

REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

- Actualmente se tramitan diversas mociones en el Congreso que adoptan la forma de “reformas constitucionales” transitorias, cuando en rigor, muchas de ellas no modifican explícitamente materia alguna plasmada en la Constitución, pues tratan materias de ley, o bien, de hacerlo, alteran materias cuyo contenido esencial, y no específico, está regulado en capítulos de la Carta Fundamental que requieren quorum de 2/3 para su enmienda.
- La fórmula de las reformas constitucionales, no obstante, y cuando no sea expresa esta finalidad, invade la iniciativa exclusiva del Presidente que es una institución fundamental contra potenciales populismos parlamentarios y fruto de una dilatada tradición constitucional.
- La estrategia pone así en entredicho la voluntad de buena parte del Parlamento de adherir a las reglas y a la institucionalidad vigente, además de trivializar los contenidos de la Carta Magna incluyendo en ella materias que son propias de la política pública. Con ello se obvia el principio de supremacía constitucional bajo el cual la Constitución tiene un rango superior a las leyes y se rigidiza la regulación de materias que por su naturaleza son dinámicas.

Hace menos de dos semanas, el Presidente de la República formuló un requerimiento ante el Tribunal Constitucional (TC), para que éste declare la inconstitucionalidad de una serie de mociones parlamentarias¹ que buscan establecer un mecanismo excepcional de retiro de fondo previsionales (segundo retiro de fondos previsionales). Dichas mociones, hoy refundidas, se encuentran actualmente en trámite en el Congreso, en Comisión Mixta, tras el rechazo por parte del Senado a la propuesta aprobada en primer trámite en la Cámara de Diputados. Sobre esto cabe hacer presente que según el artículo 93 N° 3 de la Constitución, corresponde al TC resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

Sin entrar al detalle de los fundamentos del requerimiento presentado, que son sustantivos y superan con creces la extensión de este documento, cabe destacar que en la base de la argumentación está el irrespeto por la institucionalidad vigente y por los procedimientos y quórums previstos en la Constitución para su reforma, y por los límites a la actuación de los poderes del Estado, dados por las atribuciones que les corresponden

conforme a la Constitución y las leyes, las que no pueden ser desatendidas ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, como pudiera serlo la pandemia.

Así, el requerimiento discurre sobre cómo el Congreso, a través de la fórmula de las reformas constitucionales transitorias, vulnera el sentido mismo de la Constitución al contener ésta reglas generales y permanentes que resultan contradictorias con las disposiciones constitucionales transitorias que se intentan introducir por la vía de estas mociones, generando entonces regulaciones paralelas y contrapuestas. Asimismo, profundiza sobre cómo con este proceder, en realidad, se abordan materias propias del dominio legal, lesionando con ello la supremacía constitucional, e invadiendo además las prerrogativas propias y exclusivas del Presidente de la República, a quien nuestra institucionalidad vigente -y que entonces debe ser respetada- le ha reservado la potestad excluyente para iniciar proyectos de ley en determinadas materias (como sucede con la seguridad social, los tributos y el gasto público). Así, señala el requerimiento, *“sin crear reglas permanentes en la Constitución (como sería alterar derechamente las normas de iniciativa exclusiva del Presidente de la República)”, éstas se infringen previendo una disposición “excepcional”, por una sola vez, utilizando una vía impropia. Como si la Constitución pudiera autorizar que mediante una regla transitoria se permitiera quitarle todo el patrimonio a una persona, por “una sola vez”, entre otros ejemplos”*.

