionalidad específico, con alto estándar de fundamentación, delimitación clara y peticiones concretas. A su vez, de ser acogido a tramitación y declarado admisible dará lugar a la apertura de un proceso regido por la bilateralidad de la audiencia, motivo por el cual la litis quedará delimitada en los escritos de discusión. Ello significa además que esta Magistratura está regida por el principio de competencia específica, es decir, no puede ir más allá del marco de la litis trabada por las partes, que a su vez debe contenerse dentro del catálogo de atribuciones de artículo 93 de la Carta Fundamental.

12.- El mismo artículo 3° de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional determina el principio de inexcusabilidad al señalar que “[r]eclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión”.

No debe entenderse que en función de dicha regla el tribunal esté obligado a emitir pronunciamiento sobre cualquier tipo de cuestión que se le plantee, pues la regla de la inexcusabilidad tiene dos presupuestos previos o *condictio sine qua non* para operar:

- Reclamada su intervención en forma legal (en relación a legitimación activa, admisión a trámite y admisibilidad).
- Competencia (en el sentido procesal).

13.- En consecuencia, sostendremos solo argumentos que se funden en reglas normativas constitucionales o legales, en prácticas jurídicas y en la dinámica constitucional de las reglas y procesos que delimitan el problema planteado.



b. Control jurídico y no político. Exclusión del control de mérito.

14.- En este sentido, resulta imprescindible distinguir entre el control jurídico y el control político. En tanto, el primero se refiere a un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. El carácter subjetivo del control político significa que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que éste descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible. Asimismo, el control jurídico se realiza mediante una valoración, del objeto controlado, que es sometida a reglas de verificación jurídicas, más no de oportunidad, como ocurre en el control político. (Aragón, Manuel, en "Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 136-141, versión electrónica disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/288-constitucion-democracia-y-control>). Estos elementos dan cuenta de la naturaleza jurisdiccional del control que realiza este tribunal, lo que obliga que el objeto y los resultados del control deben ser propios de dicha actividad, sentándose como un límite del control en deferencia al órgano titular de la potestad respectiva, sobre la base de la presunción de legitimidad constitucional de los actos que del emanen.

15.- Lo anterior acarrea consecuencias, una de las cuales es que el parámetro de control jurídico es predeterminado y objetivo: el derecho vigente con anterioridad al acto controlado. Otra de las consecuencias, es que en tal parámetro el control jurídico excluye al control político y al control de mérito, propios de la deliberación que se legitima por el mandato democrático. Así, este Tribunal no puede razonar sobre la base de la oportunidad, belleza, bondad ni pulcritud del uso de disposiciones transitorias ni menos crear normas y reglas que no sean parte del parámetro de control, que en este caso son normas de potestades y procedimiento, no pudiendo ser interpretadas analógica ni extensivamente, ejercicio que implica la creación de normas y reglas constitucionales ahí donde no están, como lo sería resolver exigiendo iniciativa exclusiva y quórum que la Constitución no contempla.

16.- Cabe recordar que la democracia se caracteriza por ser un régimen de gobierno en el "que *la propia sociedad política orienta y dirige el poder del Estado, imponiéndose un conjunto de reglas que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y mediante qué procedimientos adoptando finalmente una forma representativa, si quienes adoptan las decisiones colectivas son mandatarios elegidos por la sociedad gobernada*" (Bobbio, Norberto (1986). *El futuro de la democracia*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 5).

17.- La Carta Fundamental establece en su artículo 4° que "Chile es una república democrática", es decir, nuestro Estado se ajusta al ideal de un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, de acuerdo a famosa definición acuñada por Abraham Lincoln sobre el régimen democrático. Ello supone, entre otros efectos, que



corresponde al pueblo elegir a quienes tienen la máxima responsabilidad de dirigir la sociedad política hacia el bien común. Por su parte, el inciso 1° del art. 5 de la Constitución establece que la soberanía reside esencialmente en la Nación y ella se ejerce no sólo por el pueblo mediante la elección que éste efectúa de sus representantes, sino también por las propias autoridades que la Constitución establece, entre quienes se encuentran tanto los parlamentarios como el Presidente de la República. Son dichos delegados de la ciudadanía quienes, recibiendo su título de la voluntad popular y siendo ellos mismos una de aquellas autoridades que la Carta establece, han de actuar representando materialmente dicha voluntad a través del ejercicio de la función legislativa y de la constituyente instituida o derivada.

Tal soberanía la ejercen innovando y actualizando el derecho objetivo de rango constitucional o legal para enfrentar los diversos problemas sociales que vayan surgiendo y para representar las necesidades de cambio que el pueblo demanda, por cuanto no sólo reciben su título de éste, sino que ante él han de rendir cuenta de su labor. Se trata entonces de una actividad esencialmente “política”, desde que se relaciona con el gobierno del Estado y el interés general.

18.- Aun cuando los representantes de la ciudadanía deben ajustar su actividad a lo que dispone la Constitución, igualmente “se debe lograr un equilibrio y coexistencia entre dos vertientes de derecho que son igualmente esenciales: una vertiente *subjetiva*, exenta de las incursiones de la política –y que correspondería a los jueces controlar– y una vertiente *objetiva*, en la que las decisiones políticas tienen que desempeñar legítimamente su papel y cuyo ámbito compete a los órganos legislativos, que reciben su mandato del pueblo y al cual han de representar en el ejercicio de su función para encauzar la sociedad política hacia su fin (Zagrebelky, Gustavo (2005). *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 59-60). Bidart Campos indica al respecto que, cuando las competencias no están subordinadas a determinados requisitos o causas, son de ejercicio discrecional y prudencial dentro de un margen muy amplio de arbitrio para el órgano a quien esas competencias corresponden y, por eso, el ejercicio de tal competencia no llega a lesionar la Constitución y, por ende, tampoco alcanza a configurar una “cuestión constitucional”, siendo una cuestión política y no judicial (Bidart Campos, Germán J. (1986). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Eduar, pp. 80-85). En efecto, como señala Gustavo Zagrebelsky, el “legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como ‘partes’ del derecho, y no como ‘todo el derecho’”. Pero puede pretender de los jueces constitucionales, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático” (ob. cit., p. 153).

19.- Por tanto, a los jueces que ejercen la jurisdicción constitucional –como son quienes integran este Tribunal Constitucional– sólo compete ejercer un control de



juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de las reglas que deben enjuiciar, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano productor de las normas legales o constitucionales.

c. No nos pronunciamos sobre estrategias legislativas de ningún colegislador sino que sobre sus obras en forma de reglas normativas.

20.- Consiguientemente la competencia del Tribunal Constitucional dice relación sólo con el control de la constitucionalidad de preceptos legales vigentes o de preceptos contenidos en un proyecto de ley o de reforma constitucional, es decir, un control de carácter normativo, sin que se encuentre facultado para juzgar las actuaciones de los órganos colegisladores, desde que éstas dicen relación tanto con la forma en que se desarrolla el debate legislativo como con su mérito, ámbito que al que le está vedado intervenir (STC rol 2646, de 22 de abril de 2014 (cons. 5° a 10°).

21.- Las controversias de carácter político que surjan entonces durante la discusión en el Congreso Nacional se resuelven generalmente a través del control que los propios órganos colegisladores ejercen y no mediante un control jurídico, como es el que compete al Tribunal Constitucional. Los acuerdos políticos y las negociaciones para llegar a zanjar las discrepancias de esa índole se vinculan directamente con el principio democrático, ya que es en el Parlamento donde se refleja el pluralismo y la división de los poderes y, aunque tal órgano decide conforme a la regla de la mayoría, también se preocupa de articular cauces de participación para las minorías (Biglino, Paloma (2001). Parlamento, principio democrático y justicia constitucional, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol XII pp. 180-181).

22.- De este modo, este Tribunal Constitucional se encuentra regido por el principio de impulso de parte y por el principio de competencia específica: solo puede actuar a petición de parte y no puede extenderse a asuntos no sometidos a su conocimiento en el marco de la traba de la litis, todo ello en el marco de sus atribuciones constitucionales, que en este caso se refiere a un proyecto de norma que fue rechazado, careciendo entonces de objeto el proceso, pues lo que se cuestionó es el texto y no actos procedimentales de su tramitación.

23.- Emerge así la jurisdicción constitucional como un control de excepción y estrictamente reglado, un examen de verificación de límites en primer término, que en este caso se refiere ni más ni menos que al poder de reforma constitucional. En segundo lugar, esa verificación pasará al examen de contenido solamente si la presunción de constitucionalidad -con un estándar bastante superior a la simple duda- puede ser derribada mediante la declaración de inconstitucionalidad, entendida como una sanción de última ratio que es ineludible por vía interpretativa alguna, configurando un verdadero deber de interpretar las normas de conformidad a la Constitución allí donde sea posible, el cual también ha sido recogido por la jurisprudencia de este Tribunal.



En este sentido, la presunción de constitucionalidad se predica respecto de un proyecto de norma del mismo rango constitucional, motivo por el cual el baremo para derribar la presunción ha de ser más alto.

24.- La atribución del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución consiste en resolver “cuestiones de constitucionalidad” específicas y determinadas, en el marco de la tramitación de un determinado proyecto, que en este caso es de reforma constitucional y no de ley. En este caso, el petitum del requerimiento es claro, se refiere al proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos), cuestionando su texto, que hoy se encuentra rechazado, estando pendiente constituir una comisión mixta que eventualmente haga una propuesta al respecto. Por lo mismo, no examinamos estrategias legislativas ni contrapropuestas. En cualquier caso, si lo hiciéramos estaríamos frente a una táctica fracasada por una cuestión normativa, el proyecto de reforma constitucional (en la versión original cuestionada por el Presidente) ni siquiera alcanzó los 3/5 de votos aprobatorios de los senadores en ejercicio.

d. Tampoco están en juego las futuras reglas de acción del poder de revisión de reforma del Congreso o del poder de sustitución de la Convención Constitucional.

25.- Al contrario de lo señalado en estrados por el representante del Presidente de la República, durante la vista de la causa, nada del presente proceso se refiere al camino y límites del ejercicio del poder constituyente en el marco del proceso de redacción de nueva Constitución, cuya regulación se contiene en el acápite “*Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República*” del capítulo XV de la Constitución, referido a su sustitución. En efecto, cabe señalar que el presente proceso se refiere, según el mérito de los escritos -partiendo por el propio requerimiento- a la determinación del sentido y alcance del artículo 127, en el marco del procedimiento de reforma constitucional ordinario, regulado en el acápite anterior del mismo capítulo, a propósito de la pretendida inconstitucionalidad del texto del proyecto de una nueva disposición transitoria, en una reforma parcial por parte del constituyente derivado.

26.- Así, este Tribunal no está en este proceso ejerciendo competencias respecto del proceso constituyente por venir, no está emitiendo opiniones acerca de otros proyectos de ley o de reforma constitucional en trámite referidos a rentas vitalicias, impuestos al patrimonio ni nada que se parezca, pues del mérito del proceso no emana competencia específica para ello.

27.- Ello es particularmente importante, pues si en el presente proceso se pretende que el Tribunal “dé señales” de política legislativa, respecto de otros



proyectos no sometidos a control y también respecto del proceso constituyente, ello es una cuestión ajena al ejercicio de la cuestión, constituyendo una incursión indebida en la deliberación política, que deben ser abordadas por los órganos democráticos y políticos electos para ello, que no es competencia de este Tribunal, en el marco de la cláusula de respeto por el sistema democrático contenida en el artículo 4° de la misma Constitución que este Tribunal hace cumplir, por lo cual no puede invocarse la regla de inexcusabilidad para incursionar en tales materias fuera del presupuesto necesario de dicha regla: que se trate de un asunto de competencia del Tribunal. Es inexcusable resolver casos normativamente, pero es inexcusable inventarlos políticamente.

e. No es problema constitucional la ausencia de apoyo político de parlamentarios de Gobierno.

28.- La Constitución es una caja de herramientas institucionales. No regula una sola forma de producir derecho en una sociedad democrática. Para producir una norma hay variados caminos. El texto fundamental abre alternativas frente a los lógicos tropiezos de mayorías no garantizadas en un presidencialismo, a diferencia de los regímenes parlamentarios. Por lo mismo, en esa caja de herramientas hay un conjunto de instrumentos que le permiten, al Presidente de la República hacer avanzar, en lo global, la legislación que proponga.

En particular, es atribución especial del Presidente de la República el *“concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas”* (numeral 1° del artículo 32 de la Constitución), sin que se refiera específicamente a las leyes de reforma constitucional.

Es evidente que estas decisiones normativas suponen que quienes dicen respaldar al Presidente de la República, lo hagan realmente. Caso contrario, no es posible en la dinámica constitucional que una cuestión fáctica (*“la falta de apoyo al Presidente de los parlamentarios de gobierno2)* se transforme en una cuestión de constitucionalidad.

De hecho, mediante la Ley N° 21.295, el Presidente de la República recuperó ese control normativo lo que hace desaparecer la cuestión de constitucionalidad al carecer de objeto del proyecto de reforma constitucional que impulsaban los parlamentarios para aprobar la disposición cuadragésima tercera transitoria, hoy paralizada.

f. No es un ejercicio sobre la coherencia política pero sí sobre las consecuencias jurídicas.

29.- En la práctica política, la coherencia se escribe en el universo de las posibilidades. Por eso, quienes son adversarios se mueven en una dimensión de



desencuentros y acuerdos variables que torna particular la actividad política. Sin embargo, en el ámbito normativo los productos de esas posibilidades tienen efectos jurídicos que son conocidos como la teoría de los actos propios.

30.- En tal sentido, el propio requirente reconoció la constitucionalidad del primer retiro, el cual tiene idéntica tramitación y contenido que aquel cuya inconstitucionalidad se requiere. Así, el Presidente de la República no solamente renunció a ejercer sus atribuciones en tanto órgano legitimado para requerir la inconstitucionalidad de un Proyecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero numeral 3 de la Constitución – con relación a la disposición transitoria trigésima novena-, sino que además, promulgó aquella reforma constitucional con una supuesta plena convicción de su inconstitucionalidad, tal como ha quedado demostrado a través de sus propias declaraciones públicas y el texto del requerimiento de autos.

IV. ARGUMENTOS FORMALES PARA EL RECHAZO.

1. Una causa sin objeto

31.- El proyecto de reforma constitucional, que es objeto de control, fue rechazado por el Senado, por lo que procede que se forme una Comisión Mixta que proponga la forma y el modo de resolver el conflicto suscitado entre las Cámaras debido a la discrepancia en que se encuentran. Ello es por aplicación del art. 127 de la Carta Fundamental, que formula un envío a las normas sobre formación de la ley en todo aquello que no esté previsto en el Capítulo XV sobre Reforma de la Constitución, entre cuyas reglas se encuentra el artículo 70 que regula dicha materia. Sin perjuicio de la atribución que el artículo 93 N° 3 confiere a los legisladores para requerir a esta Magistratura efecto, el ordenamiento jurídico prevé el mecanismo de que sea una comisión mixta formada por diputados y senadores la que proponga un nuevo texto que permita solucionar los conflictos suscitados entre las cámaras (STC 6662, c. 13°).

Pues bien, hasta la fecha, si bien ya se ha designado a quienes la integrarán, la Comisión Mixta no ha sesionado y, por lo tanto, tampoco ha propuesto un nuevo texto que salve el problema.

32.- El ejercicio de la jurisdicción reconoce como objeto al proceso, en tanto medio de resolución de conflictos, el cual a su vez requiere de presupuestos de existencia, uno de los cuales es un conflicto actual, de relevancia jurídica, que será el objeto del proceso específico. Así, el texto cuestionado hoy no es un proyecto de norma, pues el proyecto carece de texto vigente, de lo que deriva que este proceso hoy carece de objeto al ser dirigido en contra de un texto que a este día no es el proyecto de norma al estar rechazado, dejando en evidencia que el texto del proyecto es una verdadera hoja en blanco al día de hoy.



2. No hay cuestión de constitucionalidad. Carece de oportunidad.

33.- El requerimiento entonces ha perdido oportunidad, por cuanto actualmente no existe una cuestión de constitucionalidad entre los poderes colegisladores que lleve a que este Tribunal ejerza un control jurídico sobre la norma que cuestiona.

El supuesto perjuicio que se pretende evitar mediante el presente requerimiento hoy no existe. No existe porque finalmente los órganos colegisladores acordaron cumplir la idea matriz del proyecto de retiro de los fondos previsionales en los términos planteados mediante otro proyecto de ley. Así, el llamado “segundo retiro” y su cuestión constitucional, hoy no existe, en tanto fue resuelto en el seno del Congreso Nacional, mediante la ley N° 21.295, cuya promulgación fue el 04 de diciembre de 2020 y publicado en el Diario Oficial el 10 de diciembre de este año. Por lo tanto, el procedimiento de tramitación legislativa sobre el llamado “2° retiro del 10 por ciento” fue resuelto al interior del Congreso Nacional, quedando la cuestión de constitucionalidad al margen de la discusión en tanto su contenido fue sancionado mediante ley N° 21.295, publicada el 10 de diciembre de 2020, y que tiene a los chilenos hoy solicitando su segundo retiro por los devastadores efectos económicos y sociales producidos por la pandemia del COVID – 19.

3. La sentencia no va a tener efecto útil en el proyecto.

34.- Al tiempo en que se discutía en la Cámara el proyecto de reforma constitucional, el Presidente de la República inició un proyecto de ley que, aunque son ligeras diferencias, persiguió el mismo objeto del referido proyecto por cuanto autoriza a los afiliados a una AFP a realizar un retiro único y extraordinario de un 10% de sus fondos previsionales. En efecto, como sostuvo uno de los votos en contra de la admisión a trámite del requerimiento: “La asociación de ambos proyectos, esto es, el de reforma constitucional y la iniciativa legal, resulta obligada, porque ambos persiguen el mismo propósito y, en tal sentido, su trámite legislativo está interconectado, de suerte que el éxito o fracaso de uno incide en la tramitación del otro”.

35.- En tal sentido, “estando el proyecto en situación de ser nombrada la Comisión Mixta, dicha regla constitucional precave la fórmula de solución de conflictos respecto de proyectos aprobados por una cámara y rechazados por otra (...) En consecuencia, el conflicto planteado respecto del proyecto de reforma constitucional quedó al amparo de decisiones que se pueden adoptar, conforme al artículo 70 de la Constitución, de un modo tal que el Presidente de la República tiene una fórmula práctica para impedir su continuidad. Y, a la vez, el Congreso Nacional



puede transformar dicha tramitación en una decisión puramente administrativa que derive en evidenciar la inexistencia de un conflicto normativo en este caso” (c. 9º).

4. El TC no es órgano consultivo. Planteamiento abstracto.

36.- Al no recaer el requerimiento en un proyecto determinado y por no configurarse estrictamente una cuestión de constitucionalidad, los reproches que formula son meramente abstractos y genéricos. Lo que busca en definitiva el requirente es que este Tribunal, a través de su sentencia dé a conocer una opinión respecto de los reproches que se plantean, de manera que, acogiendo el requerimiento, la doctrina de la sentencia tenga repercusión e impongan límites a eventuales actuaciones futuras que provendrían del Parlamento en ejercicio del poder constituyente derivado que se le ha confiado.

37.- Entonces, a través de este requerimiento se le pide al Tribunal Constitucional ejercer una función consultiva de la que carece, como ha señalado esta Magistratura cuando tuvo por no presentado un requerimiento que tenía esa finalidad, al explicar que “la atribución del Tribunal Constitucional es resolutoria no consultiva, por lo cual necesariamente debe resolver un problema” (STC 6662, c. 9º). En el mismo sentido, en la causa Rol Nº 23-84 expuso que el Tribunal Constitucional “es un órgano jurisdiccional a quien la Carta Fundamental le ha confiado la misión de resolver cuestiones de constitucionalidad concretas que se susciten entre los órganos colegisladores (...) El Tribunal Constitucional, pues, no es un órgano de consulta sobre el sentido y alcance de la preceptiva constitucional que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos, sobre materias jurídico constitucionales abstractas o generales” (c. 6º).

38.- Siendo entonces el Tribunal Constitucional un órgano al que sólo se le permite ejercer las facultades que explícitamente le otorga la Constitución y que, por ello, tales atribuciones son de derecho estricto, no es un cuerpo asesor o de carácter consultivo, ya que sólo puede pronunciarse en las materias que la Carta Fundamental señala y a petición de un órgano o persona legitimada para requerirlo si es que el constituyente le haya otorgado esa característica.

39.- Esto adquiere gran relevancia en el caso concreto, puesto que el mismo Ejecutivo ha explicado su intención de consultar al TC su parecer respecto de las materias sobre las que recae el requerimiento -como lo dicho expresamente algunos ministros a través de diversos medios de comunicación- buscando con ello que esta Magistratura clarifique el alcance de las reglas que serían aplicables a la situación en que se encuentra.



El propio requirente ha puesto de manifiesto que su presentación tiene por objeto que este Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales vía artículos transitorios. Así, señala que “Hoy, este Excmo. Tribunal Constitucional está llamado por la historia a corregir y frenar una vía indebida e inconstitucional de reforma de la Constitución por vía implícitas o tácitas; procedimiento que tendrá graves consecuencias históricas para el proceso de revisión constitucional en marcha.” Esta dimensión instrumental de la función consultiva tiende a debilitar a los órganos que la ejercen de un modo no vinculante puesto que sus aseveraciones no generan efecto constitucional alguno y son fácilmente enervadas cuando no hay objeto como en el presente caso.

40.- Por último, en este punto, este órgano de justicia constitucional no puede pronunciarse, por vía de un requerimiento de inconstitucionalidad, acerca de preceptos legales vigentes (STC 2136 c. 10°), ni tampoco puede hacerlo sobre la validez de un precepto constitucional (STC Roles N° 46, c. 34, 35 y 36 y N° 272, c. 8). Sin embargo, al impugnar un proyecto de reforma constitucional cuyas ideas matrices o fundamentales o núcleo son idénticas y cuyo texto además es muy similar tanto al de la ley de reforma constitucional N° 21.248, que agregó a la Ley Fundamental la disposición 39° transitoria para permitir el primer retiro de los fondos previsionales, como al de la ley N° 21.295, que posibilitó el segundo retiro, inevitablemente un pronunciamiento sobre la materia importa expresar una opinión sobre la reforma constitucional y la ley vigentes, lo cual resulta del todo impertinente.

V. CUESTIONES TEÓRICAS.

A.- La inconstitucionalidad de normas constitucionales.

a. Poder constituyente originario y derivado. Características.

41.- Siendo la primera vez que este Tribunal se ve enfrentado a controlar la constitucionalidad de una reforma constitucional, resulta adecuado fijar un marco teórico que nos permita enfrentar luego las impugnaciones que el requerimiento plantea para argumentar a la luz de éste.

Para comprender entonces el rol que cabe al Tribunal Constitucional en materia de reformas constitucionales, cabe partir por tener presente que el poder constituyente es el instrumento mediante el cual se hace realidad una determinada concepción de la soberanía, constituyendo la esencia de la soberanía “[e]n la capacidad o facultad para positivizar las normas jurídicas de más alto rango de la comunidad; dentro del orden jurídico del estado moderno no existe positividad sin soberanía” (Heller, Herman (1965). *La Soberanía*, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 141), y como “[l]as normas jurídicas son siempre y necesariamente, normas



individualizadas, esto es, normas que obtienen su determinación y positividad merced a una decisión individual de voluntad exteriorizada”, “[l]a unificación de voluntades se alcanza mediante el principio mayoritario y la idea de la representación y estos dos elementos, a su vez, constituyen los medios técnicos a través de los cuales el pueblo, como unidad, domina al pueblo como pluralidad e integran, al mismo tiempo, el procedimiento que permite hacer del pueblo el sujeto de la soberanía” (Heller, Herman (1965), ob. cit., pp. 135 y 166).

42.- Si el pueblo, es decir, el elemento humano del Estado, es el titular de la soberanía y por ello “[s]e le reconoce la posibilidad de expresar una voluntad que contenga, en su grado máximo, la inspiración, orientación y contenido del ordenamiento y de la actividad estatal” (Silva Bascuñán, Alejandro (1980). *Derecho Político, ensayo de una síntesis*, Ed. Jurídica de Chile, p. 49), le corresponde entonces decidir “[c]uál es la idea de derecho valedera en la colectividad” (Burdeau, Georges (1949-1957): *Traité de Science Politique*, tomo II, pp. 267-268).

43.- Como en una democracia representativa existe la distinción entre quienes representan al pueblo (gobernantes) y quienes son representados (gobernados), resulta indispensable que, conforme al principio democrático, el poder soberano y supremo del pueblo se haga valer frente a la autoridad del gobernante, sin que exista “otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley superior (la Constitución), que obligue por igual a gobernantes y gobernados” (De Vega, Pedro (1985). *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid. Ed. Tecnos, p. 25). Manifestándose el soberano directamente a través del poder constituyente, su voluntad se objetiva jurídicamente en la Constitución, que es su máxima expresión. Cabe entonces concluir que actualmente “[s]ólo se considera legítimo el poder constituyente que descansa expresamente en la soberanía popular. Si no hay una decisión expresa de los ciudadanos sobre la Constitución del Estado, dicho Estado no está democráticamente constituido, lo que en la práctica equivale a decir que no está constituido, que no tiene Constitución. El Estado que no está democráticamente constituido carece de legitimidad, no es Estado de Derecho. Pues el Estado de Derecho del siglo XX o es Democrático o simplemente no es Estado de Derecho, sino otra cosa” (Javier Pérez Royo (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons, p. 89).

44.- Ahora bien, la máxima expresión del soberano se concreta por medio del ejercicio del poder constituyente originario, que elabora y establece su propio texto constitucional, como también a través del poder constituyente instituido o derivado, el cual actúa mediante las reformas que introduce a la Constitución y que se entienden incorporadas a su texto. Es que, si bien las constituciones buscan tener estabilidad en el tiempo, deben contemplar mecanismos que permitan adecuar su texto a nuevas exigencias, sobre todo a aquellas que no fueron previstas al momento de ser aprobado. Sin embargo, para dar entonces seguridad y primacía a la Constitución, por un lado, debe existir un proceso complejo para modificar la Constitución para protegerla de las



mayorías cambiantes y, por otro lado, debe permitirse la reforma siempre que se respeten los requisitos que ella misma establezca. La reforma entonces intenta encontrar una respuesta a un conflicto que es esencial para la propia vida del Estado constitucional, por cuanto busca salvar “[t]anto el principio democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional, configurando un poder especial entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario” (De Vega, Pedro (1985). Ob. cit., p. 22), encontrándose el poder constituyente derivado subordinado al poder constituyente originario, pero por encima de los demás poderes estatales instituidos con facultades normativas, como son el Gobierno, el Congreso, el Poder Judicial (Nogueira Alcalá, Humberto (2008). “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional”. *Revista Ius Et Praxis*. 2008. p. 240).

