

AUGE Y CAÍDA DE LA DOCTRINA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES EN CHILE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROLES 9797-2020 Y 10.774-2021

Marianne Poehls¹

Sergio Verdugo²

Resumen

Este trabajo comenta las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile (TC) que se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales que incorporaban disposiciones transitorias autorizando el retiro de parte de los fondos previsionales (TC 9.797 y 10.774). Las razones normativas para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales se expresan con mayor fuerza cuando dicha doctrina se utiliza para proteger los contenidos mínimos de la democracia que las constituciones pueden ayudar a preservar—el *constitutional minimum core*. Este argumento, sostienen los autores, podría extenderse a aquellos presupuestos jurídicos que hacen posible la estabilización de aquellos procesos políticos que permiten la actividad democrática representativa. Los autores argumentan que los contenidos de las sentencias del TC no van en esa dirección. Aunque la argumentación del TC es confusa y contradictoria, es posible reconstruir el argumento central tomando en consideración ambas sentencias. La *ratio decidendi* de ambos casos se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a alguna teoría procedimental de la democracia. Ello hace que el fallo posea débiles justificaciones normativas.

1. Introducción

El 30 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional acogió un

1 Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpoehlsr@udd.cl

2 Profesor Asociado, Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

requerimiento del Presidente de la República³, por el cual declaró la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que tenía por objetivo incluir en la Constitución una disposición transitoria que autorizaba el retiro anticipado de parte de los fondos previsionales. El caso se situaba dentro de una controversia política mayor que incluía varias iniciativas presentadas por parlamentarios tomando medidas para hacer frente a los efectos económicos y sociales de la pandemia⁴, y el intento del Poder Ejecutivo de controlar la agenda legislativa asociada a dichas medidas argumentando que la iniciativa en estas materias le correspondía al Presidente de la República de manera exclusiva.

Para entender el contexto, es importante tener presente que, poco antes, algunos líderes políticos de la oposición habían declarado que era más importante responder a las demandas sociales urgentes antes que obedecer la Constitución⁵, se estaba discutiendo una suerte de mutación de la forma de gobierno que le quitaba protagonismo al Presidente de la República⁶, además un célebre académico declaró que la Constitución había “fenecido”⁷. A ello se agregaban otros factores relevantes: un alto deterioro en la popularidad del Presidente Piñera y de su gobierno (sobre todo a partir de las protestas iniciadas en octubre de 2019)⁸, la mala reputación que poseían (y poseen)

3 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

4 Ejemplos de estos proyectos incluyen: Compensación a favor del Estado por la explotación de la minería del cobre y litio (Royalty Minero) (Boletín N°12.093-08), Postergación de las elecciones en consideración a la pandemia, donde el problema estuvo en una indicación parlamentaria cuyo objetivo era establecer la gratuidad del transporte pública durante esos días (Boletín N°14.138-07), entre otros.

5 Un ejemplo importante lo dio la entonces Presidenta del Senado, Adriana Muñoz, a propósito de la discusión de la admisibilidad del proyecto que buscaba extender el postnatal de emergencia, cuando declaró que prefería cometer un “sacrilegio” contra la Constitución e incluso ser destituida, antes que ignorar una demanda social urgente. (Latercera.com, La polémica alocución de la presidenta del Senado en debate por postnatal: Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar por sobre una demanda urgente de las madres, 03 de junio de 2020).

6 El senador Jaime Quintana declaró que: “Más allá de que el tiempo me haya dado la razón, yo constato un hecho de la causa: El Gobierno hoy día no halla como enfrentar una serie de proyectos. A mi no me gustan los proyectos inadmisibles, no soy un promotor del parlamentarismo de facto, simplemente lo constato”. Emol.com, Senador Quintana (PPD) dice que “parlamentarismo de facto” se da debido a la “ausencia” del Gobierno, 18 de noviembre de 2020.

7 Al respecto, Fernando Atria estimó que la Constitución vigente ha fenecido al no contar con un estándar reconocido de la conducta política. Lo cual se aprecia en los parlamentarios que presentan mociones de iniciativa exclusiva del presidente, en los presidentes de las cámaras y en las comisiones con facultades de declararlas inconstitucionales pero que no lo hacen. (Latercera.com, Un cadáver de Constitución, 23 de junio de 2020.)

8 La aprobación del Presidente era baja en la última semana de octubre de 2019 (14%), cayendo aún más para la última semana de abril de 2021 (9%). (Cadem.cl. Encuesta Cadem.)

las Administradoras de Fondos de Pensiones⁹, el sentido de urgencia y alta popularidad que medidas económicas rápidas tenían en la opinión pública y la proximidad de un período electoral que incentivaba a los parlamentarios a mostrarse críticos del Gobierno y a apoyar iniciativas.

En este contexto, y frente a las múltiples iniciativas parlamentarias que presentaban proyectos de ley, el Ejecutivo se oponía a que los parlamentarios pudieran aprobar iniciativas legislativas que habían violado la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Como un modo de contestar a este reclamo, los parlamentarios comenzaron a presentar proyectos de reforma constitucional¹⁰, argumentando que la iniciativa exclusiva solo regía para proyectos de ley y no para proyectos de que buscaban modificar la Constitución mediante disposiciones transitorias, aunque su contenido fuera el mismo, estrategia que algunos constitucionalistas consideraron como fraudulenta¹¹.

Es posible que los actores políticos no solo estuvieran interesados en el caso por las consecuencias económicas que el retiro de parte de los fondos previsionales pudiera generar en el país ni por la protección de los poderes legislativos de un Presidente de la República que perdía el control de la agenda política. También es posible que la discusión estuviera condicionada por el modo como el Congreso podía establecer las reglas para el proceso constituyente en curso. Si el contenido de las disposiciones transitorias de la Constitución podía aprobarse por tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, sin importar el contenido de dichas disposiciones transitorias, entonces ellas podrían ser utilizadas para regular el proceso constituyente sin necesidad de alcanzar los dos tercios de parlamentarios en ejercicio requeridos para

9 En diciembre de 2019 el 94% de los chilenos estimaba necesario una reforma a las AFP. (Cnnchile.com, Cadem: 94% de los chilenos cree necesario una reforma a las AFP y Piñera sigue con 80% de desaprobación, 30 de diciembre de 2019); y en junio de 2021 se realizó un sondeo en que se estableció que la principal prioridad de la población es la reforma de pensiones. (Latercera.com, Encuesta muestra que tres de cada cuatro personas está de acuerdo con una Pensión Básica Universal, 14 de junio de 2021)

10 Ejemplos de este tipo de proyecto incluyen: Tercer y cuarto retiro de fondos de pensiones (Boletín N°13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07; y Boletín 14.210-07 respectivamente); Procedencia de una renta básica universal de emergencia (Boletín N°14.2228-07); Impuesto al patrimonio (Boletín N°13.555-07) y suspensión del impuesto específico de gasolinas de automotrices y petróleo diesel (Boletín N°14.210-07), entre otros.

11 Por ejemplo, los constitucionalistas Enrique Navarro y Sebastián Soto señalaron en un medio de prensa que: “el Derecho Constitucional no puede aceptar la “elusión constitucional”, esto es, intentar defraudar las formas del Derecho y el contenido consustancial de la Carta Fundamental por la vía de utilizarla como un continente de reglamentaciones que no son, ni por tradición ni por su naturaleza, constitutivas del pacto político”. (Elmercurio.com, Elusión Constitucional, 13 de julio de 2020). Hernán Corral, en el mismo sentido, estimó que este es un mecanismo de fraude a la ley que “al amparo de la norma del art. 127 de la Constitución que opera como “ley de cobertura”, se están soslayando las normas de los arts. 63, 65 y 93 N° 3 de la misma Constitución, que son la “ley defraudada”. (corralciani.wordpress.com, Retiro de fondos previsionales y acto en fraude de ley, 12 de julio de 2020).

modificar el Capítulo XV de la Constitución, que regula el procedimiento de reforma constitucional y establece, a partir de diciembre de 2019, las principales normas que regulan al proceso constituyente. Así, el requerimiento del Presidente de la República, solicitando al TC que declare la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que autorizaba el retiro parcial de los fondos previsionales, podía transformarse en un litigio sobre los límites que el Congreso tenía para regular al proceso constituyente y, posiblemente, controlar las reglas de la Convención Constitucional burlando el quórum de los dos tercios.