Sucede que, con la estrategia seguida por el Congreso, se evita la discusión sobre la cuestión de admisibilidad de las iniciativas, la que entonces es sorteada bajo el argumento de que el Congreso tiene poder constituyente derivado. Al mismo tiempo, se evita la discusión sobre el quorum de aprobación de las reformas. A propósito de la discusión del proyecto del primer retiro de los fondos de pensiones, consta de las actas de la Comisión de Constitución de la Cámara Diputados que el quorum de aprobación fue rápidamente determinado en 3/5 de los parlamentarios en ejercicio, cuestión que no deja de resultar curiosa, considerando que las disposiciones transitorias no son un capítulo en sí mismo de la Constitución y no tienen quorum de aprobación especial sino más bien las rige el de la reforma de fondo a las que estas normas transitorias acompañan. Además, la reforma sobre retiro del 10% altera materias contenidas en el Capítulo III de la Constitución, relativo a los derechos, para cuya enmienda se requiere un quorum de 2/3, con independencia del resultado final de la votación, como reza el requerimiento.

Sobre el asunto antes referido, cabe recordar ciertos hitos previos al primer retiro de fondos de pensiones y que resultan relevantes en la determinación de la estrategia parlamentaria que, en definitiva, se inclinó por las reformas constitucionales transitorias, tanto para el primer retiro como para el actualmente en trámite y para diversos otros proyectos de reforma constitucional presentados a tramitación. En mayo de 2020,

diversos parlamentarios opositoresⁱⁱⁱ ingresaron un proyecto de reforma constitucional sobre retiro de fondos previsionales, que buscaba enmendar el Capítulo III de la Constitución, que trata de los derechos. En particular, proponía modificar el artículo 19 N° 18 de la Constitución, agregando incisos que permitían a los afiliados disponer de una parte de sus fondos previsionales, pero delegando a una ley determinadas materias propias de su implementación. Como para la enmienda de ese artículo de la Constitución se necesitaba un quorum de aprobación de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio (pues modificaba un capítulo de la Constitución que requiere tal quorum) y, por su parte, su redacción de todas maneras exigía la intervención legislativa posterior, pues una ley debía determinar detalles del retiro (ley cuya iniciativa es exclusiva del Presidente de la República), su viabilidad -en términos de tramitación legislativa- se tornaba compleja.

Luego, el 1 de julio ingresó un proyecto de ley que modificaba el DL 3500 (nótese, no de reforma constitucional) con similar objetivo al de la reforma constitucional antes referida, el que fue declarado inadmisibles por la mesa de la Cámara de Diputados justamente porque se trataba de una materia cuya iniciativa corresponde exclusivamente al Presidente de la República. La Sala de la Cámara, en votación^{iv}, revirtió esa situación y lo declaró admisible. Sin embargo, el triunfo pírrico sobre su admisibilidad dejaba al proyecto de ley en una situación muy precaria. Posteriormente, el 2 de julio de 2020, un grupo de parlamentarios de oposición presentó otro proyecto de reforma constitucional que buscaba enmendar el artículo 19 N° 24 de la Constitución, señalando que los afiliados podrían retirar el todo o parte de sus fondos previsionales antes de llegar a la edad de jubilación, además de modificar las normas sobre los estados de excepción constitucional, señalando que en tal caso el Presidente debía permitir que las personas pudieran retirar hasta un 10% de sus cuentas de capitalización, e indicando que una ley debía establecer la forma del reintegro^v. Nuevamente se presentaba aquí el problema del quorum superior y la delegación a la ley -de iniciativa exclusiva- entre otros.

Finalmente, ese mismo día, los parlamentarios presentaron un proyecto de reforma constitucional que modificaba la Constitución Política de la República de Chile incorporando una disposición transitoria, la que formalmente y en principio, logró sortear las barreras antes detectadas, aunque contrariando los procedimientos constitucionales. Sobre esta fórmula, cabe recordar las reflexiones del diputado Gutiérrez, las que constan en las actas de la Comisión de Constitución de la Cámara: *“El diputado Gutiérrez señala que se ha recurrido a esta fórmula (de reforma constitucional) siendo que lo que correspondería sería legislar al respecto, el asunto es que hay iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de normas de seguridad social. Comparte los objetivos del proyecto y estima que es una fórmula interesante a debatir, de carácter excepcional, acotado. Indaga sobre posibles impactos de constitucionalizar la*