45.-No obstante, debe tenerse presente que, aun cuando el poder derivado debe ajustarse al procedimiento señalado en la Carta Fundamental, tiene la misma legitimidad política que el que le dio su origen y, en tal sentido, actúa también como poder soberano al momento de llevarse a cabo la reforma. Ello se explica porque, como asegura Miguel Carbonell, “[l]os vínculos entre democracia y reforma constitucional son insoslayables. De hecho, la posibilidad de que una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular): en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la vía constitucional exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido” (Carbonell, Miguel (2008). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México. Ed. Porrúa, p. 218).

46.- Sin embargo, cabe constatar en el pleno teórico, que el requirente pretende reclamar, sin norma expresa, para sí y solo para sí, el poder constituyente derivado respecto a aquellas materias que legalmente pertenecen a la iniciativa exclusiva, limitando materialmente el poder constituyente derivado, al extender los alcances del texto constitucional con un sentido que transgrede el principio de supremacía constitucional (art. 6° y 7°), el principio democrático y republicano (art. 4°); el principio de soberanía (art. 5°) y las propias atribuciones especiales del Presidente de la República que lo limitan a los proyectos de ley (artículo 32, N° 1) y al plebiscito de reforma constitucional (artículo 32 N° 4 en relación con el artículo 128 de la Constitución).

b. Poder de reforma y no de sustitución.

47.- Sin perjuicio de la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente instituido o derivado, cabe diferenciar el poder de reformar la



Constitución del poder de sustituir el texto vigente por otro diferente, es decir, de llevar a cabo una reforma total. En el primer caso, ello importa el ejercicio del poder constituyente instituido o derivado, mientras tanto, en el segundo, el mismo texto constitucional permite que el poder constituyente originario elabore una Constitución diversa.

Esa distinción se aprecia en nuestro propio texto fundamental al incluirse, dentro de su Capítulo XV, un párrafo denominado “Reforma a la Constitución” (arts. 127 a 129) y otro titulado “Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República” (arts. 130 a 143). Así el propio texto acepta la posibilidad de que el soberano adhiera a un nuevo ordenamiento constitucional. Ello ha sucedido también en otros ordenamientos constitucionales que estipulan expresamente la posibilidad de una reforma total [constituciones suiza (art. 193), austríaca (art. 44.3), argentina (art. 30), nicaragüense (art. 191 y siguientes), uruguay (art. 331), española (art. 168), entre otras].

48.- Como el ejercicio del poder originario es de netamente político y se agota con la aprobación de la Constitución, mientras el instituido aunque reviste una naturaleza política posee un carácter también de índole jurídico, en la medida que debe ajustarse a ciertos trámites para que prospere “[s]ólo diferenciando la reforma de la facultad de aprobar un texto constitucional, ésta mantiene sus características de una operación jurídica (Ragone, Sabrina (2021), *El control judicial de la reforma constitucional*. Ed. Porrúa. México, p. 30) porque “[e]l poder de reforma constitucional está regulado por la Constitución y es por un tanto un poder concedido, no originario, que funciona dentro de límites de carácter procesal” [Ragone, Sabrina (2012), *ob. cit.*, p. 42]. De lo dicho entonces, resulta que el poder reformador tiene características diferentes a las de sustitución por lo que no cabe confundirlos.

B. El control de las reformas constitucionales por el Tribunal Constitucional

a. La diferencia entre el control de proyectos de ley y el de reforma constitucional.

49.- Como primera cuestión, cabe señalar que el proyecto cuestionado es uno de reforma a la constitución y no uno de ley, según se desprende prístinamente de su lectura y también del examen del requerimiento.

A este respecto, cabe señalar que la norma con rango de ley y la norma con rango de Constitución son fuentes del derecho diferentes, con un distinto procedimiento de generación y con distinta jerarquía, lo cual deriva de los caracteres primarios de toda norma constitucional: rigidez, primacía y fundamentalidad, derivando la ley, en tanto fuente del derecho, del ejercicio de los poderes constituidos por el sistema constitucional, que en sus normas fundamentales establece respecto de la ley la competencia y procedimiento de su dictación, además de las materias a las



cuales se puede referir, subordinando la norma legislativa a la primacía constitucional, tanto en forma como en contenido.

50.- Resulta entonces una cuestión jurídica básica y elemental la diferencia de la ley y de la norma constitucional en tanto fuentes del derecho, lo que además implica que el procedimiento de generación de dichas fuentes del derecho es necesariamente diferente, cuestión que además define el sentido estrictamente jurídico de lo que se denomina rigidez de la norma constitucional, que se traducirá en que las normas constitucionales tienen un procedimiento especial de reforma, que es distinto del propio de la modificación de normas de rango legislativo. Otra cosa significará la rigidez para las ciencias de la sociología, historia y ciencia política, que la entenderá como la dificultad de modificación, es decir, como un adjetivo calificativo de mayor o menor intensidad.

51.- Así, lo primero es determinar que el proyecto cuestionado se examinará en base al procedimiento de creación de normas constitucionales por el constituyente derivado, que en el caso opera en el marco del procedimiento de reforma a la Constitución que la misma establece en el primer acápite de su capítulo XV, en el cual existen similitudes y diferencias con los trámites del procedimiento legislativo.

52.- A lo largo de la historia constitucional de Chile la aplicación de los trámites del proceso de formación de la ley a la reforma constitucional no ha sido un tópico conflictivo, ni menos digno de un debate controversial. En efecto, los propios textos constitucionales disponían expresamente que a la reforma constitucional se le aplicaban los trámites de formación de la ley, zanjando la cuestión, diferenciando la reforma a la constitución solamente a través de normas expresas para determinados trámites.

Es así que en su artículo 168 parte final, tras establecer las formalidades especiales de reforma constitucional, la longeva carta de 1833 disponía perentoriamente, sin excepción ni margen de duda, que se reforma "*procediéndose según lo dispone la Constitución para la formación de las demás leyes*" para lo demás.

Por otra parte, la carta de 1925, en su artículo 108 partía disponiendo que la "*reforma de las disposiciones constitucionales se someterá a las tramitaciones de un proyecto de ley*", para después señalar además cuales eran los trámites especiales y quórums propios y privativos de la reforma constitucional.

53.- La formal continuidad constitucional e institucional entre ambas cartas es lo que permite a algunos hablar en Chile de 140 años de historia constitucional, pudo verse interrumpida, o más bien afectada, al final del gobierno del Presidente José Manuel Balmaceda, y en los períodos 1924-1925 y 1931-1932. Lo anterior resulta de especial relevancia, pues durante esos 140 años, tanto el texto constitucional como las prácticas y las convenciones políticas, es decir, tanto la constitución en sentido jurídico como la constitución en sentido político, hicieron que no cupiera duda alguna respecto de la aplicación del proceso legislativo a la reforma constitucional, llegando a ser denominada por costumbre como "ley de reforma constitucional" y numerada como



ley, a pesar de estar claro que era una fuente del derecho distinta en procedimiento y en jerarquía.

54.- La caída del régimen democrático el 11 de septiembre de 1973 implicó la muerte –o extinción en un sentido técnico constitucional- de la Carta de 1925 ese mismo día en tanto constitución real -sin perjuicio de los copiosos e infructuosos esfuerzos por decir lo contrario, desmentidos en la praxis por la propia junta al señalar por medio del decreto ley N° 128 el sentido que le autoasignó al decreto ley N° 1 que dictó, en orden a que se autoatribuye poderes para redactar e imponer lo que después será la constitución en su texto original*- y la dictación de la carta de 1980 por el régimen militar mediante su decreto ley 3.464 de 1980, echaron por tierra –como en muchas otras materias- los 140 años de historia constitucional a este respecto, pues la carta originalmente otorgada por la junta, en los artículos 116 a 119 del texto original, establecía procedimientos especiales de reforma constitucional, con un grado exacerbado de rigidez, pero sin alusión alguna a los trámites de formación de la ley, con las solas excepciones señalar que:

- se origina por mensaje o por moción
- se aplica el sistema de urgencias del proceso legislativo, lo que era declarado expresamente en el artículo 116, inciso final,

55.- Lo anterior era complementado mandando expresamente al legislador orgánico constitucional para que en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional estableciera lo concerniente a los vetos y tramitación de los proyectos de reforma en todo lo no establecido por la Constitución.

A ello cabe agregar que el texto original de la Constitución de 1980 estableció las normas de formación de la ley dentro del Capítulo de “CONGRESO NACIONAL” en sus artículos 62 a 72, sin que ellas a la vez contuvieran alusión alguna a la reforma constitucional.

A todo lo expuesto cabe agregar que en la comúnmente denominada “historia fidedigna”[†] del establecimiento de la carta de 1980, el Consejo de Estado

* *"El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno..."* señala en su artículo 3° el referido decreto ley 128, a lo cual debe agregarse lo dispuesto en su artículo 2, en orden a que *"Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella"*, de lo cual deriva que la Constitución de 1925 deja de ser un límite jurídico y externo al poder y lo poco que formalmente sobrevive de su texto pasa a ser disponible por la sola voluntad de la junta.

† A este respecto no parece adecuado hablar de “historia fidedigna” respecto de actas de meros órganos asesores y consultivos, que nunca tuvieron el carácter de resolutivo-constituyentes ni menos un mandato democrático del pueblo en las urnas, por lo que no fueron constituyentes ni en sentido deontológico ni ontológico, pues la potestad constituyente, entendida solo como un *factum* de fuerza, estuvo radicada de hecho en la junta militar, que expresamente lo declaró así precisando que se la había auto atribuido ab initio, mediante la dictación del decreto ley 128 de 1973, que “aclara” el sentido y alcance del decreto ley N°1. A causa de ello cabe recordar que muchas normas de la Constitución carecieron incluso de referencias en su sentido de origen



suprimió la posibilidad de constituir comisiones mixtas en el proceso de reforma constitucional, cuestión que fue establecida recién en la reforma constitucional de 2005 por medio de la Ley N° 20.050.

56.- Con todo lo ya expuesto, la constitución en su texto originario eliminó el histórico y tradicional “reenvío” al proceso legislativo (el que sólo fue reestablecido mediante la ley 20.050 de 26 de Agosto de 2005, en su artículo único, N° 50), disponiendo que la tramitación de la reforma constitucional se normaría en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, lo que –interpretando literalmente y prescindiendo de todo otro criterio hermenéutico- en principio lleva a concluir que la tramitación de un proyecto de reforma constitucional y la de un proyecto de ley aparecerían –en lo general- diferenciadas enteramente en el texto original, al punto de poder caracterizarse como instituciones del todo autónomas entre sí, con una aplicación meramente supletoria y en vacío de las normas del proceso legislativo. Un antecedente muy revelador es que a pesar de que los artículos 116 a 119 del texto original de la carta del 80 sólo hablaban de “reforma constitucional”, en ninguna parte de los mismos se hablaba de “ley de reforma constitucional”, terminología que tampoco figura en el originario artículo 63.

57.- A pesar de ello, y siguiendo la tradición política y jurídica, ha sido una convención política y jurídica unánime el denominar “ley de reforma constitucional” a las modificaciones a la Constitución, y aún más que ello, darles número de ley, lo que ha sido practicado por los poderes colegisladores, constituyentes derivados y aun por los órganos de control. Lo anterior es indicativo que el aparente cambio normativo en orden a diferenciar la reforma constitucional de la ley, stricto sensu, no es parte de lo que en sociología se denominaría como “la constitución real”, en su dimensión de praxis de la misma, pues en el período 1981-2005 el sistema político ha asimilado la reforma constitucional a la ley, en todo lo que no esté especialmente reglado a su respecto, al punto que incluso la primera reforma a la Constitución de 1980, la reforma plebiscitada el año 1989, es etiquetada como una ley, con número y forma de ley (N° 18.825), agravada con las formalidades propias de la reforma, convención que ha seguido operando hasta la fecha.

58.- Lo antes dicho resulta de especial relevancia, pues el sistema político entero, Tribunal Constitucional y Contraloría incluidos, han entendido que salvo las formalidades específicas del Capítulo XV de la carta de 1980, la reforma constitucional se tramita como una ley, de lo que deriva que se sancione, promulgue, publique en el Diario Oficial y se le asigne numeración correlativa de legislación, lo que no está dispuesto en ninguna parte, y por ende, emana de una convención política y no de una norma jurídica que sea parte de la constitución formal, es decir, es parte de lo que Ferdinand Lassalle llamaría “constitución real” (¿Qué es una Constitución?,

(baste citar por ej. el actual artículo 63 no. 20° por ejemplo), pues las actas de la junta y del Consejo de Estado fueron secretas hasta bien entrada la década del 2000.



Ferdinand Lassalle, Ed. Ariel, Madrid, 2001), en un sentido sociológico, al punto que en las cátedras de Derecho constitucional es enseñada como “ley de reforma constitucional”, terminología que muy difícilmente puede llamar a equívocos.

59.- Respecto de la tramitación del proyecto de reforma, es del caso señalar que a lo largo del período 1990-2005 los órganos constituyentes derivados han dado tramitación de proyecto de ley a las reformas constitucionales, agregando en lo pertinente las formalidades del capítulo de reforma constitucional contenido en la Constitución de 1980.

60.- De lo anterior, se concluye que el problema de dudar si era o no aplicable el proceso legislativo a la reforma constitucional surge sólo con el advenimiento de la Constitución de 1980, y en realidad sólo desde la instalación del Congreso el 11 de marzo de 1990, hasta la dictación de la ley 20.050, pues desde 1833 hasta el 11 de septiembre de 1973, las normas de los propios textos constitucionales, la práctica del proceso legislativo y el propio sistema político hicieron que no cupiera duda alguna que la respuesta era afirmativa sin excepción alguna, a lo que se agregaban las formalidades especiales y agravadas propias del procedimiento de reforma constitucional, que no eran más que las establecidas expresamente.

61.- Este cambio aparente trajo una serie de complicaciones, tales como la facultad de insistir, las indicaciones, la formación de comisiones mixtas ante el rechazo en una cámara, etc.; frente a ésta última cuestión se señaló que estar en presencia de un verdadero “vacío constitucional”[‡] (que parecía ser más aparente que real), por la suerte de nebulosa normativa que se produciría respecto de ciertas situaciones durante la tramitación de la reforma constitucional, vacío que en realidad significaba la omisión de algunos trámites -comisión mixta por ejemplo- y que vino a ser “llenado” o “cubierto” mediante un importante cambio normativo, que es la norma del nuevo artículo 127, instituido por la reforma de la ley 20.050, que hace aplicables expresamente las normas de formación de la ley en lo no reglado expresamente a propósito del procedimiento de reforma, con el límite del respeto de los quórums de reforma constitucional.

A la luz de lo expuesto, entonces es necesario concluir que la diferenciación de la tramitación de un proyecto de reforma a la constitución y de un proyecto de ley en sentido estricto está hoy dada por lo que expresa y directamente determine una norma constitucional que es diferente.

62.- Tampoco cabe confundir la función que se le entrega al Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales de

‡

En este sentido ver el ya aludido trabajo de Francisco Zúñiga Urbina, “Reforma del Capítulo XV, “Reforma de la Constitución”, en “Reformas Constitucionales”, VVAA, libro colectivo, ed. Lexis Nexis, Stgo., 2005.



aquella que le compete cuando el control recae sobre fuentes de derecho que tienen una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental.

Ello es consecuencia de que la finalidad que persiguen es diferente. En el caso del control sobre reformas **“[e]l objeto del control está representado por normas de rango super-primario, dotadas de fuerza para modificar, mediante un cambio, una adición o abrogación, una parte de la Constitución”** (Ragone, Sabrina (2012). Ob. cit., p. 191). Según Pedro De Vega, la reforma constitucional actúa, en primer lugar, **“[c]omo un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía”** (De Vega (1985). Ob. cit., p. 67).

Tales finalidades no se dan estrictamente en la ley porque ésta, teniendo una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental, busca regular y concretar -en reglas generales, abstractas y predeterminadas- los valores, principios y reglas contenidas en ella.

Las particularidades de las reformas constitucionales explican que el procedimiento para aprobarlas sea diverso respecto al común aplicable a la legislación, exigiéndose un consenso más elevado que la usual mayoría relativa u otra forma de agravamiento.

b. Los límites formales y límites materiales de reforma constitucional.

63.- Dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que nos rige, la autonomía de que goza el poder constituyente derivado para fijar tanto el contenido como la oportunidad de una reforma constitucional encuentra su límite en las normas sobre producción de la reforma que están contenidas en la propia Constitución y que se contienen en su Capítulo XV (arts. 127 a 129).

Esas reglas dicen relación con la forma en que las normas sustantivas deben generarse, señalándole al poder derivado el ámbito competencial y el procedimiento al que debe ajustarse para que tales reglas puedan surgir válidamente. Al conocer de un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de un proyecto de reforma constitucional que vulnere tales reglas procedimentales, el Tribunal Constitucional puede acogerlo en virtud de lo que dispone el artículo 93 N° 3 que le entrega tal facultad.

64.- Resulta más difícil, mientras tanto, justificar la posibilidad de imponer límites sustanciales o materiales al poder constituyente instituido o derivado por parte de los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad de una reforma constitucional debido a que las funciones otorgadas a los Tribunales Constitucionales se desarrollan al interior del orden constitucional constituido para defenderlo de actos



que están subordinados a la Constitución, mientras tanto que cuesta justificar que se permita controlar una modificación a la Constitución porque, como dice Sabrina Ragone, ello provoca una superposición entre el parámetro y el objeto del juicio de constitucionalidad, ya parece poco lógico controlar “una reforma que necesariamente debe modificar (o al menos integrar) la Constitución, de lo contrario no tendría sentido”, lo cual pone “[e]n discusión la dicotomía entre poder constituyente y poderes constituidos, al menos por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales, que se colocan por encima del legislador encargado de llevar a cabo la reforma, en una posición para-constituyente, siendo capaces de las actuaciones del órgano al que la misma Constitución ha conferido la facultad para modificarla” (Ragone, Sabrina (2012).Ob. cit., p. 11).

65.- Surge entonces la duda de si el Tribunal Constitucional puede controlar no sólo los vicios de forma en que podría haber incurrido una reforma constitucional sino también los de carácter sustantivo.

66.- En ese orden, incluso en la poco ortodoxa redacción conceptual del artículo 5º, inciso primero, de la Constitución (soberanía nacional v/s soberanía popular), se reconoce el derecho de autodeterminación, en tanto ejercicio de tal soberanía por el pueblo y por los órganos de representación popular, el más plural y representativo de los cuales es el Congreso Nacional, que en este caso actúa como constituyente derivado. Así, fuera de los límites al ejercicio de la soberanía que establece el inciso segundo del mismo artículo 5º, no existe norma constitucional alguna que limite la atribución parlamentaria consistente en presentar un proyecto de reforma constitucional sobre la materia que los autores de la moción determinen.

67.- Tal derecho de autodeterminación, que se ejerce mediante el poder constituyente, sea originario o derivado, y al ser parte de los artículos 4º y 5º de la Constitución vigente es también parte del parámetro de control, por lo que el ejercicio de atribuciones de control de constitucionalidad no puede ejercerse denegándolo o anulándolo, lo que acarrea como consecuencia que el parámetro y el ejercicio de control deben ser estricta y claramente delimitados y específicos, sin analogías ni reglas que carezcan de explicitación, pues entonces no serían reconocibles los casos y formas de ejercicio de tal potestad, que si es ejercida de manera extensiva y amplia termina invisibilizando al poder constituyente derivado.

68.- En ese marco debe responderse a la pregunta de ¿cuál es el límite de materias a regular en una constitución? Y más allá de todo esbozo técnico, se puede hablar del piso necesario a partir del contenido mínimo de derechos y limitaciones al poder, desde los principios del constitucionalismo clásico y del constitucionalismo social post segunda revolución industrial, pero si se busca un techo como límite máximo de contenidos, la respuesta no puede ser técnica, sino exclusivamente política: serán las materias que el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos (originario o derivado) precise, por ser relevantes o “fundamentales” para el devenir de esa sociedad en ese momento histórico, como lo fue en nuestro país regular



constitucionalmente la nacionalización del cobre o el rol de las Universidades en la televisión, o como en México lo fue regular la cabida máxima de los predios agrícolas comprables por sociedades mercantiles por acciones, o como en Argentina la reivindicación soberana sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur o en Colombia el proceso de paz y de justicia especial transicional, por citar solamente unos pocos ejemplos.

c. La hipótesis de los límites materiales expresos (artículo 5° inciso 2° y 19 N° 26).

69.- Al efecto cabe recordar que diversas constituciones contemplan cláusulas pétreas que imponen un límite insalvable al poder constituyente derivado, ya que constituyen normas intangibles que “[n]o podrían ser reformularse ni aún con el consenso de la unanimidad de la población, con lo cual se estaría en una tensión absoluta con los elementos democráticos presentes en el constitucionalismo moderno” (Colombo Murúa, Ignacio (2011). *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 181).

70.- Por lo tanto, en dichos ordenamientos constitucionales es posible considerar que existen no sólo restricciones formales o procedimentales sino también materiales o de fondo a los que el constituyente derivado debe asimismo ajustarse. En su lectura de nuestra Carta Fundamental los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y José Manuel Díaz de Valdés han identificado como límite material de carácter autónomo y explícito, es decir, consagrado expresamente en la propia Constitución, el contemplado en el artículo 5, inciso segundo, esto es, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

71.- Al respecto don Alejandro Silva Bascuñán sostiene: “[S]i la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inc. 2°), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla constitucional que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido complementando y adaptando” y es por ello que “[e]l trazado del ámbito de competencia confiado al Tribunal Constitucional se esclarece si se toma en consideración que la Constitución Política, en la unidad de su razón, objetivo e imperatividad, es un título representativo que otorga legitimidad a las autoridades que pueden decidir conforme a ella, respetando las bases fundamentales que expresan su filosofía y que están concretadas en sus norma, entre las cuales se encuentran las que dan fuerza jurídica a valores que incluso están por sobre ella misma y que pueden resumirse en que el Estado existe para que en la sociedad se imponga el bien común y en que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Silva Bascuñán, Alejandro (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, pp. 264-265).



72.- Por su parte, según el profesor Humberto Nogueira “[u]na reforma constitucional no podría abrogar o desconocer atributos básicos de los derechos fundamentales ya asegurados por la Carta Fundamental, ya que el artículo 5º de la Constitución establece un límite sustantivo o material expreso, al determinar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana.” (Nogueira Alcalá, Humberto (2009), “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, Nº1, p. 260).

73.- En un sentido coincidente, Díaz de Valdés indica: que “[n]o existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el artículo 5º de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.” (Díaz de Valdés, José Manuel (2006), “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional”, en *Sentencias Destacadas 2006*, p. 157).

74.- Si bien los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana limitan el ejercicio de la soberanía (art. 5 inc. 2º) -encontrándose consagrados no sólo en la Carta Fundamental sino en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes-, puede entenderse que esa limitación incluye la tarea que compete al poder constituyente derivado, en cuanto al alcance que cabe dar al vocablo “esencial” que está contenido en dicha disposición constitucional, el profesor Alejandro Silva indica que “[e]s el mismo que debe reconocerse cuando el art. 19 Nº 26 o el art. 19, Nº 24 inc. 3º se refieren a él”, entendiéndose que “[l]os derechos esenciales deben comprenderse todas las conclusiones que derivan de lo natural”, y que tal concepto “[n]o puede proyectarse hacia consecuencias más o menos lejanas de aquello que es ineludible, por corresponder más bien a las diversas alternativas de aplicación, que provengan de las distintas situaciones de hecho o de la repercusión de innumerables factores secundarios, coyunturales, relativos, discutibles, etc. que deben tomarse en cuenta para concretar las decisiones que se expresan en las normas jurídicas” ((Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV. Ed. Jurídica de Chile, pp. 106-107).

75.- Esta Magistratura, al interpretar el citado numeral 26 del artículo 19 constitucional, ha sostenido que se afecta el núcleo esencial de un derecho a “cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible, cuando se impide su libre ejercicio sometiénolo a exigencias que lo hacen irrealizable” (STC 43 c. 21º, 200 c. 4, 226 c. 38, etc). Asimismo, ha dicho que “la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de



límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación” (STC 792, c. 13°).

76.- Sin perjuicio de lo anterior, no puede olvidarse que sólo se puede hablar de democracia -porque constituye un elemento que la identifica- si existe un reconocimiento previo de los derechos fundamentales que posibilitan su ejercicio. Así una Constitución es legítima en la medida que asegura y consagra en su texto tales derechos, porque ello forma parte del ethos democrático, lo cual nos lleva a afirmar la existencia de un **Estado Constitucional y Democrático de Derecho**. Por lo tanto, si esos derechos no estuviesen establecidos como un límite explícito al poder reformador en el artículo 5 inciso 2°, de todas maneras no podrían ser vulnerados por él porque, como dice Habermas, “[e]stos principios del Estado de derecho estarán enraizados, en los motivos y en el ánimo de los ciudadanos, de un modo más libre y duradero que a través de la inmunización jurídica formal contra el deseo de modificar la constitución por parte de unas mayorías tiránicas” (Habermas, Jürgen (2004). “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios” en *Tiempos de transiciones*, Madrid, Ed. Trotta, p. 148).

77.- En efecto, no puede olvidarse que la racionalidad es la base de las deliberaciones democráticas, por lo que la esencia o núcleo fundamental de los derechos fundamentales resultará resguardado como consecuencia de un ejercicio de la razón bien conducido. Normalmente, se ejemplifican con casos extremos que pasan por alto la posibilidad racional de oponerse a esas reformas constitucionales.

d. La hipótesis de los límites materiales implícitos (artículos 6° y 7°).

78.- Una opción adicional no indicada por el requirente es que la fuente de la reforma pueda alterar algún límite implícito subyacente en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Aquí hay un doble ejercicio retórico en la construcción de un límite. El primero, es una regla de oro del constitucionalismo chileno en orden a sostener el artículo 7° que “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse “otra autoridad o derechos de los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Sin embargo, esta tesis desconoce el origen de la potestad de los parlamentarios en cuanto a impulsar libremente iniciativas de reforma constitucional. Las circunstancias extraordinarias que veda el artículo 7° son obrar fundado en la idea de la excepcionalidad, pero al margen de toda potestad normativa. En cambio, los proyectos de reforma constitucional, en su versión original, lo que hacen es configurar normativamente dichas potestades para hacer frente a circunstancias extraordinarias como los efectos sociales derivados de la pandemia del Covid-19. Ésta justifica el proyecto de reforma constitucional pero no se actúa al margen del derecho.



79.- En ese punto, dimensionan un segundo límite derivado, ahora del inciso 1° del artículo 7° de la Constitución, en cuanto los “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Esta sería un caso de curiosa transfiguración del principio de legalidad elevado a la categoría de principio competencial.

Aquí, asumiendo que los parlamentarios en el ejercicio del poder constituyente derivado configuran un órgano del Estado, están habilitados previamente por su condición de tales y por haber venido precedidos sus poderes de reforma directamente del inciso primero del artículo 127 de la Constitución.

La competencia que tienen para reformar es cuestionada por la sentencia dirimente bajo un argumento que el artículo 6° y 7° de la Constitución no resuelven por sí mismos: esto es que carecerían de competencia por tratarse de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República o por ser leyes de reforma constitucional que tienen tal nivel de detalle que son puramente leyes. En consecuencia, esta tesis no construye un límite por sí mismo desde estos preceptos constitucionales y requiere del auxilio interpretativo de otras reglas. Por eso, apenas, si es que fuera cierta esta tesis, sólo alcanza para construir indeterminados límites implícitos. Pero al ser objeto de interpretación transforman al intérprete en constituyente sin que nada diga la Constitución acerca de que el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución”.

