



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte,
revistas.ucn.cl
R <https://ror.org/02akpm128>

doi 10.22199/issn.0718-9753-5029

DERECHO




Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020)

Commentary on the Chilean Constitutional Court's ruling that declares unconstitutional the constitutional reform allowing the withdrawal of pension funds (Decision N° 9797-20, December 30, 2020)

Diego Pardo-Álvarez ¹  <https://orcid.org/0000-0002-5869-7133>

¹ Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. Profesor de Derecho Constitucional. Doctor en Derecho, Georg-August-Universität, Göttingen, Alemania. 



Resumen:

El Tribunal Constitucional chileno declaró inconstitucional un proyecto de reforma constitucional que permitía, mediante una disposición constitucional transitoria, el retiro del 10% de los fondos individuales de pensiones. En el comentario se puntualizan los argumentos esgrimidos para la declaración de inconstitucionalidad, se determina qué tipo de argumentación presenta el tribunal, se reconstruye la teoría constitucional que subyace a la sentencia y se evalúa el posible impacto que esta decisión podría tener en la determinación de los límites de la potestad de reforma constitucional.

Palabras clave: potestad de reforma constitucional; límites a la reforma constitucional; teoría constitucional.

Abstract:

The Chilean Constitutional Court declared unconstitutional a constitutional amendment bill that allowed, by means of a transitory constitutional provision, the withdrawal of 10% of individual pension funds. The commentary points out the grounds on which this declaration was based, determines the type of argumentation presented by the Court, reconstructs the constitutional theory underlying the Court's ruling and assesses the potential impact of this decision on the determination of the constraints placed upon the power of constitutional amendment.

Keywords: constitutional amendment power; constraints on constitutional amendment; constitutional theory.

Fecha de recepción: 13 de julio de 2021 | Fecha de aceptación: 14 de abril de 2022

Introducción: una enigmática sentencia

En su sentencia Rol N° 9797-20 (2020), y por primera vez en su historia, el Tribunal Constitucional de Chile declaró "...inconstitucional una ley de reforma constitucional" (cons. 4, foja 1097¹). Esto, desde luego, resulta enigmático, sino paradójico (véase la opinión inicial del voto disidente en Rol N° 9797-20, 2020, foja 1114; sobre esta paradoja, véase el célebre trabajo de Ross, 1969). ¿No es acaso toda reforma de la constitución siempre contraria a la constitución? ¿No supone la inconstitucionalidad de la reforma constitucional la existencia de normas, para estos efectos, superiores a las propias normas constitucionales? (véase también Henríquez Viñas y Lambeth Vicent, 2015; y Pardo Álvarez, 2017). ¿No debe entonces ser la potestad de reforma considerada "suprema" dentro del sistema constitucional? ¿Cómo puede ser inconstitucional la voluntad del poder constituyente constituido?

Puntualizar las interrogantes que emergen ante la noción de inconstitucionalidad de la potestad de reforma no significa considerar todo alegato de inconstitucionalidad de una reforma constitucional paradójico, incoherente o carente de sentido (Pardo Álvarez, 2017, pp. 86-88). El alegato, aunque incorrecto en la versión acordada con el voto dirimente de la Presidenta del Tribunal Constitucional, no es incoherente ni carente de sentido. De hecho, la Constitución (2005) otorga competencia al Tribunal Constitucional para: "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de [...] reforma constitucional..." (art. 93, no. 3). Asimismo, algunas cortes constitucionales del extranjero han establecido límites a la potestad de reforma (un panorama en Roznai, 2017, pp. 39-70), y conspicuos teóricos del derecho constitucional han defendido esta idea (véase Arato, 2017, pp. 397-411). La pregunta, luego, no se resuelve puramente en el plano conceptual, sino que requiere de una problematización a nivel teórico y a nivel jurídico-constitucional. Este comentario indaga los elementos teóricos que podrían obtenerse desde la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional chileno.

1. La declaración de inconstitucionalidad

En concreto, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento presentado por el Presidente de la República en orden a declarar inconstitucional el proyecto de reforma constitucional

¹ En consideración a la extensión de la sentencia, se indicará en lo que sigue también el número de fojas del expediente.

que refundía los Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07². El proyecto discutido en el Congreso buscaba permitir, a través de una disposición constitucional transitoria, el retiro de un 10% de las cuentas individuales de los fondos de pensión como una forma de paliar transitoriamente las consecuencias negativas provenientes de la declaración de estado de emergencia constitucional. La Presidencia de la República solicitó la declaración de inconstitucionalidad en base, principalmente, a tres consideraciones. En la forma adoptada por el voto decisorio de la sentencia³, estos argumentos son:

