

**Andrea
Iñiguez
Manso****

**Universidad de los
Andes, Chile**

rosarioini@gmail.com

Recibido: 26.01.21

Aceptado: 19.03.21

Las disposiciones transitorias como mecanismo de reforma a la Constitución de Chile: un análisis a luz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, causa rol 9797-20

Transitory provisions as a procedure to reform the Chilean Constitution: an analysis of the Constitutional Court's judgment on case No. 9797-20

Resumen: La Constitución de 1980 establece en el Capítulo XV un procedimiento especial para que ella pueda ser reformada. Ello no ha sido un obstáculo para que haya habido intentos de modificarla por otras vías, tales como las disposiciones transitorias, técnica que ha causado conflictos de competencia entre el Congreso y el Presidente de la República, y que culminó con el fallo del Tribunal Constitucional en la causa sobre el retiro del 10% de los fondos de AFP.

Palabras clave: Constitución de 1980; reforma constitucional; disposición transitoria; retiro del 10% de los fondos de AFP.

Abstract: In Chapter XV, the 1980 Constitution prescribes a special procedure for its reform. However, this provision has not been an obstacle to reform the constitution using other methods, such as transitory norms. Moreover, this technique caused conflicts of jurisdiction between Congress and the President, which ended with the Constitutional Court's judgment over the withdrawal of 10% of pension funds.

Keywords: 1980 Constitution; constitutional reform; transitory provisions; withdrawal of 10% of pension funds.

** La autora agradece la cooperación de José Miguel Flores Sierralta, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

La Constitución de 1980 establece un conjunto de disposiciones que intentan asegurar que se respete la supremacía de la constitución. Así, se exige que las normas deben ser dictadas en conformidad con la carta fundamental (art. 6 inc. 1°), la búsqueda del bien común y el ejercicio de la soberanía del Estado. Ellas tienen como límite los derechos fundamentales que reconoce la Constitución (art. 1° inc. 4° y 5° inc. 2°) y la exigencia de que las leyes que por mandato de la Constitución regulan y complementan derechos fundamentales no puedan afectarlas en su esencia ni su libre ejercicio (art. 19 N°26).

La Constitución establece acciones que permiten asegurar tal supremacía tales como el recurso de protección (art. 20), amparo (art. 21), inaplicabilidad (art. 93 N°6), y organismos llamados a velar por la supremacía constitucional tales como la Corte Suprema (recurso de protección y amparo), Tribunal Constitucional (capítulo VIII) y Contraloría (capítulo X).

El constituyente veló por la protección de la estabilidad de las normas constitucionales en el tiempo. Así, estableció que hay materias legales que deben ser reguladas por ley de *quorum* calificado, que para ser aprobadas, modificadas o derogadas deben tener el voto conforme de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio¹, las leyes orgánicas constitucionales que, para su aprobación, modificación o derogación requiere los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio². Las leyes interpretativas de la Constitución requieren tres quintos de los parlamentarios, también para su dictación, modificación y derogación.

Además, tanto las leyes orgánicas como las normas legales interpretativas tienen un control preventivo obligatorio en el Tribunal Constitucional, procedimiento

que se lleva cabo antes de la promulgación de la ley (art. 93N°1 de la Constitución).

Todo lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la carta fundamental requiere un *quorum* más alto que las leyes simples para ser reformada. Es decir, se trata de una Constitución rígida. El procedimiento de reforma está regulado en un capítulo especial, el número XV, y exige que la modificación de ciertos capítulos de la norma fundamental debe tener el voto conforme de los tres quintos de los diputados en ejercicio y otros, por su trascendencia, *el quorum* suben a dos tercios, lo que incluye la reforma de las reglas establecidas en el mismo Capítulo XV.

Los procedimientos de reforma a la Constitución, regulados en su mismo texto, nos llevan a preguntarnos si existen formas extraconstitucionales para que ella pueda ser modificada, y la respuesta, aunque no exenta de crítica, es que sí. Las cartas fundamentales han sido modificadas por vías bastante discutibles, como la jurisprudencia de los tribunales que tienen jurisdicción constitucional, y cuya consecuencia ha sido la creación de derechos no reconocidos expresamente en el texto constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, sobre todo en lo que se refiere a la jurisprudencia de los organismos de control del tratado y la aplicación del denominado *ius cogens* del derecho internacional.

A esto se debe agregar una novedad. A partir de marzo de 2020, el Congreso ha dictado un conjunto de disposiciones transitorias a la Constitución que nos lleva a preguntarnos si esta técnica legislativa se ha utilizado no por el carácter de transitoriedad de la norma, sino por ser

¹ Art. 9° que se refiere a la tipificación de delitos terroristas, art. 19 N°1 inc.3° sobre la sanción de delitos a través de pena de muerte, art. 19 N°12, sobre tipificación de delitos referidos a la libertad de expresión, art. 19 N°23 sobre leyes que restringen el derecho a la propiedad, art. 19 N° 24 sobre leyes que restringen o privan a un particular del derecho de propiedad.

² Art. 19 N°11, que regula el ejercicio de la libertad de enseñanza, las atribuciones de organismos como del Congreso, Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Banco Central y la Administración y Gobierno interior del Estado.

un procedimiento para eludir la exigencia constitucional de que ciertas materias de ley son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (como las referidas a la seguridad social) o como una forma de evadir el control preventivo que realiza el Tribunal Constitucional en materias de leyes orgánicas o también para eludir el de reformas establecidos en el capítulo XV.

Es menester hacer presente que el texto de la Constitución de 1980 no hace mención alguna a las disposiciones transitorias, ni establece reglas para su dictación, modificación o derogación. La forma en que se ha solucionado esta cuestión ha sido por la vía de la práctica constitucional, que ha determinado que la disposición transitoria debe cumplir, para su dictación, con el mismo *quorum* que la Constitución establece para la materia que la transitoria regula. Pero los límites los ha establecido el mismo Congreso, en el ejercicio de una atribución que podríamos calificar de constituyente derivado.

La falta de claridad respecto de los límites que tiene el Poder Legislativo para dictar disposiciones transitorias a la Constitución se agudizó con la aprobación en Primer Trámite Constitucional del proyecto de reforma a la Constitución que autoriza el segundo retiro del 10% de

los fondos en la Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en la forma que indica el proyecto³. En opinión del Presidente de la República, el Congreso no podía aprobar dicho retiro, toda vez que se trata de materias de seguridad social, las cuales están reservadas por la Constitución a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y el proyecto se había iniciado por moción parlamentaria. En consecuencia, el Ejecutivo recurrió al Tribunal Constitucional, el cual en un fallo ajustado (empate, resuelto por el voto dirimente de la presidenta del organismo) acogió el requerimiento.

El presente trabajo tiene como objetivo llevar a cabo un análisis de los mecanismos por medio de los cuales se puede reformar una carta fundamental, tanto aquellos que están regulados en la Constitución, como los extraconstitucionales. En particular, nos vamos a referir a las disposiciones transitorias, su naturaleza jurídica y si ellas efectivamente pueden ser o no utilizadas como mecanismo de reforma a la Constitución. Todo ello en relación al fallo dictado por el Tribunal Constitucional en materia del retiro del 10% de las AFP.

³ Boletines 13.756-07, 13.749-07 y 13.800-07.

1. Las reformas constitucionales

Como señala De Vega, las cartas fundamentales “necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentran en constante evolución porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la laguna es un fenómeno obligado que deriva de lo compleja e inabarcable de la realidad” (1995, p. 286)⁴. Por su parte, la Constitución de Francia de 1793, señalaba en su artículo 28 que “[u]n pueblo siempre tiene derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

¿Qué entendemos por reforma a la constitución? Reforma significa modificar un texto jurídico que ya existe. Es decir, y conforme a la teoría constitucional, se trata del ejercicio de la denominada potestad constituyente derivada, que se contrapone a la facultad constituyente originaria, que establece los requisitos para que dichas reformas se puedan llevar a cabo.