**e. No hay parámetro de control independiente de quién desea controlar.
El problema metodológico de los límites del autocontrol.**

80.- La auto u hetero asignación de poderes de control de reforma constitucional, no exime de la tarea intelectual de identificar la frontera desde la cual se realiza el control y dónde la sustitución. El examen de constitucionalidad de una regla constitucional exige una técnica interpretativa que resulta ajena al deber de esta Magistratura puesto que implicaría sujetar los contenidos constitucionales a una interpretación particular ajena a las formas y competencias que la propia Constitución requiere.

A este respecto, el control de constitucionalidad material de reforma constitucional encierra un problema conceptual: las constituciones se reforman para que su texto exprese algo diferente de lo que expresan al momento de ser reformadas, por lo que si se compara el texto propuesto con el texto existente nunca serán armónicos, lo que en clave de control de constitucionalidad toda reforma sería siempre inconstitucional. Es por ello que para sostener la existencia de un control material -y no solo formal- de reforma constitucional se requiere como presupuesto necesario alguna cláusula pétrea, intangible o inmutable que constituya el parámetro de control.



Por lo mismo, este es un problema no solo normativo, sino que principalmente metodológico. No es posible concebir, a partir de los propios artículos 6° y 7° de la Constitución y fuente de actuación, sin tener certidumbre sobre la fuente de sustentación de dicho control. El problema metodológico se inicia con la singularización del artículo 93, numeral 3° de la Constitución, pero está lejos de terminar ahí. Por lo mismo, buena parte de esta tarea le compete a quién recurre en un caso tan excepcional.

f. El requerimiento NO plantea un parámetro de control de normas constitucionales

81.- En principio, el requerimiento pareciera sostener que la reforma constitucional cuestionada viola el contenido material de la Constitución. En primer término, porque es contraria al sistema de seguridad social previsto en el artículo 19 N° 18 de la Constitución, ya que “permite que quien retire los fondos previsionales los use con cualquier propósito, exento de tributación y sin obligación de devolverlos para los fines para los cuales estaban previstos”, ampliando el destino de la cotización obligatoria, sin proveer alternativas ni soluciones (fs. 71 del requerimiento). Y, en segundo término, porque infringiría normas de iniciativa exclusiva, que son el pilar del régimen presidencial que la Constitución establece (fs. 38 del requerimiento).

Con este punto de partida, se elimina todo debate acerca de los límites reales o aparentes de los artículos 5°, 6°, 7° y 19, numeral 26° de la Constitución que parte de la doctrina ha levantado como límites materiales.

82.- No obstante, este planteamiento, el requerimiento no realiza ningún esfuerzo en identificar dónde se encontraría la fuente de los límites materiales al poder de reforma. Si bien señala abundante doctrina y jurisprudencia comparada y nacional y expone las distintas posturas en torno a la amplitud del control de las reformas constitucionales, no despliega ningún esfuerzo interpretativo en el marco de nuestra Constitución. Es más, no adopta ninguna postura en torno a la amplitud del control de las reformas constitucionales, porque simplemente se limita a clasificarlas como si se tratara de un trabajo intelectual.

83.- La falta anotada es grave y determinante, toda vez que la Carta Fundamental no contiene cláusulas de intangibilidad y no contempla otros límites al poder constituyente derivado que los previstos en su Capítulo XV y, en particular, en el artículo 127. De esta última disposición, solo se desprenden limitaciones formales, en cuanto al órgano competente para realizar la reforma constitucional, los quórums de aprobación, más altos que los contemplados para la legislación ordinaria, y el procedimiento.

84.- Por consiguiente, el requerimiento, para sustentar su tesis de infracción a estándares sustantivos, debió necesariamente acometer una interpretación acerca de la existencia de límites materiales implícitos e identificarlos. Esto se ha hecho



excepcionalmente por algún Ministro de nuestra Magistratura (STC 2152), para indicar “el parámetro supra jerárquico contra el cual es posible sostener la existencia de una inconstitucionalidad de una regla fundamental”, como por ejemplo, el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, o, más ampliamente, el Capítulo I de Bases de la institucionalidad, o el Capítulo III de los Derechos y deberes constitucionales, pero el requirente no lo hizo.

85.- Quizás, precisamente, es esta ausencia interpretativa la que conduce al propio requirente, en definitiva, a descartar que la reforma constitucional objetada implique una infracción al contenido material de la Constitución, incurriendo así en una contradicción. En efecto, en la parte final de su presentación, a fs. 116, el requerimiento sostiene que puede prescindirse de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la amplitud del control de constitucionalidad de las reformas a la Ley Fundamental, ya que lo demandado al Tribunal Constitucional es un pronunciamiento en torno a si la reforma constitucional cuestionada respetó el procedimiento de reforma previsto en el artículo 127 de la Constitución o no. Igualmente, las infracciones a los artículos 19 N° 18 y 65 de la Carta Fundamental se reconducen a una vulneración del artículo 127.

86.- En este orden de ideas, en relación con la supuesta vulneración a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley, es el mismo requerimiento el que previene que “no estamos señalando que la Constitución prohíbe al constituyente reformar las normas que atribuyen al Presidente de la República iniciativa exclusiva en determinadas materias de ley” (fs. 37). A fs. 104 a 108, reafirma esta idea, señalando que la iniciativa exclusiva del Presidente de la República aplica solo en materia legislativa y, en tal sentido, las reformas constitucionales, cualquiera sea la materia que traten, pueden ser promovidas tanto por los parlamentarios como por el Presidente de la República, ejemplificando con varios proyectos de reforma constitucional que modifican el artículo 65 de la Constitución. Por consiguiente, el requirente admite que una reforma constitucional originada en el Congreso Nacional puede modificar las materias de iniciativa exclusiva de ley.

87.- Finalmente, en cuanto a la supuesta infracción al derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental, opera un factor externo que da cuenta también de la insalvable contradicción en que incurre el requirente. Dicho factor es la Ley N° 21.295, cuyo origen se encuentra en un mensaje presidencial y cuyo contenido es muy similar a la reforma constitucional, y, en lo que interesa y en los términos empleados en el requerimiento, permite el uso de las cotizaciones previsionales para un fin distinto del sistema de pensiones y no establece la obligación de reintegro de los fondos retirados. Luego, siguiendo el criterio planteado por el requerimiento, esa ley adolecería de un vicio de constitucionalidad, por ser contraria al artículo 19 N° 18. Sin embargo, en este caso, el requirente, quien promovió, sancionó y promulgó esa ley, no objetó su constitucionalidad.



88.- En consecuencia, si bien el requerimiento, inicialmente, pareciera plantear que la reforma constitucional incurre en vicios de fondo, luego lo descarta absolutamente.

Esta cuestión tampoco lo resuelve la sentencia quién da por evidente que controla toda la Constitución para después remitir a una inexacta cita de una sesión de la Comisión Ortúzar sobre el control de las bases institucionales. Esto se examina más adelante en esta disidencia, pero cabe reiterar que no basta un control sin parámetro de control: la Constitución subordina las leyes pero la Constitución no subordina disposiciones pretendidamente inconstitucionales salvo que se construya el armazón teórico para sostenerlo.

g. Este no es caso que comprometa la democracia ni el estándar de garantías de la dignidad humana y los derechos fundamentales.

89.- Sin perjuicio de lo ya señalado, atendido que el requerimiento lo plantea de manera oblicua, cabe pronunciarse sobre si procede el control sobre la norma de reforma o no.

En este orden de ideas, cabe tener presente dos premisas como punto de partida. Primero, nuestra Constitución no contiene cláusulas de intangibilidad, como la Constitución de Alemania, Francia, Italia y otras. Segundo, el artículo 127 de nuestra Carta Fundamental, que, en los términos de la profesora Miriam Henríquez, es una norma sobre la reforma y, por tanto, norma de competencia (Henríquez, Miriam (2011). El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. *Anuario Derecho Público* UDP: 461-477), establece únicamente límites formales: su inciso primero establece los órganos competentes para ejercer el poder de reforma, siendo estos el Presidente de la República o cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional, y la remisión que efectúa al artículo 65 de la Constitución guarda relación con el número máximo de diputados o senadores que pueden firmar una moción de reforma a la Constitución; su inciso segundo dispone sobre el quórum de aprobación de la reforma constitucional, exigiendo un quórum agravado para la reforma a los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV de la Constitución; y, por último, el inciso tercero previene que en la tramitación de los proyectos de reforma constitucional se aplicarán las normas sobre formación de la ley, en lo no previsto en el Capítulo XV.

90.- Por su parte, la profesora Miriam Henríquez plantea “reconocer la existencia de límites implícitos a la reforma de la Constitución [es discutible y problemático], puesto que estos serían los queridos por el intérprete” (Henríquez, Miriam (2011), op.cit., p. 465). En esta misma línea, Sabrina Ragone señala que estos límites implícitos son problemáticos “porque dependen, sustancialmente, de los contextos social, jurídico, económico y cultural de referencia, cambiantes en el tiempo” y plantean un serio problema en lo que se refiere a la identificación de los mismos (Ragone, Sabrina (2012). El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos



teóricos y comparativos (Rodrigo Brito Melgarejo, Trad.). México: Editorial Porrúa, p. 47 y 48).

Esta última autora identifica un solo origen en los diversos límites materiales, explícitos e implícitos, previsto en las constituciones de los países: “la forma de Estado en sentido amplio: el valor siempre irrenunciable, de hecho, es la democracia, seguida de sus corolarios como la soberanía popular, el pluralismo, la separación de poderes y los derechos fundamentales” (Ragone, Sabrina (2012), op.cit., pp. 198 y 199).

91.- En este orden de ideas, la reforma constitucional cuestionada en el requerimiento no toca ninguno de las materias antes señaladas y que en otras constituciones constituyen límites materiales. En primer término, porque la reforma no modifica ni suprime un derecho fundamental, de lo contrario, habría que entender que la Ley N° 21.295, muy similar y cuyo origen se encuentra en un mensaje presidencial, es inconstitucional. Además, si el parámetro empleado para juzgar si la reforma constitucional modifica el derecho fundamental a la seguridad social es la suficiencia de las futuras pensiones o su destino, entonces habría que afirmar desde ya la inconstitucionalidad del sistema de pensiones de capitalización individual dado el bajo nivel de las pensiones otorgadas por el sistema, por un lado, y el uso de los fondos previsionales para el financiamiento del mercado de capitales, por el otro. Y, en segundo lugar, porque si bien el requirente no lo afirma expresamente, sí parece insinuar que se alteraría la forma de gobierno, sin embargo, ello es distinto a cambiar la forma de Estado y, por tanto, no está comprendido entre los límites materiales identificados en otras constituciones.

92.- Por último, dado que el control de una reforma constitucional a la luz de unos supuestos límites materiales implícitos exige una determinada interpretación por parte del órgano que ejerce ese control, ello colocaría al órgano de control, en este caso, al Tribunal Constitucional, por sobre el poder constituyente del Congreso, en circunstancia que ambos son poderes constituidos. Entonces, desde este punto de vista, los únicos límites que el órgano de control puede examinar en una reforma constitucional son aquellos que la propia Constitución ha establecido en forma expresa, de lo contrario, se produciría la abrogación del poder constituyente del Congreso.

93.- En este sentido y considerando que el ejercicio del poder constituyente tiene como función la adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política (Henríquez, Miriam, op.cit. pp. 469 y 470), nuestra Constitución contempla mecanismos que equilibran el ejercicio del poder constituyente por parte de los órganos competentes para ejercerlo, permitiendo una solución política al conflicto. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta Fundamental, el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional puede ser vetado total o parcialmente por el Presidente de la República y, en el evento que el Parlamento insistiere en su proyecto de reforma tal como fue aprobado, el Presidente puede consultar a la ciudadanía mediante plebiscito.



94.- Además de lo expresado cabe considerar que incluso si hubiere norma que determine una reserva material de lo que puede o no puede estar regulado en disposiciones transitorias, la misma debiese ser una norma general sobre reservas materiales, que debiera aparecer entonces contenida en la propia constitución (tal norma es inexistente), y que aún así sería entonces modificada de manera específica por una norma especial del mismo rango constitucional, aprobada con el mismo procedimiento y quorum de reforma constitucional general, de lo cual no derivaría inconstitucionalidad alguna.

95.- A todo evento, cabe considerar que el proyecto cuestionado no se refiere a una derogación o abolición de la forma democrática de gobierno ni de la cláusula de la dignidad humana ni al repudio de los derechos fundamentales, motivo por los cuales, a efectos del parámetro de juzgamiento de la presente causa, ni siquiera es posible entrar en el rico debate planteado por la doctrina acerca de la existencia o inexistencia de limitaciones materiales al poder de reforma constitucional, que es abordado en función de las posibles limitaciones a la regulación de dichas temáticas (A propósito de este debate ver, entre otros, Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones Sobre Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y la Práctica Constitucional. *Ius et Praxis* [online]. 2009, vol.15, n.1 [citado 2020-12-23], pp.229-262. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100007&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-0012.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-0122009000100007> y Zuniga Urbina, Francisco. Nueva Constitución y Operación Constituyente: Algunas notas de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente. *Estudios constitucionales* [online]. 2013, vol.11, n.1 [citado 2020-12-23], pp.511-540. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100014&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-5200.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100014>), salvo que se considere erradamente- que la opción legislativa de la junta de gobierno por un sistema de capitalización individual pagado por el trabajador en afiliación forzosa sería pretendidamente parte de la dignidad humana o del estándar mínimo del régimen democrático o que el contenido del decreto ley 3.500 se encontraría supuestamente constitucionalizado en el numeral 18° del artículo 19, todas premisas erradas, pero que resultarían ineludiblemente presupuestos necesarios de la tesis sostenida en el requerimiento.



C. La competencia del TC en materia de control de reformas constitucionales.

a. El artículo 93 N° 3 en relación con las reformas constitucionales. El TC del 70 sin competencia.

96.- Con anterioridad a la promulgación de una reforma ya aprobada por los órganos colegisladores, la propia Constitución establece que se puede presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que éste resuelva acerca de las cuestiones de constitucionalidad que hayan surgido durante el proceso de formación del proyecto respectivo, de acuerdo a lo que dispone el art. 93 N° 3 y los incisos 4° a 6° de esa disposición.

Tal control no era posible bajo la Carta de 1925, por cuanto el Tribunal Constitucional creado por la ley N° 17.284, de enero de 1970, y que comenzara a funcionar en septiembre de 1971, no tenía la facultad de conocer de los cuestionamientos formulados a proyectos de reforma constitucional. Ello lo llevó a declararse incompetente para conocer de un requerimiento presentado por el Presidente de la República en contra de un proyecto de reforma constitucional que fijaba tres áreas de la economía (STC Rol N° 15, de 30 de mayo de 1973). Al fundamentar su declaración, el Tribunal sostuvo que sólo tenía competencia para conocer de cuestiones suscitadas respecto de un proyecto de “ley”, no siendo el vocablo “ley” comprensivo de las normas constitucionales, por cuanto, al regirse dicho órgano “íntegramente por el Derecho Público. Dentro de esta rama del derecho, las normas jurídicas que lo integran son imperativas y prohibitivas” (c. 1°), debiendo por ello emanar su competencia de un texto expreso y “este texto debe ser interpretado restrictivamente, porque tal es la característica inherente a la interpretación de las normas de Derecho Público” (c. 3°), por lo cual, ante la duda acerca de si tenía competencia debía inclinarse por la negativa (c. 4°), siendo ello “más fuerte si se considera que a falta de un tribunal de conflictos es el propio órgano el que debe resolver si tiene o no competencia para conocer de un asunto y sin que su fallo sea recurrible” (c. 5° a 7°).

b. No puede prosperar un requerimiento que puede producir efectos en normas constitucionales vigentes.

97.- Hay un margen para entender qué es una cuestión de constitucionalidad. Sin embargo, el presupuesto de lo que será implica impugnar un “proyecto de reforma constitucional” y no la Constitución misma.

Sin embargo, en este caso la declaración de inconstitucionalidad inevitablemente producirá consecuencias en la disposición transitoria trigésimo



novena que regula el llamado coloquialmente “primer retiro”. En efecto, si se compara la norma transitoria vigente y el proyecto de reforma en estudio, y su tramitación (moción parlamentaria), de ello resultaría que todo pronunciamiento sobre el “segundo retiro” vía reforma constitucional, producirá consecuencias en el texto vigente del artículo trigésimo noveno transitorio constitucional.

98.- Resulta que la aceptación de la tesis expuesta en el libelo pretensor, debiese necesariamente llevar a concluir que la disposición trigésimo novena transitoria vigente de nuestra Carta Fundamental adolecería de graves vicios de inconstitucionalidad de un modo reflejo, en tanto, también tuvo por origen una moción de parlamentarios y su contenido, es prácticamente idéntico al proyecto de autos. Lo anterior, se traduciría en un actuar del Estado contrario a la Constitución.

c. Tenemos competencia acotada sin ejercer poder constituyente. Árbitros no sustitutos del poder constituyente.

99.- Se ha sostenido que “el control de constitucionalidad de una reforma es, probablemente, el fragmento más delicado de toda la teoría del control de la producción estatal, en razón de que tal enjuicia y pone en evidencia quien tiene la última palabra de la arquitectura del poder y los derechos fundamentales. Visto desde esta óptica, el control jurídico se trataría, por decirlo de una vez y en pocas palabras, de la competencia de las competencias; a la función específica consistente en interpretar los significados de la realidad constitucional, los jueces agregarían la potestad de constituir las reglas mismas” (Ferreyra, Raúl Gustavo (2007). *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*. México. Ed. Porrúa, pp. 153-154).

100.- El Tribunal Constitucional no puede convertirse en un sustituto del poder constituyente, sino en un mero árbitro que resuelve un conflicto entre órganos cuando conoce de un requerimiento deducido por algún órgano legitimado que le plantea un conflicto jurídico y normativo para que lo resuelva ajustado a lo que la propia Carta Fundamental determina. En ese sentido, tiene una competencia muy acotada, debiendo actuar con prudencia y conforme a los principios de deferencia y de interpretación conforme a la Constitución, reconociendo la esfera de discrecionalidad de que goza el poder reformador. No hacerlo así conlleva el peligro de atentar en contra de su propia legitimidad al enfrentarse con un poder que es muy fuerte desde la perspectiva democrática: el poder constituyente derivado o reformatorio de la Constitución.

101.- Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha expresado que la autonomía del legislador -y por cierto también y, con mayor razón la del poder constituyente derivado- “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa” (STC Roles Nos. 1219, c. 10 y N° 1295, c. 28), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre ella (STC Roles N° 141, c. 26°; 465 c. 22°; 1838



c. 36°; 2487 c. 15°, entre otras), por cuanto esta Magistratura “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales” (STC Rol N° 517 c. 12°). Es por ello que este Tribunal no puede incorporar “a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter” (STC Roles N° 231, c. 7° y N° 242 c. 3°), debiendo “prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual” (STC Rol N° 325, c. 38). Tampoco está facultado para cuestionar “la precisión, completitud y eficiencia de la ley”, ya que no puede sustituir “el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea” (STC Rol N° 1295, c. 2). En definitiva, como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del “judicial restraint” –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la “deferencia razonada” o de la “corrección funcional”, el cual –según Pérez Luño- “[o]bliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución” (Pérez Luño, Antonio E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Ed. Tecnos, 10° ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.

d. El TC no puede controlar los fines establecidos en el artículo 135. No son justiciables. Nadie puede intervenir sobre la Convención.

102.- Cabe también tener presente que el nuevo artículo 135 introducido a la Constitución por la reforma de la ley N° 21.200, de 24 de diciembre de 2019, impone un límite material al texto de nueva Constitución que se someterá a plebiscito. En efecto, el inciso 4° y final de la referida disposición establece: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Como puede observarse, se trata de una regla dirigida a la Convención Constitucional que elaborará ese nuevo texto para que la ciudadanía, a través del ejercicio del poder constituyente original, decida si lo aprueba en el proceso constituyente democrático que traza la propia Carta.

103.- La imposición, a través de una regla expresa, de un límite material al que debe sujetarse la Convención Constitucional fue fruto de una decisión soberana del poder constituyente derivado, lo que pone de relieve la necesidad de ese tipo de restricciones sea expresamente establecido en la Carta Fundamental, como sucede en las diversas constituciones que contemplan reglas intangibles respecto de ciertas materias.



Por otra parte, de acuerdo a los incisos 1° a 3° del mismo precepto introducido a nuestra Carta Fundamental por la ley de reforma N° 21.200: “La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes./ Mientras no entre en vigencia la nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla./ En conformidad al artículo 5°, inciso primero de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución”. En consecuencia, la Constitución dispone una abstención de doble vía. Ningún poder u órgano, ni siquiera el poder constituyente derivado, puede incidir en lo que resuelva la Convención y ésta tampoco en la dirección contraria.

104.- Pues bien, como durante el funcionamiento de la Convención el poder constituyente derivado seguirá siendo ejercido por los poderes colegisladores - Presidente de la República y Congreso Nacional- y la facultad de ejercer el control de constitucionalidad confiada a esta Magistratura sólo dice relación con las cuestiones de que susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional que estén conociendo las Cámaras, no tiene competencia para juzgar las actuaciones de la Convención y, por lo tanto, tampoco para controlar si ella se ajustó a los fines a que el inciso final del artículo 135 se refiere. Si el constituyente derivado de la ley N° 21.200 hubiese querido confiarle al Tribunal esa función lo debería haber hecho en una regla especial, tal como sucedió con la del art. 136, que le confía a la Corte Suprema el conocimiento de los reclamos que se produzcan en contra de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, sin que tenga tampoco dicha Corte la facultad de conocer de reclamos “sobre el contenido de los textos en elaboración” (inciso 1°).

VI. ARGUMENTOS DE FONDO PARA RECHAZAR.

1. Las disposiciones transitorias (DT) y las normas permanentes.

a. Lo cuestionado por el Presidente de la República.

105.- Respecto de las disposiciones transitorias de la Constitución (DT) los cuestionamientos del requerimiento son de doble naturaleza: por exceso y por defecto a partir de una determinada definición de lo serían.



En tal sentido, las reglas de esa índole, a juicio del Presidente, “no tienen eficacia propia ni validez jurídica más allá del objetivo que cumplen: hacer aplicables otras reglas. Ello que no acontece con las normas constitucionales, las que siguen indefinidamente y no tienen plazo de caducidad e ineficacia”, siendo entonces reglas secundarias “en un doble carácter: por una parte, porque son reglas que se refieren a la vigencia de otras reglas y por la otra, porque van dirigidas a las autoridades que deben aplicarlas y no a regular la vida de los ciudadanos o individuos”, estando prohibido “reformular la Constitución permanente sin cambiar expresamente sus palabras, frases, artículos, disposiciones expresas vía aprobar otras que se incorporan a ella, derogan las existentes o enmendarlas” por cuanto ello significaría “reformular implícita o tácitamente sus disposiciones permanentes, como el Proyecto propone” (fs. 68 del requerimiento).

En consecuencia, las DT tendrían una naturaleza de mera ejecución armónica, sometidas a normas permanentes, de eficacia temporal, de segundo grado puesto que se orientan a regular actos de los poderes públicos, sin autonomía e incapaces de configurar gasto.

Entonces los excesos de la disposición transitoria cuestionada serían fácilmente identificables, como una norma autónoma, desligada de una regla permanente, que crea gasto y se orienta a regular derechos ciudadanos, en particular, la seguridad social. En consecuencia, habría disposiciones transitorias que tendrían una especie de rango de ley.

b. Las DT: constitucionalidad, historicidad, características normativas y comparación constitucional.

b.1.- La constitucionalidad de las Disposiciones Transitorias.

106.- La primera objeción implícita es llevar materias de ley a norma transitoria con lo cual se estaría generando una especie de leyes transitorias constitucionales.

Esta crítica no reconoce que quiere fundar dos tipos de norma transitoria introduciendo en el lenguaje normativo una distinción sobre su verdadero rango a partir de una teoría normativa que “ponderase” el valor, orientación y finalidad de estas reglas.

Nos parece que el punto de partida es un profundo error jurídico. Toda disposición transitoria es norma constitucional. No se puede solicitar resolver un problema de quórum constitucional cuando todas las disposiciones transitorias han sido adoptadas mediante un quórum agravado y parejo. Son formalmente constitucionales porque han sido adoptadas en un procedimiento agravado, regido por el Capítulo XV de la Constitución y son parte integrante del cuerpo normativo



que se entiende por Constitución. Todos los medios oficiales que se refieren a la Constitución los incluye y cuando algún autor las ha excluido ha sido objeto de severas críticas jurídicas. Después veremos el problema de su naturaleza jurídica propiamente tal.

b.2.- Historicidad de las Disposiciones Transitorias.

107.- Una de las cuestiones que el requerimiento sostiene es una especie de tradicional constitucional chilena que aludiría al sentido restringido, temporal y ejecutivo de todas las normas transitorias chilenas. Además, lo hace sosteniendo que la doctrina nacional no se ha referido a esta materia

Éstas son afirmaciones tan audaces como incorrectas. Por cierto, que hay doctrina que ha explicado estos problemas y ha identificado la naturaleza contingente y heterodoxa de las DT. Por cierto, que hay normas que encajan en una definición estrecha como la hecha por el requirente, pero el problema se produce con aquellas más amplias.

Aquí un severo problema histórico que tiende a deslavar la relevancia de estas normas claves aquí y en otros lugares.

108.- En la descripción del requerimiento sobre las disposiciones transitorias hay una cierta asepsia jurídica, como si fueran reglas formales, de ejecución y adecuación. Detrás de esta concepción, a objeto de sugerir que el problema es más técnico que político, da cuenta de una negación histórica del valor de las disposiciones transitorias vigentes.

Todas ellas tienen una razón de ser y un conflicto que las funda. Incluso la Constitución paralela de los ochenta es inescindible del régimen militar; así como la disposición que reguló que el primer período democrático presidencial fuera de cuatro años inaugurando la transición democrática bajo la Presidencia de Patricio Aylwin. O que la nacionalización del cobre es un legado sacralizado en la Constitución. O que la Corte Penal Internacional fue incluida para precisar que ella no juzgaría delitos de lesa humanidad acontecidos con anterioridad a su entrada en vigor. O que la regla que incrementó el quórum del sistema electoral a los 3/5 fue la última cláusula del acuerdo global de las reformas del año 2005.

Y que la disposición trigésimo novena transitoria es una más de aquellas que es el resultado del principal trastorno sanitario, económico y social de todo este siglo que representa el Covid 19 para nuestras comunidades. Detrás de esta asepsia no puede haber amnesia histórica.

Por lo demás, una sencilla mirada a otras Constituciones da cuenta de la misma función histórica sin realizar ningún examen exhaustivo. En Argentina la



reivindicación soberana sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur o en Colombia el proceso de paz y de justicia especial transicional.

b.3.- La Constitución paralela del ochenta.