Se trataba de un caso importante, y el TC, en un fallo dividido, acogió el requerimiento¹². El fallo, como explicaremos, es confuso y contradictorio, lo que afectaba, desde un comienzo, las posibilidades de que el mismo sirviera para orientar y disciplinar al legislador. Además, el Presidente de la República había alcanzado un acuerdo legislativo para establecer otro mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley presentado por él¹³, y el recientemente dictado fallo del TC había sido útil para volver viable dicho acuerdo.

Poco tiempo después, como era esperable, un grupo de parlamentarios presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional estableciendo un mecanismo similar que autorizaba el retiro parcial y anticipado de los fondos de pensiones. El Presidente de la República presentó un nuevo requerimiento, probablemente para reiterar la estrategia y el acuerdo logrado en la primera oportunidad. No obstante, en esta segunda oportunidad, el TC resolvió no acoger a tramitación el requerimiento y lo tuvo como no presentado en una resolución dividida¹⁴. Como explicaremos, esta segunda resolución es relevante para entender la genuina doctrina del TC, la que se asocia al modo como una mayoría de sus ministros percibe la protección constitucional del derecho a la seguridad social. Para esta doctrina, en estos casos es irrelevante si se vulneraron o no las atribuciones legislativas del Presidente de la República o si las prácticas parlamentarias están desestabilizando los procesos representativos en el contexto de un decaimiento institucional más generalizado. Para estos casos, lo significativo es que el contenido de los proyectos respete los derechos que pueden verse menoscabados, razón por la cual todos los proyectos que los desprotejan, sean o no presentados por

12 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

13 Ley N° 21.295 del 2020.

14 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-2021, 29-04-2021.

reforma constitucional o mediante proyectos de ley, serían inconstitucionales. Para esta doctrina, la primera sentencia no habría cumplido su objetivo de proteger los derechos de las personas, debido al acuerdo político que el Presidente de la República celebró para establecer un mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley simple presentado mediante un mensaje. Como un nuevo acuerdo de dichas características era posible en el segundo caso, y burlar la doctrina del TC sobre la protección del derecho se hacía posible, el TC decidió no acoger el requerimiento.

Al final del día, como mostraremos, y pese a la existencia de dos sentencias recientes, hoy no existe en Chile una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales que permita identificar criterios de aplicación judicial predecible para disciplinar las prácticas legislativas. Ello debe entenderse sin perjuicio de que sea útil que una doctrina así exista para defender los avances democráticos logrados, tal y como uno de nosotros ha argumentado en el pasado¹⁵. Si alguien cree ver en las sentencias del TC un argumento que sea defendible desde una perspectiva democrática, el mismo carece de capacidad para disciplinar prácticas legislativas y estabilizar los procesos políticos asociados generando procedimientos predecibles que faciliten la representación política. Aunque, y como mostraremos, el argumento central del TC, basado en la defensa de un modo específico de entender el derecho a la seguridad social, no se puede asociar a los fundamentos democráticos que la literatura comparada ha utilizado para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Como explicaremos, dichos argumentos no deben sostenerse en la teoría clásica del poder constituyente ni en derechos fundamentales cuyo contenido sea esencialmente controvertido, sino que en el núcleo constitucional-democrático que otros autores han desarrollado. Lamentablemente, la tesis del TC no permite establecer esta conexión, lo que la hace vulnerable a la crítica democrática tradicional contra aquellos fallos que evalúan la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

En este trabajo no examinamos las razones jurídicas que podrían invocarse para identificar las debilidades de la argumentación sostenida por el TC, ni tampoco analizamos los votos disidentes. Nuestro objetivo es utilizar la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales para criticar la jurisprudencia reciente del TC chileno, sostener que (1) ella es defendible cuando la

15 Ver Sergio Verdugo, "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019.

misma se puede utilizar para defender las condiciones que hacen sostenible la democracia en el tiempo; (2) los fallos del TC no se conectan con esta manera de justificar las reformas constitucionales inconstitucionales, por lo que sus argumentos quedan expuestos a críticas democráticas fuertes.

La siguiente sección repasa brevemente las posibles justificaciones de la doctrina de la reforma constitucional inconstitucional, distinguiendo la que parece más persuasiva si se sigue una concepción competitiva y no populista de la democracia. Luego, exploraremos brevemente el origen de la teoría en Chile, observando que nuestro país ha sido generalmente hostil a la misma. Sin perjuicio de ello, explicamos las razones por las cuales es normativamente deseable defender una versión acotada y específica de dicha doctrina. A continuación, revisaremos los argumentos dados por el voto de mayoría de las sentencias recientes del Tribunal Constitucional para demostrar que ellos son confusos y contradictorios, y no pueden justificarse con los fundamentos normativos que los autores promueven.

2. La teoría de la reforma constitucional inconstitucional

La idea de la reforma constitucional inconstitucional atrajo la atención de la literatura luego de que la misma fuera invocada en Irlanda y utilizada en India¹⁶. La teoría ha migrado a muchos otros países, incluyendo jurisdicciones tan diversas como Turquía¹⁷, Colombia¹⁸, Bangladesh¹⁹ y en algunas partes de Europa, especialmente de Europa del Este²⁰. La teoría también ha sido explícitamente rechazada en otros países donde se suelen invocar argumentos

16 Ver, por ejemplo, Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective," en *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 3 (2006): 460–87.

17 Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, "An Unconstitutional Constitutional Amendment. The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision," en *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 1 (2012): 175–207.

18 Gonzalo Ramírez Cleves, "The Unconstitutionality of Constitutional Amendment in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy," in *Democratizing Constitutional Law*, ed. Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (Springer), 2016, 213–29; Samuel Issacharoff, Santiago García-Jaramillo, and Vicente F Benítez-Rojas, "Judicial Review of Presidential Re-Election Amendments in Colombia," *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2020, 13.

19 Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, "Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia," en *International Journal of Constitutional Law* 19, no. 1 (2021): 127–48.

20 Michael Hein, "Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," en *International Journal of Constitutional Law* 18, no. 1 (2020): 78–110. También, Michael Hein, "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," in *Courts and Politics*, ed. Martin Belov (Routledge), 2019.

formalistas para resistir su procedencia²¹. Este argumento es simple: como el objetivo de la reforma constitucional es modificar la Constitución, a menos que existan cláusulas pétreas o límites procedimentales para su procedencia, los jueces constitucionales no están autorizados a evaluar el contenido del proyecto de reforma. De otra manera, también podrían existir objeciones basadas en el argumento contramayoritario (los jueces se opondrían a la decisión de representantes electos, muchas veces actuando con reglas supramayoritarias) o en un argumento lógico basado en un modo jerárquico y formal de entender las fuentes del Derecho.²² De este modo, el argumento sigue, la revisión de las reformas constitucionales debiese estar únicamente basada en el texto de la Constitución vigente. Este argumento, que parece común en aquellos países que poseen una tradición formalista de entender sus fuentes del Derecho, hace que los autores y jueces que han defendido la doctrina tengan que ofrecer razones especialmente poderosas para derrotar la crítica formalista. Dichos argumentos existen y se han utilizado incluso para defender la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, aun en aquellos casos en que no existan límites explícitos en el texto constitucional.