La Constitución de 1980 fue dictada por la Junta de Gobierno, la cual, conforme al Decreto Ley N°1, asumió, el 11 de septiembre de 1973, el Mando Supremo de la Nación, lo que significó en la práctica, que tenía el poder ejecutivo, legislativo y constituyente originario. La Junta convocó una Comisión que estudiaría el anteproyecto de la nueva Constitución, la cual pasó a ser conocida hasta el día hoy como “Comisión Ortúzar” por el nombre de su presidente, don Enrique Ortúzar. La Comisión trabajó en dicho proyecto hasta agosto de 1978. Dos años más tarde, la Junta dicta el Decreto Ley N°3464, por medio del cual aprueba un nuevo texto constitucional, y lo sometió a referéndum de aprobación el 11 de septiembre de 1980. La Constitución entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

La Junta de Gobierno, entre el 11 de marzo de 1981 el 11 de marzo de 1990, ejerció la facultad constituyente derivado conforme a lo establecido en el art. 18 letra a) transitorio de la Constitución. En 1989 aprobó un conjunto de reformas constitucionales, y conforme a lo establecido en el artículo 21 letra d) transitorio, se convocó a plebiscito a la ciudadanía para consultar si ratificaba o no la reforma. Ella fue aprobada por amplia mayoría (Ley N° 18.825). El 11 de marzo de 1990, Chile retorna a la plena democracia, siendo el poder constituyente derivado ejercido por el Congreso y el Presidente de la República, conforme a lo señalado en el capítulo XV de la carta fundamental el encargado de modificar la norma fundamental de la república.

La Constitución de 1980 se caracteriza por ser una Constitución de carácter rígido, es decir, cuyo *quorum* de modificación es distinto al de un precepto legal (Pereira Menaut, 2006, p. 56). Es menester recordar que no tiene disposiciones pétreas, y, por lo tanto, toda su normativa puede ser objeto de reformas. A este respecto, cabe recordar que la Constitución alemana establece disposiciones que no pueden ser reformadas. Ello tiene como objetivo “garantizar determinados valores de la Constitución (...) La prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o *telos* de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional (Lowenstein, 1986, p. 189). Así, el art. 79 inc. 3° de la carta fundamental germana establece que “será ilícita toda modificación de la presente ley de la cual se afecte a la división de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1° y 20°”. Este precepto tiene como

⁴ En el mismo sentido, Carlos Peña dedica un capítulo a este tema en su libro *El Desafío Constitucional* (2020, pp. 17-26).

objetivo evitar las malas prácticas constitucionales que permitieron a los nazis obtener el poder total manipulando la Constitución de Weimar de 1919⁵.

La protección de los valores fundamentales de la Constitución en el caso de Alemania no se detienen en el texto constitucional. El Tribunal Constitucional de dicho país ha determinado en reiteradas ocasiones que en caso de que los derechos fundamentales sean protegidos de mejor manera por la Constitución alemana que los tratados internacionales, la carta magna debe prevalecer

sobre estos últimos, debido a que la soberanía y, sobre todo, la identidad constitucional, deben ser protegidas (TCF [1974]: caso 2BVL 52/71, 29 de mayo de 1974). Así, en el fallo sobre el tratado de Lisboa, resolvió que -"La ley Básica no entrega poderes a organismos actuando en representación de Alemania para abandonar la autodeterminación del pueblo (...) la transferencia de soberanía un nuevo sujeto (...) este paso está reservado a la directa declaración del pueblo Alemán" (TCF [2009]: caso 2BvE 2/08, 30 de junio de 2009).

2. Las reforma constitucional conforme a un procedimiento establecido en la misma Constitución

La Constitución de 1980, en su capítulo XV, establece los ritos a los cuales debe adscribirse el procedimiento de reforma constitucional. Dicho proceso es, en general, similar al de la tramitación de un proyecto de ley ya que solo puede originarse por medio de Mensaje del presidente de la república o por moción parlamentaria cumpliendo con el *quorum* exigido en el art. 127 inc.2°. La Cámara de origen puede ser indistintamente la de Diputados o Senadores, no existiendo alguna exigencia particular al respecto.

En cuanto al *quorum* para la reforma, se requiere el voto conforme de tres quintos de los diputados y de senadores en ejercicio, para la modificación de los capítulos relativos a la nacionalidad y ciudadanía (II), Gobierno (IV), Congreso (V), Poder Judicial (VI), Ministerio Público (VII), Servicio Electoral y Justicia Electoral (IX), Banco Central (XIII), Gobierno y Administración del Estado (XIV). Para el resto de los capítulos se eleva el *quorum* a dos tercios, a saber, las Bases de la Institucionalidad (I), Derechos

y Deberes Fundamentales (III), Tribunal Constitucional (VIII), Contraloría General de la República (X), Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, Consejo de Seguridad Nacional (XII), Reforma de la Constitución y del Procedimiento para elaborar una Nueva Constitución (XV).

Una vez que se termina la tramitación del proyecto de reforma en el Congreso, es remitido al presidente de la república, el que, al igual que en el caso de la ley, puede promulgar o vetar el proyecto de reforma. Si ella es vetada, el Congreso puede insistir en su propio proyecto, ante lo cual el presidente debe promulgar o, a diferencia de los proyectos de ley, puede convocar a plebiscito para que sean los ciudadanos los que resuelvan la cuestión. Si se aprueba el proyecto del presidente de la república, se promulgará su reforma, en cambio, si el pueblo vota a favor de mantener el proyecto del Congreso, el presidente deberá promulgar dicho proyecto (arts. 128 y 129 de la Constitución).

⁵ Con relación a la forma por medio de la cual los nazis manipularon la Constitución de Weimar para transformar a Alemania de una democracia en una dictadura totalitaria, se recomienda revisar Brahm García, 1999, pp. 53-69.

Es menester recordar además que, durante su tramitación, los proyectos de reforma deben ser aprobados por la Cámara de origen en general por el *quorum* que exige la Constitución para el capítulo que se modifica, de lo contrario el proyecto, si se inició por moción, no podrá renovarse en un año (art. 68 de la Constitución). El Presidente de la República puede imponer o retirar urgencia en cualquier momento de su tramitación, podrán presentarse indicaciones en cuanto tengan relación con la idea matriz del proyecto (art. 74 de la Constitución). Los parlamentarios están facultados para recurrir al Tribunal Constitucional para el caso en que el presidente no promulgue el proyecto de reforma aprobado por el Congreso, o la ciudadanía por medio de plebiscito, o promulgue texto diverso (art. 93 N°8 de la Constitución).

Cabe preguntarse si una reforma a la constitución puede ser inconstitucional. Esta problemática no se genera respecto de la modificación de cualquier otra disposición jurídica, toda vez que el artículo 6° inc.1° de la ley fundamental indica que toda norma debe ser dictada en conformidad con ella. Pero, el texto constitucional no dice nada sobre la constitucionalidad de las reformas a la carta fundamental. Por lo cual se podría entender que no es posible recurrir ante el Tribunal Constitucional ni a otro organismo de control para reclamar por la inconstitucionalidad de una reforma a la misma Constitución, salvo que haya una infracción de procedimiento legislativo o de incumplimiento en el *quorum* de aprobación. Sin embargo, esto no es tan sencillo y nos parece que es menester hacer algunas precisiones.

Conforme lo señala Nogueira Alcalá existen ciertos límites de carácter formal y material impuestos por el poder constituyente originario al ejercicio del poder constituyente derivado (2009, p. 240). Dichos límites pueden estar sujetos a control y entre ellos se encuentran el respeto del parlamento como órgano deliberativo

al *quorum* de aprobación según sea el capítulo de la Constitución que se ha de reformar (2009, pp. 241-242).