- el proyecto de reforma constitucional sería *contrario al derecho a la seguridad social* contemplado en el art. 19, no. 18 de la Constitución (2005) pues ampliaría "...inconstitucionalmente el destino de las cotizaciones obligatorias, sin proveer alternativas ni soluciones" (Rol N° 9797-20, 2020, foja 1086).
- el proyecto sería contrario a lo dispuesto en el art. 127 de la Constitución (2005), pues se aprobaría un "derecho al retiro" del 10%, restrictivo del, o acaso contrario al, derecho a la seguridad social, mediante una *disposición transitoria sometida a la aprobación de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio*, no en cambio mediante una reforma del capítulo III de la Constitución y bajo la regla de los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio;
- la reforma constitucional se encontraría reñida con la *iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de pensiones*, contemplada en el art. 65, inc. 3 y 4 de la Constitución (2005), pues el proyecto de reforma constitucional incidiría en la administración financiera del Estado, contemplaría una exención tributaria y modificaría las reglas sobre seguridad social (Rol N° 9797-20, 2000, cons. 17-23, fojas 1102-1105).

El mérito concreto y específico de estos alegatos de inconstitucionalidad no es comentado aquí. No sólo porque el contenido de dichos alegatos resulta difícilmente extrapolable a otras controversias constitucionales, sino también porque los votos contrarios a la decisión los desacreditan de manera competente. Más interesa, en cambio, evaluar la teoría constitucional que subyace a la decisión del Tribunal Constitucional. Pues es la teoría constitucional (o su sensible ausencia) la que podría llegar a tener consecuencias en la jurisprudencia futura del Tribunal. Así, y luego de una breve sistematización de los posibles límites que puede tener la potestad de reforma, se caracteriza la sentencia desde el punto de vista de la teoría constitucional que la decisión recoge.

² Nótese que hablar de proyecto de reforma constitucional es en particular preciso en el contexto de la decisión: la ley de reforma constitucional no alcanzó a ser aprobada por el Congreso antes de que el Tribunal Constitucional ya estuviera conociendo de su (futura) inconstitucionalidad. Al respecto, véase el voto disidente: Rol N° 9797-20, 2020, fojas 1124-1127.

³ No puede hablarse en estricto rigor de voto de mayoría, pues la sentencia fue acordada por la mitad de los ministros y gracias al voto dirimente de la Presidenta del Tribunal, la Ministra María Luisa Brahm.

2. Los límites de la potestad de reforma constitucional

Las limitaciones de la potestad de reforma pueden ser clasificadas de tres maneras (véase Pardo Álvarez, en prensa). Pueden distinguirse, en primer lugar, los límites supraconstitucionales de los límites intraconstitucionales. Los límites supraconstitucionales se caracterizan tanto por ser externos a un sistema constitucional doméstico como por emplazarse (supuestamente) por sobre un sistema constitucional determinado. Al ser superiores, los límites supraconstitucionales pretenden valer no sólo como límites de la potestad de reforma constitucional, sino sobre todo como límites del propio poder constituyente del pueblo y de la soberanía popular (en nuestro medio, véase Nogueira Alcalá, 2009, pp. 259-261). Los candidatos usualmente mencionados a este respecto son el derecho natural y el derecho internacional de los derechos humanos (Roznai, 2017, pp. 71-102). Los límites intraconstitucionales, en cambio, representan el inverso de los límites supraconstitucionales: se caracterizan por ser internos a un sistema constitucional determinado y por ser no de rango superior sino de igual rango que la constitución. Los ejemplos más conocidos son las cláusulas pétreas presentes en la ley fundamental alemana (una introducción en Dreier, 2008, pp. 57-77) y la doctrina de la "estructura básica de la constitución" desarrollada por el Tribunal Constitucional indio (una presentación en Roznai, 2017, pp. 39-47). A diferencia de los límites supraconstitucionales, los límites intraconstitucionales sólo postulan limitaciones a la potestad de reforma, no en cambio al poder constituyente del pueblo⁴.

En segundo lugar, las limitaciones de la potestad de reforma pueden ser clasificadas en limitaciones explícitas y limitaciones implícitas. Explícitas son aquellas expresamente establecidas en la constitución (Roznai, 2017, pp. 15-21). Implícitas, en cambio, aquellas construidas interpretativa, deductiva o culturalmente (pp. 39-42). Esta clasificación, desde luego, puede ser combinada con la clasificación anterior. Podría postularse como ejemplo de una limitación explícita supraconstitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, si ellos se interpretan como superiores al derecho constitucional doméstico (en contra Roznai, 2017, pp. 100-102). Limitaciones explícitas intraconstitucionales son, por ejemplo, las célebres cláusulas pétreas presentes en la Ley Fundamental alemana. Como limitación implícita supraconstitucional podría postularse el derecho natural. Una limitación implícita intraconstitucional sería, en cambio, la doctrina de la estructura básica desarrollada por el Tribunal Constitucional indio.