capitalización individual y el límite propuesto, por ejemplo, al momento de analizar otros sistemas de pensiones (o la derogación del decreto N° 3.500 en tramitación) o como un eventual impedimento para el retiro de recursos en el caso de la profesora Ojeda. Piensa en una norma transitoria como vía de solución y no ubicarla en el capítulo III de la Constitución Política sobre derechos fundamentales". Luego las actas dan cuenta de las reflexiones del profesor Jordán, invitado a exponer a la Comisión: *"Respondiendo a las inquietudes del diputado Gutiérrez, si se reconoce constitucionalmente un determinado modelo de pensiones, aunque sea en estado de excepción, afectará cualquier interpretación futura sobre lo que quiso decir el constituyente, sobre el sistema de pensiones. Para evitar ello, iría por el camino que propone"*. Por último, cabe citar este pasaje de las actas: *"El diputado Walker (presidente) recoge ciertos elementos de la discusión, entre ellos, la relevancia de avanzar probablemente en una norma transitoria más que una norma permanente, ponderar los quórum de 3/5 por sobre la exigencia de 2/3 de los diputados en ejercicio, y manifiesta el respeto de la autoría de los mocionantes. Concuera con la necesidad de concretar este anhelo con un sentido de urgencia social"*. Tal y como consta en las actas, tras las audiencias, la Comisión concordó una indicación de "consenso relativo"^{vi} junto con otra indicación adicional^{vii} para reemplazar el articulado por uno que establecía disposiciones transitorias a la Constitución.

En adelante, diversas han sido las mociones de reforma constitucional que siguen esta estrategia, generando una verdadera tendencia legislativa, lo que es muy preocupante.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Dado el requerimiento presentado ante el TC, éste deberá resolver si la fórmula de las reformas constitucionales transitorias respetan o no el texto sustantivo de la Constitución y los procedimientos constitucionales, al tiempo que abre la discusión doctrinaria de si corresponde o no que en la Constitución se regulen cuestiones propias de la política pública, asuntos todos muy relevantes de cara a la actual pugna entre el Congreso y el Ejecutivo y, especialmente, a la luz del debate constitucional.

Desde nuestro punto de vista, aceptar la tesis que esgrime el Parlamento presenta una serie de problemas que desembocan en una trasgresión a la Constitución. Y es que la fórmula utilizada representa un resquicio constitucional que defrauda el marco jurídico vigente. Al analizar en detalle las reformas y los efectos se derivan de ellas es posible advertir consecuencias muy distintas a las previstas por el constituyente, porque a través de estas reformas constitucionales transitorias se agregan normas sustantivas y autónomas a la Carta Fundamental sin que el procedimiento de reforma constitucional, previsto en la Constitución autorice que vía normas transitorias, se enmiende la

Constitución o se generen normas de contenido paralelas. Más bien, como dice el requerimiento interpuesto, las normas transitorias están al servicio de los proyectos de reforma a la Constitución. El resquicio permite la consecución de esos fines inmediatos y diversos, además de desdibujar los límites de los poderes del Estado, de sus pesos y contrapesos, debilitando nuestra institucionalidad y el debate democrático. Esto, porque implicaría validar el irrespeto por las reglas sobre iniciativa exclusiva del Presidente, lo que no es un asunto trivial. Estas reglas no son antojadizas ni menos un capricho. Como hemos dicho en anteriores publicaciones^{viii}, nuestra historia y tradición constituyente nos ha enseñado que un sistema presidencial como el nuestro (que incluye además una alta fragmentación del sistema de partidos en el Parlamento) es más gobernable cuando el diseño de este tipo de políticas públicas es exclusivamente promovido por el Ejecutivo. Indicar la fuente para el financiamiento de los gastos, además, es una regla que no sólo promueve el principio de disciplina fiscal, sino que persigue no dañar los programas políticos de futuros gobiernos. Así, estas reglas fortalecen la democracia al robustecer el régimen de responsabilidad y disciplina fiscal, al evitar la corrupción y captura de los representantes en el Congreso, al enriquecer la deliberación y hacer más factible que sucesivos gobiernos puedan cumplir (financieramente) sus promesas electorales.