No todas estas formas de justificación descansan en los mismos principios ni todas tienen el mismo alcance. Además, algunas de estas justificaciones pueden conducir a defender sentencias normativamente poco atractivas, como aquellas que atacan la democracia o sirven de fundamento para comportamientos asociados al constitucionalismo abusivo²³. Pese a todo, y aunque la teoría presenta importantes divisiones entre los autores y su recepción en diversos países parece controvertida (y lejos de constituir un canon global o un anticanon)²⁴, la misma se ha generalizado entre los académicos y ya forma un lugar común en los debates académicos sobre derecho constitucional

21 Richard Albert, Malkhaz Nakashide, and Tarik Olcay, "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments," en *Hastings Law Journal* 70 (2019).

22 Ver, por ejemplo, las críticas a la doctrina de la sustitución en Colombia en el siguiente trabajo: Santiago García-Jaramillo and Francisco Gnecco-Estrada, "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo," en *Vniversitas* 65, no. 133 (2016): 59-104.

23 Ver, por ejemplo, David Landau and Rosalind Dixon, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy," en *UC Davis Law Review* Forthcoming (2020).

24 Existe una incipiente literatura sobre los cánones globales en Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ver, por ejemplo, Michaela Hailbronner, "Constructing the Global Constitutional Canon: Between Authority and Criticism," en *University of Toronto Law Journal* 69, no. 2 (2019): 248-74.

comparado²⁵. Como uno de nosotros lo ha sostenido en otro trabajo, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales puede, bajo ciertas condiciones, formar parte del canon global, mientras que, bajo condiciones opuestas, puede formar parte de un anticanon²⁶. Un desafío ineludible que cualquier justificación debiera ofrecer, entonces, es un criterio para distinguir aquellas condiciones que hacen conveniente o deseable la procedencia de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Una justificación tradicional de la teoría de la reforma constitucional inconstitucional dice relación con la idea de la *estructura básica*. Lamentablemente, esta justificación tradicional no distingue dichas condiciones y se limita a discutir los rasgos esenciales del modo y forma como se organiza la comunidad política, sean o no democráticos. Para esta tesis, el sistema constitucional no puede modificarse en aquellos aspectos que sean esenciales porque para ello correspondería invocar el poder constituyente originario. Un posible intento de los poderes constituidos de modificar la estructura básica traicionaría aquellos aspectos que, en primer lugar, sirven de fundamento para la existencia jurídica y política de las atribuciones de dichos órganos constituidos. Sus atribuciones estarían naturalmente delimitadas. Esta tesis, que se hizo popular gracias a la doctrina de la Corte Suprema India, también ha encontrado razones normativas en el trabajo del teórico nacional socialista Carl Schmitt, quien elaboró una conocida distinción entre leyes constitucionales y constituciones²⁷. La idea de Schmitt ha sido muy influyente y, conectada a teorías democráticas sobre la soberanía popular, ha sido explícitamente citada para justificar el uso de la teoría en países como Colombia²⁸. Ella también ha influido en el trabajo de académicos contemporáneos como Yaniv Roznai. En una adaptación de la teoría del poder constituyente, Roznai sostiene que el poder constituyente originario (democrático) habría delegado facultades revisoras a los jueces para preservar sus actos originales (la lógica de

25 Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea," en *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013): 657–720. También, Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press), 2017.

26 Sergio Verdugo, "Global Canons, Term Limits, and the Constituent Power Theory," in *Canons in Global Constitutional Law*, ed. Mattias Kumm, Michaela Hailbronner, and Sujit Choudhry (Oxford University Press, Forthcoming).

27 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer (United States of America: Duke University Press), 2008.

28 Joel I. Colón-Ríos, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia," en *Constellations* 18, no. 3 (2011): 365–88.

la delegación no es muy diferente de la utilizada por Ackerman en su tesis de los momentos constitucionales, aunque Ackerman no elabora una teoría del poder constituyente²⁹). Para Roznai, sería relevante examinar el modo como la reforma constitucional se acerca a dicho poder constituyente del pueblo. Así, por ejemplo, podría haber menos deferencia con el constituyente derivado si el mismo simplemente aprobara la reforma mediante representantes actuando con la regla de mayoría ordinaria, pero esa deferencia debería crecer si el procedimiento involucrara un pronunciamiento más explícito o directo del pueblo³⁰.

Al descansar en la teoría Schmittiana del poder constituyente, el argumento de la estructura básica está expuesto a serias objeciones. Entre ellas, se puede sostener que la teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en contra del rol de los jueces. Si los jueces son los llamados a ofrecer una interpretación final de la Constitución y la Constitución se entiende en términos Schmittianos, entonces podría argumentarse que los jueces pasarían a tener el poder constituyente, lo que desafía la misma matriz Schmittiana escéptica de la capacidad y competencia de los jueces para asumir este rol. Por razones como esta, una teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en un sentido inverso. Esto es, no para que los jueces cumplan un rol de preservar el sistema constitucional, sino que para permitir que dicho poder constituyente se pueda manifestar de manera ilimitada y con controles posteriores. Esta versión de la teoría del poder constituyente también puede estar expuesta a críticas (pudiendo dejar el sistema constitucional a merced de líderes populistas en algunos casos), pero ella es más plausible que la primera versión. Este es el modo como los jueces han entendido la teoría del poder constituyente en Francia³¹.

29 Ver Bruce Ackerman, *We the People. Foundations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 1991; Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2000; Bruce Ackerman, *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2014.

30 Ver una versión más actualizada de la tesis de Roznai en Yaniv Roznai, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty," in *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, ed. Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (Hart Publishing), 2017, 23-49.

31 Ver una discusión sobre el uso de la teoría en Francia en Lucien Jaume, "Constituent Power in France: The Revolution and Its Consequences," in *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Martin Loughlin and Neil Walker (Oxford University Press), 2007. Ver, también, la discusión de Ackerman, donde comenta el modo como el Consejo Constitucional francés eludió declarar la inconstitucionalidad del evidentemente irregular procedimiento que Charles de Gaulle siguió para establecer un mecanismo electoral para el Presidente de la V República, eludiendo un pronunciamiento de la misma asamblea legislativa. Bruce Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (Harvard University Press, 2019).

Otras posibles objeciones contra la teoría Schmittiana acusan su naturaleza autoritaria porque, para Schmitt, los contenidos esenciales que ordenan el modo y forma de organización de la comunidad política no dicen necesaria relación con la democracia ni con las condiciones que la hacen posible.³² También, la teoría del poder constituyente puede servir para justificar comportamientos antidemocráticos de caudillos o populistas que la invocan³³. Aunque esta crítica depende de datos empíricos, la misma puede reducirse a la posibilidad de que ella ocurra³⁴. La sola ausencia de un criterio que permita utilizarla de manera democrática ha llevado a los autores a corregir la teoría del poder constituyente de un modo que la termina haciendo irreconocible³⁵. Por otro lado, la tesis del poder constituyente ha sufrido una revisión fuerte en la literatura contemporánea gracias a autores como Andrew Arato y Zoran Oklopčic³⁶. El primero ofrece una versión post-soberana de los procesos constituyentes que muestra que procesos exitosos poseen otras reservas de legitimidad donde se recogen las negociaciones y también los pactos de elite. Esta idea, que empíricamente también se puede asociar a la conexión existente entre contenidos liberales de las constituciones y a sus procedimientos elitistas de creación³⁷, parece plausible y ella nos lleva a cuestionar la verdadera utilidad de la teoría del poder constituyente.

32 La teoría también ha sido acusada de contradictoria. Para un autor, la misma requiere la utilización de límites basados en la naturaleza del Derecho y del liberalismo constitucional, pese a que Schmitt rechaza estos límites de manera explícita. Ver R. Stacey, "Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process," en *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 3-4 (2011): 587-614.

33 David Landau, "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America," in *Comparative Constitution-Making*, ed. Hanna Lerner and David Landau (Edward Elgar Press), 2019.

34 Ver un ejemplo en Sergio Verdugo, "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution.," en *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 4 (2019).