⁴ El poder constituyente del pueblo puede, en tercer lugar, ser limitado de forma pre-constitucional. Esta categoría plantea la existencia de límites conceptuales a la propia noción de poder constituyente del pueblo. Fundamental, Böckenförde (2000, pp. 176-180).

Por último, las limitaciones de la potestad de reforma pueden clasificarse en limitaciones formales (o procedimentales) y en limitaciones sustantivas (materiales o de “fondo”). Las limitaciones formales regulan el procedimiento (la forma) que debe observar la potestad de reforma. Las limitaciones sustantivas, en cambio, postulan aspectos materiales o de contenido que no podrían ser reformados por la potestad. Que en Chile la reforma constitucional deba realizarse con el voto favorable de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio constituye un límite procedimental o de forma. El reconocimiento de “los tratados de derechos humanos firmados por Chile y que se encuentren vigentes” como límites de la soberanía, por disponerlo el art. 5, inc. 2 de la Constitución (2005), podría constituir, en cambio, un límite sustantivo de la potestad de reforma (así lo postula Nogueira Alcalá, 2009; en contra Marshall Barberán, 2010, pp. 283-284). Esta distinción también es combinable con las otras dos clasificaciones puntualizadas anteriormente.

3. Caracterización del voto decisorio

3.1. La confusión entre las consideraciones formales y las sustantivas

La última distinción, entre límites de forma y de fondo, es de toda relevancia para el análisis de la argumentación que asume el voto decisorio. Dos de los argumentos que presenta intentan denunciar una supuesta inconstitucionalidad formal –no someterse a una regla de iniciativa exclusiva o a la regla de votación correspondiente–. El primer argumento presentado –el argumento del derecho a la seguridad social y de la destinación exclusiva de las cotizaciones individuales a las pensiones– postula, en apariencia al menos, una inconstitucionalidad sustantiva, de contenido o “de fondo”; a saber, que vaciaría de contenido y haría ineficaz este derecho constitucional a la seguridad social.

La inconstitucionalidad formal y la sustantiva, por cierto, fueron confundidas con insistencia por los abogados que sostuvieron, en apoyo a la Presidencia de la República, la tesis de la inconstitucionalidad del retiro del 10%. Esta confusión podría explicarse por la abierta incorrección del argumento de cara al art. 127, inc. 1 de la Constitución (2005), que afirma expresamente que: “Los proyectos de reforma constitucional podrán ser iniciados [...] por moción de cualquiera de los miembros del Congreso...”. Es decir, el argumento de la iniciativa exclusiva como límite procedimental de la potestad de reforma se encuentra descartado expresamente por la Constitución. Esta expresa contradicción con la Constitución, posiblemente, terminó por forzar a un abogado contrario al retiro a transmutar el argumento formal en uno sustantivo: la iniciativa exclusiva (¡en materia de pensiones!) sería un rasgo

central o definitorio del presidencialismo chileno; y el proyecto de reforma vulneraría este aspecto central del sistema constitucional chileno (Verdugo Ramírez, 2020)⁵. Aquí se presenta, como puede apreciarse, un intento implausible de elevar un rasgo circunstancial del procedimiento legislativo –la iniciativa exclusiva en materia de pensiones– al estatus de estructura básica de la Constitución (este falaz argumento, desde luego, afirma el consecuente: es la constitución la que determina la naturaleza del presidencialismo, no el presidencialismo el que determina la naturaleza de la constitución).

Este implausible intento de transmutar un límite formal en uno sustantivo también es sostenido por el propio voto decisorio del Tribunal Constitucional⁶. El voto considera que el proyecto de reforma constitucional vulneraría los artículos 6 y 7 de la Constitución (2005), pues "...el Proyecto de Ley [sic] objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida sólo por medio de una ley de quórum calificado de exclusiva iniciativa presidencial..." (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 22, foja 1105). Sería contrario a la separación de poderes, afirma la sentencia, que el retiro del 10% sea autorizado a través de una reforma constitucional y no a través de una ley de quórum calificado. Desde luego esta supuesta inconstitucionalidad resulta implausible: el proyecto de reforma constitucional afectaría la distribución constitucional de competencias sólo si se asumiera, en contra de la Constitución, que el art. 127, inc. 1 establece que (algunos) proyectos de reforma constitucional no pueden ser iniciados por "...moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional...". Con independencia de la liviandad del razonamiento jurídico del voto decisorio⁷, es de interés aquí constatar la dirección hacia la que su razonamiento parece orientado: no se trata de que la reforma constitucional sea en el "fondo", es decir, a la luz de su contenido,

⁵ Esto resulta pintoresco viniendo del mismo autor que defendió la inexistencia de límites materiales de la potestad de reforma constitucional provenientes del derecho internacional; véase Verdugo Ramírez (2013). Así, el autor parece convencido de que la potestad de reforma constitucional no se encuentra limitada por los derechos humanos, pero sí, en cambio, por una noción preconcebida de presidencialismo.