109.- Y si de “Constitución paralela” hablamos, hay que recordar la única que, en su conjunto, sí se conformaba completamente por lo que el requerimiento ha denominado bajo tal carácter. Ésta incluía desde normas de proceso legislativo hasta estados de excepción y atribuciones administrativas de expulsión del país, como disponía su norma vigesimocuarta transitoria.

Asimismo, destaca la regla “21° transitoria original” que, impidiendo la entrada en vigor de gran parte de los preceptos de carácter orgánico de la Carta, indicaba que durante “*el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución: a) Los artículos 26 al 31 inclusive, los números 2°, 4°, 5°, y la segunda parte del número 16° del artículo 32; el artículo 37; y el artículo 41, número 7°, en su referencia a los parlamentarios; b) El Capítulo V sobre el Congreso Nacional con excepción de: el número 1° del artículo 50, los artículos 60, 61, los incisos tercero a quinto del artículo 62, y el artículo 64, los que tendrán plena vigencia. Las referencias que estos preceptos y el número 3° del artículo 32, el inciso segundo del número 6° del artículo 41, y los artículos 73 y 88 hacen al Congreso Nacional o a alguna de sus ramas, se entenderán hechas a la Junta de Gobierno. Asimismo, la elección a que se refiere la letra d) del artículo 81, corresponderá hacerla a la Junta de Gobierno; c) En el artículo 82: los números 4°, 9° y 11° de su inciso primero, el inciso segundo en su referencia al número 9° y los incisos octavo, noveno, décimo, decimosegundo, decimocuarto y decimoquinto. Tampoco regirá la referencia que el número 2° hace a la reforma constitucional, ni la segunda parte del número 8° del inciso primero del mismo artículo en lo atinente al Presidente de la República, como tampoco las referencias que hacen a dicho número, en lo concerniente a la materia, los incisos segundo y decimotercero; d) El Capítulo XIV, relativo a la reforma de la Constitución. 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, y e) Cualquier otro precepto que sea contrario a las disposiciones que rigen el período presidencial a que se refiere la disposición decimotercera transitoria.”*

b.4.- La definición de Disposiciones Transitorias.

110.- El requerimiento reprocha además que la regla del proyecto de reforma se haya incorporado a través de una disposición transitoria. Según el Diccionario de la Lengua Española, transitorio es “que tiene una duración limitada, que no es para



siempre”, “que dura relativamente poco tiempo”, es decir, tal vocablo se opone a lo permanente, aplicándose a normas de diferente jerarquía.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del español jurídico señala que las disposiciones transitorias “deberán utilizarse con criterio restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente e incluirán por su orden: regulación autónoma de la anterior y nueva normativa para situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor; las que declaren la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua respecto de situaciones jurídicas anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa; las que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la norma nueva para situaciones ya creadas al amparo de la anterior norma; las que declaren pervivencia de la antigua para situaciones jurídicas creadas después de la entrada en vigor de la nueva; y las que regulen de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor. No podrán tener carácter de transitorias las que difieren la aplicación de determinados preceptos sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo, y las que dejen de tener eficacia cuando se apliquen una sola vez.” Por lo tanto, de acuerdo a tal definición, es posible regular situaciones jurídicas de forma autónoma y provisional mediante disposiciones transitorias, lo que no constituye una novedad en la práctica que de ellas ha hecho el constituyente derivado chileno.

111.- Ahora bien, la necesidad de dictar disposiciones transitorias para incorporarlas al texto constitucional se explica en que “no obstante la inherente inseparabilidad lógica y normal de la cualidad de inmutable de la regla constitucional, el establecimiento de ésta provoca de ordinario la necesidad de promulgar algunas normas transitorias que propenden genéricamente a la mejor incorporación de la nueva ordenación básica a la sociedad política que se va a encuadrar” (Silva Bascuñán, Alejandro (1971). *El valor jurídico de las disposiciones constitucionales transitorias*, RDJ, Tomo LXVIII, p. 75).

Ellas tienden entonces a disponer, entre otras materias, la época en que comiencen a regir nuevas normas constitucionales, una condición suspensiva de vigencia normativa, la oportunidad para realizar ciertos actos, mecanismos para facilitar el cumplimiento de nuevas normas, la derogación de reglas de rango inferior, el territorio en que comenzarán a regir determinadas normas.

112.- La expresión “transitoria” es, sin embargo, equívoca porque pareciera sugerir que a mediante reglas de ese tipo sólo es posible la regulación de la eficacia intertemporal o la entrada en vigencia de una norma, como si tratara de una materia pasajera, temporal o destinada a caducar. Sin embargo, no toda disposición transitoria responde a tal descripción y por ello es indispensable examinar el objeto de cada una de ellas para verificar su estructura normativa, lo que nos lleva a constatar que existen disposiciones transitorias que se dictan para regular situaciones excepcionales que incluso a veces tienen vigencia permanente, de acuerdo a las razones que tuvo en



cuenta el poder constituyente derivado para hacerlo (por ejemplo: disposición 17° transitoria incorporada a la Carta de 1925 que dispuso la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y que luego, a través de la disposición 3° trans. de Constitución de 1980 aún le da rigor para hacer pervivir efectos normativos pasados).

113.- Las disposiciones transitorias no solo regulan la vigencia temporal o territorial de las normas constitucionales o de sus reformas. En efecto, es perfectamente posible, como consta al revisar las disposiciones transitorias introducidas a la Carta de 1980, que ellas regulan materias sustantivas y excepcionales ya sea: a) dentro de la lógica de la temporalidad e instantaneidad (en cuanto a que se agotan cuando se cumplen) -como ocurrió, por ejemplo, con la disposición referida a la Corte Penal Internacional (art. 24° transitorio) o sucederá con la disposición transitoria que permite la paridad de género en el resultado de las elecciones de los convencionales constituyentes- ya sea: b) como materias permanentes, como sucede con la disposición 13° transitorio en cuanto al quorum de votación para modificar la LOC sobre Votaciones Populares en relación a la elección de senadores y diputados o con la que nacionalizó las empresas de la Gran Minería del Cobre (17° transitoria de la Carta de 1925) y que el constituyente de 1980 recoge en la disposición tercera transitoria.

114.- Como nada impide, por lo tanto, que el constituyente derivado introduzca disposiciones constitucionales transitorias que sean posteriores al establecimiento del texto original y vigente, tales reglas lo modifican en lo que sea pertinente. Se trata de normas que poseen la misma jerarquía constitucional de cualquiera otra regla permanente introducida derivado ya que se sujetan a las mismas normas de procedimiento de reforma que si se trata de reglas permanentes. Es por ello que "una vez ´promulgado el proyecto de reforma y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta" (art. 129 inciso final).

b.5.- Las características de las Disposiciones Transitorias.

115.- En consecuencia, las características de las DT son su:

a) Naturaleza constitucional. Esto implica que nada que esté dentro de la Constitución le es ajeno y, por cierto, teniendo ese rango pueden incorporar nuevas reglas y materias como DT. Las disposiciones transitorias forman parte de la Constitución y por lo tanto están sujetas a lo dispuesto en el artículo 127. las normas transitorias integran el texto de la Constitución tal como las normas permanentes, tienen la misma jerarquía y una misma fuente de origen, el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, según corresponda. El mismo requirente



señala que “[d]esde el punto de vista de su obligatoriedad, las disposiciones constitucionales permanentes y las transitorias no difieren en nada” (fs. 63).

b) Autonomía competencial. Sujeto a las reglas del artículo 127 ambos poderes constituyentes derivados pueden ingresar materias a ese apartado de la Constitución con libertad constituyente de configuración. En principio, no hay reglas de prevalencia o derrotabilidad entre DT definidas por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República, con la sola salvedad de los desacuerdos esenciales. Habrá reglas definitivas impulsadas por el Congreso con la oposición del Presidente, cuando aquél insista por los dos tercios de los parlamentarios en ejercicio en cada cámara. A su vez, el Presidente podrá doblemente derrotar reformas que no estima convenientes por el veto impeditivo o si es vencido por la apelación al plebiscito.

c) Relaciones no dependientes entre norma permanente y DT. Hay de todo tipo de vínculos. Hay DT que son una mera adecuación de normas permanentes como la 12° (Ley N° 20.050). Otras regulan un plazo de vigencia como la 16° (Ley N° 20.050). Sin embargo, lo que mayormente regulan son una práctica jurídica que da cuenta de que se han incorporado disposiciones transitorias a la Constitución sin modificar su texto permanente. Es el caso de las disposiciones transitorias 24ª (Ley N° 20.352), 26ª (Ley N° 20.644), 29ª a 31ª (Ley N° 21.216 y Ley N° 21.296), 32ª (Ley N° 21.219), 39ª (Ley N° 21.248), 41ª (Ley N° 21.257) y 42ª (Ley N° 21.261). Perfectamente, una DT puede ser contradictoria con una norma permanente porque esa es la decisión del constituyente como la 9° DT (Ley N° 19.591).

d) Las DT no decaen se derogan. Las disposiciones transitorias se mantienen formalmente vigentes mientras no sean derogadas. Así por ejemplo, muchas de ellas que se referían al estatuto de poderes de la junta militar en los 80, fueron expresamente eliminadas por la reforma constitucional del año 2005 y su texto sistematizado fue fijado como lo conocemos hoy mediante el D.S. N° 100 del año 2005. Por lo mismo, no caen en desuso como la función de las normas transitorias es más amplia de aquella que le atribuye el requerimiento. Así, por ejemplo, la disposición transitoria 13ª establece el quórum exigido para modificar la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios en lo que diga relación con el número de senadores y diputados, las circunscripciones y distritos existentes, y el sistema electoral vigente, vale decir, eleva el quórum de aprobación de una ley orgánica constitucional, dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución. Esta no es una disposición que, en los términos señalados por el requirente a fs. 62, caerá en desuso o inutilidad cuando cumpla el objetivo para el cual fue promulgada, toda vez que la disposición transitoria 13ª no cumple ninguna función de adecuación respecto de una norma permanente y solo perderá eficacia cuando sea modificada.

e) Pueden regular materias permanentes. En las DT de la Constitución actualmente vigente se contienen regulaciones de muchas cuestiones de carácter permanente y no meramente temporal, como por ejemplo la pervivencia de pertenencias mineras anteriores al Código del ramo de 1982, la pervivencia de los



estacamentos salitreros, parte del estatuto de CODELCO y la minería nacionalizada, las bases constitucionales de la adhesión de Chile al Tribunal Penal Internacional, la validación a futuro de tributos de afectación preconstitucionales, el indulto por delitos anteriores al 11 de marzo de 1990, la pervivencia de tratados internacionales preconstitucionales y el traspaso de potestades de intendentes a gobernadores regionales, sin que nunca se haya sostenido su inconstitucionalidad ni su invalidez por estar en el capítulo de disposiciones transitorias.

f) Predomina un sentido temporal de las DT. A pesar de su vigencia formal, las disposiciones transitorias suelen reglar situaciones o hipótesis de hechos que es reconocible que tendrán una limitada ocurrencia en el tiempo, y por ello su adjetivo de “transitorias”, pues su objeto de regulación no es permanente, al referirse a atribuciones o ejercicio de derechos en un período determinado o condicionado y no con carácter de indefinido, por lo que no se incluyen en el cuerpo principal.

b.6.- Las Disposiciones Transitorias y las materias de ley.

116.- Las materias de ley establecidas en el artículo 63 de la Constitución tienen por objeto delimitar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, estableciendo un sistema de dominio legal máximo, de manera que en las materias que no sean de ley, puede operar el reglamento. El sentido por el cual existen materias de “iniciativa exclusiva” del Presidente de la República se delimitan en el numeral 14° del artículo 63 de la Constitución. Su alcance puede ser amplio, como lo revela el propio numeral 20° del artículo 63, pero la correlación normativa que está en juego es la delimitación de atribuciones entre ley/reglamento y no entre poderes colegisladores vs. constituyentes.

En consecuencia, lo anterior es sin perjuicio de la potestad reglamentaria de ejecución. En este sentido, es perfectamente posible que la Constitución contenga normas propias de ley.

117.- En esta línea, puede señalarse que las disposiciones transitorias 34^a, 35^a, 36^a, 37^a y 42^a modifican de manera excepcional lo dispuesto en disposiciones de rango legal y abordan materias de ley. Asimismo, también regula materias de ley la disposición transitoria 39^a, que autorizó un primer retiro excepcional de los fondos previsionales y cuya constitucionalidad no fue objetada, a pesar de ser de un tenor similar a la reforma constitucional que cuestiona el presente requerimiento. Además, la propia Ley N° 21.295 promovida por el Ejecutivo refiere a esa disposición transitoria, validándola, al establecer que el segundo retiro no es incompatible con el primero.



b.7.- Consideraciones finales sobre las Disposiciones Transitorias y sobre la excepcionalidad de las Disposiciones Transitorias cuestionadas.

118.- Las disposiciones transitorias no habían significado ningún problema normativo hasta el año 2020. Los ejemplos están todos dados y la perspectiva histórica de su entendimiento también.

Esto lo convierte en normas y en una costumbre constitucional. Incluso, sustantivamente, el cuestionamiento del Presidente de la República no se refiere al fondo del asunto, puesto que ya lo aprobó doblemente, tanto por no recurrir contra la disposición 39 ° transitoria como por aprobar la Ley N° 21.295.

119.- A raíz de la pandemia y sus efectos, nos encontramos frente a un periodo excepcionalísimo, que nos ha arrastrado a condiciones económicas y sociales negativas, que requieren ser mitigadas por el Estado, conforme a su deber constitucional siendo el Presidente de la República el que, como Jefe de Estado, debe encabezar dicho proceso.

En razón de ello, se han dictado una serie de medidas excepcionales que han tenido por objeto paliar los efectos devastadores de la crisis económica y social que nos afecta. Es en este contexto económico y social, que se han dictado una serie de medidas excepcionales a efectos de mitigar los efectos de la crisis que ha experimentado el país, lo que se ha concretado en al menos 39 leyes o reformas constitucionales asociadas a la pandemia, muchas de las cuales tienen por objeto mitigar los efectos de la crisis, además de un sinnúmero de Decretos Supremos que tienen por objeto morigerar dichos efectos destinando recursos extraordinarios para tales efectos. Lo que estas medidas han hecho es intentar llegar a tiempo frente a la crisis y no profundizarla. Los retiros de fondos previsionales, que técnicamente no resultan convenientes, se inscriben en ese sentido de urgencia, más no de pertinencia.

120.- Es en dicho contexto que se sitúa el proyecto en estudio como una medida excepcional y transitoria que tiene por objeto mitigar los efectos de la Pandemia y su crisis social y económica, lo que se encuentra en concordancia con su idea matriz, la cual señala que : “El presente proyecto de reforma constitucional tiene por objeto declarar como derecho, de todos los afiliados al sistema privado de pensiones, el retiro de un porcentaje de sus fondos individuales desde el mes de diciembre de 2020, logrando de esta manera resistir las negativas consecuencias económicas que se han producido en el país a causa del COVID-19”. Agregándose que “Así las cosas, con la evidencia aquí acompañada es que podemos llegar a la conclusión que un retiro controlado de fondos previsionales, ocasionado por circunstancias imprevistas, no solo resulta un alivio al afiliado que sufre tal perjuicio, sino que también, tiene en potencial de ser un aliciente a la deteriorada economía local”.



b.8.- Las disposiciones transitorias en el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano.

121.- En el Derecho comparado, al revisarse las constituciones de los países de América Latina, se observa que un gran número de ellas hace referencia a las normas transitorias, aunque de diversa manera. Así, por ejemplo, las hay aquellas que contienen un apartado especial bajo la denominación de “Disposiciones transitorias” (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba y Venezuela) y, en tal sentido, no siguen la numeración de los títulos, capítulos y artículos previstos en el texto constitucional precedente.

Otras constituciones abordan las disposiciones transitorias también en apartados finales y diversos del texto permanente, pero con otra denominación. Es el caso de Uruguay (“Disposiciones transitorias y especiales” y cuyas normas transitorias se individualizan con letras), México (“Artículos transitorios”), Perú (“Disposiciones finales y transitorias”. Este apartado, además, contiene una parte especial titulada “Disposiciones transitorias especiales”), Brasil (“Acto de las disposiciones constitucionales transitorias”) y Ecuador (“Régimen de transición”, el que se encuentra dividido en capítulos y artículos).

122.- En la vereda opuesta, se encuentran aquellas constituciones que tratan las normas transitorias dentro del texto permanente de la Constitución, de manera que, al menos, el título, capítulo o los artículos que las contienen continúan la numeración precedente. Así, por ejemplo, la Constitución de Guatemala, en su Título VIII, “Disposiciones transitorias”, establece normas transitorias en un capítulo único; la Constitución de Paraguay, aborda las disposiciones transitorias en su Título V, denominado “De las disposiciones finales y transitorias”; la Constitución de República Dominicana se refiere a las disposiciones transitorias en el Título XV, “De las disposiciones generales y transitorias”, en particular, en su capítulo II, llamado “De las disposiciones transitorias”; la Constitución de Panamá trata de las disposiciones transitorias en el Título XV denominado “Disposiciones finales y transitorias”, en particular, en el capítulo 2 “Disposiciones transitorias”; la Constitución de El Salvador contiene un título, el penúltimo, denominado “Título X. Disposiciones transitorias”; la Constitución de Haití trata las disposiciones transitorias en el título penúltimo llamado “Título XIV. De las disposiciones transitorias”; la Constitución de Honduras se refiere a las normas transitorias en su título VIII, cuyo epígrafe es “De las disposiciones transitorias y de la vigencia de la Constitución”, en particular, en su capítulo I, “De las disposiciones transitorias”; y la Constitución de Nicaragua aborda las normas transitorias en su último título, denominado “Título XI. Disposiciones finales”, el que contiene un capítulo único con no más de 10 artículos. En el caso de estas cinco últimas cartas fundamentales, la numeración de los artículos, además, sigue la precedente.

123.- En cuanto al contenido de las disposiciones transitorias, cabe señalar que algunas constituciones solo las establecen para efectos adecuatorios, sin embargo,



otras regulan las más diversas materias. Por ejemplo, en el caso de Argentina, su primera disposición transitoria reafirma “su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes”, mientras que su séptima disposición transitoria establece que el Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación.

124.- La Constitución de Colombia, cuyo apartado de disposiciones transitorias se divide en capítulos y algunos de estos en párrafos, en su artículo transitorio 46 se refiere a la creación de un fondo de solidaridad y emergencia social, por un periodo de cinco años. El artículo transitorio 47 delega en la ley el diseño de un plan de seguridad social de emergencia que cubra un periodo de 3 años, para las zonas afectadas por aguda violencia. El artículo transitorio 59 dispone que la constitución y los demás actos promulgados por la Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno. El artículo transitorio 66 se refiere a los instrumentos de justicia transicional. Y el artículo transitorio 67 entrega a la ley la definición de los delitos conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política.

La Constitución de Guatemala, en su artículo 14 transitorio, establece la creación de un Comité Nacional de Alfabetización. El artículo 15 transitorio se refiere a la integración del departamento de Petén. Y el artículo 19 transitorio, faculta al Ejecutivo para realizar las gestiones que tiendan a resolver la situación de los derechos de Guatemala respecto a Belice, de conformidad con los intereses nacionales. Por su parte, el artículo 12 transitorio de la Constitución de México establece una preferencia para los mexicanos que hayan militado en el Ejército Constitucionalista, los hijos y viudas de estos y otros, en ciertas materias. En el caso del Perú, las disposiciones transitorias segunda y tercera se refieren a materias de seguridad social, respecto al pago de pensiones, así como a la no acumulación de servicios prestados en regímenes diferentes. La disposición transitoria cuarta alude a la fuerza vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos, al señalar que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Y la disposición transitoria duodécima se refiere a la organización política departamental de la República del Perú. Por último, la Constitución de Brasil contiene más de 100 normas transitorias. El artículo 7 manifiesta una intención del siguiente tenor: “Brasil propugnará la formación de un tribunal internacional de derechos humanos”, por su parte, el artículo 40 se refiere a la inversión temporal de los recursos destinados a los proyectos de riego, el artículo 53 previene sobre los derechos de los excombatientes que hayan participado efectivamente en operaciones bélicas durante la Segunda Guerra Mundial, el artículo 62 entrega a la ley la creación del Servicio Nacional de Aprendizaje Rural, el artículo 68 “reconoce la propiedad definitiva de las tierras actualmente ocupadas por las comunidades remanentes de los cumbes”, para lo cual, “el Estado debe emitir los respectivos títulos”, el artículo 79 crea el Fondo para el



Combate y la Erradicación de la Pobreza, con vigencia hasta el año 2010, el artículo 98 alude al número de defensores públicos por unidad jurisdiccional y los artículos 106 a 114, incorporados mediante enmienda constitucional de 2016, se refieren al Nuevo Régimen Fiscal en el ámbito de los Presupuestos Fiscales y de la Seguridad Social de la Unión, el que estará vigente por veinte ejercicios financieros.

125.- Esta descripción ratifica que lo que hemos dicho para el ámbito nacional tiene perfectos correlatos en el Derecho Comparado que nos es próximo. Hemos escogido casos preferentes de presidencialismo y en ellos se manifiesta una naturaleza heterogénea de las disposiciones transitorias, una historicidad significativa y una autonomía conceptual que ratifica nuestra posición teórica y práctica.

VII. CUESTIONES CONCRETAS

1. EL PROBLEMA DEL QUÓRUM EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 127.

126.- Como ya se ha expresado, por la trascendencia que tiene elevar a nivel constitucional un nuevo precepto, porque tendrá supremacía por sobre el resto de las reglas jurídicas, el proceso de reforma constitucional es diferente al de una reforma legal y sólo la propia Constitución puede establecer cómo ella puede ser modificada, en cuanto es la fuente superior. Así se exige que sea aprobado con un quórum reforzado, ajustándose su tramitación a reglas que velan por la adecuada deliberación del proyecto en las Cámaras, sin que ello signifique imponer requisitos demasiado excesivos que cierren el paso a transformaciones indispensables para el perfeccionamiento de la Constitución. Esos límites formales se encuentran consagrados en el art. 127 de la Constitución de 1980 de la siguiente forma:

- a) El proyecto debe ser iniciado por mensaje o por moción en una u otra Cámara.
- b) En el caso de que se inicie por moción, ella debe cumplir con el número mínimo y máximo de parlamentarios que la suscriban para ser presentado válidamente (art. 65 inc. 1°).
- c) Se exige un quórum de aprobación más alto que el que se requiere para una ley común
- d) Ese quórum se debe reunir en cada una de las Cámaras
- e) Regla general: quórum de 3/5 de parlamentarios en ejercicio
- f) Regla especial: quórum de 2/3 de parlamentarios en ejercicio si la reforma recae sobre determinados capítulos de la Carta.
- g) Existen reglas especiales sobre el veto presidencial y sobre el llamado del Presidente a la ciudadanía para que se pronuncie en plebiscito en caso de que exista una discrepancia entre éste y el Congreso acerca del texto aprobado,



como mecanismo de solución del conflicto entre poderes para llamar directamente al soberano a pronunciarse (arts. 128 y 129).

- h) En lo demás, el procedimiento se ajusta a las normas sobre formación de la ley, o sea, en relación a la deliberación y aprobación del proyecto. Es decir, la Constitución de 1980 separa el procedimiento de reforma constitucional del legislativo y la referencia a que lo no reglado se rige por las reglas de formación de la ley sólo apareció por la reforma de 2005 para permitir la conformación de las comisiones mixtas de ser necesario.

127.- Pues bien, en cuanto al quórum de aprobación, el requerimiento señala, por una parte, que “del procedimiento en el Capítulo XV para la reforma de la Constitución se infiere que las llamadas “Disposiciones Transitorias” de la Constitución no son un Capítulo de la misma. No tienen quórum además para su aprobación, porque está supuesto que han sido aprobadas con la ley de reforma a la que sirven o prestan utilidad u objeto. El Capítulo XV, sólo admite que se reformen disposiciones (a través de modificación, derogación o aprobación) ateniendo el capítulo en que se contienen. Las Disposiciones Transitorias no” (fs. 48).

128.- Es decir, el requirente no otorga valor a las disposiciones transitorias porque, según su parecer, sólo se puede enmendar la Constitución reformando sus disposiciones o agregando a ella nuevos enunciados en el texto constitucional, siendo su único objeto el que, como reglas secundarias que son, sean útiles a una reforma que introduzca o modifique una disposición permanente. En consecuencia, no tienen un quórum para su aprobación separado a la asignada a la reforma a que sirven.

129.- Lo anterior se desvirtúa al tener presente que el constituyente de 1980, como no establece un estatuto especial aplicable a las disposiciones transitorias, y constituyendo propiamente éstas normas que reforman la Constitución, se les aplica el quórum general de aprobación de cualquier reforma constitucional, cual es el de los 3/5 de los de los diputados y senadores en ejercicio, a menos que recaiga en alguno de los capítulos especiales de la Constitución en que se exige un quórum mayor: el de los 2/3 de dichos parlamentarios en cada una de las Cámaras. Nada hay en el artículo 127 que conduzca a un tratamiento diferenciado en materia de quórum de aprobación. En efecto, el inciso segundo de dicho precepto dispone: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

130.- Cabe recordar al respecto que esta judicatura constitucional en sentencia Rol N° 464 se pronunció sobre un requerimiento en que se le pidió resolver sobre la actuación del Presidente del Senado y el de la Comisión de Constitución de esa Corporación durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional por vulnerar, entre otros preceptos, el del art. 68 de la Carta Fundamental por declarar inadmisibles el trámite de habilitación dispuesto en dicho precepto. Según denunciaba



el requerimiento el artículo 68 sería incompatible con el art. 127 porque, al exigir siempre una aprobación de los 2/3 de los parlamentarios, se oponía a los quórum diferenciados que se establecen para una reforma constitucional y que, según esa última regla, deben respetarse "siempre". El artículo art. 68 se aplica cuando se produce el rechazo en general en la Cámara de origen de un proyecto iniciado por el Presidente y, si éste lo envía a la Cámara revisora requiere la aprobación en general de los 2/3 de sus miembros presentes, para considerarse luego desechado el proyecto sólo si en la de origen sus miembros lo rechazan por los dos tercios de sus miembros presentes.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional -además de considerar que no tiene competencia para pronunciarse sobre la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad de un determinado proyecto de reforma- aplicó el criterio de la "Unidad de la Constitución" (c. 7º) para interpretar conjunta y armónicamente los dos ya citados preceptos de la Carta Fundamental, concluyendo que en aquel caso el quórum de votación requerido para la respectiva aprobación del proyecto de reforma constitucional en ambas Cámaras es de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio tanto en la Cámara de origen como en la revisora (c. 9º).

De esta forma esta Magistratura ha considerado que, frente a cualquier duda, la regla general de aprobación en los proyectos de reforma general es de los 3/5.

a. No ha habido problema con quórum.