El uso de resquicios constitucionales conlleva, además, otra consecuencia indeseada cual es la de utilizar la Constitución para discutir cuestiones de política ordinaria que no son, ni por nuestra tradición constitucional ni por naturaleza, propias de la Carta Fundamental. Lo anterior hace que se desvanezca o se debilite la clara separación entre la ley suprema y las leyes simples. En consecuencia, desencadena una carrera por definir quién logra introducir sus intereses en la Constitución, lo que profundiza la pérdida de sentido del texto fundamental. Constitucionalizar todos los debates es un error, pues para que la Constitución sea propiamente la norma fundamental, inspiradora del ordenamiento jurídico, es necesario que la misma tenga una fisonomía específica y un contenido acotado, permitiendo que sea la ley la que materialice los principios y reglas generales de la Constitución. Es por ello que los contenidos incorporados a nivel constitucional se restan del proceso legislativo común, siendo, por tanto, de difícil modificación, negándole su necesaria flexibilidad y la posibilidad de revisión y adaptación a las cambiantes circunstancias a las que ella ha de aplicarse.

RETIRO DEL 10%, UNO ENTRE MUCHOS

Resulta preocupante advertir que el retiro del 10%, bajo la fórmula de reforma constitucional transitoria, no es el único proyecto en trámite que sigue esa estrategia. Son varios los proyectos de reforma constitucional que se han presentado bajo la fórmula de artículos transitorios de la Constitución. A continuación, listamos los más relevantes, los

que, en su caso, además vulneran otros preceptos constitucionales, como la garantía del derecho de propiedad, entre otros.

1. Modifica la Carta Fundamental **para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias^{ix}.**
2. Modifica la Carta Fundamental **para establecer por única vez, un impuesto al patrimonio de determinadas personas naturales, destinado al financiamiento de una renta básica de emergencia^x.**
3. Modifica la Carta Fundamental **para prorrogar por un año el pago de las patentes comerciales, en las condiciones que indica^{xi}.**
4. **Reforma constitucional que autoriza el retiro de ahorros previsionales^{xii}.**
5. Modifica la Carta Fundamental, para disponer la **suspensión temporal del cobro de cuotas de los créditos sociales otorgados por las cajas de compensación de asignación familiar^{xiii}.**
6. Modifica la Carta Fundamental, para **posibilitar el retiro de fondos previsionales, tratándose de personas afectadas por una enfermedad terminal^{xiv}.**
7. Modifica la Carta Fundamental, **para igualar la pensión de sobrevivencia con la pensión de referencia del causante, en las circunstancias que indica^{xv}.**

REFLEXIONES FINALES

La cuestión sometida al pronunciamiento del Tribunal Constitucional es de la mayor relevancia. En un Estado de Derecho, lo que corresponde es que todos demos cumplimiento a nuestras obligaciones y deberes, y respetemos el marco jurídico vigente, máxime los poderes del Estado, organismos públicos y quienes desempeñan funciones públicas, los que no pueden atribuirse más facultades que las que la Constitución y la ley les confieren ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias. Ello implica, entre otras cosas, que no pueden sobrepasar el marco de sus atribuciones, ni abierta ni soterradamente mediante la utilización de subterfugios que, en lo concreto, alteran la institucionalidad vigente y los pesos y contrapesos entre los poderes del Estado, por muy loable que parezca el fin perseguido.