⁶ En esta misma dirección han operado las cortes constitucionales de India y Colombia al postular límites a la potestad de reforma constitucional. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha postulado límites de forma –procedimentales– de la potestad de reforma en el reconocimiento de la diferencia que media entre ella y el procedimiento de *sustitución constitucional* regulado en el art. 376 de la Constitución de Colombia. Este artículo permite la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Los límites formales de la potestad de reforma encuentran –a diferencia del caso chileno– su justificación en la existencia de un "track" superior de sustitución constitucional. Sobre los casos indio y colombiano, véase Colón-Ríos (2018). Arato (2017, pp. 411-417) presenta la relevancia de los *procedimientos de enmienda multi-nivel* para el problema de los límites de la potestad de reforma. Debe agradecerse al/a la árbitro de este comentario por puntualizar la relevancia del caso colombiano al respecto.

⁷ En particular en estos pasajes emerge con claridad la tesis adelantada *supra*: el voto decisorio no entiende el lugar de la potestad de reforma en un sistema jurídico basado en el principio de la soberanía popular y de la democracia. Véase al respecto *infra*, 3.4.

contraria al principio de la separación de poderes⁸, sino sólo que "...el autor del Proyecto de Ley [sic] cuestionado carece de competencia para actuar..." (cons. 23, foja 1106) en materia de pensiones. Es entonces un problema de competencia, no de fondo. (A este respecto, por cierto, el razonamiento del voto disidente es el apropiado: reconoce el art. 5, inc. 2 como límite sustantivo explícito de la potestad de reforma –fojas 1136–, y discute, arribando a una conclusión negativa, la posibilidad de que los arts. 6 y 7 puedan constituir limitaciones sustantivas adicionales respecto del caso).

Otro abogado –favorable a la postura del gobierno que impugnó la decisión– afirmó, en la antesala de esta decisión, que el retiro del 10% sería contrario al derecho de seguridad social pues el artículo 19 no. 18, al contemplar que "...la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias", prohibiría destinar tales cotizaciones a fines distintos del pago de pensiones (Correa Sutil, 2020, p. 1). El argumento, implausible como interpretación del art. 19 no. 18 de la Constitución (2005)⁹, fue recogido no obstante por el voto decisorio (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 29). Así planteado, sin embargo, el argumento apunta no a que en el "fondo" el retiro sea contrario al derecho fundamental a la seguridad social, sino a que dicho proyecto violaría lo dispuesto en el art. 127, inc. 2 de la Constitución (2005), en la medida en que para reformar el derecho a la seguridad social sería necesaria la aplicación de una mayoría calificada de dos tercios, no de los tres quintos correspondientes a una disposición constitucional transitoria.

Como puede observarse, muchas veces es posible plantear un alegato de inconstitucionalidad sustantiva como uno procedimental. Pero tal posibilidad no implica confundir los límites sustantivos de la potestad de reforma con sus requisitos procedimentales. Ambos límites –de admitirse en un sistema constitucional particular– pueden conllevar la invalidación de una disposición aprobada por la potestad de reforma. Pero la inconstitucionalidad a consecuencia del incumplimiento de requisitos formales, y a diferencia de la inconstitucional-

⁸ En realidad, y como destacan las disidencias del fallo, es la propia decisión del tribunal la que, en el fondo, contradice el principio de separación de poderes. Pues según el voto decisorio, toda reforma constitucional que comprenda materias sometidas al régimen de iniciativa exclusiva de ley se encuentra, por analogía y *pace* el art. 127 inc. 1, sometida también a la iniciativa exclusiva del Presidente. Luego, es la sentencia la que tiene por efecto concentrar el poder político en el Presidente de la República en desmedro del Congreso. Al respecto, véase el voto disidente (Rol N° 9797-20, 2020, fojas 1185-1190).