Según Nogueira Alcalá existen dos tipos de límites a los procesos de reforma a la Constitución. Los explícitos, que son los que ha impuesto de forma expresa el poder constituyente originario, y los implícitos, que son “aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente”(2009, p. 245). También constituiría un límite a la reforma constitucional el artículo 5° inc. 2°, es decir, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se encuentran en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (2010, pp. 1299 y 1330)⁶.

Díaz de Valdés también se manifiesta a favor de límites a las reformas constitucionales que van más allá de lo formal o procedimental. Estima que no se debe olvidar que el objetivo principal que tiene el establecimiento de formas de control de constitucionalidad fue “la necesidad de una defensa eficaz de los derechos fundamentales” (2006, p.119). En este sentido recuerda que el art. 5° inc. 2° establece como límite al poder soberano los derechos humanos y agrega que “[m]ás allá de las discusiones acerca del significado real de la soberanía hoy, queda claro que el texto constitucional ha dejado constancia explícita de la renuncia de su autor –el soberano– a ejercer su poder en perjuicio de los derechos fundamentales” (2006, p. 120).

En contra, nos encontramos con la postura del profesor Zúñiga Urbina quien sostiene que el único límite al poder constituyente derivado es el

procesal o adjetivo de un procedimiento especial con quórum ordinario y extraordinario estatuido en el Capítulo XV de la Constitución; ya que una

⁶ Opinión similar tiene el profesor Silva Bascañán en cuanto a que el artículo 5 inc. 2° es un límite para el poder constituyente derivado. (Silva Bascañán, 2004, p. 264).

lectura sistemático-finalista y unitaria de la Carta en relación al control de constitucionalidad de la reforma constitucional instituido en el artículo 93 N°3 y N°5 como competencia de un Tribunal Constitucional nos lleva a concluir que es un control (...) de constitucionalidad circunscrito a los vicios de forma y no de materia o de competencia (2006, p. 432).

Henríquez Viñas, en una línea similar, opina que la carta de 1980 no ha fijado límites materiales a la reforma constitucional (art. 5° inc. 2°) ni tampoco implícitos ni explícitos (2016, p. 465). En su opinión “la norma de reforma solo será válida en la medida en que en su producción se haya ajustado a lo dispuesto por las normas sobre la reforma. Sobre esto versará el control de constitucionalidad” (2016, p. 466). Es decir, el Tribunal Constitucional podrá llevar a cabo un control de la reforma, en virtud del art. 93 N°3, solo en cuanto a que “si la norma de reforma se ajustó al ámbito y procedimiento fijado por la norma de la reforma” (2016, p. 475).

Cabe tener presente que la constitución es un todo armónico. Como señala Mansilla Castro “debe existir una armonía al interior del contenido de la constitución, para evitar que reformas subsecuentes pueden menoscabar sus instituciones y el propósito con que fueron creadas” (2010, p. 170). En este sentido, pensamos que no sería ni bueno ni deseable que una modificación de su texto

introduzca contradicciones entre las mismas normas constitucionales, sobre todo porque así se salvaguarda el mandato constitucional de que toda norma que se dicta debe estar conforme a ella (art. 6° de la Constitución).

Hay otro elemento a considerar y que puede ayudar a solucionar esta cuestión. Si bien nuestra carta fundamental no tiene un preámbulo⁷, se podría considerar que el artículo 1° hace las veces de tal ya que este es el que, en nuestra opinión, refleja los valores de la civilización cristiana occidental, que es un antecedente directo del contenido de los derechos fundamentales que la norma fundamental reconoce. Además, señala el orden ontológico de relación persona, familia, agrupaciones, estado. Por lo demás, el mismo Tribunal Constitucional ha resuelto en diversas ocasiones “que el artículo 1° de la Carta Fundamental es un de un profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (STC, rol N° 19, 27 de octubre de 1983, cons. 9°; rol N° 53, 5 de abril de 1988, cons. 12°; rol N° 740, 18 de abril de 2008, cons. 45°). Nos parece que este criterio, asentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debería ser tomado en cuenta por el constituyente derivado cuando se trata de introducir reformas a la carta fundamental.

3. Formas extraconstitucionales para reformar la Constitución

La Constitución chilena establece un procedimiento especial para que ella pueda ser reformada. Pero es menester reconocer que hay ciertas prácticas que pueden reformarla por una vía no establecida en la carta fundamental, es decir, extraconstitucional. Ciertamente, es discutible si el constituyente autoriza estos mecanismos, y si es deseable que sea así, pero se debe

reconocer que, se quiera o no, estas prácticas existen y tienen como consecuencia dejar sin efecto normas constitucionales o crear unas nuevas. En este trabajo haremos mención de tres mecanismos por medio de los cuales se pueden acometer estos objetivos: los fallos de los tribunales constitucionales u organismos de control constitucional, los tratados internacionales de derechos

⁷ A este respecto se debe hacer presente que, en 1978, el Anteproyecto de Constitución diseñado por la Comisión Ortúzar contenía un preámbulo que fue suprimido cuando este fue analizado por el Consejo de Estado (ver en Fernández González, 2001, p. 325).

humanos y las disposiciones transitorias.

3.1. La jurisprudencia de los tribunales que controlan la supremacía constitucional

Los tribunales, por definición, son los llamados a determinar el sentido y alcance de la norma jurídica. Es decir, deben interpretarlas. Y ellos se aplican también al intérprete de la constitución. El problema se genera cuando estos organismos ya no interpretan leyes, sino que las crean. Y ello puede tener una consecuencia muy concreta: dejar sin efecto normas constitucionales o la creación de nuevas disposiciones.

Como explica Bassa Mercado

existen dos visiones contrapuestas acerca de la interpretación constitucional; el originalismo, que atiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente, y el evolucionismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la misma. Mientras la primera busca desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales, recurriendo a la intención original de quienes redactaron el texto primario, la segunda entiende que la realidad social que justificó determinadas decisiones en el proceso constituyente es evolutiva, lo que puede significar, a su vez, que el consenso político que genera la Constitución sea también evolutivo (2011, p. 22)⁸.

La discusión sobre esta problemática no es nueva y es sumamente actual. Quizá el caso más conocido es el de la doctrina jurídica constitucional de Estados Unidos. Por una parte, están los denominados federalistas u

originalistas, que entienden que la Constitución debe ser interpretada conforme a su texto y el contenido expreso que le dieron los padres fundadores y, por lo tanto, a la Corte Suprema no le corresponde crear nuevas normas y, sobre todo, derechos que no están en la Constitución (por lo tanto, esa misma normativa queda dentro de las competencias de los estados miembros de la Unión). Por otra parte, están aquellos que consideran que la Constitución es un instrumento vivo y, por lo tanto, no hay obstáculos en que su interpretación pueda conducir al reconocimiento de derechos que no están en la Constitución federal. Durante décadas, cada una de estas posturas tuvo sus líderes en la Corte Suprema. La primera, personificada en el juez Antonin Scalia⁹, la segunda, en Ruth Bader Ginsburg¹⁰. Ambos fallecieron cuando ejercían sus cargos en el máximo tribunal.

Quizá el fallo judicial que más ha causado polémica y debates entre originalistas y evolucionistas ha sido la sentencia *Roe v. Wade*, dictada por la Corte Suprema en 1973 (410 US 113, 22 de enero de 1973). Ella determinó que el aborto era un derecho asegurado en la constitución federal, y, por lo tanto, los estados de la Unión no podían prohibirlo, ni restringirlo sino en los términos que señala dicho fallo judicial. El voto de mayoría de la Corte Suprema estableció que el aborto es una manifestación del derecho a la privacidad derivado de las Novena y Décima Cuarta enmiendas. Además, dividió en trimestres la regulación que el aborto podía tener por los estados miembros de la Unión. Las consecuencias de *Roe v. Wade* están plenamente vigentes hasta el día de hoy, y ellas se manifiestan con gran fuerza cada vez que se producen vacancias en la Corte Suprema. Basta ver las ácidas polémicas que se suscitaron a propósito del nombramiento de la jueza conservadora Amy Coney Barret en reemplazo de la fallecida jueza liberal Ruth Bader Ginsburg.