131.- La exigencia del quórum de los 2/3 a que alude el art. 127 constitucional sólo se aplica a la reforma que "recayere" sobre los capítulos del texto constitucional que cita. Es decir, como dice el Diccionario, con tal vocablo se alude a algo que "vuelve a caer", que reincide. Por lo tanto, si la reforma contemplada en una disposición transitoria constitucional no recae en alguno de esos capítulos, sino que trata sobre una materia específica de carácter regulatorio vinculado a alguna norma contenida en uno de dichos capítulos, no se exige un quórum de 2/3, sino el quórum general de los 3/5 que se necesita para la reforma de cualquier otra disposición.

132.- El proyecto cuestionado sólo se refiere a una medida excepcional y voluntaria para permitir el retiro de un porcentaje de los fondos previsionales acumulados por los afiliados, existiendo un plazo acotado para hacer tal retiro, por lo que tiene un carácter transitorio y especial en cuanto a su aplicación. No modifica así los elementos esenciales del contenido del art. 19 N° 18 permanente que asegura el derecho a la seguridad social. Su contenido es acotado, transitorio y excepcional, lo cual explica que se haya dispuesto en una norma transitoria y no en la permanente. Establece entonces reglas especiales de administración y acceso a los fondos acumulados, lo cual no está constitucionalizado.



133.- La práctica constitucional, muestra que cuando se han introducido disposiciones transitorias en la Constitución que de algún modo inciden, pero sin modificar, una de las normas contenidas en los capítulos que exigen un quórum mayor, el constituyente derivado califica tal reforma para ser aprobada con 3/5. Así se votó, por ejemplo, la reforma de la ley N° 19.055, que incidió en el indulto de los condenados por delitos terroristas a que se refiere el art. 9 contemplado en el Cap. I.

b. El art. 128 lleva hasta los 2/3 dependiendo la voluntad del Presidente. Incluso plebiscito.

134.- En coherencia a lo expresado precedentemente, si el Ejecutivo sostiene - erradamente- que el proyecto de disposición transitoria en examen ha de ser aprobado por dos tercios de senadores y diputados en ejercicio, entonces el conflicto de constitucionalidad que se requiere resolver ante este Tribunal no es tal, pues para lograr que el quorum requerido sea de 2/3, no necesita acudir a este Tribunal, salvo que gobierne con menos de un tercio de los parlamentarios oficialistas. En efecto, el artículo 128 de la Constitución dispone en su inciso segundo que *“Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito”*. Es decir, reconocido el poder de veto presidencial, supresivo y total sobre un proyecto de reforma constitucional, el Congreso tiene la atribución de mantenerlo e insistir, pero, en ese caso, el quórum será siempre el de 2/3 aludido y aún así, si el Congreso insistiere, el Presidente de la República puede incluso convocar a un plebiscito para que el proyecto no se transforme en norma constitucional, todo lo cual demuestra que tal cuestión sometida a este tribunal es un asunto de determinación de ejercicio de atribuciones presidenciales de tipo político, y no una cuestión de constitucionalidad de estricto derecho de aquellas que este tribunal deba resolver.

c. No hay calificación ni incorporación automática. Art. 127 en relación con el art. 129.

135.- Por último, en las audiencias públicas, el profesor Teodoro Ribera ha planteado, en relación con el vicio de procedimiento invocado en el requerimiento, que el poder constituyente derivado podría eludir los quórums exigidos por el artículo 127 de la Constitución para la reforma de determinados capítulos si la decisión sobre qué quórum procede respecto de una determinada reforma constitucional queda al arbitrario suyo y no susceptible de control por el Tribunal Constitucional.

En apoyo de esta tesis, sostiene que si esa decisión quedara a la mera discrecionalidad del poder constituyente derivado, el art. 127 sería una norma optativa. Asimismo, cita el inciso final del artículo 129 de la Constitución para afirmar



que, si bien la Constitución establece que una vez promulgada la reforma constitucional esta se entiende incorporada al texto de la Ley Fundamental, nada dice “sobre en qué parte de la Carta Fundamental deben incorporarse los nuevos preceptos constitucionales” y, por tanto, en principio, esa decisión corresponde al poder constituyente derivado, aun cuando ella debe ser controlada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario, habría arbitrariedad, lo cual es contrario a un Estado de Derecho.

136.- Al respecto señala que la ubicación de una reforma constitucional depende de la geografía de la propia Constitución, según las materias que regula. En consecuencia y para dotar de un sentido y alcance útil a la segunda oración del inciso segundo del artículo 127 de la Carta Fundamental y no defraudar su existencia, esta disposición debe interpretarse en el siguiente sentido: “Si la reforma recayere sobre **materias contenidas en** los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

137.- Cabe descartar esta interpretación, por cuanto la segunda oración del inciso segundo del artículo 127 de la Constitución tiene un efecto útil sin necesidad de introducirle frases que no contiene. En efecto, ella establece un quórum de aprobación más agravado para la reforma de determinados capítulos de la Constitución que el previsto en la primera oración. Así, de conformidad con la primera oración, el procedimiento de reforma constitucional establece un quórum de aprobación más alto que el contemplado para la legislación ordinaria. Esta oración contiene la expresión “proyecto de reforma”, mientras que el inciso primero del artículo 127 de la Carta Fundamental se refiere a los “proyectos de reforma a la Constitución”. Vale decir, la oración primera del inciso segundo del artículo 127 establece el quórum de aprobación de la reforma de la Constitución, entendida ésta como un cuerpo jurídico único, y, por tanto, comprendiendo las disposiciones transitorias, así como también la creación de nuevos capítulos. Por su parte, la oración segunda establece una norma de excepción relativa a determinados capítulos de la Constitución, respecto de los cuales, para su reforma, se exige un quórum agravado de aprobación. Luego, los demás capítulos de la Constitución y las disposiciones transitorias deben ser aprobadas con el quórum residual previsto en la oración primera del inciso segundo del artículo 127.

d. Se respetaron los quórums y procedimientos del artículo 127.

138.- Si el procedimiento seguido ante el Parlamento es un instrumento para lograr la elaboración de la reforma constitucional, aplicando el principio democrático el máximo órgano de justicia constitucional sólo debería declarar contrarios a la Ley Fundamental aquellos vicios de forma que han influido decisivamente en el resultado y siempre que no hayan sido después corregidos o subsanados durante su misma tramitación. Para ello resulta importante distinguir entre irregularidades invalidantes o no invalidantes, teniendo presente la trascendencia del vicio de que se trate. Tal



criterio ha sido afirmado por nuestro propio Tribunal Constitucional al sostener que, al examinar los defectos de forma, “en el trámite de control preventivo obligatorio o preventivo provocado, ha restringido su declaración sólo a vicios que han influido decisivamente en el resultado de la tramitación legislativa y siempre que aquéllos no hayan sido ulteriormente corregidos durante la tramitación” (STC rol N° 2646, de 22 de abril de 2014 (considerandos 31° y 32°).

139.- Pues bien, el proyecto de reforma, aún cuando fue calificado por la Cámara con aprobación de 3/5, en el hecho fue aprobado por ella por más de los 2/3 de sus miembros en ejercicio (en general por 130 diputados y, en particular, su inciso primero por 133 de ellos y sus incisos segundo, tercero, cuarto y quinto por 141 diputados). Al respecto conviene tener presente que, refiriéndose al cumplimiento de los quórum de aprobación de una ley orgánica constitucional, esta Magistratura ha sostenido que la calificación que efectúe el Congreso de una ley como simple, siendo de carácter orgánico constitucional, no obsta a su validez formal si en los hechos cumplió el quórum requerido, por lo “que el error en que se incurrió durante la tramitación de su aprobación en la Cámara de Diputados, al calificar como ley simple materias propias de leyes orgánicas, queda desprovisto de la trascendencia indispensable para ser declarado inconstitucional, por cuanto el quórum de votación excede el mínimo exigido por el inciso 2° del ya mencionado artículo 63 (66)” (STC 312, c. 6°; 560, cc 11 a 13).

140.- Siendo entonces el Tribunal guardián del principio democrático (STC 9529, c. 3°) y debiendo por ello ser cuidadoso para juzgar los eventuales defectos procesales producidos durante la tramitación no sólo de la ley sino también de una reforma constitucional, no se vislumbra que exista un vicio formal en el caso de autos no sólo por los argumentos jurídicos que ya dimos sino porque, en este caso se reunió un quórum de aprobación que excede con creces los 2/3 que exige la Constitución en relación a reformas que recayeren sobre el Capítulo III de la Carta, como reprocha el requerimiento.

141.- De este modo, el cuestionamiento planteado al respecto es hipotético, ya que, en el primer trámite constitucional, la reforma fue aprobada con el quórum agravado de 2/3 y, en el segundo trámite constitucional, el proyecto de reforma constitucional fue rechazado, porque en el Senado no se alcanzó el quórum mínimo de aprobación de una reforma a la Constitución.

2.- LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 65: NO HAY INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIAS DE REFORMAS CONSTITUCIONALES.

142.- El requerimiento sostiene que se habría infringido de manera indirecta el artículo 65 incisos tercero, cuarto y quinto relacionados con la administración financiera del Estado (por la posibilidad de que como consecuencia de la aplicación



de la norma impugnada el Fisco tenga que irrogar gastos), con los tributos (por crearse una exención) y con normas de seguridad social (al alterar las bases fundamentales de la regulación constitucional y legal de la seguridad social), sin que se hayan modificado directa y expresamente tales disposiciones constitucionales, sino efectuándolo por medio de una disposición transitoria sin cumplir con los procedimientos y quórum del art. 127.

143.- El requirente se confunde al querer aplicar normas sobre el proceso de formación de la ley al procedimiento de reforma constitucional, no existiendo jurisprudencia o doctrina que valide dicha interpretación. En efecto, el procedimiento legislativo de reforma constitucional tiene reglas propias a las cuales se le incorporan algunas del proceso de formación de la ley, según ya lo analizamos en los considerandos 49 a 62 y 137 de este voto disidente.

Atendido lo señalado, el único sentido plausible que es posible adjudicar al artículo 127 de la Constitución es que la iniciativa de reformas constitucionales le corresponde tanto al Presidente de la República como también a quienes integran alguna de las Cámaras legislativas del Congreso Nacional, como dispone su propio texto.

a. Artículo 127 al remitir al art. 65 lo hace sólo al inciso 1°.

144.- En efecto, si los proyectos de reforma constitucional pueden iniciarse por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, estas últimas sólo tienen la restricción a que alude el inciso 1° del artículo 65 vinculada al número de parlamentarios que la pueden suscribir en una y otra Cámara, sin que se apliquen a su respecto las demás disposiciones contempladas en el artículo 65 referidas a la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República.

145.- Así, precisada la diferencia entre proyecto de ley y proyecto de reforma constitucional en tanto fuentes del derecho, en su dimensión procedimental cabe señalar que en materia de iniciativa de proyectos de ley goza el sistema vigente de dos normas en su artículo 65:

- Una regla general, cuál es que los parlamentarios pueden iniciar proyectos.
- Una regla especial de excepción, que reserva ciertas materias propias de ley a la iniciativa presidencial, en aquello que el presidencialismo latinoamericano llama "iniciativa exclusiva", y que constituye una de sus principales diferencias con el régimen presidencial originario o estadounidense. En efecto, *"Los presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el Presidente de Estados Unidos: iniciativa de ley; iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; ejercicio del veto suspensivo parcial, delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso al Presidente, entre otros factores institucionales"* (Nogueira Alcalá, Humberto. "La



tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa”, Estudios constitucionales [online]. 2017, vol.15, n.2 [citado 2020-12-23], pp.15-82. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200015&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200015>).

146.- A su vez, no debe perderse de vista que las reglas especiales y de excepción en materia de derecho público son de derecho estricto, por lo que no pueden ser interpretadas analógica ni extensivamente, más aún si se refieren a poderes, pues la regla más preciada en un Estado de Derecho es la sumisión del poder a la norma jurídica, cuestión que en Chile se contiene en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Así, no hay más casos y formas para ejercer potestades que los que se establezcan expresamente y la interpretación analógica no puede ser usada para evadir la sumisión a la norma generando potestades no contempladas expresamente. Al contrario, arrogarse potestades de iniciativa exclusiva por analogía, como lo sería en materia de reforma constitucional, constituiría una violación flagrante al artículo 127 de la Constitución vigente.

147.- Ese es el prisma que debe usarse para analizar si el proyecto de reforma constitucional sometido a control es o no materia de iniciativa exclusiva presidencial.

En este sentido, el artículo 65 de la Constitución dispone la iniciativa exclusiva presidencial como una regla especial que excepciona a la regla general de iniciativa parlamentaria. En el mismo orden, la iniciativa exclusiva se establece solamente para las materias de ley y para la fuente del derecho denominada “ley” en sentido estricto, es decir, leyes ordinarias, de quorum calificado u orgánicas constitucionales.

148.- En ese orden, lo anterior significa que: a) El mensaje o moción son iniciativas idóneas para comenzar el proceso de reforma constitucional, sin limitaciones materiales al no estar establecidas expresamente, y, por tanto, en el caso concreto, no se altera las reglas procesales ni materiales del ejercicio del poder constituyente derivado en el marco de las reglas constitucionales establecidas para su ejercicio en el marco del régimen democrático. b) Lo único remitido para la reforma constitucional al artículo 65 es lo reglado en su inciso primero, descartándose la analogía de distinción de materias por una pretendida iniciativa exclusiva, al ser reglada expresamente en sentido contrario por haber remisión expresa solo a una parte del artículo 65.

149.- Adicionalmente, el propio Poder Ejecutivo, requirente en estos autos, inició, calificó la urgencia y concluyó la tramitación legislativa de un proyecto de ley sobre la misma materia del cuestionado, ejerciendo así la atribución de iniciativa exclusiva en materia de ley, con un proyecto similar que ya ha sido aprobado por el Congreso Nacional y se encuentra promulgado y publicado en el



Diario Oficial como Ley N° 21.295 (boletín N° 13914-13), por lo cual el conflicto acerca de la iniciativa no es actual ni puede considerarse lesionada la iniciativa exclusiva si el propio ejecutivo la ejerció en la materia.

Cabe tener presente que, en su artículo 73, la Constitución expresa el contenido de la sanción de un proyecto de manera clara: *“Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones correspondientes, dentro del término de treinta días”*, dejando en claro que si el ejecutivo sancionó el proyecto, ello significa en el caso sub lite que aprobó la incorporación a la Constitución de la materia retiro parcial de fondos previsionales de la cuenta individual conformada a partir de las cotizaciones descontadas de las remuneraciones del trabajador, aprobando además el contenido de las normas con las que tal materia fue incorporada, sin que se manifieste además pretensión de vicio alguno, no pudiendo ahora este Tribunal, ni tampoco el jefe de Estado, “desconstitucionalizar” tal materia ni menos “petrificar su regulación” al impedir que la misma vuelva a ser normada, lo cual sería uno de los extraños efectos de acoger la tesis del requerimiento, cercenando atribuciones del poder constituyente en el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos.

150.- Debe tenerse presente que el presidencialismo chileno tiene configurado un Poder Ejecutivo muy poderoso en términos de atribuciones y predominio hegemónico, lo cual a la hora del diseño del reparto de poderes lo coloca sobre las potestades del Parlamento, generando un predominio del Ejecutivo, sin perjuicio de que existan poderes enlazados y contrapesos orientados a promover algún grado mínimo de equilibrio de poderes, pero que, por definición, no merman la marcada y notoria preponderancia del Ejecutivo en un presidencialismo latinoamericano, como el chileno lo es. A este respecto, uno de los pilares de tal estructura presidencialista es la iniciativa exclusiva en el conjunto de materias del artículo 65 de la Constitución, a la cual este Tribunal se ha referido latamente en su jurisprudencia, cuyo régimen y magnitudes actuales no existía en el texto original de la Carta de 1925, que aún así era marcadamente presidencialista. Debe recalarse que la iniciativa exclusiva, si bien reconoce matices en los regímenes presidencialistas latinoamericanos en lo relativo a su consagración, intensidad y regulación, no es calificable como un elemento sine qua non de la esencia de la matriz configurativa del régimen presidencial.

151.- En este orden, acoger el requerimiento produce ineludiblemente un fortalecimiento aún mayor de los poderes del Ejecutivo en nuestro régimen presidencialista. Además de hacerse sin norma constitucional y por vía analógica jurisprudencial, lo cual no puede ser visto ni argumentado como una pretendida garantía del principio de separación de poderes, pues el predominio del Ejecutivo en tales términos lesiona uno de los fines básicos de tal principio: el equilibrio y limitación del poder a través de frenos, contrapesos y controles recíprocos, que se hacen ilusorios en un desequilibrio y predominio de tan alta magnitud.



152.- Ya dijimos que la iniciativa de ley del Ejecutivo y, sobre todo, la iniciativa exclusiva son una nota distintiva de los regímenes presidencialistas latinoamericanos y no una nota configurativa del presidencialismo estadounidense, por lo que debe descartarse toda argumentación que gire en torno a un alarmista “término” o “debilitamiento” del presidencialismo -que no es un principio sino un régimen político estructurado en base a diversas reglas- o un pretendido “parlamentarismo de facto”, pues el régimen constitucional chileno dista mucho de estar cerca de los elementos configurativos del parlamentarismo: no existe ejecutivo dual, no hay voto de censura, no se consagra la cuestión de confianza ni menos la disolución de las cámaras para elecciones anticipadas, el gabinete no responde al nombramiento y confianza de una cámara y nada de ello se ha ejecutado “de facto”, calificativo que además corresponde al antónimo y a la negación misma de un régimen político “de iure”.

153.- Aún así, la doctrina autorizada en Derecho parlamentario ha estudiado las consecuencias y reacciones a la relación entre el ejecutivo y el legislativo en el desenvolvimiento y praxis inter institucional de nuestro sistema constitucional presidencialista, el que, a pesar de todo, ha encontrado a esta configuración de poderes salidas institucionales y dentro del cauce del derecho para el ejercicio de atribuciones por el legislativo. En efecto, uno de los más reputados especialistas en la materia ha señalado que *“dada la extensión del poder presidencial en el tópico que comentamos, diputados y senadores han creado procedimientos y prácticas para promover la inclusión de iniciativas sobre materias de su interés en la agenda legislativa en aquellos casos en que estas pertenecen al ámbito de la iniciativa presidencial. Estas herramientas, extra constitucionales, pueden ser formales o informales. Dentro de las informales destaca la negociación directa con el Poder Ejecutivo (de ordinario con ministros de Estado) dirigida a obtener que el Presidente elabore y promueva una determinada propuesta legislativa[§]. Las herramientas formales son las peticiones parlamentarias, que a través de oficios y acuerdos, se dirigen al Presidente para que inicie o suscriba una propuesta legislativa de un diputado o senador cuyo contenido forma parte de la iniciativa exclusiva reservada al Jefe de Estado^{**}”*.

§ Dicha negociación puede forzarse con decisiones como la de rebajar una partida de gastos variables del proyecto de ley de presupuestos a un valor simbólico (por ejemplo, un peso). También se ha asentado la práctica de negociar con las mayorías parlamentarias los contenidos de las observaciones presidenciales, antes de su envío a tramitación. Soto (2015) p. 207.

** *“Patrocine” en el lenguaje empleado por nuestros parlamentarios. En el año 2013, pueden contarse más de cuarenta Acuerdos aprobados por el Senado en que se solicita, directa o indirectamente, al Presidente de la República iniciar el trámite legislativo en una determinada materia perteneciente a su iniciativa exclusiva; Departamento de informaciones del Senado (2014) pp. 40-80. En la Cámara de Diputados, se registran al menos treinta y nueve Acuerdos que solicitan o suponen el ejercicio de iniciativa legislativa presidencial, en un total de ciento diecinueve Acuerdos aprobados por la Corporación; Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados de Chile (2013) pp. 17-21. De ordinario se trata de peticiones generales, aunque existen Acuerdos que contienen el texto de una indicación o norma en particular.*



También puede considerarse como una alternativa formal disponible para el mismo propósito, la utilización de la reforma constitucional para promover un cambio en el ordenamiento jurídico que afecte normas de rango legal en el ámbito de reserva del artículo 65 CPR, toda vez que no existe iniciativa exclusiva presidencial en el capítulo XV de la Carta Fundamental^{††}

(Bronfman Vargas, Alan. "Presidencialismo y el poder presidencia en el proceso legislativo chileno", Revista chilena de derecho [online]. 2016, vol.43, n.2 [citado 2020-12-23], pp.369-400. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372016000200002](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372016000200002&lng=es&nrm=iso) &lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-3437.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000200002>. El subrayado es de este voto).

154.- Es decir, lo que en el requerimiento se reprocha, es una vía legítima de acción constitucional, no una argucia ni un "resquicio" (indeterminada y peyorativa expresión que en nuestro país se usa profusamente sin definir su contenido cada vez que se quiere descalificar el ejercicio de derecho o atribuciones ajenas), ni una "elusión", ni menos un pretendido "abuso del derecho" ni remotamente una "tergiversación", sino que el ejercicio de una prerrogativa de iniciativa de reforma constitucional, una atribución constituyente reconocida por la doctrina, amparada por el texto constitucional y asentada por las prácticas parlamentarias dentro del marco constitucional, sin que sea posible formularle reproche alguno, salvo que se alegue que por sobre el derecho de autodeterminación del soberano, traducido en la presentación de proyectos de reforma, exista el supra poder de algún ente o sujeto de poder superior a la constitución que pueda establecer vetos o limitaciones de materias frente a lo que el representante directo e inmediato del pueblo o la nación -el Congreso Nacional- determine que puedan incluirse en ella.

155.- Cabe señalar que la regla especial y de excepción de la iniciativa exclusiva ha de ser interpretada de forma estricta y restringida (este criterio ha sido recogido en la sentencia Rol N° 1867, considerandos 6° a 8°), pues lo contrario es que por vía interpretativa ella sea general, lo que va contra texto expreso y además supone ampliar potestades más allá de sus hipótesis, en contravención al artículo 7° de la Constitución, que dispone que tales potestades pueden ejercerse solamente en los casos y formas que el derecho escrito establezca y no en otros ni en más que ellos. En este sentido, nuevamente aparece que el artículo 65 se refiere solo a leyes y no a

^{††} Puede tomarse como ejemplo, la moción que propone una reforma constitucional que modifica el artículo 19 N° 9 CPR para establecer el derecho a la provisión pública de los procedimientos médicos y medicamentos necesarios para conservar y restablecer la salud (Boletín N° 9142-07 de la Cámara de Diputados). En este proyecto se propone un sistema de provisión de medicamentos de carácter gratuito, financiado con un Fondo Nacional de Medicamentos que recibe aportes del Estado. Sin perjuicio de la naturaleza jurídica de la modificación propuesta, es claro que ella irroga un gasto que si fuese promovido por ley ordinaria, conforme con el artículo 65 CPR, solo podría iniciarse por mensaje presidencial.



reforma de la constitución, pues sostener lo contrario además es contra texto del artículo 127 constitucional ya referido.

156.- A propósito del carácter excepcional y restringido de la iniciativa exclusiva, cabe tener presente que este Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) la iniciativa de ley en Chile está conferida, por regla general, tanto al Presidente de la República, como a los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado, en su calidad de órganos colegisladores, tal y como se desprende del inciso primero del artículo 65 de la Carta Fundamental.

Así, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en materia de ley constituye una excepción a dicha regla general, configurando una prohibición para los parlamentarios que, en cuanto tal, sólo puede ser interpretada restrictivamente. Si así no se entendiera podría llegar a desvirtuarse del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él.” (Sentencia Rol N° 786, cons. 14).

b. No hay distribución de competencias en el ejercicio de los poderes constituyentes.

157.- Si no existe entonces una esfera reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente para iniciar un proyecto de reforma constitucional, ella puede originarse por moción parlamentaria independientemente de que por la materia de que trate eventualmente el proyecto podría haber sido reglamentado por una ley reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente.

Las disposiciones sobre la iniciativa exclusiva legal del Presidente “[n]o se aplican en materia de iniciativa constitucional, porque no son reglas de tramitación, de procedimiento, sino sustantivas”, señaló en 1965 un Informe de la Comisión de Constitución del Senado que, recogiendo la opinión del senador Francisco Bulnes Sanfuentes, se pronunció sobre diversos aspectos relacionados con el despacho de los proyectos de reforma constitucional y, especialmente, con la interpretación de los arts. 108 y 109 de la Constitución de 1925 que reglamentaban la tramitación de una reforma (Rolando Acuña Ramos (1971): *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Ed. Jurídica de Chile, p. 777). Refuerza la idea lo dicho por el profesor Sebastián Soto: “[l]as materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República tienen un ámbito de aplicación exclusivamente legislativo, esto es, circunscrito a la tramitación de los proyectos de ley. No implica, por lo tanto, una limitación parlamentaria en las demás atribuciones de ambas cámaras como son, entre otras, fiscalizar o proponer acuerdos. De este modo, no hay limitación alguna para que una comisión investigadora o un acuerdo de alguna de las salas aborden estas materias.” afirmando “[n]o existe en materia de reformas constitucionales materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República” (Soto Velasco,



Sebastián (2015). *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y Práctica*. Legal Publishing, p. 231 y 224).

158.- Sucede que, como dice don Alejandro Silva Bascuñán, el poder constituyente instituido “[p]one en movimiento la soberanía democrática en la forma más amplia, es decir, manifiesta una voluntad superior que se impone sobre todos los Poderes Públicos y, con mayor razón, sobre todos los miembros individuales o sociales del Estado”, “[t]iene un rango superior, como expresión máxima del Poder estatal, en cuanto no está sujeto al marco distribuidor de facultades de los diversos poderes públicos señalado en la Carta Fundamental”, por lo que tampoco está “[s]ujeto a la división de órganos que él mismo establece, sino que se mueve, en lo más esencial, dentro de la unidad que represente el Poder del Estado, con toda la eficacia que debe tener para encauzar la sociedad política hacia su plena realización” (Silva Bascuñán (1971). Ob. cit., p. 96).

159.- Resulta que las reglas constitucionales sobre iniciativa exclusiva legal del Presidente aluden a la distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Congreso en un sistema presidencialista como el nuestro y únicamente en relación a la común tarea que tienen ambos en su calidad de colegisladores, al reconocerse que es atribución del Presidente de la República “concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas” (artículo 32 N° 1).

Por una parte, el listado de materias de ley contenido en el art. 63 se establece para regular cuales son las que necesariamente deben tener jerarquía legal con el objeto de que no puedan ser reguladas por el Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria. De este modo la Constitución contemplando un dominio máximo legal o “total de competencia”, como señala el profesor José Luis Cea (Cea Egaña, José Luis (1999). *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y Comparado*. Ediciones Universidad Católica, p. 141).

160.- Consecuentemente, durante la tramitación del proyecto de reforma en la Cámara se entendió que no se aplicaba a éste las reglas sobre iniciativa exclusiva legal presidencial. En efecto, en el Informe de la Comisión de Constitución ante la Cámara de Diputados de 5 de noviembre de 2020 se lee: “[S]i bien el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución establece que “en lo no previsto en este Capítulo (XV Reforma a la Constitución), serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior”; tal precepto no puede ser interpretado en el sentido de que se extienda a las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias que irroguen gasto fiscal./ Lo anterior, dado que la norma que hace extensiva las reglas de formación de la ley al procedimiento de reforma a la constitución es supletoria y, por ende, debe interpretarse restrictivamente. Las únicas limitaciones que establece el Capítulo XV de Reforma a la Constitución son las señaladas en el inciso primero del artículo 127, que a su vez remite al inciso primero del artículo 65; y, por otro lado, las establecidas en el inciso segundo del mencionado



artículo 127 relativa a los quórumos requeridos para modificar la Carta Magna, según materias." (fs. 778.)