⁹ La jurisprudencia que cita Correa para sustentar su posición pertenece a otro contexto: jubilados que pretenden retirar sus fondos para hacer frente a necesidades financieras individuales. Estos fallos afirman, en último término, que el artículo 19 no. 18 permitiría que la ley (el DL 3.500) afecte la propiedad (del artículo 19 n° 24) sobre los fondos de pensiones de los afiliados destinándolos, incluso contra su voluntad, exclusivamente al pago de pensiones. La ley entonces podría –a ojos del Tribunal Constitucional– destinar exclusivamente los fondos de pensiones al pago de cotizaciones, incluso afectando el derecho de propiedad. Eso no quiere decir, como pretende postular Correa, que la ley no pueda permitir el ejercicio pleno de la propiedad del afiliado sobre los fondos de pensión de manera anticipada. Esta distinción crucial es destacada por el voto particular del ministro Pica (cons. 10 a 12, fojas 1203).

lidad sustantiva, siempre puede corregirse y, en último término, sanearse; como lo demostrarían los otros retiros aprobados (y como lo confirma, además, el voto disidente: Rol N° 9797-20, 2020, foja 1165). Un límite sustantivo o material de la potestad de reforma no puede ser vulnerado siquiera por un ejercicio formalmente correcto de ella.

3.2. El voto decisorio sólo postula límites procedimentales, no sustantivos

El voto decisorio se muestra insensible a la distinción entre el derecho de la seguridad social como supuesto límite sustantivo y el resto de los límites formales de la potestad de reforma. Al inicio de su elaboración, el voto decisorio afirma que: “Al Tribunal Constitucional le [sic] asiste *plena jurisdicción* [énfasis agregado] para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones –*de forma y de fondo* [énfasis agregado] – que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional” (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 1, foja 1096). El voto presenta, así, su competencia para controlar la constitucionalidad sustantiva de la potestad de reforma como uno de los pilares de su decisión sólo para efectos de ignorarla en lo sucesivo y postular una inconstitucionalidad de forma. El tono apodíctico de esta declaración contrasta con el silencio de la Constitución al respecto (el art. 93, no. 3 no afirma que al Tribunal Constitucional asista plena jurisdicción, por lo que en base al principio de separación de poderes, de la soberanía popular y de la república democrática debiera interpretar sus normas de competencia de manera restrictiva).

Por su dogmatismo el voto arriesga caer en incoherencias: si el proyecto de reforma afectase en el “fondo” el derecho constitucional a la seguridad social, entonces habría que concluir la inconstitucionalidad tanto de la reforma que permitió un primer retiro de los fondos de las cuentas individuales como, y con mayor razón, del proyecto de ley de retiro del 10% iniciado por mensaje presidencial y tramitado de manera paralela al proyecto de reforma sobre el que recae la sentencia (véase la Ley N° 21.295, 2020). La sentencia afirma, al contrario, que el gobierno “... *hizo expresa mención a que estaba* incidiendo en el derecho a la seguridad social reconocido en el artículo 19, N° 18 de la Carta Fundamental [sic] y que, por ende, la ley del caso no podía sino tener su iniciativa exclusiva en un acto de Presidente de la República [énfasis agregado]...” (Rol N° 9797-20, 2000, cons. 15, foja 1102).

Si el voto decisorio se da por satisfecho con esta declaración presidencial, entonces muestra estar convencido de que el retiro del 10% *no afecta en términos sustantivos* (o de fondo) el derecho a la seguridad social. Pues o bien todos los retiros aprobados –también el promovido por mensaje presidencial– vulneran el derecho a la seguridad social (“...desfigurando su esencia, vaciándolo de contenido real o privándolo de eficacia prácti-

ca...”; Rol N° 9797-20, 2000, cons. 24, foja 1106) o bien ninguno lo hace y el problema no radica en una afectación sustantiva. Si la segunda alternativa es la elegida –como parece ser el caso a la luz de lo dispositivo del fallo–, entonces buena parte de los cons. 6 al 14 y 24 al 29 resultan anodinos: la potestad de reforma se encontraría, en la construcción del voto decisorio, simplemente sometida a límites formales. El voto afirma fehacientemente su *jurisdicción en el fondo* del asunto para luego construir un argumento en el que tal jurisdicción resulta irrelevante¹⁰.