Cuando ello no es así, se debilita nuestra institucionalidad y la democracia, quedando los ciudadanos desprotegidos ante el actuar discrecional y arbitrario del Estado a quien le hemos conferido el poder, pero para que lo ejerza dentro del marco jurídico vigente que está para ser cumplido, y no sorteado, en protección de nuestros derechos y libertades. La estrategia de introducir “reformas a la Constitución” mediante artículos transitorios que regulan materias propias del dominio legal y no constitucional, como reza nuestra Constitución actual, y que sólo se presentan bajo esa fórmula para alterar las prerrogativas

del Presidente de la República -las que por esa vía son traspasadas al Parlamento- constituye una defraudación del marco jurídico existente. La misma argumentación es aplicable a los temas de quorum. La fórmula de las reformas transitorias a la Constitución ha evitado, hasta ahora, que ellas sean calificadas con un quorum de votación mayor y que corresponde cuando ellas alteran elementos que están tratados a nivel general o de manera esencial en capítulos de la Constitución para cuya enmienda se requiere de 2/3 de los parlamentarios. Todo el ejercicio no sólo desnaturaliza el carácter que poseen las normas transitorias de la Constitución, llamadas en realidad a regular otro orden de materias, sino además el carácter de ley suprema de la Constitución.

ⁱ Se trata de los boletines 13.736-07, 13.749-07, y 13.800-07, refundidos, presentados a trámite durante los meses de agosto y septiembre del año en curso. La sala de la Cámara autorizó que las iniciativas fueran refundidas en octubre de 2020. El requerimiento puede ser consultado en el sitio electrónico oficial del TC, ROL N° 9797-20-CPT.

ⁱⁱ El paréntesis es nuestro.

ⁱⁱⁱ Diputados Marzán, Celis, Velásquez, R. Soto, Jiles, Parra, Rosas, Carvajal, Bianchi, Mulet, Girardi, A. Sepúlveda, L. Soto, R. González, Garín, G. Saavedra, T. Jiménez, Saffirio y Alinco.

^{iv} Conforme al reglamento de la Cámara de Diputados, en ningún caso se dará cuenta de mociones sobre materias que, de acuerdo con la Constitución Política de la República deban (...) iniciarse exclusivamente por mensaje del Presidente de la República. Tampoco se dará cuenta ni se admitirá a tramitación proyecto alguno que proponga conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional. La declaración de inadmisibilidad será efectuada por el Presidente (de la Cámara), sin perjuicio de que la Cámara pueda reconsiderarla de acuerdo con la Constitución Política de la República y la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional. Si se pidiere reconsiderar la declaración de inadmisibilidad, ella se someterá a votación, previo debate por diez minutos, del que usarán por mitad, hasta dos diputados pertenecientes a comités de distintos partidos que la apoyen y hasta dos, en iguales condiciones, que impugnen dicha declaración.

^v De los mismos diputados mencionados en la nota al pie No. 3.

^{vi} De los diputados Walker, L. Soto, Jiles, R. Soto; Alinco, Bianchi y A. Sepúlveda.

^{vii} De los diputados Boric, Jiles, L. Soto y R. Soto.

^{viii} Libertad y Desarrollo, Tema Público No. 1457 de julio de 2020.

^{ix} Boletines 13763-07, 13764-07 y 13819-07, de los diputados M. Hernando, Carlos Abel Jarpa, T. Jiménez, F. Meza, Mulet, J. Pérez, V. Torres, C. Vallejo y Walker.

^x Boletín 13555-07, de los diputados Ascencio, Cariola, Jackson, Núñez, Rocafull, A. Sepúlveda, Alexis Sepúlveda, R. Soto, C. Vallejo y E. Velásquez.

^{xi} Boletín 13887-07, de los diputados Boric, Celis, Ilabaca, T. Jiménez, Marzán, R. Soto, L. Soto y Walker.

^{xii} Boletín 13619-07, del senador A. Navarro.

^{xiii} Boletín 13814-07, del diputado Bianchi.

^{xiv} Boletín 13757-07, de los diputados Cicardini, Cruz-Coke, Espinoza, Fuenzalida, Ilabaca, Leiva, Nuyado, Rocafull y Walker. Este proyecto fue rechazado en la Sala de la Cámara de Diputados el 2/12/20, habida cuenta que existe un proyecto de ley del Ejecutivo que regula la materia, el que fue aprobado en la misma instancia.

^{xv} Boletín 13640-07, de los diputados L. Carvajal, Celis, Girardi, R. González, T. Jiménez, Marzán, A. Parra y R. Soto.