35 Ver, por ejemplo, Carlos Bernal, "Constitution-Making (without Constituent) Power. On the Conceptual Boundaries of the Power to Replace or Amend the Constitution," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019, 21-49.

36 Zoran Oklopčic, "Three Arenas of Struggle: A Contextual Approach to the Constituent Power of 'the People,'" en *Global Constitutionalism* 3, no. 2 (2014): 200-235; Zoran Oklopčic, *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination* (Oxford University Press), 2018; Andrew Arato, "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making," en *International Journal of Politics, Culture, and Society* 22, no. 4 (2009): 427-43, <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>; Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (Oxford University Press), 2016; Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (Cambridge University Press), 2017.

37 Gabriel Negretto and Mariano Sánchez-Talanquer, "Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2015," en *American Political Science Review* 115, no. 2 (2021).

No obstante, las deficiencias normativas y empíricas de la teoría del poder constituyente no debieran hacer que rechacemos la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en su totalidad. Ella podría, por ejemplo, basarse en una versión Rousseoniana (y no de la tradición Sieyesiana, que se conecta con el trabajo de Schmitt) del poder constituyente. Para la teoría del poder constituyente de Rousseau, que conocemos gracias a la investigación de Joel Colón-Ríos³⁸, la existencia de poderes constituidos es una precondición para el funcionamiento del sistema político. Así, la distinción entre constituyente y constituido pierde sentido y es posible encontrar aquellas condiciones que hacen posible la democracia. Esta teoría parece superior a la de Schmitt, aunque la misma no parece autosuficiente como para justificar el rol de los jueces.

Otras alternativas de justificación, aunque tal vez menos plausibles, pasan por la utilización del Derecho Natural, como lo hizo el juez Kennedy en Irlanda³⁹, o por construir algún tipo de visión Burkeana que persiga identificar la manera como un modo de defender una identidad constitucional que se ha construido históricamente, como lo ha sostenido Jacobsohn⁴⁰. Ambas alternativas también están sujetas a objeciones. El Derecho Natural no es aceptado como fuente del Derecho de manera transversal por nuestra comunidad política y, aunque lo fuera, su contenido sería probablemente objeto de disputa y fuente de incertidumbre. Además, la conexión entre el Derecho Natural y el sistema democrático liberal parece de difícil justificación (incluso inexistente), lo que derrotaría uno de los motivos más importantes por los cuales la teoría se ha considerado como útil por académicos contemporáneos⁴¹. Por otro lado, la tesis Burkeana de Jacobsohn puede resultar demasiado conservadora y vinculada con una tradición constitucional que no necesariamente defiende los principios del constitucionalismo liberal. Así, su aceptación podría ser útil en contextos limitados, pese a que podría abrir un debate histórico más importante acerca del modo como las identidades constitucionales se construyen.

38 Joel Colón-Ríos, "Rousseau, Theorist of Constituent Power," en *Oxford Journal of Legal Studies* 36, no. 4 (2016): 885-908; Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law* (New York: Oxford University Press), 2020.

39 Tom Gerald Daly, "Hugh Kennedy: Ireland's (Quietly) Towering Nation-Maker," in *Towering Judges. A Comparative Study of Constitutional Judges*, ed. Rehan Abeyratne and Iddo Porat (Cambridge University Press), 2021, 96-116.

40 Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective."

41 Ver, por ejemplo, la discusión de Landau cuando revisa la teoría en su conceptualización de la idea de constitucionalismo abusivo. David Landau, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review* 47 (2013): 189-260.

Una alternativa más atractiva para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es su utilización para identificar y proteger aquellas condiciones que hacen que la democracia sea sostenible en el tiempo. Así, la teoría se podría vincular a ideas normativas procedimentales, como las elaboradas por académicos como John Hart Ely⁴², Sam Issacharoff⁴³, David Landau⁴⁴, y Stephen Gardbaum⁴⁵, quienes defienden el poder de los jueces sobre la base de su competencia y capacidad para, por ejemplo, estabilizar procesos democráticos en contextos institucionales frágiles, garantizar la posibilidad de que los incumbentes puedan perder las elecciones en procesos predecibles, ayudar a evitar giros autoritarios, ensanchar los caminos de la participación política y robustecer la representación política. Esta tradición de pensamiento vincula los valores procedimentales de la democracia con el poder de los jueces, y, en teoría, resulta útil para reducir la importancia de la objeción contramayoritaria contra los jueces constitucionales en tanto su comportamiento contramayoritario estaría dirigido a preservar la democracia y a garantizarla en el futuro. Este argumento está sujeto a una crítica empírica que cuestiona la real capacidad de los jueces en la protección de dichos valores democráticos, especialmente en contextos vulnerables al populismo o en situaciones transicionales⁴⁶, pero varios autores han respondido a dicha objeción empírica con resultados relativamente satisfactorios, identificando casos y elaborando estrategias judiciales que han permitido consolidar principios políticos democráticos importantes⁴⁷.

Así, una reforma constitucional debiera reconocer que existen principios democráticos superiores que están incluidos o implícitos en la constitución

42 John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press), 1980.

43 Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge Studies in Election Law and Democracy (Cambridge University Press), 2015; Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process," en *Stanford Law Review* 50, no. 3 (1998): 643-717.

44 Landau, "Abusive Constitutionalism."

45 Stephen Gardbaum, "Comparative Political Process Theory" 18, no. 4 (2020).

46 Ver, por ejemplo, Tom Gerald Daly, "The Alchemists: Courts as Democracy-Builders in Contemporary Thought," en *Global Constitutionalism* 6, no. 1 (2017): 101-30; Tom Gerald Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders* (Cambridge University Press), 2017.

47 Ver, por ejemplo, Rosalind Dixon and Samuel Issacharoff, "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy," en *Wisconsin Law Review* 2016, no. 4 (2016): 683-731; Erin F. Delaney, "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective," en *Duke Law Journal* 66, no. 1 (2016): 1-67; Yaniv Roznai, "Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy," en *William & Mary Bill of Rights Journal* 29 (2020), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3488474>; Sergio Verdugo, "How Can Judges Challenge Incumbent Dictators and Get Away with It?," en *Columbia Journal of Transnational Law* 59 (2021).

que intentan modificar. Kim Lane Scheppele hablaba de la posibilidad de una constitución inconstitucional por contravenir la democracia⁴⁸ y Richard Albert ha reconocido distintas maneras de hacerlo⁴⁹. Aunque uno de nosotros ha cuestionado la utilidad de dicho término y de su posible aplicación⁵⁰, los ejemplos de reformas constitucionales inconstitucionales que han ayudado a fortalecer principios democráticos como, por ejemplo, defendiendo al Poder Judicial de captura o asegurando que una autoridad presidencial respete la prohibición de la reelección, muestran que la doctrina no solamente es normativamente deseable, sino que ella también puede ser útil.

No obstante, para que dicha doctrina sea atractiva, es necesario precisar su objeto, excluir las hipótesis de revisión que no digan relación con la preservación de un principio esencial para la democracia, identificar las condiciones que deben preservarse y estudiar el modo y procedimiento como los jueces pueden influir. Algunas de estas respuestas dependerán de las particularidades propias de cada país. Así, por ejemplo, utilizar el poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas que eliminan o restringen el límite a la reelección del Presidente⁵¹, tiene más sentido en un sistema presidencial (especialmente en su versión hiper-presidencializada) que en un sistema parlamentario, y ella tiene razones más poderosas cuando la extensión del mandato presidencial podría hacer que el presidente capturara aquellas instituciones que tienen por misión controlar el poder⁵². Otro ejemplo dice relación con aquellos estados que poseen un sistema democrático que incluya

48 Kim Lane Scheppele, “Unconstitutional Constituent Power,” *Unpublished Manuscript (on File with Author)*, 2013.

49 Richard Albert, “Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations,” en *Cornell International Law Journal* 50 (2017): 169–98.