3.3. El voto decisorio postula límites implícitos e intraconstitucionales

Resta por clarificar si el voto decisorio postula límites intra- o supraconstitucionales al sistema constitucional, y si dichos límites son caracterizables como explícitos o implícitos. Cuando se observa que el voto decisorio, a pesar de su equívoca argumentación, postula en el presente caso sólo límites de forma, no sustantivos, la pregunta acerca de si tales límites son implícitos o explícitos pierde mucha de su significación. El voto decisorio postula como razón de la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional la inobservancia de ciertas normas de procedimiento. Dado que estas limitaciones procedimentales, en general, no se encuentran recogidas en un capítulo específico de la Constitución, el voto decisorio parece estar admitiendo la existencia de límites *de forma implícitos* de la potestad de reforma en el sistema constitucional chileno. Esto es patente en la postulación –contra disposición expresa de la Constitución– de la iniciativa exclusiva del Presidente y de la competencia de leyes de quórum calificado como normas excluyentes de competencia de la potestad de reforma (desde la paradoja de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional, al contrario, y de forma plenamente coherente, el voto decisorio argumenta que los límites de la potestad de reforma deben necesariamente ser explícitos: Rol N° 9797-20, 2000, fojas 1140; también lo hace el voto en contra: fojas 1196). El único límite de *forma explícito* aducido por el voto decisorio corresponde al supuesto incumplimiento del art.127, inc. 2 de la Constitución (2005) –la regla de los dos tercios–.

Por otra parte, los límites de la potestad de reforma que postula el voto decisorio –el regular la materia bajo una disposición transitoria, el no someterse a la regla de dos tercios del art. 127, inc. 2 y el no respetar la iniciativa exclusiva del Presidente– tampoco pueden ser

¹⁰ El voto disidente muestra convincentemente que la *ratio decidendi* del voto decisorio solo formula hipótesis de inconstitucionalidad formal (Rol N° 9797-20, 2000, fojas 1141-1145). Si el voto decisorio quisiera demostrar lo contrario, afirma la disidencia, tendría que defender que el sistema de capitalización individual pagado por el trabajador en afiliación forzosa sería una expresión de la dignidad humana o parte necesaria del régimen democrático (foja 1145). El voto disidente desacredita convincentemente las supuestas inconstitucionalidades formales postuladas por el voto decisorio (fojas 1149-1181).

caracterizados, si se observa la *ratio decidendi* de la sentencia, como límites supraconstitucionales, sino que deben ser considerados como meros límites intraconstitucionales. El voto decisorio no postula una vulneración del derecho de la seguridad social o de la separación de poderes como si se tratase de derechos que "...emanan de la naturaleza humana" (Constitución, 2005, art. 5, inc. 2) o que se encontrasen garantizados por la Constitución y por tratados internacionales de derechos humanos. No puede concluirse que los límites postulados sean supraconstitucionales sin comprometerse, al mismo tiempo, con la peculiar sublimación de la iniciativa exclusiva del Presidente, de la regla de los dos tercios del art. 127 inc. 2 o de la estructura de capítulos de la Constitución al estatus de "...esencia de un Estado de Derecho" (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 14, foja 1102) y de límites de la soberanía popular (esto es también afirmado, con mordacidad, por el voto disidente: Rol N° 9797-20, 2020, fojas 1145).

3.4. El voto decisorio no considera necesario justificar el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional

El voto decisorio afirma que al Tribunal Constitucional asiste "plena jurisdicción" para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional. Como se ha venido afirmando, el voto no tenía, a la luz de sus propios argumentos, necesidad alguna de intentar erigirse como el guardián de la constitucionalidad sustantiva de la potestad de reforma. Esa declaración, luego, resulta más ilustrativa por lo que revela de quienes lo suscribieron que por su importancia para lo dispositivo del fallo. El voto justifica su interpretación extensiva del art. 93 no. 3 de la Constitución (2005), bajo los siguientes argumentos:

- no resultaría coherente que el "máximo defensor de la Constitución" –a juicio del voto, el Tribunal Constitucional– solo pueda controlar que "las leyes" se ciñan al procedimiento y no, en cambio, a "normas sustanciales" del ordenamiento jurídico (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 6, fojas 1098-1099);
- ninguna disposición, ni constitucional ni legal, restringe la competencia del Tribunal Constitucional a la forma, con exclusión del fondo (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 6, fojas 1098);
- la restricción de la revisión judicial a un control formal no se encontraría avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional;
- la restricción a un control formal no hallaría respaldo en la "...historia del establecimiento de la Carta Fundamental" (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 8, fojas 1099); concepto bajo el cual el voto decisorio presenta las discusiones de la comisión Ortúzar.