⁸ El debate entre los originalistas y evolucionistas también nos deriva a otra cuestión: cuál es el rol del juez, sobre todo aquel que debe interpretar la Constitución. En nuestra opinión, el juez no es la boca de la ley, como decía Montesquieu, pero tampoco es un agente de cambio social. Su función es interpretar preceptos, determinar el sentido y el alcance de la norma. Al respecto, se recomienda las siguientes obras: *Del Espíritu de las Leyes* (Montesquieu, 1996, p.120) y *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de ley: ¿El constitucionalismo del derecho libre?* (Núñez Leiva, 2013).

⁹ Sobre el juez Scalia, Michael Ramsey señala que “él ha sido también, junto con el juez Clarence Thomas, el líder de la práctica judicial del originalismo de su era”(Ramsey, 2007, p. 1945).

¹⁰ “La jueza Ginsburg cree que la Constitución es un documento dinámico en vez de un texto congelado” (Slobogin, 2009, p. 868).

3.2 Los tratados internacionales como una manera de reforma a la Constitución

Mucho se ha discutido en Chile sobre la jerarquía de los tratados internacionales frente a la Constitución, en particular de aquellos que se refieren a derechos humanos. Dicha polémica se remonta a 1989, cuando se aprueba la ley N°18.825 sobre reforma constitucional, que estableció, como límite a la soberanía, no solo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que están reconocidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Una parte importante de la doctrina en Chile se ha inclinado por sostener que los tratados internacionales no pueden estar por sobre la Constitución. Ello porque se trataría, *de facto*, de una manera de reforma por vías no establecidas en ella, toda vez que la única forma de modificarla está regulada en el capítulo XV. Ríos Álvarez señala que la pretensión de que la reforma de 1989 haya querido modificar el “rango de los tratados sobre DD HH” es “desmesurada y contradictoria con el sistema de control de constitucionalidad de la ley, con la rigidez constitucional y con el delicado mecanismo de reforma, no puede sostenerse ni en el texto de la norma en que pretende fundarse ni en el contexto armónico de nuestro sistema constitucional” (1997, pp. 141-142). En contra, el profesor Nogueira señala que el Estado, cuando aprueba un tratado internacional conforme a los procedimientos establecidos por la carta fundamental, ella “admite un procedimiento secundario de revisión o reforma de la Constitución más sencillo que lo estipula el capítulo XV, pero no es menos cierto que los artículos 32 N°7 y 50 N°1 y 5° inciso 2° son igualmente constitucionales” (1998, p. 244).

Cabe tener presente, además, que la modificación de la carta fundamental no solo puede llevarse a cabo a través de un tratado internacional, sino también a través del *ius cogens* (en lo que se refiere al Derecho Internacional Humanitario) y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos,

como es, en el caso chileno, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, vale la pena mencionar el fallo Almonacid Arellano y otros v. Chile, en el cual se ordenó al Estado chileno no aplicar en el futuro el Decreto Ley 2.191, Ley de Amnistía de 1978, por ser contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IADH, caso 12.057, 26 de septiembre de 2006, cons. 123° a 129°). En Maldonado Vargas y otros v. Chile, la Corte ordenó al Estado adoptar “medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que sean adecuadas para poner a disposición de las personas condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena un mecanismo que sea efectivo para revisar y anular las sentencias de condena” (Corte IADH, caso 12.500, 2 de septiembre de 2015, cons. 170°).

Todo lo anterior ha tenido como consecuencia que la Corte Suprema haya cambiado la jurisprudencia de los años 90 y haya dejado de aplicar la Ley de Amnistía. Así, en el caso Molco, la Corte Suprema dictaminó “que el Derecho Internacional Humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados”. Y agrega que “la jurisprudencia y doctrinas nacionales desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno” (C. Sup. 13 de diciembre de 2006, rol 509-2004, cons. 5°). En el caso Episodio Rudy Cárcamo, la Corte Suprema declaró que las normas de derecho internacional tienen como efecto que no se puede aplicar la ley de amnistía, ya que los hechos sobre los que versa el litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción y la sanción, en su caso, de los responsables (C. Sup. 18 de junio de 2012, rol 12.556, cons. 13°).

Como se puede apreciar, con estos criterios, la Corte Suprema pone el derecho internacional en una situación jerárquica superior a la Constitución lo que lleva a preguntarnos si, *de facto*, los fallos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos no estarían modificando nuestra carta fundamental. Ello porque nuestra Constitución establece la facultad del Congreso para dictar leyes de amnistía (art. 63 n°16) y que, además, la cámara de origen donde se debe discutir en Primer Trámite Constitucional, es el Senado (art. 65 inc.1°). Las leyes en Chile deben ser derogadas para dejar de tener vigencia. Y el Decreto Ley de Amnistía no ha sido

derogado por el Congreso conforme a los procedimientos que establece la carta fundamental. Pero los fallos de la Corte Interamericana han ordenado su no aplicación. ¿Cuál es el resultado práctico de esto? Podríamos decir que se trata de una ley que se ha derogado a causa de una forma particular de aplicación del derecho internacional, pero no por medio de un proceso ajustado a la Constitución.

4. Disposiciones transitorias

4.1 Aspectos generales

En 1980 se aprobó la nueva carta fundamental y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. Sin embargo, no todas las disposiciones de su texto se podrían aplicar este mismo año, empezando por el capítulo V sobre el Congreso Nacional. La pregunta entonces era ¿cómo sería suplido este en lo que se refiere a la formación de la ley y los nombramientos que requieren una ratificación del Senado?

Para poder solucionar esta situación y para poder establecer un itinerario de pleno retorno a la democracia (y, por lo tanto, la entrada en vigencia del ciento por ciento del texto de la Constitución) (García Pino, 2014, p. 399) es que se establecieron, junto al texto de la carta fundamental, 29 disposiciones transitorias, las cuales quedaron casi todas sin efecto el 11 de marzo de 1990, cuando asumió el presidente Patricio Aylwin, año en que, además, entró en pleno funcionamiento la Cámara de Diputados y el Senado.

Es menester preguntarnos entonces qué es una disposición transitoria y cuáles son sus objetivos. Según Hakansson, ellas son la manifestación de la idea kelseniana de Constitución, en cuanto a que ella es “la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Una nueva Constitución, o su reforma total, implica que

los parlamentarios tengan que aprobar las leyes que desarrollan sus instituciones” (2017, p. 1257). García Pino señala que son “normas constitucionales, integrantes de un sistema jurídico diacrónico de reglas, cuyo objeto es determinar el modo de aplicación de otras disposiciones constitucionales, así como permitir la vigencia de normas fundamentalmente derogadas” (2014, p. 399).

Visto esto, podemos inferir que las disposiciones transitorias son normas que están llamadas a tener un efecto acotado en el tiempo o para regular materias constitucionales muy específicas. Además, ellas deberían tener conexión con preceptos que están en el texto de la Constitución. Se podría agregar que debe existir una armonía entre las normas del texto de la carta fundamental y su norma transitoria.

El texto de la Constitución de 1980 no dice nada sobre las disposiciones transitorias. Por lo tanto, no se refiere al *quorum* de aprobación, modificación o derogación, ni a los procedimientos que se deben seguir. En nuestra opinión, esto no representaría un problema para el caso que sean dictadas en el ejercicio del poder constituyente originario, pero ¿qué pasa cuando ellas emanan del poder constituyente derivado, cuyo ejercicio en Chile está en manos del Congreso, del Presidente y de forma muy excepcional, de los electores?¹¹ Como bien decíamos, la Constitución no ha dicho nada sobre esta materia.