50 Sergio Verdugo, “The Value of the Concept of Unconstitutional Constitutions,” *Cornell International Law Journal Online* 50 (2017): 39–46; Sergio Verdugo, “¿Es la Doctrina de las Constituciones Inconstitucionales un Instrumento Útil para Preservar la Democracia en Contextos de Fragilidad Institucional?,” *Actualidad Jurídica* 39 (2019): 143–65.

51 Sobre este punto concreto, ver, por ejemplo, Rosalind Dixon, David Landau, and Yaniv Roznai, “Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America,” in *The Politics of Presidential Term Limits*, ed. Alexander Baturo and Robert Elgie (Oxford University Press), 2019, 53–73; David Landau, “Presidential Term Limits in Latin America and the Limits of Transnational Constitutional Dialogue,” en *Law & Ethics of Human Rights Forthcoming*: 12 (2018); Tom Ginsburg, James Melton, and Zachary Elkins, “On the Evasion of Executive Term Limits,” en *William and Mary Law Review* 52, no. 6 (2011): 1807–73; Rosalind Dixon and David Landau, “Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick,” en *Hastings Law Journal* 71, no. 2 (2020): 359–418.

52 Este es uno de los argumentos más persuasivos de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana que declaró la inconstitucionalidad de la reforma que perseguía autorizar la reelección del Presidente Uribe para cumplir un tercer mandato presidencial. Ver Corte Constitucional, C-141 de 2010.

mecanismos de participación directa que puedan afectar los derechos de las minorías, como ocurre con Suiza. En ese contexto, algunos autores justifican el uso de una versión procedimental y débil de la teoría para revisar las normas que fueron aprobadas siguiendo mecanismos de democracia directa, como ocurre con las iniciativas populares que han amenazado principios constitucionales y democráticos básicos⁵³.

Lo anterior ha llevado a Rosalind Dixon y a David Landau a preguntarse por el modo de identificar las condiciones democráticas que deben protegerse, elaborando ideas como el *mínimum core* que serviría para mantener la competitividad del sistema democrático⁵⁴, y a elaborar una teoría *delgada* (“narrow”) y limitada para defender la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁵⁵. Este es, a nuestro juicio, el modo más persuasivo de defender la tesis de las reformas constitucionales inconstitucionales porque permite distinguir las condiciones en que su procedencia, incluso contramayoritaria, se puede justificar con fuertes razones democráticas. No obstante, para que esta manera de argumentar sea eficaz, ella debe adaptarse a los contextos específicos.

Una pregunta interesante en un ensayo como este, que pretende comentar la jurisprudencia reciente del TC chileno, consiste en identificar si los argumentos de dicha jurisprudencia pueden o no vincularse con la tesis de Dixon y Landau. Como mostraremos en las siguientes secciones, creemos que el caso que se presenta al TC daba oportunidad para estabilizar procesos representativos y hacer que los procesos políticos asociados puedan ejecutarse de manera predecible. En una democracia polarizada, la estabilización y respeto por los procesos políticos establecidos es una condición que, si bien puede vincularse más a la idea de Estado de Derecho que a la noción de democracia, la misma puede resultar necesaria para que las condiciones de la democracia se hagan posibles. Lamentablemente, y como explicaremos, los argumentos del TC fracasaron al vincularse más con la protección de un derecho cuyo contenido es objeto de disputa (el derecho a la seguridad social) que con las

53 Rosalind Dixon and Felix Uhlmann, “The Swiss Constitution and a Weak-Form Unconstitutional Amendment Doctrine?,” en *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1 (2018): 54–74.

54 Rosalind Dixon and David Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core,” in *Assessing Constitutional Performance*, ed. Tom Ginsburg and Aziz Z. Huq (New York: Cambridge University Press), 2016, 268–92.

55 Rosalind Dixon and David Landau, “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment,” en *International Journal of Constitutional Law* 13, no. 3 (2015): 606–38.

características que deben poseer los sistemas presidenciales para permitir que la representación política opere de manera saludable en un escenario de polarización y presidencialismo minoritario.

3. La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile

La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es nueva en Chile y los fallos que examinamos son los primeros en reconocerla, al menos de manera explícita. No obstante, tanto el TC como los constitucionalistas chilenos han discutido la posibilidad de utilizar dicha doctrina en el pasado. La historia normalmente comienza a contarse con el fallo del TC de 1973, relativo al proyecto de reforma constitucional comúnmente llamado de las *tres áreas de la economía*. En dicho caso, la oposición al gobierno del Presidente Allende había intentado regular los mecanismos de intervención económica para limitar las posibilidades de que la Unidad Popular pudiera implementar una parte de su programa de manera efectiva⁵⁶. El TC debía dar certeza acerca de las reglas de quórum necesarias para que el Congreso pudiera insistir ante el veto del Presidente Allende, en tanto la Constitución vigente no establecía un quórum de manera explícita. Se trataba de una pregunta de naturaleza procedimental. El TC distinguió vicios sustantivos y procedimentales, argumentando que conocer del primer tipo de vicio implicaría usurpar el poder constituyente (cuestión que no estaba autorizado a hacer). No obstante, el TC también argumentó que la Constitución no le daba competencias para revisar vicios procedimentales y que, de hacerlo, podría volver al Tribunal en un revisor indirecto de vicios sustantivos⁵⁷. La sentencia podría ser criticada sobre la base de distintos argumentos, aunque es altamente probable que su explicación se deba más a la presión de la oposición de la época que a una doctrina jurídica consistente que persuadiera a los jueces constitucionales de modo genuino⁵⁸.

El TC de los otros periodos no tuvo muchas oportunidades para pronunciarse al respecto, aunque es importante tener presente que el texto dictado

56 Ver Luis Maira, “Estrategia y Táctica de La Contrarrevolución,” in *Chile 1970-1973. Lecciones de Una Experiencia*, ed. Federico Gil, Ricardo Lagos, and Henry Landsberger (Madrid: Editorial Tecnos), 1977, 243-76.

57 Tribunal Constitucional, Rol 15-1973, 30-05-1973, C°22.

58 El mismo Enrique Silva C. reconoce que hubo presión de la oposición. Enrique Silva C., *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, second edition (2008), vol. 38 (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 1977, 141. Ver una explicación más acabada del problema en Sergio Verdugo, “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction,” en *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 2 (2017): 469-94.

en 1980, hasta el día de hoy, menciona el control de la reforma constitucional dentro de sus atribuciones explícitas. Durante la época de la dictadura, el TC rechazó el argumento de la defensa de Clodomiro Almeyda, que había cuestionado la legitimidad del poder constituyente de la Junta, diciendo que no podía revisar una manifestación del poder constituyente originario⁵⁹. En la época postdictadura, el TC declaró no poseer competencia para revisar el requerimiento solicitando la inhabilidad del entonces senador vitalicio Augusto Pinochet. Los requirentes alegaban que el exdictador no cumplía con el requisito de haber servido como Presidente de la República, pese a que el texto constitucional le daba ese título formal. El TC argumentó que responder a esa pregunta podría implicar juzgar la legitimidad de las normas constitucionales, citando el caso Almeyda para sostener que no debía revisar el acto del poder constituyente originario. En otras oportunidades, el TC pudo discutir algunos vicios procedimentales de reformas constitucionales que se estaban tramitando⁶⁰. Sin perjuicio de ello, el TC nunca elaboró una doctrina muy fundamentada en relación a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, y nunca declaró una inconstitucionalidad de ese tipo⁶¹.

Hasta antes del fallo del año 2020, la mayoría de los académicos chilenos sostenía que el poder del TC estaba limitado a la revisión de los vicios procedimentales de los proyectos de reforma constitucional en el contexto del control preventivo⁶². Este era el modo como una mayoría interpretaba el

59 Tribunal Constitucional, Rol 46-1987, 21-12-1987, C°35.

60 El TC ha discutido vicios procedimentales en algunas oportunidades. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol 269-1997, 17-12-1997 y Tribunal Constitucional, Rol 464-2006, 31-01-2006. También, ver José Manuel Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional,” *Sentencias Destacadas* 2006, 2007, 145-76.