Los cuatro argumentos, con independencia de su falta de mérito concreto, muestran que el voto decisorio carece de una concepción acabada del principio constitucional de la

soberanía popular (un buen intento en Marshall Barberán, 2010), del de la democracia (fundamental Böckenförde, 2000), del lugar de la potestad de reforma como su expresión concreta (Pardo-Álvarez, 2020) y del fundamento y los límites de la revisión judicial frente a la reforma constitucional (véase la discusión en Roznai, 2017, pp. 179-196). Pues si el voto decisorio mostrase alguna atención a la teoría constitucional que subyace a la posición de la potestad de reforma, resultaría claro que no puede someterse a los mismos estándares argumentativos del control de la legislación, como hace el argumento (i)¹¹. Desconocer, en términos tan extremos, el lugar de la potestad de reforma constitucional bajo el principio de la soberanía popular, implica comprometerse con una concepción –como la sostenida célebremente por Carl Schmitt– sospechosa de la potestad de reforma en tanto potestad constituida (Schmitt, 1928, pp. 101-112; véase críticamente Maus, 2007, pp. 102-119; y para Schmitt en Latinoamérica, Colón-Ríos, 2011). En Schmitt, tal sospecha se erige y depende, en esencia, de entender la constitución como el producto genuino del poder constituyente originario del pueblo (véase también Moreso Mateos, 1991, pp. 202-208): la potestad de reforma se encuentra sometida a límites, en Schmitt, precisamente porque no puede devenir poder constituyente del pueblo. Así, solo bajo una distinción radical entre poder constituyente del pueblo y poderes constituidos puede equipararse, de forma tan precipitada, el control de la reforma constitucional al control de la constitucionalidad de la legislación.

El primer argumento puntualizado del voto decisorio, luego, adquiere sentido sólo bajo su compromiso con la idea de que la Constitución de 1980 sería un genuino producto del poder constituyente del pueblo. Ese argumento desconoce, en otros términos, la precariedad de la Constitución de 1980 (expresión tomada de Marshall Barberán, 2010, p. 279) – como muestra la embarazosa práctica de referirse, en el argumento (iv), a la discusión de la comisión Ortúzar como la “historia fidedigna” de la Constitución (esto es criticado expresamente por el ministro Pica en sus consideraciones adicionales: Rol N° 9797-20, 2020, foja 1204). En otros términos, el voto decisorio endosa una (muy problemática) concepción política del poder constituyente del pueblo para sostener una doctrina reductiva y sospechosa de la potestad de reforma (sobre la distinción entre el concepto político y el dogmático de poder constituyente: Böckenförde, 2000, pp. 161-163). Según ella, la potestad de reforma es un mero procedimiento de creación de ley en manos de los poderes constituidos, por lo que su control no difiere sustancialmente del control de la constitucionalidad de la ley ordinaria

¹¹ El voto disidente reconoce, al contrario, el lugar de la potestad de reforma constitucional en un sistema que consagra el principio de la soberanía popular (Rol N° 9797-20, 2020, foja 1116 y, fundamentalmente, fojas 1119-1124); e intenta vincular el principio constitucional de la soberanía con el poder constituyente del pueblo, con la potestad de reforma como su expresión (o como *poder constituyente constituido*) y con la dificultad de plantear a su respecto limitaciones sustantivas implícitas (fojas 1127-1130).

(tanto el voto disidente como el voto particular del ministro Romero discuten en cambio, no simplemente asumen, los problemas asociados a la competencia del Tribunal Constitucional conforme al art. 93 no. 3 de la Constitución; para la disidencia, véase Rol N° 9797-20, 2020, fojas 1146-1149; para el voto particular, foja 1197). Con ello, el Tribunal Constitucional no puede sino interpretar extensivamente sus competencias, como hace, en silencio de la Constitución, con el argumento (ii): si el voto decisorio no encuentra razones para reconocer el sentido democrático de la potestad de reforma en el sistema constitucional chileno, menos esfuerzo hará por encontrar razones para evitar extender la competencia del tribunal Constitucional al control de fondo o sustantivo. La "...tantas veces demandada deferencia..." (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 14, fojas 1101) ante el Congreso supone un reconocimiento del fundamento de las atribuciones de la potestad controlada. El voto decisorio, por carecer de una adecuada comprensión de la potestad de reforma, no está en condiciones de encontrar razones para ser deferente con ella¹².