¹¹ Nos referimos a los artículos 128 y 129 de la Constitución, procedimiento que no se ha utilizado desde la vigencia de la Constitución.

La práctica jurídica muestra que se ha entendido que las disposiciones transitorias deben ser aprobadas con el mismo *quorum* (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 30º) que la Constitución exige para dictar las normas constitucionales que versan sobre las mismas materias, pero, insistimos, sin existir norma expresa que las regule. Esto tiene una particular importancia en el caso de la Constitución de 1980, toda vez que los capítulos II, IV, V, VII, IX, XII y XIII exigen un *quorum* de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio para su dictación, modificación o derogación. En cambio, los capítulos I, III, VIII, X, XI, XIV y XV requieren dos tercios.

La solución anterior, práctica y lógica, presenta problemas porque hay diversas disposiciones transitorias en las cuales no queda claro a qué materias o Capítulos se refieren y, por lo tanto, se produce una especie de miscelánea de diversos cuórum. Piénsese en el caso del denominado retiro del 10% de las AFP. Podría entenderse que requiere un *quorum* de dos tercios para aprobarla por afectar materias de la seguridad social, reguladas en el art. 19 N°18, que forma parte del capítulo III de la Constitución, pero, por otra parte, visto solo desde el punto de vista formal, era una mera cuestión de procedimientos de formación de la ley, que requiere un *quorum* de tres quintos. Volveremos sobre este punto cuando comentemos el fallo del Tribunal Constitucional sobre el retiro del 10%.

4.2 Las disposiciones transitorias en la Constitución de 1980

Una vez que Chile volvió a la democracia en 1990, la mayoría de las disposiciones transitorias incluidas en la carta fundamental por el constituyente originario de 1980 quedaron *de facto* derogadas. Piénsese en disposiciones como el art. 26 transitorio, que cesa en sus funciones al Consejo de Estado, las disposiciones referidas a las atribuciones de la Junta de Gobierno en el ejercicio del poder legislativo o constituyente (arts. 18, 19, 21 letra d), la celebración de las elecciones que llevarían a Chile a la

plena democracia (arts. 27, 28, 29). Con posterioridad a 1990 quedaron vigentes, incluso hasta el día de hoy, aquellas referidas a la minería (2º y 3ª transitoria), a materias de ley (4º y 5º) y normas tributarias (6º).

Además de quedar vigentes algunas disposiciones transitorias dictadas en 1980, después de 1990, el constituyente derivado no cesó de introducir en la carta fundamental disposiciones transitorias, teniendo particular importancia aquellas que hicieron posible llevar a su plenitud las reformas introducidas a la Constitución en el año 2005¹² (disposiciones transitorias desde la 13 a la 20). Las materias que regulan estas normas tienen directa relación con las normas del texto de la Constitución, como, por ejemplo, la integración del Tribunal Constitucional (14ª transitoria), los tratados internacionales y la inaplicabilidad (15ª), reclamaciones sobre conducta ética profesional (20ª).

Especial mención merece, en nuestra opinión, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional en 2009, la cual se llevó a cabo por medio de una disposición transitoria (24ª)¹³. Cabe recordar que en 2002, el Tribunal Constitucional declaró, a requerimiento de un grupo de parlamentarios, que la aprobación del tratado de Roma que creaba dicha Corte, requería una reforma constitucional que reconociera su jurisdicción (STC, rol 346, 8 de abril de 2002, cons. 92). En 2009, previamente a la promulgación de la disposición transitoria, el Tribunal Constitucional llevó a cabo un control preventivo del tratado en virtud de lo establecido en el artículo 93 N°1, y declaró que el “Poder Constituyente Derivado” (STC, rol 1415, 24 de junio de 2009, cons. 5º) ha llevado a cabo el mandato de esa Magistratura ordenado en fallo de 2002 y, en consecuencia, se declara constitucional la disposición transitoria.

La aprobación de la Corte Penal Internacional, vía disposición transitoria, tiene, en nuestra opinión, varias particularidades. No se trata de una norma transitoria,

¹² Ley N° 20.050, de fecha 26 de agosto de 2005.

¹³ Ley N° 20.352, de fecha 30 de mayo de 2009.

en el sentido de que tenga una duración acotada en el tiempo, sino que es un reconocimiento permanente de la competencia de la Corte. Además, se lleva a cabo un control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 93 N°1 de la Constitución, toda vez que conforme al artículo 54 N°1, por tratarse de materias sobre organización y atribución de tribunales que, por mandato constitucional, son reguladas por leyes orgánicas constitucionales, los tratados internacionales que versen sobre esas materias también deben cumplir con dicho trámite. Sin embargo, no deja de llamar la atención que esta norma transitoria no tiene relación directa con alguna disposición constitucional en particular, y ello nos lleva a preguntarnos si quizá la competencia de esta Corte no debería haber sido incorporada en el texto principal de la Constitución.

4.3 Las disposiciones transitorias dictadas con posterioridad a la reforma del año 2005

El texto de la Constitución de 1980 entró en vigencia en 1981, junto con 29 disposiciones transitorias. La mayoría quedaron sin efecto en 1990, y con posterioridad a la reforma constitucional de 2005 fueron retiradas del texto constitucional y, como se ha señalado, quedaron aquellas que aún tienen vigencia. Entre 2005 y 2020 se dictaron ocho disposiciones transitorias, siendo, en nuestra opinión, la más interesante aquella que se refiere a la Corte Penal Internacional, ya que el resto están, de alguna manera, directamente relacionadas con reformas al cuerpo principal de la carta fundamental.

Durante el año 2020, el Congreso ha aprobado 19 disposiciones transitorias. Este es un fenómeno inédito

en la historia constitucional de nuestro país, por lo menos desde la vuelta a la democracia. ¿Qué es lo que explica esto? Es difícil establecer una sola respuesta. Varias de ellas son políticas y que escapan a la competencia de un análisis jurídico. Uno de los motivos podría ser la premura con la que debió actuar el Poder Legislativo ante las emergencias generadas por el COVID-19 y que requerían cuerpos legislativos dictados con prontitud. Algunas de esas medidas legales eran de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y el Congreso, ante la urgencia, habría tratado de solucionar esta cuestión por la vía de las disposiciones transitorias de la Constitución¹⁴.

Como se puede apreciar, gran parte de los temas mencionados anteriormente que han sido regulados vía disposición transitoria son, en nuestra opinión, materia de ley orgánica constitucional por las materias que tratan. Por ejemplo, la paridad y los cupos asignados a pueblos originarios tienen relación con el sistema electoral, y conforme al artículo 18 de la Constitución, deberían haber sido regulados por la Ley N°18.700 de Votaciones Populares y Escrutinios. Aquellas que se refieren a las atribuciones del Consejo del Servicio Electoral a través de la Ley N°18.556 sobre el Servicio Electoral, también son materia de ley orgánica. Pero es que, incluso, aunque estas reformas se hayan regulado por la vía de la disposición transitoria (y no la legal), si se toma en cuenta el procedimiento de tramitación de la Corte Penal Internacional, de todas maneras, debería haberse llevado a cabo un control preventivo ante el Tribunal Constitucional, conforme al art. 93 N°1 de nuestra Constitución, por tratarse de materias de ley orgánica constitucional. Pero ello no fue así.