161.- Además el artículo 127 de la Constitución no señala en parte alguna que exista una limitación de materias para dotar de contenido específico a un proyecto de reforma constitucional y no podría hacerlo en la medida que la propia Constitución proclama en su artículo 4° que Chile es una república democrática y en el artículo 5° se determina la titularidad de la soberanía en la nación, dentro de la cual no debe olvidarse que el poder constituyente es la primera de sus manifestaciones, entendida como el derecho de autodeterminación de los pueblos, comprendido como un principio imperativo de acción "(...)conformado por un haz de cuatro derechos, autoafirmación, autodefinición, autodelimitación y autodeterminación (...)" (Forno, G., Apuntes sobre el Derecho a la autodeterminación de los pueblos, Agenda Internacional, Año IX, N° 18, p. 108), que se manifiesta como un derecho del pueblo y un deber del Estado, y que sirve de piedra angular para el desarrollo de los demás derechos fundamentales.

162.- Por otra parte, modificar el régimen de iniciativa exclusiva legal del Presidente contenido en el art. 65 de la Carta requiere de un quórum de los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio. Si el constituyente no quiso enmendarlo en esta oportunidad es porque no resultaba adecuado ni lógico. Así, por la materia de que trata el proyecto cuestionado, juzgó apropiado regular la materia a través de una regla de excepción transitoria, porque para cumplir con su objetivo no requería alterar el sistema de iniciativa exclusiva permanente que sólo se aplica a las leyes.

163.- Asimismo, la práctica del constituyente demuestra que han habido reformas constitucionales iniciadas por mociones parlamentarias que, de acuerdo a su sustancia, podría considerarse que recayeron en materias de iniciativa exclusiva legal del Presidente. Desde ya cabe anotar que la gran reforma de la ley N° 20.050, de 2005, fue iniciada por moción parlamentaria y muchas de sus normas regulan materias que podría considerarse que revisten esa característica. Ellas han recaído no sólo en reglas permanentes, sino en disposiciones transitorias, como las N° 29, 30, 31 y 37, todas las cuales tuvieron su origen en mociones de parlamentarios.

164.- El constituyente chileno ha obrado así ajustándose al régimen republicano y democrático establecido en el artículo 4° constitucional. Al efecto no puede olvidarse que, como dice Karl Loewenstein, a partir de las reglas que regulen el procedimiento de reforma constitucional "[s]e puede deducir el carácter político del régimen" ya que "[l]a ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible", de manera que participen en ella el Gobierno, el Parlamento y el pueblo (Loewenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*, 2° ed, Barcelona, Ed. Ariel, p. 172).



Del mismo modo, Miguel Carbonell, citando a Pedro De Vega, expresa que “[n]o es difícil constatar, por ejemplo, que es característico de los sistemas políticos autoritarios el que la competencia para la iniciar la reforma constitucional se conceda fundamentalmente al Poder Ejecutivo” (Carbonell, Miguel (1998). Ob. cit., p. 225), lo cual pone de relieve la gravedad que implica para el régimen democrático desconocer a quienes representan la voluntad popular en el Parlamento la facultad de iniciar proyectos de reforma constitucional para que, según su contenido, sólo puedan ser impulsados por el Presidente de la República. En definitiva, “[e]l sujeto que tiene la facultad de propiciar el procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado, es decir la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas” (Carbonell (1998). Ob. cit., p. 241) por lo que atribuir únicamente al Jefe del Ejecutivo la posibilidad de iniciar una enmienda constitucional atenta contra el régimen republicano y democrático de gobierno.

165.- Si examinamos el derecho comparado en aquellos ordenamientos constitucionales que establecen un sistema presidencial de gobierno, no existe una especie de super poder del Presidente de la República que reserve a su iniciativa ciertos contenidos de reforma constitucional.

Desde ya cabe tener presente que la Constitución de Estados Unidos que establece el modelo del régimen presidencialista no confía al Jefe de Estado, sino sólo a las dos terceras partes de ambas Cámaras, la proposición de enmiendas a su texto (artículo V). Dentro de las constituciones latinoamericanas hay algunas, como la boliviana por ejemplo, que sólo permiten iniciar el proyecto de reforma por la Asamblea Legislativa (art. 411). Otras, creando mecanismos de participación democrática del pueblo, no sólo posibilitan al Gobierno y a los parlamentarios presentar todo tipo de proyectos de reforma constitucional, sino que también a sus ciudadanos, quienes, reuniendo los requisitos que señale cada texto, pueden patrocinar un proyecto a través de la iniciativa popular. De este modo lo establecen, por ejemplo, la Constitución de Colombia (art. 375), la del Perú (art. 206), la de Bolivia (art. 144 II.), la del Ecuador (art. 441 N°2) y la del Uruguay (art. 331). Incluso hay constituciones que amplían aún más los órganos legitimados para iniciar una enmienda constitucional, como es el caso de la ecuatoriana, que no sólo permite la iniciativa popular, la del Presidente y de los congresales, sino la de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional (art. 281).



3.- NO HAY INFRACCIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

a) El art. 19 N° 18 como parámetro de control. La jurisprudencia del TC. ¿Que está constitucionalizado de la seguridad social?

166.- Para efectos de delimitar el ámbito de competencia de esta Magistratura en torno al derecho a la seguridad social, es necesario determinar el contenido constitucionalmente protegido, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19, N° 18, de la Constitución, al señalar que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”, debiendo para ello analizar las características principales de este derecho:

i.- La seguridad social no es un título nominal. No es un derecho sobre un bien incorporal a efecto de tener un derecho a pensión relevando el monto de su importe. Todo lo contrario, es un derecho prestacional y efectivo sobre un bien tangible bajo determinados mínimos.

ii.- Es un deber estatal de garantizar. Esto es de imponer una acción de tutela que permita que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho sea real.

iii.- Es una garantía de acceso. De acuerdo a la Observación General N° 9, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), sobre derecho a la seguridad social, para garantizar la cobertura de todos (accesibilidad), resultarán necesarios los planes no contributivos. El peso de la accesibilidad está puesto tanto por la Constitución como por el Comité DESC en el esfuerzo estatal.

iv.- Es un deber promocional respecto de una finalidad móvil o activa. Se trata de una garantía en donde el Estado debe actuar con un propósito específico que debe estar “dirigido a garantizar”. No vale otra acción, como aquellas omisivas o las que tienden a desbaratar el derecho. Todo lo contrario, no sabemos esos montos, pero los que fueren tienen que estar dotados de dicha garantía. En tal sentido, la fórmula “dirigido a garantizar” es un símil de la remoción de los obstáculos que impidieren el ejercicio de dicho derecho.

v. Es una garantía de mínimos. A partir de determinados mandatos normativos el constituyente definió que se tratase de una “prestación básica uniforme”.

vi. Esos mínimos son definidos sistemáticamente por el legislador y deben tener un nivel suficiente. De acuerdo al Comité DESC, “[l]as prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. (...). Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para



suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.”

167.- Esos mínimos se han de vincular a contingencias sociales que son aquellas que generan vulnerabilidad sistémica (vejez, viudez, orfandad, accidentes, salud, etc.). La Constitución las califica como “prestaciones”. Esas contingencias sociales se regulan bajo un sistema *apertus clausus*, esto es, son de dinámica configuración y no está cerrada a un conjunto de ellas. Justamente la realidad de la vida debe hacer avanzar el conjunto de la procura existencial abriéndose hacia nuevas realidades de vulnerabilidad.

168.- En cualquier circunstancia la dimensión de mínimos o básicos debe generarse sobre la base de un mecanismo de seguridad social. Esto es, sobre la base de una estructura contributiva (“cotizaciones obligatorias”). Sin embargo, dicha estructura es resorte del legislador. No es necesario que ésta deba continuar siendo canalizada a instituciones privadas (las que no se pueden asimilar a una AFP). Hay libertad del legislador para definirlo (“podrá”). Esta definición legislativa se hace sistemáticamente en la protección de nuevos supuestos de contingencias existenciales y el mínimo configura un estándar. En materia de pensiones de vejez, son esenciales en esos mínimos las leyes N°s 20.255 y 21.190.

169.- El Tribunal ha desarrollado los criterios jurisprudenciales en las sentencias Roles N°s 219, 333, 767, 1876, 2536, 2537 y 2853, que proclaman la propiedad del afiliado sobre el fondo previsional y que el trabajador es dueño del mismo, en la medida que lo integran los recursos que forman la cotización y que, por ello, deben incorporarse a la cuenta de capitalización individual, que es administrada por la Administradora de Fondos de Pensiones que determina el trabajador -junto con los que sean producto de la rentabilidad que produzca la inversión de tales dineros- desde que provienen de su remuneración, de la que se extraen para cubrir la contingencia derivada de la vejez, invalidez o sobrevivencia, según sea el caso. También que la circunstancia que esos dineros sean enterados en la cuenta que el afiliado mantiene en la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones, tendiente a garantizar el derecho a la seguridad social cuando sobrevenga alguna de aquellas tres contingencias, no altera la naturaleza del vínculo con su cotización ni con los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, en cuanto a que, desde la perspectiva constitucional, se trata de una relación de dominio que se garantiza mediante el derecho de propiedad asegurado en el numeral 24°, agregando que en su calidad de dueño de los fondos previsionales acumulados, el decreto ley 3.500 reconoce al afiliado una serie de derechos, entre otros, el de poder transferirlos a otra Administradora, elegir el nivel de riesgo que quiere asumir en sus inversiones y decidir efectuar aportes voluntarios en forma individual o colectiva (sentencia Rol N° 7442, cons. 36° y 37°), agregando la misma sentencia (en su cons. 38°) que ese dominio de que goza el afiliado respecto de los fondos previsionales que administran las AFP, constituye *“una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado sólo puede usarla con ese fin”* Rol 333, c. 9°), es decir, ellos constituyen



“un patrimonio de afectación” (Rol 219, c. 39°), concluyendo que el afiliado sólo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el decreto ley N° 3.500.

170.- Es del caso recalcar y señalar que esa destinación de afectación se encuentra determinada y regulada en normas con rango de ley y no en la Constitución, pues se especifica en normas del Decreto Ley 3.500. Con ello, es perfectamente modificable por una norma de similar o mayor jerarquía en el sistema de fuentes, que es justamente lo que el proyecto cuestionado hace, para establecer constitucionalmente otra hipótesis de acceso y disposición nueva, que es una solicitud de retiro parcial, con plazos y topes, similar lo que ya se introdujo en la disposición transitoria trigésimo novena de Constitución por la Ley N° 21.248.

171.- En efecto, los atributos esenciales del derecho de propiedad: usar, gozar y disponer, son materia de ley en el sistema constitucional chileno y son al mismo tiempo parte del contenido esencial de tal derecho en la Constitución. En este sentido, la norma cuestionada lo que hace es solamente establecer una nueva forma de disponer de un porcentaje del fondo previsional. A este respecto, tampoco resulta extraño que el fondo previsional o parte de él no se use para generar pensiones, pues el propio decreto ley 3.500 -como ya se dijera- contempla institutos como el excedente de libre disposición, y que recuerda también la STC Rol N° 7442 (c. 31°), además de no ser obligatorio pensionarse.

b) La construcción de una contingencia social en la Disposición Transitoria 39° y en la Ley N° 21.295.

172.- En los hechos, las leyes Nos. 21.248 y 21.295 comparten el modo de enfrentar parcialmente una misma contingencia social. No es la emergencia sanitaria misma, sino que es la precariedad social que ha debilitado transitoriamente todos los mecanismos de protección y cuidado social, al punto que se ha usado en este ámbito ahorros individuales de los trabajadores para hacer frente a la cesantía (Fondo de Cesantía- Ley 21.227) y a la falta de ingresos monetarios que han generado precariedad y vulnerabilidad.

Incluso, parte de los cuestionamientos que se refieren a la disposición de los recursos de los trabajadores en donde la protección social habilitante del régimen pensional se ha adelantado por una protección contingente para sostener una media de ingresos familiares para las familias que están fuera del sistema público de previsión social por deciles de pobreza. En cualquier, caso los legisladores formalmente identificaron una fuente de financiamiento que han ejecutado estas leyes. Así, la idea de seguridad social, no sólo se encuentra limitada a la regulación



sobre pensión de vejez o invalidez, sino que el sentido y alcance del artículo 19, N° 18 se refiere al conjunto integrado de principios y de normas destinado a otorgar protección social frente al acaecimiento de riesgos, ejerciendo el Estado un deber de garante para que todas las personas puedan ejercer sus derechos igualitaria y uniformemente.

173.- La disposición transitoria introducida por el proyecto de reforma constitucional impugnado, tal y como lo señala su idea matriz, corresponde a una medida excepcional, motivada por la emergencia socioeconómica que afecta actualmente al país y, en tanto tal, no puede interpretarse como una norma de seguridad social. Asimismo, no existe una prohibición material para que el poder constituyente derivado establezca esta clase de medidas extraordinarias, con la finalidad de enfrentar el Estado de catástrofe vigente y de acuerdo a la mayor jerarquía normativa que gozan las disposiciones constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico.

174.- De este modo, la medida que el proyecto de reforma constitucional impugnado impulsa no cumple con estos elementos esenciales que dan especificidad al sistema de seguridad social asegurado en el texto de la Constitución, por lo que no produce infracción constitucional alguna. Así, La disposición transitoria impugnada no altera el derecho a la seguridad social. No se crea un derecho permanente. Sólo se establece un nuevo derecho subjetivo prestacional, opcional y de consumación inmediata que es diferente al derecho a la seguridad social.

175.- Considerando además la actuación del Presidente de la República, mediante la tramitación de un proyecto de ley que contiene la misma idea matriz, así como la anterior promulgación y publicación de una reforma idéntica a la que se impugna en estos autos, se concluye que no existe perjuicio constitucional o cuestión constitucional en el caso de autos.

4. LA FALTA DE RIGOR TÉCNICO DE LA SENTENCIA.

176.- La sentencia de mayoría, al argumentar que no sólo cabe un control formal de una reforma constitucional sino también uno de fondo, da a conocer una interpretación forzada y errónea tanto a la historia de la Constitución, como a la jurisprudencia y doctrina que cita.

177.- En efecto, aludiendo a las sesiones Nos 359 y 409 de la Comisión de Estudio de la Carta de 1980, expresa que en ellas “se dejó nítida constancia que un proyecto de ley en elaboración podía ser refutado por inconstitucionalidades de forma y de fondo” (c. 8°). Si bien ello fue afirmado por los señores Bertelsen y Guzmán en la sesión 359 al analizarse la atribución del Tribunal Constitucional de conocer un requerimiento en contra de un proyecto de ley (Sesión 359, Actas, pp. 2357 y 2359), en el contexto en que se realiza la cita, confunde a quien la lee, por cuanto tal constancia



la emplea para reforzar su posición en relación al control de fondo que correspondería al Tribunal Constitucional sobre una reforma constitucional y no sobre un proyecto de ley.

178.- Asimismo, la sentencia cita la mencionada sesión 409 no sólo en el referido considerando 8° sino también en el 32°, transcribiendo en éste último la siguiente frase expresada por el presidente de la Comisión, señor Ortúzar: “[d]eja constancia de que, en concepto de la Comisión, las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional”, para concluir que ello “[d]a cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella”. Sin embargo, al no transcribir la totalidad de lo expresado en esa sesión ni explicar el contexto en que esas palabras fueron pronunciadas, le da un sentido diverso a ellas. Tal intervención se explica por la proposición que hiciera el comisionado señor Bertelsen de que en el anteproyecto que se estaba elaborando se incluyera “[l]a prohibición de admitir a tramitación proyectos de reforma constitucional contrarios a las bases esenciales de la institucionalidad” (Actas, p. 3405), ante lo cual el Ortúzar (Presidente) “[d]eja constancia de que, en concepto de la Comisión, las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional - palabras transcritas por la sentencia-, pero que ello no va consignado en el informe porque no es oportuno hacerlo”, insistiendo el señor Bertelsen “[q]ue, en su opinión, debiera ir en el informe una constancia en el sentido de que no se podrán admitir a tramitación las proposiciones de reforma constitucional destinadas a alterar las bases establecidas en tales o cuales párrafos del texto que se propone, y que quienes no compartan ese criterio busquen la fórmula que estimen conveniente para dejar salvada su posición. El señor Ortúzar (Presidente) reitera que la razón para no hacerlo es la de que sería inoportuno, políticamente hablando” (Actas, p. 3407). Los extractos de la sesión copiados revelan entonces que no se quiso consignar en el anteproyecto la aludida prohibición sin que hubiera mayor debate sobre el tema, salvo por considerarlo a juicio del señor Ortúzar “inoportuno, políticamente hablando”, por lo cual no hay una manifestación clara al respecto.

179.- También se tergiversa el sentido de la sentencia de este Tribunal Rol N° 464-06 para afirmar que las reformas constitucionales, al ajustarse supletoriamente a las normas sobre formación de la ley, deben respetar siempre los quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos, por cuanto, si bien es cierto que el transcrito considerando 3° de dicha sentencia así lo afirma, la mayoría olvida decir que ella, empleando el criterio interpretativo de la Unidad de la Constitución, resolvió que aunque se aplica el art. 68 -norma sobre formación de la ley- al procedimiento de reforma constitucional, ello sucede “[e]n el claro y expreso entendido que el quórum que corresponde adoptar, en el caso en estudio, es el de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, tanto en la Corporación revisora -Senado- como



en la de origen -Cámara de Diputados- para la correspondiente aprobación del proyecto de reforma constitucional”, c. 12°) . De ello se deduce entonces que no “siempre” se aplica a una reforma constitucional el quórum a que se refiere el art. 127 de la Carta Fundamental y, en especial, el de los 2/3 de los parlamentarios.

180.- Por último, el segundo párrafo del considerando 32° de la sentencia también induce a un error de apreciación al citar en forma absolutamente incompleta el Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán (página 109 de su Tomo I), al sostener que dicho autor, “[a]l comentar la imposibilidad del poder constituyente derivado de “atentar a la forma general las instituciones”, expresó en palabras que no pueden sino encontrar eco en este fallo, que “tal conclusión parece imponerse más claramente cuando el mecanismo de reforma consagrado en el documento ni siquiera consulta necesariamente la intervención del electorado en el proceso modificatorio, puesto que así, sin consentimiento directo del titular...” sin que se copiara el resto de la frase que seguía: “[d]e la soberanía, se cambiaría la base esencial del sistema político”. Además, cabe advertir que lo afirmado por el profesor Silva es un comentario a la opinión que sintetiza de Georges Burdeau, vinculada a que no podía por vía de una reforma sustituirse lo más esencial del orden constitucional vinculado al régimen democrático, debiendo el pueblo soberano pronunciarse por ello en el proceso modificatorio. Al efecto Alejandro Silva, después de la frase inconclusa que transcribimos, sostuvo la siguiente idea que se explica por sí misma: “No obstante, esta conclusión sólo podría aplicarse tratándose de las escasas disposiciones, tan primordiales de suyo que corresponde calificar como las más fundamentales, distinción difícil de establecer en la práctica, pero que, por sí sola, revela la ventaja de que, en todo caso, o por lo menos en los aspectos que se declaren como más esenciales, se consagre obligatoriamente la intervención de la consulta popular” (misma página 109 de la obra citada).

En consecuencia, no deja de sorprender la falta de rigor técnico de la sentencia en cuestiones esenciales de la teoría constitucional. Después de 54 reformas constitucionales en Chile y donde todos los capítulos de la Constitución han sido reformados (incluyendo el Banco Central este año como el último sin cambios), surge un cuestionamiento sobre los límites de la reforma. Y todo ello mientras ya existe una vía abierta y legítima hacia una nueva Constitución. Aquí se cuestiona y desconoce la teoría de fuentes (la mayor jerarquía constitucional subordina la ley y no al revés y menos un Decreto Ley). Las Bases de la Institucionalidad no son intocables y se han reformulado todos sus artículos salvo el 2° y el 4°, incluyendo materiales legales que se constitucionalizaron como la probidad, entre otras cuestiones. Trasladar la teoría de control de leyes a leyes de reforma constitucional y no construir un parámetro a partir del cual se pueden limitar decisiones constitucionales, convierte esta sentencia en una de aquellas que no sólo no se pueden compartir, sino que la doctrina constitucional en cualquier lugar reprobóla.



VIII. EFECTOS COLATERALES POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

181.- La decisión del Tribunal no sólo determina acoger aspectos por los que el requirente vino, sino que, al afectar el sensible aspecto del control de normas constitucionales, genera daños colaterales sobre toda la ingeniería constitucional en términos históricos, normativos y políticos, según veremos.

1. La seguridad sobre los sucesivos retiros del 10%.

182.- No puede obviarse que el proyecto de reforma constitucional cuestionado en autos por la sentencia dirimente establece múltiples puntos de conexión con la vigente 39° Disposición Transitoria.

Es así como comienza indicando que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición trigésimo novena transitoria, excepcionalmente (...)”*. Del mismo modo, sostiene que *“la facultad establecida en esta disposición transitoria no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésimo novena transitoria”*.

Por último, concluye que *“los demás términos y condiciones de este segundo retiro se sujetarán a lo establecido en la disposición trigésimo novena transitoria”*.

183.- Esta técnica, por lo demás, no es exclusiva del constituyente derivado, sino que también del legislador de la Ley N° 21.295. Los vínculos son amplios.

Es así como refiere del mismo modo la compatibilidad de percepción sucesiva de recursos. El inciso 2° del artículo 1° de dicha ley reitera la idea de que *“[l]a facultad establecida en esta ley no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésimo novena transitoria de la Constitución Política de la República”*; o la dimensión sobre las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones relativas a la exigencia de pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias. *“Las administradoras de fondos de pensiones, dentro de tres días hábiles, deberán informar a los tribunales el o los correos electrónicos que los afiliados tienen registrados en dichas instituciones para pedir el retiro de fondos previsionales autorizados por la Constitución Política de la República o por esta ley”*; o la ausencia de afectación de estos recursos sobre la caracterización económica de las familias. *“En ningún caso, los montos retirados de los fondos previsionales acumulados en la respectiva cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500, de 1980, permitidos por la Constitución Política de la República o las leyes, afectarán directa o indirectamente la caracterización socioeconómica que el Estado realice de los afiliados o de sus hogares, para efectos de la postulación y eventual asignación de subsidios o beneficios sociales de cualquier tipo.”*

184.- En consecuencia, buena parte del primer daño colateral es introducir incertidumbre frente a millones de relaciones jurídicas establecidas y amparadas bajo



la confianza legítima de la irreversibilidad de la percepción única o doble de retiros de los fondos de pensiones definidos tanto por la Disposición 39° Transitoria como por la Ley N° 21.295.

¿Quién podrá impedir que una defensa no invoque esta sentencia dirimente con la réplica de sus fundamentos para retrotraer las decisiones adoptadas? ¿Qué tribunal negará la admisión a trámite de una demanda para revertir estos retiros de fondos ya efectuados basados en esta sentencia dirimente? ¿En qué quedaría el valor de las decisiones del Tribunal Constitucional si la misma Magistratura relativiza su valor en casos idénticos?

185.- La sentencia dirimente pretende crear una retórica de contención. Pero esa dimensión literal no dialoga con la intensidad del fondo de su decisión. Por una parte, la tesis de la inconstitucionalidad competencial del Congreso para llevar adelante esta legislación mediante una reforma constitucional implica cuestionar el mismo mecanismo que permitió un retiro inconstitucional de los fondos sobre la base de una reforma constitucional también contemplada en una norma transitoria. O, según la tesis de la inconstitucionalidad de fondo por afectación del derecho de seguridad social, nos encontraríamos con la fundamentación inicial de todos quienes se hubieran visto afectados por dichos retiros, los que no describiremos por no ser nuestra función y porque el sentido de esta disidencia es dar garantías de certeza jurídica.

No creemos que este sea un caso de inconstitucionalidad, según latamente hemos explicado, pero incluso si lo fuera los efectos indeseados de determinadas consecuencias deben ponderarse, puesto que el estado de cosas debe mejorar con la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal (que no es este el caso) sino que aquí empeoran definitivamente en certeza jurídica y en confianza legítima.

2. El retorno interpretativo a reglas derogadas de la Constitución original.

186.- El primer efecto de esta sentencia se asienta en una interpretación que cabe contrastar con las modificaciones que ha tenido en el Capítulo de fue expresamente descartada mediante la reforma constitucional de 1989 y ratificado ampliamente en un plebiscito de julio de ese año.

En efecto, la sentencia dirimente reformula tres elementos del actual artículo 127 de la Constitución. Primero, que las reformas constitucionales que se refieran a atribuciones expresas del Presidente de la República no pueden ser disminuidas o modificadas. Y, segundo, que en esas materias deba adoptarse una decisión por los dos tercios de los votos de los diputados y senadores en ejercicio. Tercero, el efecto sobre quién define cuándo se afectan estas materias construyendo un veto implícito, a favor del Presidente de la República, en sede de admisibilidad a proyectos de reformas constitucionales impulsados mediante mociones parlamentarias.



187.- En tal sentido, cabe identificar el inciso primero del artículo 118 de la Constitución en su versión original y sin reformas, comparando con el texto vigente:

Asunto	Constitución original de 1980	Constitución vigente
Quórum	<p><i>“Artículo 118.- Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán, en todo caso, la concurrencia de voluntades del Presidente de la República y <u>de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara</u>, y no procederá a su respecto el plebiscito.</i></p>	<p>Artículo 127. Inciso 2°: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara <u>el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio</u>. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, <u>la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio</u>”.</p>
Atribuciones	<p><i>“Artículo 118.- Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, <u>disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán, en todo caso, la concurrencia de voluntades del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara</u>, y no procederá a su respecto el plebiscito.</i></p>	<p>Derogada esa idea por la reforma de la Ley N° 18.825 en 1989.</p>
Efecto	<p><i>“Artículo 118.- Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, disminuir las facultades del Presidente de la República,</i></p>	<p>Artículo 127. Inciso 1°: “Los proyectos de reforma de la Constitución <u>podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los</u></p>



otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán, en todo caso, la concurrencia de voluntades del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, y no procederá a su respecto el plebiscito.

miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65.”

Artículo 65, inciso 1º: “Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores”.