Conclusión: una decisión intrascendente

En definitiva, y por primera vez en su historia, el Tribunal Constitucional chileno declaró la inconstitucionalidad de un ejercicio de la potestad de reforma constitucional. Este acontecimiento, que debiera resultar de la mayor significación para cualquier sistema constitucional, termina por empequeñecerse y trivializarse en manos del voto decisorio. Pues el examen de su *ratio decidendi* permite apreciar que, dando por supuesta su competencia para postular límites sustantivos de la potestad de reforma, el voto terminó por elaborar solo débiles e implausibles límites formales intraconstitucionales de la potestad de reforma. Tales límites se encuentran presentes en todo sistema constitucional que contemple y regule una potestad de reforma constitucional. La decisión no parece, en consecuencia, tener la entidad suficiente como para marcar u orientar una línea jurisprudencial conducente a resolver los problemas que presenta el lugar de la potestad de reforma en un sistema que reconoce el principio de la soberanía popular. Menos sirve el voto decisorio como insumo para una discusión futura sobre la relación entre la potestad de reforma, el principio democrático y la revisión judicial –ya sea bajo la Constitución de 1980, ya sea bajo una nueva constitución–. La sentencia presentada por el voto decisorio está lejos de ser reconocible como un momento trascendente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹² El voto declara sin embargo que la declaración de inconstitucionalidad puede basarse en cualquier defecto adventicio o secundario sin dañar el "sentido de las proporciones" (Rol N° 9797-20, 2020, cons. 14, fojas 1102). El voto decisorio parece considerar, luego, que iniciar la reforma por moción parlamentaria y en el capítulo de disposiciones transitorias no constituye uno de esos defectos *adventicios* o *secundarios* cuyo control resultaría desproporcionado.

Lo mismo no puede afirmarse del voto disidente ni de los votos particulares, cuya reseña ameritaría, sin embargo, un segundo comentario (el voto disidente sostiene, en fojas 1180, que esta sentencia “es una de aquellas que no sólo no se pueden compartir, sino que la doctrina constitucional en cualquier lugar reprobaría”).

Reconocimientos

Comentario realizado en el contexto del proyecto FONDECYT de iniciación en investigación N° 11200291 “Creación y reforma constitucional mediante reglas de la mayoría calificada”, del cual el autor es investigador responsable.

Referencias Bibliográficas

- Arato, A. (2017). *The Adventures of the Constituent Power*. Cambridge University. <https://doi.org/10.1017/9781316411315>
- Correa Sutil, J. (2020). Presentación a la Comisión de Constitución del Senado con ocasión del Proyecto de Reforma Constitucional que permite el retiro de fondos previsionales. En *Boletín del Senado de Chile*, 13501-07. <https://bit.ly/3m2rcSG>
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (R. de Agapito Serrano, Trad.). Trotta.
- Colón-Ríos, J. (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations (Oxford)*, 18(3), 365-388. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>
- Colón-Ríos, J. (2018). Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. En R. Levy, H. Kong, G. Orr y J. King (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism* (pp. 271-281). Cambridge University. <https://doi.org/10.1017/9781108289474.021>
- Decreto N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de La República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. <https://bcn.cl/2ff4c>
- Decreto Ley N° 3.500. Establece nuevo sistema de pensiones. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de noviembre de 1980. <https://bcn.cl/32po9>
- Dreier, H. (2008). *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*. Carl Friedrich von Siemens Stiftung.
- Henríquez Viñas, M. y Lambeth Vicent, G. (2015). ¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores. *Estudios constitucionales*, 13(2), 153-168. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200006>
- Ley N° 21.295. Establécese un retiro único y extraordinario de fondos previsionales en las condiciones que indica. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2020. <https://bcn.cl/2mofx>

Marshall Barberán, P. (2010). La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 35, 245-286. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200008>

Maus, I. (2007). *Über Volkssouveränität. Elemente einer*. Suhrkamp.

Moreso Mateos, J. J. (1991). Disposiciones de reforma constitucional. *Doxa (Alicante)*, (10), 201-222. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.08>

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), 229-263. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>

Pardo-Álvarez, D. (2017). El puzzle de Ross y el problema constitucional chileno: una lectura alternativa. *Revista de estudios de la justicia*, (27), 81-100. <https://bit.ly/3KoJTJZ>

Pardo-Álvarez, D. (2020). La potestad de reforma constitucional. En F. Muñoz León y V. Ponce de León Solís (Coords.), *Conceptos para una nueva Constitución* (pp. 16-32). DER.

Pardo-Álvarez, D. (en prensa). Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*.

Ross, A. (1969). On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind* 78(309), 1-24. <https://doi.org/10.1093/mind/LXXVIII.309.1>

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford University.

Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre* (5a ed.). Duncker & Humblot.

Sentencia que se pronuncia sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República, respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos), Rol N° 9797-20 (Tribunal Constitucional de Chile 30 de diciembre de 2020). <https://bit.ly/3G8HTml>

Verdugo Ramírez, S. (2013). La objeción democrática a los límites materiales de la potestad de reforma. *Actualidad Jurídica* 14(28), 299-314. <https://bit.ly/3nz3Lks>

Verdugo Ramírez, S. (17 de julio de 2020). Trivializando la democracia constitucional. *La Tercera*. <https://bit.ly/42SPiMi>

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Pardo-Álvarez, Y. (2023). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020). *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 30: e5029. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-5029>



© AUTOR, 2023



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.