¹⁴ Los temas regulados en 2020 vía disposición transitoria han sido de los más diversos: postergación de las elecciones de gobernadores regionales (disposición transitoria 28ª, Ley N° 21221), candidaturas de independientes en la Convención Constitucional o Mixta (29ª, Ley N° 21216 y Ley N° 21296), paridad de género en la elección de convencionales (30ª y 31ª, Ley N° 21221), regulación de reunión telemática del Congreso (32ª, Ley N° 21219), se pospone el plebiscito constitucional (33ª, Ley N° 21221), se pospone elección municipal (34ª, Ley N° 21221), primarias municipales y para gobernadores (35ª, Ley N° 21221), renuncia a partidos políticos para participar en elecciones (36ª, Ley N° 21221), inscripciones electorales (37ª, Ley N° 21221), fijación de remuneraciones por parte de la Alta Dirección Pública (38ª, Ley N° 21233), primer retiro del 10% de los fondos de AFP (39ª, Ley N° 21248), vigencia de la reforma a las atribuciones del Banco Central (40ª, Ley N° 21253), atribuciones especiales para el Consejo Directivo del Servicio Electoral (41ª, Ley N° 21257), propaganda y publicidad para el plebiscito constitucional (42ª, Ley N° 21261), cupos reservados para pueblos indígenas en la Convención Constitucional (43ª, 44ª, 45ª y 46ª, Ley N° 21298), participación de las personas en situación de discapacidad en la Convención Constitucional (47ª, Ley N° 21298).

Mención aparte merece la Ley N°21.248 que autorizó el primer retiro del 10% de los fondos de AFP. No es que ello sea materia de ley orgánica, pero conforme lo señala el artículo 65 inc. 2° N°6 de la Constitución, las leyes sobre seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la república. Sin embargo, la regulación se hizo vía disposición transitoria (no de ley) y no fue de iniciativa del Ejecutivo. Una vez aprobada en el Congreso, el presidente no ejerció el derecho a veto ni tampoco

recurrió ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando, por vía de moción parlamentaria, se presenta un proyecto que autoriza un segundo retiro de los fondos de las AFP, también vía disposición transitoria¹⁵, y una vez aprobado en Primer Trámite Constitucional, el Gobierno presenta un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, el cual fue acogido con fecha 22 de diciembre de 2020 (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020).

5. Fallo del Tribunal Constitucional, causa rol 9797, requerimiento presentado por el Presidente de la República contra proyecto de reforma a la Constitución para establecer y regular un mecanismo especial de retiro de fondos previsionales en la forma que indica (Boletines 13.736-07, 13.749-07, 13.800-07 refundidos)

5.1 El requirente

Con fecha 22 de noviembre de 2020, y una vez que termina la discusión del proyecto en primer trámite constitucional, el presidente de la república, haciendo uso de las facultades señaladas en el artículo 93 N°3 de la Constitución, presenta requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de reforma constitucional que permite el segundo retiro del 10% de los fondos de AFP. Los fundamentos principales de la solicitud son los siguientes:

5.1.1. Que la reforma propuesta por el Congreso “no modifica, deroga ni aprueba ninguna disposición constitucional expresa ni permanente de la Carta Fundamental, dejándolas todas intactas”. En consecuencia, el proyecto propone utilizar los fondos de seguridad social para objetivos diferentes de su fin fundamental, con lo cual se ha infringido el proceso

de reforma constitucional, la iniciativa exclusiva del presidente de la república en esta materia y el art. 19 N° 18 (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 38).

5.1.2. Se afecta la supremacía constitucional, porque la regulación de la seguridad social, por mandato de la Constitución, debe llevarse a cabo a través de una ley (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 38).

5.1.3. La Constitución regula los procedimientos por medio de los cuales ella debe ser modificada (Ibid, fs. 42). Dichas reglas están establecidas en el Capítulo XV de la Carta Fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 43), reglas que son expresas y no “implícitas” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 45).

5.1.4. Que el artículo 127, cuando utiliza en la reforma a la Constitución que “recayera” quiere decir que debe ser “sobre los capítulos que indica, debe ser aprobada

¹⁵ Boletines 13.736-07, 13.749-07, 13.800-07 refundidos.

con un quorum y si recayera en los otros capítulos, debe cumplir con un quorum inferior. No puede «recaer», si no modifica, deroga o agrega al texto, expresamente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 46). En consecuencia, la reforma que propone el proyecto “crea una verdadera ‘Constitución Paralela’, implícita, inconexa, contradictoria, pretendiendo desconocer lo dispuestos en la Carta Fundamental vigente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 46).

5.1.5. Las disposiciones transitorias tienen como objetivo ayudar a poner en práctica modificaciones a la carta fundamental, de alguna manera están al “servicio” de ellas. No tienen, en consecuencia, autonomía respecto de las reglas permanentes, para cuya aplicación y vigencia son creadas”. No tienen como objetivo modificar la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 48).

5.1.6. El proyecto de reforma a la Constitución infringe el art. 19 N°18 de la carta fundamental. El Estado, a través del legislador/constituyente vulnera los mandatos que la Constitución establece para las leyes de seguridad social (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 81).

5.1.7. Por el hecho de ser las materias de seguridad social de iniciativa exclusiva del presidente de la república, el proyecto impugnado requiere una reforma expresa del artículo 65 inc.4° N°6 de la carta fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 107).

5.1.8. Las reformas constitucionales no solo tienen límites procesales sino también de fondo o materiales. En este sentido tiene relevancia el art. 5° inciso.2° de la Constitución, en cuanto a que el ejercicio de la soberanía está limitado por los derechos que emanan de la naturaleza humana (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 110).

5.2. El requerido

Una vez que el requerimiento fue declarado admisible,

se hacen parte en el requerimiento tanto la Cámara de Diputados y Diputadas como el Senado. Para efectos prácticos, y facilitar el estudio de este caso, hemos decidido refundir los argumentos alegados por ambas corporaciones ante las alegaciones hechas por el Ejecutivo.

5.2.1. Que producto de la emergencia generada por el Covid se han dictado una serie de disposiciones transitorias en diversos temas, por ejemplo, el funcionamiento telemático del Congreso, primer retiro del 10%, atribuciones especiales para el consejo del Servel. La reforma impugnada en autos es una de muchas de las disposiciones transitorias que se han dictado este año (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 930).

5.2.2. Si se sigue la línea argumentativa del Ejecutivo, habría que concluir que la trigésima novena disposición transitoria, que reguló el primer retiro del 10%, también adolecería de inconstitucionalidad, por ser ambos proyectos similares (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 950).

5.2.3. En cuanto a la naturaleza de las disposiciones transitorias, rechazan la hipótesis del Ejecutivo y señalan que “son verdaderas normas autónomas que sí forman parte de la Constitución Política de la República, y no solo han regulado cuestión relativas a la temporalidad o vigencia de normas constitucionales” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 965).

5.2.4. Citan al profesor Tomás Jordán, el cual distingue entre dos tipos de disposiciones transitorias, las “transitorias propiamente tales” y las ‘transitorias regulatorias’. Sólo las primeras se ajustan a la descripción que realiza el requirente, en tanto se refieren a normas cuyo objetivo es regular el paso de una situación jurídica a otra. Sin embargo, el requirente omite que existe un segundo tipo de disposiciones constitucionales transitorias, las transitorias regulatorias, compuesto por aquellas normas que desarrollan diversas materias más allá de la mera aplicación de normas en el tiempo o el

espacio” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 1007).

5.2.5. Según la requerida, el Ejecutivo estará dando a entender que las disposiciones transitorias no son parte de la Constitución. Pero si no forman parte de ella, entonces ¿qué serían? Según la requerida, la respuesta es que sí son parte de la carta fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 966). De lo contrario la norma que regula la Minería del Cobre o la Corte Penal Internacional no tendría rango constitucional, si se aceptara la tesis del Ejecutivo (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 976). Por lo demás, son normas permanentes, por lo tanto, no hay Constitución paralela (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 978).

5.2.6. No se ha vulnerado el art. 19 N°18 toda vez que la carta fundamental “no se pronuncia sobre el destino o uso de las cotizaciones obligatorias —ni siquiera establece que éstas deban acumularse en una cuenta de capitalización individual—, pues remite tales precisiones a una ley de quórum calificado” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 980).