188.- La comparación permite identificar las siguientes tres dimensiones que están en juego detrás de la decisión de la sentencia dirimente:

a) Quórum. Por una parte, el modelo original de reforma constitucional establecía el requisito de quórum para las reformas mediante los dos tercios en cada cámara; la espera de una nueva legislatura; la ratificación por los dos tercios y aún así el Presidente de la República tenía la opción de llamar a plebiscito (“*el proyecto así despachado no se promulgará y se guardará hasta la próxima renovación conjunta de las Cámaras, y en la primera sesión que éstas celebren deliberarán y votarán sobre el texto que se hubiera aprobado, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Sólo si la reforma fuere ratificada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso se devolverá al Presidente de la República para su promulgación. Con todo, si este último estuviera en desacuerdo, podrá consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito.*”). Comparado con la Constitución vigente, y sin que el constituyente haya tomado una decisión sobre el Capítulo relativo a las Disposiciones Transitorias, éstas se ciñen a la regla general, esto es, a los tres quintos de cada una de las Cámaras. Esta decisión de la sentencia dirimente es, por lo tanto, un retorno a un quórum general de aprobación de dos tercios sin que se delimite cómo interpretan la asignación de materias de las Disposiciones Transitorias.

b) Atribuciones. Como se describe, en el texto original no había un principio de libertad política sobre reformas constitucionales. No sólo se requerían voluntades supra mayoritarias, sino que debían sostenerse en el tiempo por dos legislaturas. Hay cosas que podían hacerse sin problemas. Por ejemplo, incrementar los poderes del Presidente de la República. Actualmente -antes de esta sentencia dirimente- la fuente para identificar distinciones sobre las materias que se pueden reformar en la Constitución no existe. La única limitación que impone el artículo 127 de la Constitución es que las mociones de reforma constitucional representen no más de diez diputados ni más de cinco senadores. No hay materias, asuntos o cuestiones



ajenos a la posibilidad de reforma puesto que las ideas excéntricas se contienen por el pluralismo político democrático.

c) Veto del Presidente de la República. La sentencia dirimente propone una tercera idea implícita. ¿Quién podrá determinar cuándo el Congreso se dedica a modificar la estructura de poderes constitucionalmente establecidos? Según ella, habiendo dos fuentes de origen del poder constituyente, sólo el Presidente podrá limitar temáticamente al Congreso Nacional. La forma en que operará el criterio de distinción se traduce en la práctica en un veto relativo a las atribuciones específicas que estarán en juego de un modo calcado al que imponía la Constitución en su versión de los ochenta (*“disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios”*). Esto se llama veto, y si bien suponemos que todo partirá con la oposición del Presidente de la República a una reforma, el veto se trasladará a la dimensión de la justicia constitucional.

En los hechos, la sentencia dirimente nos retorna a tres ideas planteadas en un artículo constitucional que fue derogado por la ley de reforma constitucional N° 18.825 ratificada plebiscitariamente. Altísimo quórum, materias de reforma constitucional teóricamente limitadas y veto presidencial, mediante una articulación de un caso en el Tribunal Constitucional, es un retroceso a un período previo a toda reforma democráticamente establecida.

3. Se introduce una nueva función al Presidente: Jefe de Poder Constituyente.

189.- El Presidente de la República es el Jefe de Estado (artículo 24 de la Constitución) y, por lo mismo, representa a nuestro país en el exterior y dirige las relaciones políticas con autonomía (artículo 32, numeral 15° de la Constitución) debiendo conservar la independencia de la Nación (artículo 27 de la Constitución) y la seguridad externa de la República (artículo 24).

En el interior, tiene una autoridad amplia, correspondiéndole el gobierno y la administración del Estado (artículo 24 de la Constitución).

En todo ha de proceder conforme a la Constitución y a las leyes.

Y la Constitución le reconoce, hasta ahora, un poder constituyente derivado en un mismo nivel que al Congreso Nacional (artículo 127).

190.- Sin embargo, la decisión de la sentencia dirimente introduce por analogía un veto del Presidente de la República, en un conjunto indefinido de materias sobre las cuales podría impulsar el Congreso Nacional reformas constitucionales.

Si el artículo 127 de la Constitución limita a los parlamentarios a una cuestión de número de firmas requeridas para impulsar una reforma constitucional y sólo en



ese sentido se refiere al artículo 65 de la Constitución, no se ve cómo pueda aplicarse a todas las demás materias que dicho precepto legal regula y que limitan al legislador, pero no al constituyente derivado.

Sostener una tesis de defensa sustancialista, dogmática, estructural, finalista o espiritual en manos del Presidente de la República implicaría que éste tendría la llave de la Constitución. Como esta sentencia dirimente no actúa sobre la base de desconocer las potestades constituyentes del Congreso Nacional, optó por limitarlas. El dilema es que, al restringir el poder constituyente del Congreso Nacional, sin una teoría democrática constitucional clara, termina otorgando un derecho de veto implícito al Presidente de la República, constituyendo a éste en jefe del poder constituyente y sometiendo el Congreso a un procedimiento de permiso previo para reformar la Constitución.

191.- La decisión del veto presidencial implica rediseñar el poder establecido en la Constitución desconociendo la titularidad de ejercicio soberano que reside en el Congreso Nacional (artículo 5° inciso 1° de la Constitución).

Múltiples veces el ejercicio del poder constituyente ha sido iniciado por mociones parlamentarias o por el Presidente de la República, indistintamente. Hay casos muy relevantes donde, para no arriesgar la autoridad del Presidente, se ha utilizado la vía parlamentaria. La dinámica constitucional vigente tiene una perspectiva de poderes constituyentes derivados que está restringido a sólo dos organismos: Presidente y Congreso Nacional. Afectar la posición paritaria de uno de ellos reconfigura el poder constituyente derivado de un modo que, en vez de fortalecer el Estado de Derecho, lo personaliza. Debilita la dimensión institucional del poder constituyente entregándole la decisión de inicio de las reformas a una persona natural. En este sentido, todo lo que vuelve fuerte el poder de una persona, debilita el equilibrio de poderes que una Constitución instaura.

4. Poder del Ejecutivo en las reformas constitucionales desafía todo esquema racional de los regímenes presidencialistas configurando un giro anti-pluralista.

192.- Se trata de contrastar esta nueva función constituyente como algo que podría sostenerse como parte del ámbito programático máximo del presidencialismo. Este no es un argumento de refuerzo del requerimiento, sino que de la búsqueda de un testigo de comprobación de esos poderes.

Sin embargo, en la revisión de los regímenes presidencialistas de gobiernos abundante en Latinoamérica no existe este suprapoder anulatorio de los poderes constituyentes derivados. Por cierto, que este examen es un proceso de revisión



estática de normas y no incluye la dinámica político-constitucional que a veces lleva a mutar los regímenes políticos.

Los mecanismos de reformas constitucionales los mantienen abiertos a mucho más que un solo poder, como es el caso chileno. Abarca órganos (Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, etc.) y fórmulas (asamblea constituyente, porcentajes de electorado, etc.).

193.- Las constituciones de los países americanos y, en especial, la de aquellos que cuentan con un sistema presidencial de gobierno, no consagran suprapoderes del Presidente de la República de acuerdo a contenidos de la Constitución. Algunas constituciones establecen diversos procedimientos para la reforma constitucional distinguiendo por materias a reformar (Colombia, Bolivia, Ecuador, Guatemala y Paraguay) y otras, según se trate de una reforma total o parcial (Costa Rica, Nicaragua, Panamá y Venezuela), pero cualquiera que sea el caso, ninguna de ellas radica el poder de reforma constitucional en forma exclusiva en el Poder Ejecutivo. Es así que revisados los diversos y variados mecanismos de reforma constitucional contemplados en las constituciones del continente americano, no se observa un poder preferente para el Ejecutivo. Asimismo, cuando se ha radicado la iniciativa de reforma constitucional en el Ejecutivo (Colombia, Bolivia, Ecuador, Brasil, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela), ello no es de forma exclusiva y, por tanto, la iniciativa es siempre compartida con el Congreso, con los ciudadanos o con otros órganos, con independencia de la materia a reformar.

194.- En Colombia, la Constitución puede ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. Pueden presentar proyectos de reforma constitucional el Gobierno, el Congreso, los concejales o los diputados y los ciudadanos. Las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso que se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, deben ser sometidas a referendo si así lo solicita un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Asimismo, por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos (5% del censo electoral), el Congreso podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional. Por último, el Congreso puede disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la ley determine.

195.- En Argentina, la reforma a la Constitución solo procede una vez declarada la necesidad de reforma por el Congreso. Luego de aprobada esa declaración, procede la reforma por una Convención convocada al efecto.

196.- En Bolivia, la reforma total de la Constitución o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, deberá efectuarse a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria



del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, por la Asamblea Legislativa Plurinacional, o por la Presidenta o el Presidente del Estado. A su turno, la reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, sin que pueda originarse por el Presidente. La reforma parcial deberá ser aprobada por referendo.

197.- En Ecuador, las reformas a la Constitución que no alteren su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezcan restricciones a los derechos y garantías, o que no modifiquen el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizan mediante referendo solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía, así como también por iniciativa de los miembros de la Asamblea Nacional. La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución puede tener lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía, o mediante resolución aprobada por la Asamblea Nacional. Este proyecto de reforma constitucional debe ser aprobado por la Asamblea Nacional y, a continuación, por referendo. Asimismo, puede ejercer el poder de reforma la asamblea constituyente convocada a través de consulta popular, la que puede ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por la Asamblea Nacional, o por la ciudadanía.

198.- En Estado Unidos, sólo el Congreso puede presentar reformas a la Constitución. Asimismo, a solicitud de las Legislaturas de los diversos Estados, puede convocar a una Convención para que proponga enmiendas. Las enmiendas deberán ser aprobadas por las Legislaturas de los distintos Estados o por convenciones, según el Congreso haya propuesto uno u otro modo de ratificación.

199.- En México, las reformas o adiciones a la Constitución son acordadas por el Congreso de la Unión, las que, además, deben ser aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

200.- En Brasil, las enmiendas constitucionales pueden ser propuestas por la Cámara de Diputados o el Senado Federal, el Presidente de la República y las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación. La propuesta de enmienda debe ser aprobada en el Congreso.

201.- En Costa Rica, la reforma parcial a la Constitución podrá efectuarse por la Asamblea Legislativa, a propuesta de los diputados o de los ciudadanos. Durante el trámite de aprobación, el Ejecutivo puede efectuar observaciones o recomendar la aprobación del proyecto de reforma. La reforma debe ser aprobada por la Asamblea Legislativa. Eventualmente, las reformas constitucionales pueden ser sometidas a referendo. La reforma general de la Constitución solo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto, por ley aprobada por la Asamblea Legislativa, la que no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

202.- En El Salvador, la reforma a la Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa.



203.- En Guatemala, la iniciativa para proponer reformas a la Constitución corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a los diputados, a la Corte de Constitucionalidad y al pueblo. Para la reforma de ciertas disposiciones de la Constitución (artículo 278 y los artículos contenidos en el Capítulo I del Título II), el Congreso deberá convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. Para cualquier otra reforma constitucional, se requerirá la aprobación del Congreso y luego ratificación mediante consulta popular.

204.- En Haití, el Poder Legislativo, a propuesta de alguna de las Cámaras o del Poder Ejecutivo, podrá declarar la necesidad de reforma constitucional. Las enmiendas a la Constitución deberán ser aprobadas por las Cámaras reunidas en Asamblea Nacional.

205.- En Honduras, las reformas constitucionales se aprueban por el Congreso Nacional. Las reformas aprobadas no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo ni requieren sanción.

206.- En Nicaragua, la Asamblea Nacional está facultada para reformar parcialmente la Constitución. La iniciativa de reforma parcial corresponde al Presidente de la República o a los diputados de la Asamblea Nacional. En cambio, la iniciativa de reforma total corresponde solo a los diputados. La reforma constitucional se tramita de acuerdo al procedimiento previsto para la formación de la ley. En el caso de reforma parcial, el Presidente de la República no tiene derecho a veto. Por último, las reformas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional no requieren sanción del Poder Ejecutivo.

207.- En Panamá, la iniciativa para proponer reformas constitucionales corresponde a la Asamblea Nacional, al Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia. La enmienda constitucional requiere la aprobación de la Asamblea Nacional. Eventualmente, según el procedimiento de tramitación, deberá someterse a consulta popular directa mediante referendo. Asimismo, podrá adoptarse una nueva Constitución a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por el Órgano Legislativo, solo por el Órgano Legislativo, o por iniciativa ciudadana. En cualquier caso, la Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar total o parcialmente la Constitución. La reforma constitucional acordada de esta forma deberá ser sometida a referendo.

208.- En Paraguay, la reforma constitucional puede ser solicitada por cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o los electores. La declaración de la necesidad de reforma debe ser aprobada por el Congreso. En caso de aprobación, se convocará a una Convención Nacional Constituyente. Asimismo, pueden realizarse enmiendas a la Constitución (las enmiendas no involucran ciertas materias y capítulos que solo pueden modificarse mediante el procedimiento de reforma) a iniciativa de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o los electores. Las enmiendas deberán ser aprobadas por ambas Cámaras del Congreso y ratificadas mediante referendo.



209.- En Perú, la reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso y, eventualmente, ratificada mediante referendo. La reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros, a los congresistas y a los ciudadanos.

210.- En Uruguay, la reforma constitucional puede efectuarse por iniciativa de los ciudadanos, de la Asamblea General, de los Senadores, de los Representantes y del Poder Ejecutivo. La iniciativa de reforma constitucional será sometida a decisión plebiscitaria y si es aprobada, el Poder Ejecutivo convocará a una Convención Nacional Constituyente. El proyecto redactado por la Convención deberá ser ratificado por decisión plebiscitaria. Además, la Constitución puede ser reformada por leyes constitucionales aprobadas por cada una de las Cámaras, las que no podrán ser vetadas por el Poder Ejecutivo. Las leyes constitucionales aprobadas deberán someterse a decisión plebiscitaria.

211.- En Venezuela, la iniciativa de reforma está radicada en la Asamblea Nacional, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros y en los electores y electoras. El proyecto de reforma constitucional debe ser aprobado por la Asamblea Nacional y, posteriormente, ser sometido a referendo. Asimismo, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional, los Consejos Municipales en cabildos y los electores y electoras pueden convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para redactar una nueva Constitución. El Presidente o Presidenta de la República no puede objetar la nueva Constitución.

212.- En consecuencia, lo anteriormente expuesto resulta de especial gravedad, pues implica atribuir al Presidente de la República la titularidad de una desproporcionada parte del poder constituyente, pues solo él entonces podría disponer de gran parte del poder de enmienda constitucional, bloqueando la voluntad del Parlamento como constituyente derivado, que al ser un órgano colegiado electo mediante un sistema proporcional, tiene el atributo de ser representativo de toda la diversidad del cuerpo político y social, lo que se ve reflejado en su integración plural, a diferencia de lo que caracteriza al ejecutivo en un régimen presidencialista, que ve representado no a todo el cuerpo electoral sino solo al sector mayoritario.

5. El tránsito de la función del TC en el poder de reforma: de despejar los canales del cambio político a desequilibrar el constituyente mismo.

213.- Detrás de la sentencia dirimente y de este voto disidente habitan teorías jurídicas sobre el control constitucional en relación con el poder de reforma en una democracia constitucional.

En este sentido, hay que traer a colación una de las tantas posiciones sobre las teorías del control constitucional (interpretación basada en el literalismo; finalismo de



sustitución de las valoraciones del constituyente; formalismo; sistemático-finalista o procedimentalismo democrático).

Algunas posiciones sobre las cuales se ha construido el prestigio de tribunales constitucionales, reside en una estricta función que pretende desentrañar lo resuelto por el texto original. Hay múltiples versiones del originalismo, textualismo o literalismo. En cualquiera de ellas, habrían valorado que los términos expresos del artículo 127 en relación con el numeral 3° del artículo 93 de la Constitución son determinantes para estimar la aptitud de que no existen materias vedadas al poder constituyente del Congreso Nacional.

Lo mismo podríamos sostener del formalismo que podría reivindicar la legitimidad del control de constitucionalidad basada en evidentes vicios formales de las leyes de revisión constitucional, según lo analiza la doctrina comparatista relativa a las atribuciones del Tribunal Constitucional chileno en la materia (Pegoraro, Lucio (1999), "Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución", Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen 6, N° 6, pp. 236-237), en donde a lo sumo podría analizar límites expresos.

214.- La opción por una interpretación sistémico-finalista exige que no baste con tener la competencia de control de leyes de reformas constitucionales, sino que implica la existencia de un parámetro de control, el que ya hemos visto que no existe. De la alusión a límites no se deduce que se le otorgue competencia al Tribunal Constitucional para resolverlos, del mismo modo que la existencia de límites para desarrollar la nueva Constitución en el artículo 135 de la Constitución no habilita a la Corte Suprema a imponerlos a la Convención Constitucional.

La posición sistemático-finalista valora la condición de sistema que presupone la Constitución. Por lo mismo, no podría reescribir la estructura del poder acentuando el presidencialismo y debilitando las disminuidas potestades del Congreso Nacional.

215.- La tesis sustancialista que se auto adjudica atribuciones de revisión constitucional basado en valoraciones de los magistrados es una posición que carece de sustento teórico.

Aquí no se trata de la construcción e interpretación de límites que salvaguarden el proceso democrático ni los derechos fundamentales. Jamás ha estado institucionalmente puesto en juego por la proyectada "43°" Disposición Transitoria puesto que la propia Ley N° 21.295 la replicó.

216.- Más allá de las tesis que sustentan estas teorías de control constitucional hay funciones que se identifican en ellas relativas al sentido por el cual han sido establecidas. En materia de poder constituyente hay que dejar en claro que uno de los objetivos del poder de reforma es ser lo suficientemente rígida como para que la Constitución no se transforme en permanente proceso de cambio y, a la vez, la suficiente flexibilidad que permita la evolución política, social y jurídica del Estado.



Por lo mismo, uno de los objetivos de la justicia constitucional es dejar abierto o “despejar los canales del cambio político” (John Hart Ely (1997), Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Universidad de los Andes, Colombia, pp. 133 y siguientes).

Un Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus competencias, está al servicio de la rigidez y de la evolución de la Constitución. Ambos procesos sirven al propósito del mantenimiento del Estado Democrático de Derecho. Por lo mismo, la función de la magistratura constitucional como árbitro de las cuestiones de constitucionalidad no puede devenir en reescribir las reglas del juego.

Lamentablemente los canales del cambio político se entienden severamente más estrechos después de esta sentencia dirimente. Quizás se piense que no habría problema porque el cambio constitucional estaría resuelto con el “procedimiento para elaborar una nueva Constitución” desde el artículo 130 en adelante. Sobre estos nuevos efectos volveremos.

6. La tensión constituyente.

217.- La sentencia dirimente introduce una nueva tensión en momentos donde se define una nueva Constitución. El país lleva 15 meses de inestabilidad y la adopción de una hoja de ruta para reconfigurar *ex novo* nuestro ordenamiento constitucional ha tenido a las disposiciones transitorias constitucionales como uno de los mecanismos que han buscado reconducir ese proceso. Cuestionar una de ellas basada en competencias del Presidente de la República puede llevar a extender los problemas sin existir una sola solución que la misma Constitución defina.

218.- La introducción de conflictos con ocasión de la misma tiene su propia mecánica de solución en la Convención Constitucional pero orientado hacia el futuro. Mientras tanto, el poder de revisión no se ha eliminado y los altos quórum exigen una voluntad de acuerdo transversal sobre las nuevas reformas constitucionales que se introduzcan de aquí hasta el año 2022.

La sentencia dirimente no colabora con la integración y el equilibrio de poderes en momentos en que simplemente reconoce que hay una fórmula prevalente de poder sin un sustento expreso de la Constitución.

219. Sirvan todos los razonamientos argüitivos para rechazar el requerimiento.



Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, quien estuvo por el rechazo del requerimiento conforme a las siguientes argumentaciones:

1. La controversia constitucional sobre si se han respetado las reglas previstas en la Constitución para dictar una norma emanada del Congreso se origina con ocasión de una discrepancia sobre la conveniencia o no de un determinado tipo de solución o política pública para hacer frente a un problema o desafío de carácter económico derivado de la pandemia.

2. La discrepancia constitucional específica versa sobre si una materia que admite ser regulada por una ley (que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y requiere ser aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio) puede ser, alternativamente, regulada por una norma de superior jerarquía (para lo que se requiere alcanzar un quórum de aprobación más elevado o exigente).

3. Esta disparidad de criterio entre los órganos colegisladores (el Presidente de la República, por un lado, y el Congreso, por el otro) se puede reducir, también, a la pregunta de si una nueva disposición constitucional, como la que contiene el Proyecto, puede o no ser declarada inconstitucional en atención al contenido de la misma disposición. Dicho de una manera más general, se nos pide resolver sobre los límites al poder constituyente derivado (tanto procedimentales como materiales).

I. ACERCA DE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 65 INCISO TERCERO E INCISO CUARTO, NÚMEROS 1 Y 6), ORIGEN DE LA DISPUTA CONSTITUCIONAL.

4. El origen y meollo de la controversia jurídica dice relación con la regla de iniciativa exclusiva de ley que detenta el Presidente de la República en virtud del artículo 65 de la Constitución. El requirente (Presidente de la República) ha planteado que una solución normativa que autorice un retiro del 10% de los fondos de capitalización individual es prerrogativa exclusiva de él y que sólo puede hacerse vía ley.

5. No se discute que la mencionada regla del artículo 65 es un instrumento importante que la Carta Fundamental le ha entregado al Presidente de la República en el proceso de formación de la ley. Pero esto no significa, como explicaremos, que nuestro ordenamiento constitucional no prevea la posibilidad de su superación a través de procedimiento de reforma constitucional.

6. Habría habido una deslealtad constitucional flagrante si se hubiera dado inicio a un proyecto de ley no respetando la regla constitucional contenida en el artículo 65. Aquí, en cambio, se hizo de una manera distinta. Se ha utilizado el camino más arduo de la reforma constitucional, máxima expresión normativa y que, por lo mismo, exige la construcción de grados de consenso mayor.



7. Como forma de superar la clausura del debate legislativo sobre la materia por parte del Ejecutivo, este proyecto busca alcanzar por la vía de la introducción de una nueva disposición constitucional lo mismo que se ha podido hacer por medio de la dictación de una ley de quórum calificado como la N^o 21.295, la que autorizó el segundo retiro del 10% y respecto de la cual no existe reproche alguno de constitucionalidad por parte de las partes en conflicto.
8. Lo que queremos subrayar es que nuestro ordenamiento constitucional sí permite una práctica como ésta y, además, que es razonable que así sea. Las reglas del juego constitucionales admiten la posibilidad de que en virtud de una amplia mayoría pueda llegar a prosperar la postura de los parlamentarios sobre cuál es la solución normativa más conveniente a un problema. Aquella elevada mayoría o adhesión de voluntades aspira a verse reflejada, en este caso, en la más alta expresión normativa que tiene una democracia como es la dictación de una norma constitucional.
9. El criterio esencial que, al respecto, provee nuestro ordenamiento constitucional es que para la producción de normas legales y constitucionales participa el Presidente de la República y el Congreso, y que las discrepancias entre ambos se zanján –al final– según el grado de apoyo o consenso que sea capaz de recibir un determinado proyecto. Ésta es la razón de que el veto del Presidente de la República a un determinado proyecto de ley (artículo 73) o de reforma constitucional (artículo 128) pueda ser superado por una insistencia de 2/3 de los diputados y senadores presentes y en ejercicio, respectivamente. En el caso de una reforma constitucional, el Presidente de la República cuenta, además, con la posibilidad de que la última palabra o decisión definitiva la tenga la ciudadanía a través de un plebiscito. Este último dispositivo de resolución de discrepancias sigue la misma línea: las disputas se zanján, al final, contando votos.
10. Así, en general, aquellos conflictos que deriven de la aplicación de la regla del artículo 65 sobre iniciativa exclusiva de ley siempre podrán resolverse por la vía del establecimiento de una nueva disposición constitucional que tenga como objeto o efecto restringir total o parcialmente la mencionada regla. Y es sensato que así sea, más aún considerando que se trata de un filtro que opera como cortapisa al inicio del proceso de formación de una ley, es decir, como obstáculo a la posibilidad de iniciar una deliberación legislativa. Por lo mismo, no es casualidad que para la tramitación de un proyecto de reforma constitucional no exista (ni haya existido en la historia constitucional chilena) una regla de iniciativa exclusiva a favor de alguno de los órganos colegisladores. El requerimiento busca respaldo en el artículo 127 de la Carta Fundamental, pero dicha norma, más que apoyar su pretensión, abona la tesis opuesta, ya que habiendo tomado en consideración el artículo 65, lo hace para exigir que la moción de reforma tenga un número máximo de firmas.
11. Hay que tener presente, además, que el proceso de reforma constitucional es, como no podría ser de otra forma, más exigente en cuanto al grado de consenso requerido y ofrece mayores resguardos frente a una actuación arbitraria de alguno de



los órganos colegisladores. Tanto es así que, además del mecanismo de vetos e insistencias, se contempla la posibilidad de que sea la ciudadanía a través de un plebiscito quien dirima la discrepancia, tal como ya ha sido comentado.

12. Y, si miramos esto desde una perspectiva garantista enfocada en las personas, cabe hacer presente que la Constitución recurre a reservas o remisiones normativas asociadas a un quórum supramayoritario como resguardo o garantía. Así, por ejemplo, hay múltiples disposiciones que buscan asegurar a las personas que los derechos de los cuales son titulares sean desarrollados no por disposición reglamentaria (emanada exclusivamente del Presidente de la República), sino con participación de este último y el Congreso, y en algunos casos, con grados de consenso mayor dependiendo de la importancia que se le asigne. En este sentido, cobra importancia el sistema de jerarquías normativas y el aserto de que “si se puede con menos, con mayor razón se puede con más”. En su aplicación a este caso significa que si se ha podido autorizar un retiro por ley de quórum calificado, también ha de poderse autorizar por norma constitucional.

13. En síntesis, es importante recalcar que la Constitución sí entrega directrices para la superación de conflictos con ocasión del ejercicio de potestades normativas en las que están involucrados como colegisladores tanto el Presidente de la República como el Congreso. El proceso de producción normativa (legal y constitucional) nunca es ejercido en exclusividad por un solo órgano y las discrepancias se zanján a través de la satisfacción de elevados quórums. Por lo mismo, resulta equivocado el corolario expresado en el considerando 23º del fallo por acoger consistente en que habría una “*duplicación o interferencia de funciones*” constitutiva de una “*anomalía institucional [...] que riñe, naturalmente, con cualquier noción de orden y buen gobierno*”.

14. Relacionado con esto último, el requerimiento sugiere que el proyecto de reforma constitucional bajo examen contravendría principios o bases fundamentales de la institucionalidad al reformar de facto el sistema de gobierno presidencialista imperante en Chile. Más específicamente, se plantea que se burlaría el sistema institucional de pesos y contrapesos. Si tal fuera la relevancia de las reglas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República, cualquier modificación a éstas implicaría subvertir un rasgo estructural definitorio del régimen constitucional chileno. Así, nos dicen, cualquier reforma al artículo 65 de la Constitución se erigiría como un límite infranqueable e inmutable al poder constituyente, vulnerándose, de paso, los artículos 6º y 7º de la Constitución. La línea argumentativa precedente nos invita a referirnos al tema de los límites materiales a los que estaría sujeto un proyecto de reforma constitucional.

II. ACERCA DE LOS LÍMITES MATERIALES A LOS QUE ESTARÍA SUJETO EL PODER CONSTITUYENTE PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN.