61 Pese a ello, el TC sí pudo pronunciarse respecto de la constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales que, sin perjuicio de que no modificaban el texto formal de la Constitución, modificaban la constitución material, como ocurrió con el proyecto de ley que modificó el sistema binominal de elecciones, el que fue conocido por el TC el año 2015, sin cuestionarse las facultades del TC. Tribunal Constitucional, Rol 2777-2015, 24-01-2015.

62 Ver, por ejemplo, Francisco Zúñiga Urbina, “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional,” en *Estudios Constitucionales*, 4, no. 2 (2006): 415; Miriam Henríquez, “El Control de Constitucionalidad de La Reforma Constitucional En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” *Anuario de Derecho Público*, 2011, 476-77; Miriam Lorena Henríquez Viñas and George Lambeth Vicent, “¿Son Válidas Las Modificaciones al Capítulo de Reforma Constitucional? Una Reflexión Sobre La Autorreferencia Normativa de Alf Ross y Sus Detractores,” en *Estudios Constitucionales*, 13, no. 2 (2015): 153-68. También, ver Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.” En el contexto del proceso constituyente llevado a cabo por la ex Presidenta Bachelet, algunos académicos críticos del TC continuaron expandiendo una argumentación incompatible con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Ver, por ejemplo, Fernando Atria, *La Constitución Tramposa* (Santiago: LOM), 2013, 91; Fernando Muñoz León,

artículo 93, N° 3, de la Constitución. No obstante, unos pocos académicos habían argumentado algo diferente. Así, por ejemplo, se ha mencionado al Derecho Natural⁶³, a los derechos fundamentales⁶⁴ o a la forma republicana de gobierno⁶⁵, como justificaciones posibles para la elaboración de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Estos argumentos eran meramente teóricos, por supuesto.

Cuando el caso del año 2020 llega al TC y la doctrina discute el problema, los argumentos, lamentablemente, estuvieron lejanos del debate normativo que explicamos en la sección precedente, pese a que dicho debate habría sido importante para precisar el alcance y la justificación de las atribuciones del TC de una manera defendible desde una perspectiva democrática. En otro trabajo publicado años atrás, uno de nosotros argumentó que existían buenas razones democráticas para que el TC no desarrollara una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁶⁶. La agenda de reformas graduales que democratizaban una Constitución impuesta por una dictadura sin garantías democráticas y con enclaves autoritarios no aconsejaba, durante el período previo a la reforma del sistema binominal de elecciones, elaborar una doctrina que pudiera poner en riesgo el largo proceso político encaminado a transformar el marco constitucional vigente en una constitución democrática que pudiera ser aceptada como tal. Por el contrario, en esa época había que continuar apoyando las reformas democratizadoras y no defender una visión que podría haber justificado una defensa de la estructura original establecida en el texto de 1980. Una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales podría haber sido contraproducente en ese contexto. No obstante, a medida que el texto constitucional se fue transformando y los enclaves autoritarios desapareciendo, más argumentos podían ofrecerse para defender el marco constitucional en contra de posibles reformas constitucionales que

“‘Chile Es Una República Democrática’: La Asamblea Constituyente Como Salida a La Cuestión Constitucional,” *Anuario de Derecho Público*, 2013, 83–87; Pablo Contreras, Domingo Lovera, and Ernesto Riffo, “Proceso (¿)Constituyente(?)”, en *Revista de Estudios de La Justicia*, 23 (2015): 79–80, 85–86.

63 Cristóbal Orrego, “Vigencia de Los Derechos Esenciales Que Emanan de La Naturaleza Humana y Su Reconocimiento En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” en *Revista Chilena de Derecho*, 20 (1993): 63.

64 Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones Sobre Poder Constituyente y Reforma de La Constitución En La Teoría y La Práctica Constitucional,” en *Ius Et Praxis*, 15, no. 1 (2009): 229, 262.

65 Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo X. Estados de Excepción Constitucional. Gobierno y Administración Interior Del Estado. Reforma Constitucional*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2004, 264.

66 Sergio Verdugo, “La Objeción Democrática a Los Límites Materiales de La Reforma Constitucional,” en *Actualidad Jurídica*, 28 (2013): 229–314.

amenazaran sus procesos avances democráticos y los procesos representativos. Uno de nosotros defendió, entonces, la idea de elaborar una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales sobre la base de preservar las victorias democráticas logradas en el Chile post-dictadura⁶⁷. Lamentablemente, y como se mostrará en la sección siguiente, el TC estuvo lejos de cumplir una tarea como esa.

4. Los fallos del Tribunal Constitucional

El objetivo de esta sección es buscar la posible existencia de una *ratio decidendi* común a los fallos del TC que examinaremos. Si hay argumentos contradictorios, y asumiendo que la necesidad de consistencia es una de las condiciones necesarias para que la función del TC pueda ser defendida frente a los operadores políticos que deben obedecer sus sentencias, entendemos que dichos argumentos fueron *obiter dictum*, en el sentido de que los mismos no fueron ni suficientes ni necesarios para llegar a la conclusión del TC. Si existe algo así como una jurisprudencia que permita inferir una doctrina judicial de los casos examinados, ella debería basarse en la consistencia de las razones ofrecidas, y los académicos pueden contribuir a identificar la misma cuando estudian una secuencia de casos que versan sobre el mismo punto y sus circunstancias no pueden distinguirse sino por razones externas a los procesos que les dieron lugar. Los fallos que examinaremos brevemente en esta sección muestran contradicciones argumentativas que sugieren la inexistencia de una doctrina que pueda ofrecer criterios de aplicación predecible, aunque ellas tienen un elemento común que puede ser discutido: la defensa del derecho a la seguridad social.

4.1. Sobre la primera sentencia

La sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Ejecutivo estimó que en el proyecto de reforma constitucional existía una infracción a los Capítulos I (“Bases de la Institucionalidad”) y III (“De los derechos y deberes constitucionales”) de la Carta Fundamental vigente. Además de inconstitucionalidades de forma, el TC señaló que en la iniciativa parlamentaria existían inconstitucionalidades de fondo⁶⁸. Sobre ellos, cabe seña-

67 Verdugo, “The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change.”

68 La inconstitucionalidad de forma, señala el TC, se verifica en atención se debía respetar el quorum exigido para modificar el Capítulo en que se contiene el derecho a la seguridad social (2/3 de los diputados y senadores en ejercicio), el cual no fue exigido ni alcanzado, agravándose la legitimidad del hecho

lar, en primer lugar, que el TC acogió la tesis de la afectación del Estado de Derecho⁶⁹ esgrimida por el Presidente, ya que los parlamentarios (ni aun a pretexto de una situación excepcional) podían absorber una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial⁷⁰.

En segundo lugar, el TC acogió también el argumento por el cual se establecía que el proyecto de reforma constitucional afectaba la iniciativa exclusiva presidencial en la regulación del derecho a la seguridad social. En efecto, el TC afirmó que, si bien no se modificaron formalmente las normas de seguridad social imperantes, no puede desconocerse que el proyecto objetado incide en el sistema vigente de seguridad social⁷¹. Este argumento podría haber sido vinculado con las justificaciones democráticas y procedimentales que sirven para fundamentar el rol de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales bajo ciertas condiciones. Lamentablemente, el TC no explicitó este vínculo. Su razonamiento fue breve y escueto.