5.2.7. Se trata de una medida excepcional por la situación económica causada por el Covid y no de una norma relativa a la seguridad social (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, 984).

5.2.8. El requerimiento confunde las atribuciones del Congreso, en cuanto a que, por una parte, es legislador (facultad que se encuentra limitada por la iniciativa exclusiva del presidente de la república) y sus atribuciones como Poder Constituyente derivado, que solo tienen limitaciones procedimentales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 987 y 988).

5.2.9. La iniciativa exclusiva del presidente de la república se refiere solo a materias legales, pero no es aplicable a las reformas constitucionales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 994), ya que las reglas para dicho procedimiento están en el Capítulo XV (STC, rol

9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 996).

5.3. La sentencia del Tribunal Constitucional

Con fecha 22 de diciembre se dicta el fallo, por medio del cual se acoge el requerimiento. Los principales fundamentos de la sentencia son los siguientes:

5.3.1. Que el capítulo XV no establece límites materiales o implícitos para llevar a cabo una reforma a la carta fundamental, pero no por ello estos no existen. Se debe tener presente “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, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 7°).

5.3.2. Que uno de los límites de dichas reformas se encuentra en el hecho de que “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’” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 9°).

5.3.3. Que el constituyente originario dejó clarísimo que las normas relativas a seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la república (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 18).

5.3.4. En relación al art. 19 N°18, sobre el derecho a la seguridad social, señala que “(P)uede 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” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 19°).

5.3.5. “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” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 33°).

5.4 Voto disidente de la ministra Silva y de los ministros Pica, García y Pozo

5.4.1. Que los procedimientos para las reformas constitucionales son distintos a las modificaciones legales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°62).

5.4.2. Que el poder constituyente derivado goza de autonomía para llevar a cabo las reformas a la carta fundamental, salvo los límites que impone el Capítulo XV de la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°63).

5.4.3. ¿Cuál sería el límite para las reformas que lleva a cabo el constituyente derivado? “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” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°68).

5.4.4. El requerimiento no explica cuáles son los límites materiales para ejercer el poder constituyente derivado, conforme a lo señala la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°82).

5.4.5. La reforma constitucional impugnada no afecta el derecho a la seguridad social (N°91) porque, en relación

a los fondos de AFP, su “destinación de afectación se encuentra determinada y regulada en normas con rango de ley y no en la Constitución” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°170).

5.4.6. El requerimiento está impugnando la constitucionalidad de las disposiciones transitorias de la Constitución. Esto no es posible, porque ellas son parte de la carta fundamental. Y si bien reciben el nombre de “transitorias” ello es poco exacto, porque hay muchas de ellas que son permanentes como es aquella que se refiere a la Gran Minería del Cobre (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°112).

5.4.7. En relación a la iniciativa exclusiva del presidente de la república, se debe tener presente que este proyecto de reforma no busca torcer las facultades presidenciales, ya que se trata de una reforma a la Constitución, es decir, el ejercicio de una facultad constituyente del Congreso (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°154).

5.5. Voto disidente del ministro Juan José Romero

5.5.1. Las atribuciones exclusivas del presidente de la república en materia legislativa son importantes, sin embargo “esto no significa, como explicaremos, que nuestro ordenamiento constitucional no prevea la posibilidad de su superación a través de procedimiento de reforma constitucional” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°5).

5.5.2. “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” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°33).

6. Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional

6.1 Estamos de acuerdo con el fallo en cuanto a que la única forma de llevar a cabo una reforma a la Constitución es cumpliendo con los requisitos del capítulo XV y que tal como señala el fallo dichas reglas “no pueden ser tergiversadas” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons.33).

6.2. Las normas establecidas en el capítulo XV para llevar a cabo una reforma a la Constitución si bien son, en apariencia, solo procedimentales, el resultado de dichas modificaciones no puede ser que eventualmente generen contradicciones entre las mismas normas constitucionales. Y en nuestra opinión, la aprobación de este proyecto de reforma ha generado una contradicción con las iniciativas exclusivas del presidente de la república.

6.3. La Constitución de 1980, al contrario de la Constitución del 25, no es una carta neutra, sino que descansa sobre determinados valores, en un “ideal de derecho” (Cuevas Farren, 2003, p. 40), el cual no puede ser destruido por medio de una reforma a la carta fundamental, sino por medio de un cambio total de ella, es decir a través de una nueva constitución. Esos principios y valores, según lo señalado en el fallo, estarían contenidos en los capítulos I y III de la Constitución.

6.4 En relación a los votos disidentes, estamos de acuerdo en cuanto a que la reforma impugnada no afecta el derecho a la seguridad social. Ello se ve confirmado por el hecho de que el Gobierno logró que el Congreso tramitara, con discusión inmediata, un proyecto de ley similar a la reforma impugnada, que culminó con la publicación de la Ley N° 21.295. Pero la gran diferencia

es que con esa ley se respetó los procedimientos constitucionales: que la regulación del retiro del 10% se debe llevar a cabo por medio de una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

6.5 Las disposiciones transitorias efectivamente son parte de la Constitución. Pero no son autónomas de ella. Deben ser precisas y, en nuestra opinión, deben tener el carácter de temporales, es decir, transitorias. Es verdad, como señalan los disidentes, que la Corte Penal Internacional es una norma permanente introducida a la Constitución por medio de una disposición transitoria, y la cual tuvo el visto conforme del Tribunal Constitucional. Pero en nuestra opinión, aquello constituyó un error desde el punto de vista de la técnica legislativa. La Corte Penal Internacional, en nuestra opinión, debió de haber sido incorporada a la Constitución, por ejemplo, en el Capítulo VI, que establece las bases constitucionales del Poder Judicial.

En ese mismo sentido, pensamos que durante el año 2020 se han dictado un número de disposiciones transitorias que no guarda proporción con el número anual que se han expedido desde 1990, situación que ha sido justificada por la emergencia del Covid. En nuestra opinión, tal coyuntura no puede ser una excusa para justificar la falta de rigor con la cual se ha legislado. Muchas de esas materias, como, por ejemplo, la paridad y cupos para pueblos originarios, eran materias de ley, específicamente, la Orgánica de Populares y Escrutinios, y no debieron haberse regulado vía reforma constitucional transitoria. Y en el caso de la disposición transitoria que autorizó el primer retiro del 10% en nuestra opinión, fue un error jurídico que el Ejecutivo no haya recurrido ante el Tribunal Constitucional.

7. Conclusiones

Las regulaciones de las reformas constitucionales en la carta fundamental son importantes, ya que permiten amparar la supremacía constitucional y la estabilidad de la Constitución. Dichos procedimientos deben ser cumplidos de forma leal y rigurosa por el poder constituyente derivado. Por lo mismo, las regulaciones de reforma que establecen las constituciones son la única forma de modificarlas, y por eso es necesario que se eviten estrategias extraconstitucionales, como son la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional o sentencias de tribunales internacionales o principios de *ius cogens*, que a veces son poco precisos.

En relación con las disposiciones transitorias, se debe tener presente que cuando la Constitución de 1980 entró en vigencia lo hizo junto con un conjunto de disposiciones transitorias que regularon el itinerario constitucional entre 1981 y 1990. La mayoría quedó en desuso con la vuelta a la democracia y fueron derogadas en 2005.

Estamos de acuerdo con lo fallado por el Tribunal Constitucional con respecto a las disposiciones transitorias del segundo retiro del diez por ciento de los fondos de AFP, pero, en nuestra opinión, el eje del problema jurídico de autos no es que se trate de una reforma inconstitucional a la constitución. El dilema es que la norma constitucional impugnada no revestiría la calidad de norma transitoria, sino que se trataría de un precepto legal que no ha cumplido con el requisito de emanar de un mensaje presidencial.