15. La construcción argumentativa del requerimiento es compleja. Los distintos reproches y su fundamentación aparecen vinculados entre sí, con lo cual se oscurece la comprensión de los aspectos centrales que son determinantes para resolver la



cuestión sometida a nuestro conocimiento. Intentando aportar claridad y, al mismo tiempo, haciéndonos cargo de los preceptos constitucionales cuya vulneración se alega, seguiremos la siguiente secuencia. Luego de algunas consideraciones introductorias sobre los límites materiales, discutiremos la alegación ya mencionada concerniente a una supuesta afectación a la preservación de un sistema de gobierno y distribución de poderes que se alzaría como frontera insalvable para la validez de una reforma constitucional como la que es objeto de examen. Para facilitar la comprensión, asociaremos esta línea argumentativa a la supuesta infracción a los artículos 6º y 7º de la Constitución. Con posterioridad, abordaremos la alegación relativa a la infracción al artículo 19, Nº 18º.

16. Intentar persuadir jurídicamente de que se está ante un proyecto de reforma constitucional inconstitucional, como lo hace el requirente, es una empresa delicada y exigente. Y la razón parece evidente: si el ejercicio del poder constituyente derivado de reforma consiste, precisamente, en alterar (eliminando o sustituyendo una norma preexistente) el texto constitucional, ha de colegirse, como regla general, que la incorporación de una nueva disposición a la Constitución puede válidamente contradecir las normas constitucionales vigentes. Y tal validez –hablando nuevamente en general- parece todavía más clara cuando se reforma la Constitución agregando una disposición sobre una materia sobre la cual no existía previamente regulación constitucional alguna. Este es el caso del Proyecto.

17. El control de constitucionalidad de una norma importa un ejercicio en que ha de contrastarse la conformidad de la disposición examinada con un precepto constitucional que sirve de parámetro. Cuando ambas normas tienen jerarquía constitucional, para declarar la inconstitucionalidad por una infracción material (no formal o de procedimiento) es menester identificar preceptos constitucionales de superior entidad. Como resulta evidente (al menos para este Ministro), se trata de una posibilidad reducida y, por lo tanto, su ejercicio debe ser acotado.

A) Sobre la vulneración a los artículos 6º y 7º de la Constitución.

18. Volvamos al origen nuevamente. La parte requirente argumenta en defensa de la iniciativa exclusiva de ley. Nadie discute que en el proceso de formación de una norma de jerarquía legal dicha regla constitucional debe ser respetada. Pero, como se está examinando no una reforma legal, sino una constitucional, se argumenta en función de persuadir que dicha regla de iniciativa exclusiva de ley pertenece a aquel selecto grupo de principios sobre los cuales descansa todo nuestro ordenamiento constitucional y, según el requirente, el futuro de Chile.

19. Para cubrir con mayor ropaje o darle más linaje a la regla de iniciativa exclusiva de ley, la cual –cabe recordar- no es de aquellas que requieren de un quórum de 2/3, sino de 3/5, se la asocia inapropiadamente con el principio de supremacía constitucional (artículo 6º) y con el de juridicidad (artículo 7º). Primero, no hay un vínculo particular (que no tenga cualquier otra norma) entre dichos principios con la regla constitucional del artículo 65. Y, segundo, el principio de supremacía



constitucional confirma la existencia de una jerarquía normativa que tiene en su cúspide a las normas constitucionales. Esto, más que favorecer la postura a favor de la inconstitucionalidad de una disposición constitucional, subraya la especial dignidad de una norma constitucional versus una de jerarquía legal. En este aspecto hacemos notar que el fallo del cual disentimos discurre como si se tratara, sin más, de un control de constitucionalidad de una ley.

20. En la búsqueda de un límite material implícito que se erija como muralla frente a este proyecto de reforma constitucional, se identifica la regla de iniciativa exclusiva de ley como un elemento de la esencia del régimen presidencialista, el cual, a su vez, constituiría un rasgo que definiría la identidad misma de nuestra república democrática. Es plausible considerar que el carácter de república democrática de Chile es un pilar fundante que nos define como nación y que puede estimarse como un límite al poder constituyente. Pero, la secuencia previa está lejos de ser una cadena lógica y necesaria. La iniciativa exclusiva de ley no define a un régimen presidencial (es una regla de incorporación relativamente tardía en la historia constitucional chilena) y la forma presidencial de gobierno no es consustancial a un régimen democrático y republicano. La fuente del presidencialismo es la Constitución y no al revés.

B) Sobre la infracción al derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°).

21. Aunque se trata de una posibilidad reducida como ya lo comentamos, una norma modificatoria de la Constitución también podría ser inconstitucional por vulnerar ciertos derechos de las personas.

22. Un proyecto de reforma constitucional de carácter contingente (por las características concretas y específicas de la disposición que se pretende incorporar al texto constitucional) presenta, muchas veces, una mayor aptitud para ser examinado en cuanto a su compatibilidad con derechos constitucionales. Por ejemplo, una proyectada nueva norma constitucional de naturaleza contingente como la que es objeto de análisis podría brindar la oportunidad de valorar su efectos y contrastarlos con aquellas normas de especial entidad utilizadas como parámetro.

23. No es necesario pronunciarse sobre muchas de las interrogantes que surgen de lo previamente dicho para afirmar que no se constata infracción al artículo 19, N° 18° de la Constitución. Es indesmentible que no estamos en presencia de un proyecto de reforma constitucional que elimine o sustituya alguna parte del texto de la referida norma de la Constitución. Ni siquiera ocurre tal cosa de manera implícita. Por de pronto, no se han aportado antecedentes respecto de sus efectos con el objetivo de que esta Magistratura los valore como parte de un razonamiento constitucional. Pero, quizás más significativamente, nuestra afirmación puede entenderse con más claridad si se tiene presente que no todas las reglas sobre seguridad social están constitucionalizadas. De hecho, la Constitución es escueta en la consagración del derecho a la seguridad social.



24. El requerimiento señala que el proyecto de reforma constitucional vulnera el artículo 19, N° 18°, inciso tercero, porque las cotizaciones obligatorias sólo pueden tener como fin las pensiones. Tal aserto no está en la Carta Fundamental. La reforma constitucional sólo permite el retiro excepcional de un porcentaje de los fondos de las cuentas de capitalización individual de los afiliados al sistema de AFP. Esto no altera el derecho a la seguridad social: las personas continúan teniendo derecho al acceso a “prestaciones básicas uniformes”, como establece el artículo 19, N° 18 de la Constitución.

25. Respecto al fin de los fondos previsionales, no es lo mismo que la ley establezca, por regla general, que su destino es el financiamiento de la pensión futura del afiliado, a decir que existe un cierre constitucional para que puedan tener algún otro destino. La Constitución nada indica sobre el fin de dicha cotización individual. Considerar que sólo puede tener como fin exclusivo el pago de pensiones equivale a considerarlo constitucionalizado, con lo cual cualquier modificación al sistema de pensiones (como, por ejemplo, la posibilidad de retiro de fondos previsionales para las personas con enfermedades terminales) exigiría necesariamente una modificación a la Carta Fundamental.

26. En definitiva, así como no se discute por ninguna de las partes la validez constitucional de la Ley N° 21.295 que autorizó el segundo retiro y que tiene esencialmente el mismo contenido que este proyecto de reforma constitucional, resulta difícil para el requirente probar la existencia de una infracción al artículo 19, N° 18° de la Constitución. A diferencia de lo indicado por el requerimiento, la reforma constitucional impugnada no vulnera la mencionada garantía.

III. ACERCA DE LA OBJECCIÓN REFERIDA AL QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LA REFORMA Y DE LA CONSIGUIENTE VULNERACIÓN AL ARTÍCULO 127, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN.

27. El artículo 127, inciso segundo, señala que cuando una reforma constitucional “recayere sobre” ciertos capítulos de la Constitución, ellas deben ser aprobadas con un quórum de dos tercios. Este refuerzo de la Constitución para la modificación de algunos capítulos no debe ser interpretada desde un punto de vista meramente formal, lo que no significa adherir a la tesis de que cualquier proyecto de reforma constitucional que “huela” a seguridad social debe ser aprobado con un quórum de 2/3. De hecho, la misma parte requirente no discute que la regla general sea el quórum de 3/5.

28. Mucho se ha discutido sobre si resulta determinante o no, para efectos de quórum, la inclusión o no de la nueva norma constitucional (proyectada) como disposición transitoria. Al respecto, hay que partir señalando que nuestro orden constitucional carece de una sistematización rigurosa. El apartado sobre disposiciones transitorias de nuestra Carta Fundamental bien podría responder al título de “disposiciones varias”. En este sentido, se puede afirmar que no hay temas que sean, necesariamente, propios de normas transitorias. Es imposible sistematizar el



contenido de las actuales normas constitucionales transitorias. Incluso más, la Constitución tiene en su articulado permanente normas que son de aplicación transitoria. Véase, a modo ilustrativo, el artículo 19 N° 6°, inciso tercero, primera parte; y el artículo 77, inciso final. Lo anterior significa que no toda disposición transitoria de la Constitución ha de estar, necesariamente, asociada a algunos de los capítulos para efectos de quórum.

29. Hay casos en los que no cabe duda que una reforma constitucional que agrega una disposición transitoria debe votarse con un quórum de 2/3. Esto ocurriría, por ejemplo, si la nueva norma contiene reglas incompatibles con el texto del artículo 19, N° 18° de la Constitución. En tal caso se estaría, ciertamente, en presencia de una reforma que “recae” sobre el capítulo III de la Constitución. Demás está decir que aquello no ocurre con el proyecto de reforma constitucional objetado.

30. A modo ilustrativo, si una norma transitoria declarase que el escudo de armas de la República ya no será un emblema nacional, dicha disposición sería incompatible con el artículo 2° de la Constitución, que señala que son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional. Esa norma transitoria, por tanto, debe ser aprobada con un quórum de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.

31. Lo mismo correspondería si una norma transitoria tiene una incidencia determinante sobre materias o reglas contenidas en un capítulo permanente de la Constitución. Así, por ejemplo, si una disposición transitoria buscara establecer al copihue como emblema nacional, se trataría de una modificación a la regla del artículo 2° de la Constitución, que señala que son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional. El sentido de esa disposición transitoria - establecer al copihue como emblema nacional - sería incorporar un nuevo emblema nacional, adicional a los que contiene el artículo 2° de la Constitución.

32. En nuestro ejemplo, no es necesario que se modifique directamente el artículo 2° de la Constitución para que la norma transitoria deba ser aprobada con 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Evidentemente una norma transitoria que incorpora un nuevo emblema nacional está modificando la regla del artículo 2°, toda vez que dicho artículo sólo indica tres emblemas nacionales y este sería un cuarto.

33. En el caso de la reforma constitucional sometida al examen de este Tribunal, nos parece claro, como ya lo hemos dicho, que no se está realizando una modificación al articulado permanente de la Constitución. El sistema previsional chileno se mantiene igual: lo único que se altera es la posibilidad excepcional de un retiro de fondos del sistema previsional. No hay incompatibilidad entre la regla del artículo transitorio con la regla permanente de la Constitución

34. Pero, además, la reforma constitucional tampoco incide de manera determinante en algún derecho consagrado en el Capítulo III de la Carta Fundamental. El contenido que se pretende agregar no es de aquellos que puedan considerarse un



complemento indispensable de las normas del artículo 19, N° 18° preexistentes y que continúan vigentes.

35. Desde una perspectiva finalista, nos parece claro que la distinción entre los dos tipos de quórum refleja, aunque imperfectamente, una diferencia en el grado de importancia y estabilidad deseada para las diversas normas del texto constitucional. Teniendo lo anterior en consideración y leyendo nuevamente el contenido del proyecto de reforma constitucional, podremos concluir que se trata de una disposición sumamente contingente que difícilmente pueda calificar en el grupo de las más importantes de acuerdo al quórum exigido.

36. Es cierto que desde el punto de vista de la técnica constitucional se trata de una disposición que contribuye a lo que podría llamarse una “vulgarización de la Constitución”. Pero, dicha afirmación es un juicio de “estética constitucional” más que uno de legitimidad constitucional, que es lo que nos concierne como Tribunal Constitucional.

POR TANTO, teniendo en consideración las razones expresadas en este voto disidente, el requerimiento de autos ha debido rechazarse.

El Ministro señor Rodrigo Pica estuvo por rechazar el requerimiento deducido teniendo además presente las siguientes consideraciones:

1°. En este caso, acoger el requerimiento, además de cercenar contra norma expresa la iniciativa parlamentaria de reforma, es atribuirle ese inexistente supra poder al ejecutivo frente a una decisión constitucionalizada, referida a la administración y disposición de fondos previsionales, una suerte de suprapoder de jefe constituyente que no está en contenido en el artículo 127 constitucional, ni en norma alguna del procedimiento de reforma a la misma, ni tampoco en atribución alguna del poder ejecutivo en la Constitución, por lo que cabe concluir que tales poderes son felizmente inexistentes y que, de ser imaginables, serían algo parecido a lo que en el constitucionalismo alemán de siglo XIX fue el principio monárquico prusiano^{‡‡}, entendido como fuente de poder superior a lo que emanara de la voluntad de pueblo y del principio democrático y que se escribiese en la dimensión formal de la constitución. Concebir algún poder de esa entidad y capacidad implicaría necesariamente pre suponerlo como anterior y superior al principio democrático y al derecho de autodeterminación soberana de los

‡‡ Ver, en este sentido, Werner Heun, El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX, en Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, ISSN 1575-3247, N° 2, Universidad de Oviedo, 2000, (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada / coord. por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna), págs. 559-586, disponible en <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/segundo/pdf/pmonarquico.pdf>



- pueblos, que incluso en el texto original de la Constitución de 1980 -con todo lo que del mismo se pueda decir- son reconocibles a partir de sus artículos 4° y 5°.
- 2°. Adicionalmente, al incorporarse a la Constitución la disposición trigésimonovena transitoria, la materia “retiro parcial y limitado en el tiempo de fondo previsional” ya fue constitucionalizada, tras ser sancionada la aprobación de la reforma constitucional respectiva por el Presidente de la República. En este sentido, el trámite de sanción de un proyecto aprobado aplica en materia de reforma constitucional por la vía del artículo 127, al hacer aplicable el sistema de vetos -observaciones- al ejercicio constituyente derivado. En este sentido, la sanción es lo contrario del veto, es la una aprobación del contenido del mismo por el Poder ejecutivo tras la aprobación del legislativo, debiendo agregarse que el ejercicio de tal atribución se constata de forma expresa o tácita (por vencimiento del plazo para vetar). Así, la constitucionalización de la materia regulada por el proyecto que se cuestiona fue aprobada por el mismo poder ejecutivo, sin que pueda ser desconstitucionalizada ni menos petrificada por este Tribunal.
 - 3°. Adicionalmente, resulta insostenible declarar que se acoge la petición de inconstitucionalidad del proyecto de disposición transitoria cuestionada sin que se genere a partir de ahora un cuestionamiento a la disposición trigésimonovena transitoria vigente, incorporada a la Constitución de la misma forma que se cuestiona, en un efecto indirecto y anómalo, que se traduce, aunque se niegue, en un cuestionamiento a normas constitucionales vigentes, para lo cual este Tribunal carece absolutamente de competencias.
 - 4°. Cabe destacar que, desde hace ya más de 20 años, la jurisprudencia del Tribunal, tanto en controles preventivos como represivos ha proclamado como límite a sus atribuciones el “principio de presunción de constitucionalidad de la ley”. Si se busca el fundamento conceptual de dicho principio, el mismo se encuentra en el principio democrático, como fundamento de legitimidad política de lo obrado por el Congreso Nacional, lo cual excluye el “control de mérito legislativo” -en este caso constituyente- por caber dentro de la órbita de la deliberación política propia del ejercicio democrático. La presunción de constitucionalidad se erige en un muro aún más alto en un caso como éste, pues el objeto de control es una decisión constituyente y no meramente legislativa, lo que exige un estándar de coherencia y consistencia argumentativa que el requerimiento de estos autos no cumple.
 - 5°. Que, por otra parte, el requerimiento sustenta la impugnación en que el texto cuestionado requeriría un quorum de 2/3 de aprobación. Nuevamente encontramos que el texto constitucional vigente establece dos tipos de reglas al respecto:
 - Una general y primaria: el quorum es de 3/5, salvo regla especial por ubicación de norma en capítulo constitucional.
 - Una especial, que es determinar quorum de 2/3 para modificaciones de capítulos específicos de la Constitución, al expresar su artículo 127 que Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.



Esta regla no se refiere a “materias reguladas en los capítulos”, sino a la hipótesis de “si la reforma recayere sobre los capítulos”, lo cual exige reforma directa y expresa a los mismos para agravar el quorum, sin referencia a normas nuevas fuera de ellos, que quedan entonces en la regla general de 3/5.

- 6°. Que, además, resulta de toda obviedad la diferenciación de normas de rango constitucional y de rango legal en el sistema de fuentes del derecho. En ese orden, además de la jerarquía y la fundamentalidad, el procedimiento de creación de las mismas es evidentemente diferente, más aún en una teoría de la constitución propiamente democrática. Es en ese sentido que si incluso en la carta de 1980 se diferencia el procedimiento legislativo del procedimiento constituyente derivado, la aplicación analógica y extensiva de la iniciativa exclusiva de ley al procedimiento de reforma constitucional es una evidente vulneración del artículo 7° de la Constitución, al atribuirle poderes al Presidente de la República fuera de los casos y formas que la Constitución establece y al impedirle al Congreso ejercer la libre iniciativa de reforma constitucional que siempre ha gozado, sin tener poder en el derecho para ello. Aplicar por analogía la limitación material de iniciativa exclusiva de ley al procedimiento de reforma constitucional implica un error básico e inexcusable desde la primera aproximación al sistema de fuentes: confundir el procedimiento de creación y la materia de las normas constitucionales con los propios de las normas legales que derivan de la constitución, desconociendo los caracteres y significación del ejercicio constituyente, para minimizarlo y asimilarlo con el legislativo.
- 7°. Por otra parte, debe tenerse presente que el sistema de administradoras de fondos de pensiones acumulados y administrados en cuenta de capitalización individual no se encuentra constitucionalizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Constitución Política, que dispone al respecto:
“La Constitución asegura a todas las personas:
... El derecho a la seguridad social.
*Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.
La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.
El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;*”.
- 8°. En efecto, de la lectura del texto se constata una amplia capacidad regulatoria del legislador al permitir que los prestadores sean estatales o privados y al entregar a la ley la determinación específica de cotizaciones, estados de necesidad social y prestaciones básicas y uniformes, asignando al Estado un rol doble: potencial prestador y garante tutelar de un sistema de seguridad social.
- 9°. Así, la capitalización individual, el uso y administración de los fondos, su propiedad y el régimen de su acceso por el afiliado y dueño se consagraron y construyeron en la ley, no en el numeral 18° del artículo 19 constitucional. De ello se deduce que el proyecto en ninguna parte modifica lo dispuesto por el enunciado normativo del derecho a la seguridad social en el numeral 18° del



artículo 19 de la Constitución, motivo por el cual nada tiene que ver el proyecto con el quorum de 2/3 necesario para modificar tal norma, salvo que se quiera cometer el error conceptual de sostener que se habría constitucionalizado el contenido completo del decreto ley 3.500, nada de lo cual se lee ni remonta indirectamente en la norma constitucional transcrita, y nada de lo cual ha sido verificado por el constituyente derivado electo en las urnas tras el retorno a la democracia.

- 10°. Debe tenerse presente además que, en su dimensión de derecho fundamental, la seguridad social implica que es el Estado el obligado correlativo del ser humano, lo cual implica que es el Estado, y no el ciudadano, quien debe asegurar el acceso a prestaciones que la Constitución califica como “básicas y uniformes”, a lo cual se agrega que a partir del sistema de capitalización individual pagado por el trabajador que se constituye desde las cuentas individuales de capitalización del decreto ley 3.500, este Tribunal ha reconocido la propiedad del mismo trabajador sobre el fondo previsional, derecho que se ha declarado como amparado por el estatuto constitucional de la propiedad del numeral 24° del artículo 19.
- 11°. Así, debe precisarse lo señalado en sentencia Rol N° 7442 en su considerando 38°, que los dineros del fondo “(...) tienen como finalidad específica e inmodificable financiar la respectiva pensión”, porque ello admite matices, pues además de no ser obligatorio pensionarse, en las mismas normas se estatuyen el excedente de libre disposición y la posible destinación del fondo a masa hereditaria (ver lo establecido en los artículos 20, 61 bis, 62 bis, 72 y 179 del Decreto Ley 3.500), debiendo tenerse presente que al estar configurado en la ley, es perfectamente modificable por una norma de similar o mayor jerarquía en el sistema de fuentes, que es justamente lo que el proyecto cuestionado hace, para establecer constitucionalmente otra hipótesis de acceso y disposición nueva, que es una solicitud de retiro parcial, con plazos y topes, similar lo que ya se introdujo en la disposición transitoria trigésimonovena de Constitución la Ley N° 21.248, sin que su constitucionalidad fuera objetada por el ejecutivo, que tampoco vetó, que sancionó y promulgó sin objeciones, incorporando tal regulación a la Constitución, de lo que deriva que el derecho a retiro de recursos de propiedad del trabajador de su fondo previsional ya es o fue una materia constitucionalizada, pudiendo perfectamente modificarse su regulación.
- 12°. Declarar que se vulnera el derecho a la seguridad social encierra una paradoja, que es otro yerro inexcusable: siendo el trabajador el dueño del fondo previsional y siendo el trabajador el afiliado al sistema y titular del derecho a la seguridad social, el titular de tal derecho y el sujeto activo “violador” de él serían el mismo: el afiliado violaría su propio derecho al retirar el 10% de su propio fondo, lo cual constituiría un sin sentido: titular del derecho y obligado correlativo, titular del derecho y violador del mismo serían un solo sujeto: el afiliado al sistema de AFP, lo cual además significa que el Estado no sería responsable del aseguramiento del acceso a la seguridad social, el cual al no tener distinción ni alteridad entre sujetos activo y pasivo dejaría de ser un derecho subjetivo y por ende dejaría de ser un



derecho fundamental. Nada de ello puede tener sentido a la luz del parámetro de constitucionalidad del numeral 18° del artículo 19 constitucional referido al derecho a la seguridad social, que reconoce al Estado como contraparte del afiliado, como en todo derecho fundamental, siendo la prestación la garantía de acceso a prestaciones básicas y uniformes, sea que las brinden privados u organismos estatales.

- 13°. Por otra parte, resulta insostenible que -ad portas de un ejercicio democrático de poder constituyente originario en la Convención Constitucional a elegirse prontamente para la elaboración de una nueva constitución que derogue la actualmente vigente- se sostenga que el capítulo 1 completo del actual texto constitucional sea de tipo pétreo porque lo discutieron e hipotéticamente acordaron los miembros de un órgano asesor de la junta militar de gobierno que tras asumir el poder por vías no contempladas en la carta de 1925 se auto atribuye el poder constituyente mediante la dictación de su propio decreto ley 128, en referencia al alcance de su decreto ley 1.
- 14°. A causa de lo expresado, no es acertado tener como de "historia fidedigna" a actas de meros órganos asesores y consultivos de una junta militar que accede al poder por medio de vías de fuerza, órganos que nunca tuvieron el carácter de resolutivo-constituyentes ni menos un mandato democrático del pueblo en las urnas, por lo que no fueron constituyentes ni en sentido deontológico ni ontológico, pues la potestad constituyente, entendida solo como un factum de fuerza, estuvo radicada de hecho en la junta militar, que expresamente lo declaró así precisando que se la había auto atribuido ab initio, mediante la dictación del decreto ley 128 de 1973, que "aclara" el sentido y alcance del decreto ley N°1.
- 15°. En efecto, señaló en su artículo 3° el referido decreto ley 128 "*El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno...*", a lo cual debe agregarse lo dispuesto en su artículo 2, en orden a que "*Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella*", de lo cual deriva que la Constitución de 1925 deja de ser un límite jurídico y externo al poder y lo poco que formalmente sobrevive de su texto pasa a ser disponible por la sola voluntad de la junta.
- 16°. En este orden, debe descartarse una perspectiva pretendidamente "originalista" de interpretación del texto constitucional para resolver el presente caso. En efecto, no es relevante determinar ni evaluar las "intenciones" ni discusiones que la llamada Comisión Ortúzar (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o CENC) tuvo al discutir y proponer a la Junta de Gobierno las normas sobre libertad de opinión e información y sus pretendidos límites. En este sentido, lo que pudieren ser las convicciones íntimas o las intenciones de los participantes en los diversos órganos, asesores o no, que fueron parte de la elaboración del texto original de la Carta de 1980 aparecen evidentemente subordinadas al devenir de la norma, al desarrollo de la ciencia, a la evolución de la sociedad a la que rige y al desarrollo del sistema político hasta la actualidad, no pudiendo conformar así las actas expresivas de la "voluntad" de los órganos asesores de una junta militar



una suerte de testamento constitucional, ni menos una suerte de revelación inmutable ni menos pétrea para un período democrático posterior.

- 17°. En efecto el Estado constitucional y democrático de nuestra época, con todas las imperfecciones y déficits que tenga, es incompatible con la atribución del carácter y la fuerza de historia fidedigna o canon interpretativo con estándar de verdad a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como lo fue la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre todo si se tiene en cuenta que, con variadas, reiteradas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional sustancialmente diferente, que ha sido sucesivamente enmendado por órganos expresivos de la soberanía popular en períodos de democracia y normalidad constitucional, lo cual no obsta a que, en el ejercicio de autodeterminación, el titular de la soberanía pueda considerar insuficiente lo obrado a través de las atribuciones constituyentes derivadas, lo cual es parte del devenir actual del sistema político, en el marco de la discusión constituyente que está ad portas tras el plebiscito sobre nueva constitución, en el cual el titular de la soberanía determinó inicial un proceso de redacción de un nuevo texto.
- 18°. Adicionalmente, no puede preterirse que la sentencia rol N° 591 que se cita para sustentar el ejercicio del fallo de mayoría del tribunal se refiere al controvertible examen de una resolución exenta, acto administrativo que no se contempla en el catálogo de competencias de control de esta Magistratura en el artículo 93 de la Constitución, en el marco de lo que fue un proceso referido una atribución de control de decretos supremos -normas infralegales- cuestión totalmente diferente a estos autos. Además, se argumenta en tal sentencia, en los razonamientos que se citan, en orden a terminar atribuyendo competencias genéricas y residuales de conflictos constitucionales para este Tribunal, en un sentido totalmente contrario al del artículo 93 de la Constitución, que establece un catálogo cerrado y limitado de competencias, que además son de derecho estricto, a la luz del artículo 7° de la misma Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, y las disidencias y votos particulares, los Ministros que respectivamente los suscriben.



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

RoI N° 9797-20-CPT

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

María
Angélica
Barriga Meza

Firmado digitalmente
por María Angélica
Barriga Meza
Fecha: 2020.12.30
19:51:10 -03'00'

María Luisa
Brahm Barril

Firmado digitalmente por
María Luisa Brahm Barril
Fecha: 2020.12.30
19:44:22 -03'00'