En tercer lugar, el TC consideró que se afectaba el derecho a la seguridad social resguardado por la Carta Fundamental y que sería un error utilizar argumentos de bien público o de interés general si estos terminan vulnerando los derechos de las personas (al vaciarlos de contenido real o privándolos de eficacia práctica) pues estos se convertirían en una declaración meramente nominal⁷². Luego, el Tribunal señaló que los fondos de pensiones tienen un destino predeterminado que la Constitución protegería. Dicho destino es el financiamiento de las pensiones de las personas, no siendo lícito darles una aplicación distinta a la invocada en su creación, salvo que se establezca un nuevo estado de necesidad (y sin mengua para dicho acervo)⁷³. Finalmente, el TC sobre este punto reiteró que una situación excepcional (en este caso, la pandemia) no es justificación suficiente para exonerar la inconstitucionalidad en la que incurrió el legislador⁷⁴.

al modificar la esencia de la Constitución por disposiciones transitorias y no permanentes. Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°30

69 Vulnerándose lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Constitución

70 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°22

71 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°19.

72 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°24.

73 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

74 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°28.

4.2. Sobre el segundo caso

A diferencia de la sentencia expuesta en el apartado precedente, el TC declaró inadmisibile el nuevo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente Piñera, pese a que los contenidos del proyecto de reforma constitucional eran similares, habían sido impulsado por iniciativas parlamentarias, y poseían el mismo objeto (autorizar el retiro parcial de los fondos de pensiones). Tras conocerse la decisión del TC, estando pendiente todavía la publicación del texto de la resolución, el ministro Iván Aróstica (quien había redactado el voto de mayoría del primer fallo), entregó una declaración a la prensa⁷⁵. En dicha declaración, adelantó que el recurso del Ejecutivo carecía de fundamentos indicando que el nuevo requerimiento no se había hecho cargo de la primera sentencia del TC. Ello porque no habría abordado, en su opinión, el hecho de que cinco ministros estuvieron en contra de admitir el primer recurso. Para Iván Aróstica, el Ejecutivo debía no solo señalarlo, sino que también esgrimir las razones de su error. Asimismo, el referido ministro advirtió que el TC no otorgó un “cheque en blanco”, en el sentido de que cualquiera podría hacer retiros de fondos previsionales, ya que el reconocimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República debía entenderse en el sentido de legislar para retribuir a las personas afectadas por la pérdida o menoscabo de sus ingresos. Finalmente, el ministro afirmó que “los poderes colegisladores tienen que preocuparse de compensar, de ayudar económicamente, a las personas que están sufriendo”⁷⁶. Las palabras del ministro Aróstica fueron políticamente importantes para comprender la resolución que se publicaría luego, aunque ellas carecen, desde luego, de valor jurídico-positivo.

En la resolución que declaró inadmisibile el recurso presentado por el Presidente, el órgano colegiado inició su análisis señalando que el conflicto era de mérito político, el cual debía ser resuelto dentro de los canales establecidos en el régimen democrático que establece la Carta Fundamental y no mediante la intervención del TC, señalando además que tampoco le correspondería considerar la bondad de una política pública, su mérito o efectuar la cuantificación de una crisis económica o social⁷⁷. Luego, el TC señaló que la cuestión de constitucionalidad suscitada sería un examen global del proyecto de

75 Youtube.cl, Decisión TC: Iván Aróstica explicó rechazo a requerimiento del Gobierno contra tercer retiro, 28 de abril de 202.

76 Advirtiendo que esta fue una de las argumentaciones del TC en la primera sentencia (Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27).

77 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°5 y 13.

reforma constitucional, lo cual debiese hacerse cuestionándolo en conjunto con el proyecto de reforma presentado por el Presidente de la República en la misma materia (presentado con ocasión del tercer retiro de pensiones). A continuación, el TC advirtió que, dado que el texto del proyecto de reforma constitucional había sufrido modificaciones durante su tramitación, este no debía modificar el objeto de la litis planteado, no debiendo extender el examen de constitucionalidad a un texto diferente del impugnado ni a actos que no han sido específicamente cuestionados. De lo contrario, se incurriría en *ultra petita*. Este punto es esencial puesto que, según advierte el TC, el proceso sometido a su conocimiento carecería de objeto porque el cambio del texto del proyecto cuestionado derivó en que el conflicto a resolver dejó de ser actual por motivos sobrevinientes⁷⁸. No indicándose en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada, el TC determinó que no correspondería acoger a tramitación el referido requerimiento.

Con todo, es necesario señalar que la resolución también reprochó el hecho de que el Presidente haya presentado (al igual que para el segundo retiro de pensiones) un proyecto en paralelo que versa sobre la misma materia e idea matriz, contradiciendo así sus reproches de constitucionalidad a través de un acto propio⁷⁹. En dicho contexto, el Tribunal afirmó que la sentencia descrita previamente (que acogió el primer requerimiento de inconstitucionalidad del Ejecutivo) fue clara al señalar que no es lícito darle un fin distinto a los fondos de pensiones, salvo que haya un nuevo estado de necesidad⁸⁰. Siguiendo esta línea, el TC considera que si el Presidente estimaba que el límite de la desviación de los fondos se aplicaba exclusivamente al Congreso, debía haberlo especificado en su requerimiento, argumentándolo en los términos del artículo 63 (que dispone los requisitos que debe contener el requerimiento) de la Ley Orgánica Constitucional del TC⁸¹.

Por último, el TC reiteró que el verdadero problema entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo era de carácter político, demostrándose esto en el hecho de que el Presidente, al igual como que ocurrió con el segundo retiro de fondos previsionales, había presentado un proyecto de ley paralelo autorizando el retiro bajo otras condiciones, lo que también habría vulnerado el derecho a

78 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°22, 30 y 32.

79 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°37 y 39.

80 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°47.

81 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°48.

la seguridad social. Así, el TC se pregunta si es pertinente y hasta competente dicho tribunal, siendo un órgano jurisdiccional, para resolver el conflicto⁸².

5. La ausencia de una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales.

El análisis del TC con ocasión de los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por el Ejecutivo presenta una serie de inconsistencias que no solo afectan la predictibilidad de sus decisiones, sino que también confunden a los parlamentarios y al Presidente de la República (dificultando, en consecuencia, su toma de decisiones). Para el análisis que se realizará a continuación, es necesario advertir que en lo sustantivo ambos requerimientos (que cuestionan proyectos de reforma constitucional casi idénticos) presentan, no obstante, algunas similitudes⁸³. Sobre las inconsistencias:

En primer lugar, en la primera sentencia el TC declara que tiene plena jurisdicción para resolver todas las cuestiones, tanto de forma de como de fondo, que se susciten durante la tramitación de cualquier proyecto de reforma constitucional⁸⁴. En su segunda decisión, en cambio, el TC sostiene que si bien tiene competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, es necesario delimitar con precisión el conflicto que se conocerá pues no puede extender su competencia a temas no comprendidos en la traba de la litis⁸⁵. El TC sostuvo que el conflicto sometido a su conocimiento sería de naturaleza política, preguntándose incluso si este sería competente para resolverlo (ya que este conflicto de tipo político podría, en opinión del TC, ser resuelto por los propios colegisladores mediante la tramitación de otros proyectos, el veto y la calificación de urgencias)⁸⁶. Bajo este nuevo criterio, la primera sentencia habría sido errada. Bajo el criterio de la primera sentencia, el segundo caso debiera haber sido considerado como parte de una disputa jurídica que el TC tiene facultades para resolver.

82 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.

83 El segundo requerimiento se funda en que el proyecto objetado desconocería el fallo del TC sobre el primer requerimiento (que sería un precedente), violentaría la Constitución al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes a través de disposiciones transitorias, afectaría el derecho de propiedad de las compañías de seguros (en el caso del denominado “anticipo” en las rentas vitalicias), entre otros.

84 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°1.

85 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°14.

86 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.