¿Cómo se podría justificar tal planteamiento? De la siguiente forma: hay un aforismo legal que señala que las cosas en derecho son lo que son y no lo que dicen ser. Es decir, ante todo se debe juzgar las normas jurídicas conforme al principio de realidad. Si se analiza el contenido de la reforma aprobada por el Congreso nos encontramos con que no estamos ante una disposición transitoria de la

Constitución, sino que por sus características se trata de una norma de orden general y obligatorio que establece bases esenciales del ordenamiento jurídico. Es decir, estamos ante una ley (art. 63 N°20 de la Constitución). De hecho, en el mismo requerimiento, el Ejecutivo atisba esta propuesta cuando hace referencia a un “legislador/constituyente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs 106 y 107).

En nuestra opinión, trata de una materia de ley disfrazada de disposición transitoria, probablemente, para soslayar el hecho de que, por la materia que trata—seguridad social—era de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Por lo tanto, lo que podría haber hecho el Tribunal Constitucional era haber cambiado la naturaleza jurídica de la norma (haberla declarado ley) y, a continuación, haberla declarado inconstitucional por infringir la iniciativa exclusiva de ley. Entendemos que esta propuesta puede ser provocadora, pero existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la cual podemos justificar esta hipótesis.

Así, podemos señalar que el Tribunal Constitucional, en la causa rol 591, conocida como Píldora I, declaró que la norma impugnada no revestía las características de una Resolución Exenta, sino de un Reglamento, y que infringía la Constitución por no llevar la firma de la presidenta de la república y por haber quedado exento de control por parte de la Contraloría General de la República (STC, rol 591, 11 de enero de 2007, cons. 13°). Una situación similar se suscitó cuando, de nuevo, aplicando el principio de realidad, el Tribunal Constitucional, llevando a cabo el control preventivo del proyecto de ley que modificaba las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor, declaró que un conjunto de disposiciones que habían sido excluidas del control preventivo de dicha Magistratura, en realidad revestían la naturaleza de orgánica constitucional (STC, rol 4012, 18 de enero de 2018, cons. 22°)¹⁶. No solo

¹⁶ El fallo declara como normas materia de ley orgánica constitucional e inconstitucionales dentro del proyecto de ley: el artículo 1° N° 1; N° 8; N° 11, letra d); N° 15, letra d) y e); N° 18; N° 19; N° 20; N°22; N° 26; N° 28; N° 31; N° 32; N° 33; N° 34; N° 36; N° 47; N° 48; N° 50; N° 52 letra a), letra b) y letra e).

les dio tal categoría, sino que a continuación las declaró inconstitucionales al convertir el SERNAC, un organismo de carácter administrativo, en un poder jurisdiccional (STC, rol 4012, 18 de enero de 2018, cons. 36°).

Entendemos que la materia puesta a conocimiento del Tribunal Constitucional no es de fácil solución, sobre todo, porque se refiere a una materia, las disposiciones transitorias, que no están reguladas expresamente en la carta fundamental. Nos preocupa que, bajo la excusa de la emergencia causada por el Covid, tanto el Congreso como el Presidente de la República se han visto en la premura de dictar una serie de normas que ayuden a solucionar los múltiples problemas prácticos que ha causado la emergencia sanitaria. Pero esta

situación extraordinaria, conforme a lo señalado por la Constitución en su artículo 7°, no es excusa para que puedan ser omitidos los procedimientos que exige la carta fundamental para dictar leyes y reformas constitucionales.

En este sentido, esperamos que el fallo del Tribunal Constitucional en materia del retiro del 10% de los fondos de AFP estimule al Congreso y al Presidente de la República, como organismo colegislador, a ser más rigurosos en la forma en que regulan las materias de ley y de reforma a la carta fundamental, sobre todo, respetando los procedimientos que la misma Constitución establece para llevar a cabo dichas modificaciones, como es propio en una democracia constitucional.

Referencias

- Bassa Mercado, J. (2011). Elementos teóricos para la interpretación constitucional. *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña del Mar, (11), 15-42.
- Brahm García, E. (1999). *Hitler y la Segunda Guerra Mundial*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- De Vega, P. (1995). La reforma constitucional. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 29(2), 275-296.
- Cuevas Farren, G. (2003). *Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Mayor.
- Díaz de Valdés, J. M. (2006). *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de ley, Sentencias Destacadas*. Santiago: LyD.
- Fernández González, M. A. (2001). Origen, Legitimidad y Consolidación de la Constitución. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 0 (22), 321-340.
- García Pino, G. y Contreras Vásquez P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos Tribunal Constitucional* (55). Santiago de Chile: Cuadernos Tribunal Constitucional.
- Hakansson, C. (2017). Una aproximación al constitucionalismo latinoamericano: características principales y nuevas tendencias. *UNED, Revista de Derecho Político*, (100), 1239-1270.
- Henríquez Viñas, M. (2016). El control de constitucionalidad de la reforma en el ordenamiento constitucional chileno. En *Anuario de Derecho Público* 2016/08 (pp.461-477). Santiago: UDP.
- Lowenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Mansilla Castro, G. (2010). Congruencia constitucional y control intraconstitucional. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (22), 157-187.
- Montesquieu, J. J. (1996). *Del Espíritu de las leyes*. Barcelona: Altaya.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Ius et Praxis*, 15(1), 229-262.

- Nogueira Alcalá, H. (2010). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, (129), 1261-1321
- Nogueira Alcalá, H. (1998). Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Político*, (43), 341-380.
- Núñez Leiva, J. I. (2013). *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de ley: ¿El constitucionalismo del derecho libre?* México D.F.: Porrúa.
- Pereira Menaut, C. A. (2006). *Teoría Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis.
- Peña, C. (2020). *El Desafío Constitucional*. Santiago: Taurus.
- Ramsey, M. D. (2017). Beyond the text: Justice Scalia's originalism in practice. *Notre Dame Review*, 92(5), 1945-1976.
- Ríos Álvarez, L. (1997). Jerarquía Normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Ius et Praxis*, 2(2), 101-112.
- Slobogin, C. (2009). Justice Ginsburg's gradualism in criminal procedure. *Ohio State Journal*, 70(4), 867-887.
- Silva Bascuñán, A. (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Zúñiga Urbina, F. (2006). Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 415-434.

Normas

- Constitución Política de Chile.
- Constitución de Francia de 1793.
- Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949.
- Ley N°18.825, 17 de agosto de 1989.
- Ley N° 20.050, 26 de agosto de 2005.
- Ley N° 20.352, 30 de mayo de 2009.
- Ley N° 21221, 26 de marzo de 2020.
- Ley N° 21216, 24 de marzo de 2020.
- Ley N° 21296, 10 de diciembre de 2020.
- Ley N° 21219, 26 de marzo de 2020.
- Ley N° 21237, 30 de mayo de 2020.
- Ley N° 21233, 28 de mayo de 2020.
- Ley N° 21248, 30 de julio de 2020.
- Ley N° 21253, 20 de agosto de 2020.
- Ley N° 21257, 27 de agosto de 2020.
- Ley N° 21261, 26 de agosto de 2020.
- Ley N° 21298, 23 de diciembre de 2020.

Jurisprudencia

410 US 113, 22 de enero de 1973.

TCF [1974]: caso 2BVL 52/71. Sentencia 29 de mayo de 1974.

TCF [2009]: caso 2BvE 2/08. Sentencia de 30 de junio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.057 ("Almonacid Arellano y otros vs. Chile), sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.500 ("Omar Maldonado y otros vs. Chile"), sentencia de fecha 2 de septiembre de 2015.

Corte Suprema, sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol n° 509-2004.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 18 junio de 2012, rol n° 12.556-2012.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 19, 27 de octubre de 1983.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 53, 5 de abril de 1988.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 346, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 1415, 24 de junio de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020.