En segundo lugar, debemos remitirnos al examen de admisibilidad efectuado por el TC. En el primer caso, la resolución acoge a trámite el primer requerimiento dando por cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 63 y demás normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional (“LOC”) del TC. En el segundo caso, en tanto, el TC afirmó que no verificó el cumplimiento de los referidos requisitos, declarando inadmisibile el recurso presentado por el Ejecutivo. La inconsistencia se presenta al observar que el TC realizó interpretaciones diferentes, ya que este no consideró uniformemente que en ambos casos se tramitaban proyectos paralelos de retiros de fondos previsionales presentados por el Ejecutivo y que los proyectos impugnados originalmente habían sufrido modificaciones durante su tramitación en el Congreso. Ello se debe a que, en el primer caso, el voto de mayoría de la resolución de admisibilidad no había considerado relevante el hecho de existir un proyecto paralelo sobre la misma materia (presentado por el Presidente) ni el hecho de que el proyecto impugnado hubiera sufrido modificaciones durante su tramitación. Sin embargo, en el segundo caso se esgrimieron justamente dichos argumentos para declarar inadmisibile el requerimiento, evidenciándose un cambio de criterio.

Sobre ello conviene precisar que el referido artículo 63 de la LOC del TC establece que el requerimiento debe contener la cuestión de constitucionalidad y, cuando corresponda, el vicio o vicios de inconstitucionalidad advertidos, con indicación de las normas que se estimen transgredidas. De lo expuesto se colige, en consecuencia, que el segundo requerimiento cumplía con los requisitos legales contenidos en la LOC del TC para ser declarado admisible, puesto que no es una exigencia actualizar o complementar el requerimiento con los cambios efectuados durante la tramitación del proyecto (que es la tesis sostenida, en esta ocasión, por el TC). Así las cosas, en el segundo caso se aplicó un estándar más alto en comparación al aplicado en el primero (señalándose, por parte del TC, que el segundo requerimiento había perdido actualidad por modificación de su objeto⁸⁷).

En tercer lugar, conviene referirnos a la utilización del TC como un órgano de carácter consultivo. En efecto, el TC, resolviendo el segundo requerimiento, sostuvo que de pronunciarse el mismo respecto de una reforma constitucional idéntica en contenido y objetivo a la del proyecto de ley presentado, lo controvertido en el requerimiento sería meramente consultivo. Y que, en consecuencia, se vería obligado a revisar la conveniencia, mérito u oportunidad

87 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°30.

de la reforma constitucional, situación que carecería de sentido en dicha oportunidad en atención a que el mismo Presidente de la República encontró en la Carta Fundamental alternativas de solución diferentes después de presentado el requerimiento⁸⁸. Ello es relevante puesto que este punto no fue abordado por el voto de mayoría al realizarse el examen de admisibilidad del primer requerimiento. Con todo, cabe señalar que la disidencia de la primera sentencia coincide en prácticamente en los mismos términos efectuados por el voto de mayoría de la segunda resolución⁸⁹.

Del análisis de los fallos comentados, es posible identificar una *ratio decidendi* común empleada por el TC. Más allá de sus inconsistencias, los fallos dan a entender que el TC considera que los retiros de fondos previsionales, con independencia de quién sea el autor del proyecto y de su naturaleza (reforma constitucional o proyecto de ley), son siempre contrarios a la Carta Fundamental, a menos que estemos frente a un nuevo estado de necesidad y que se contemplen mecanismos obligatorios de reintegro de los fondos retirados. Lo relevante para determinar la constitucionalidad de los proyectos objetados, en definitiva, se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a teorías procedimentales de la democracia. La genuina doctrina del TC, luego de no considerar aquellos argumentos que dejaron de ser relevantes en el segundo caso, queda de manifiesto al analizar las justificaciones que esgrimió con ocasión del primer y segundo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de la República.

En el primer requerimiento, el TC señaló que, por distintas razones, el proyecto cuestionado era contrario a la Constitución. Una de ellas se relacionaba con el destino constitucionalmente protegido y predeterminado de los fondos de pensiones, lo que impediría darles otra aplicación a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad y sin mengua para dicho acervo⁹⁰. Afectar el derecho a la seguridad social no era lícito, tampoco, porque el mismo derecho no de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional⁹¹.

En relación al segundo requerimiento, en tanto, el TC consideró que el Ejecutivo sería incongruente por, entre otras razones, presentar un proyecto

88 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°15.

89 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 10-12-2020, C°13 del voto de disidencia de los ministros García, Pozo y Silva.

90 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

91 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27.

de ley cuyo fin era autorizar el retiro de fondos previsionales ignorando el fin constitucionalmente protegido de los fondos de pensiones. Para el TC, en consecuencia, la actuación del Presidente de la República fue contraria a sus propios actos, lo cual incidió en que, a juicio del TC, el requerimiento no cumpliera con los requisitos de admisión a trámite. Para el TC, el propio requirente, contradiciendo sus afirmaciones expuestas en el requerimiento, terminó considerando que no existía perjuicio de constitucionalidad que debiera ser resuelto por el Tribunal⁹².

En conclusión, el TC estimó que, dado que su primera sentencia no cumplió su objetivo de proteger los derechos de las personas, era inconveniente acoger el segundo requerimiento ya que su teoría sobre la protección del derecho podía ser burlada en el evento que se generase un nuevo acuerdo político que permitiese un retiro de fondos a través de un proyecto presentado por el Ejecutivo. De esta manera, el argumento sobre la iniciativa exclusiva y el quórum asociado, dejan de ser relevantes para el fallo. Ellos no son argumentos que, de manera independiente, puedan ser utilizados para declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Si el primer fallo parecía establecer un criterio para determinar si la iniciativa exclusiva del Presidente de la República había sido vulnerada, en el segundo caso este punto fue secundario. Por ello, lamentablemente, este argumento parece asociarse a un elemento de *obiter dictum*. El único elemento que parece sostenerse en ambas sentencias, es el del derecho a la seguridad social y al modo como se entiende su destino protegido constitucionalmente.

6. Conclusión

Aunque de los argumentos del TC se infiere que el TC parece aceptar, al final del día, la existencia de una facultad para declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, de ello no se sigue que exista una doctrina con un contenido suficientemente claro como para identificar criterios de aplicación predecible que permitan distinguir las condiciones que hacen procedente dicha sentencia de inconstitucionalidad en el contexto de la necesidad de estabilizar procesos políticos. La doctrina que puede inferirse de ambos casos hace más relevante el modo como interpretamos un derecho constitucional cuyo contenido ha sido controvertido y que, si bien puede ser invocado en otros casos, en el contexto de un proceso político irregular, dicho argumento

92 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°13.

no contribuye a dar certeza sobre el modo como nuestro sistema constitucional permite el funcionamiento de la democracia y facilita la representación. Por el contrario, el TC no fue capaz de construir un argumento que le permitiera responder a las principales objeciones que se presentan contra la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales, exponiendo su actuar a fuertes críticas que difícilmente podrán ser respondidas sobre la base de los valores procedimentales de la democracia.

Esta no era, por supuesto, la única alternativa que tenía el TC. Como lo explicamos en las secciones precedentes, en la primera sentencia, el argumento de la iniciativa exclusiva fue breve y presentado de una manera desconectada de las justificaciones democráticas para fundamentar el poder del TC de revisar las reformas constitucionales. En el segundo caso, el argumento de la iniciativa exclusiva se volvió irrelevante. Con ello, el TC perdió una valiosa oportunidad para contribuir a estabilizar la manera como los operadores políticos interpretan las reglas del proceso legislativo, cuestión que es relevante para que los procesos políticos y representativos puedan operar de manera predecible. Asimismo, el TC perdió una oportunidad para elaborar una doctrina sobre las disposiciones transitorias de la Constitución, la que podría haber sido útil para dar certeza respecto del debate suscitado en lo relativo a la regulación del proceso constituyente. Si el TC debe cumplir un rol esencialmente procedimental en el sistema democrático para legitimar su autoridad dentro de procesos políticos conducidos con las lógicas de la política electoral, el mismo debiera prestar más atención al modo como reconcilia la necesidad de fortalecer y estabilizar los procesos representativos con su carácter contramayoritario. En vez de hacer esto, el TC ha preferido convertirse en una entidad menos relevante, haciendo más improbable que pueda cumplir su rol con eficacia.