

Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional



JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ

*Profesor y Director de Investigación Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo
Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile*

RESUMEN

El artículo explora diversas cualidades y preguntas pendientes respecto del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional se declaró incompetente en su fallo Rol N° 464 para resolver acerca de la facultad del Presidente del Senado y de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para declarar inadmisibles un proyecto de reforma constitucional por estimarlo contrario a la Constitución, el requerimiento presentado en este caso sacó a la luz, en forma expresa o implícita, algunos tópicos aún no definidos por el Tribunal en relación al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. El artículo analiza dos de ellas: quién está facultado para ejercer dicho control y si aquel es solo formal o también material. En este último caso se proponen fuentes de límites sustanciales al poder de reforma constitucional. El análisis de ambas temáticas es precedido por una reflexión acerca de las justificaciones del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, en cuanto institución distinta al control de constitucionalidad de leyes o de actos administrativos.

SUMARIO

I. Introducción. II. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 464 de 2006 (el Fallo). III. Planteamiento de los tópicos a analizar. IV. ¿Qué razones justifican someter las reformas constitucionales a control constitucional? 4.1 La Constitución como pacto político fundamental. 4.2 La Constitución como límite efectivo al poder. 4.3 La Constitución como norma jurídica superior. 4.4 La Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales. 4.5 Control de constitucionalidad y democracia representativa. V. ¿Quién ejerce el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales? VI. ¿Fondo o solo forma? ¿Existen límites tácitos a la reforma constitucional? VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo Rol N° 464 del Tribunal Constitucional se inserta dentro del escasísimo grupo de sentencias de ese tribunal que recaen sobre un proyecto de reforma constitucional.

La facultad del Tribunal Constitucional (TC) de revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales es sumamente delicada. No solo sus efectos debieran ser cualitativamente más importantes que aquellos propios del control de constitucionalidad de la ley, sino que los riesgos en ella involucrados son de gran relevancia. Su ejercicio excesivamente estricto podría causar un verdadero anquilosamiento del texto constitucional vigente. Por el contrario, su aplicación demasiado cautelosa podría conducir a la destrucción de las bases más esenciales de nuestro orden constitucional.

La necesidad de un ejercicio adecuado de esta clase de control de constitucionalidad es particularmente importante para la supervivencia y el desarrollo de sociedades democráticas y libres, las que imponen presiones opuestas sobre el fenómeno en estudio. Por una parte, la posibilidad de cambiar las normas jurídicas en vigor –incluso de rango constitucional– es un elemento esencial de las democracias libres. Negar tal facultad violaría no solo la soberanía popular (o nacional), sino que impondría una rigidez institucional incompatible con las libertades públicas en vigor. Por otra parte, la Constitución es la protección jurídica más relevante del régimen democrático y de las libertades públicas. En este contexto, la potestad del TC para fiscalizar las modificaciones a la Carta se presenta como una herramienta eficaz para asegurar el debido respeto de los órganos constituidos a los principios democráticos y liberales de la Constitución.

La importancia que adquiere la acción del TC en el contexto descrito, en cuanto verdadera bisagra del cambio constitucional, exige el desarrollo de un marco dogmático adecuado para el ejercicio de su función contralora de las reformas constitucionales. Resulta imprescindible que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TC vayan estableciendo las modalidades, intensidades, límites, criterios y demás características del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. De esa forma, se identificarán parámetros conocidos para la acción del TC, minimizando los riesgos antes aludidos, así como los conflictos a que pudiese dar lugar.

El presente artículo toma como punto de partida algunas de las temáticas que en relación a este tópico aparecen mencionadas en la tramitación del requerimiento que dio lugar al Fallo, para luego ofrecer ciertas reflexiones en torno a algunas de las preguntas fundamentales que el TC deberá responder para otorgar orientaciones y certeza jurídica sobre su facultad de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 464 DE 2006 (EL FALLO)

El Fallo se dictó en el contexto del proyecto de reforma constitucional que intentaba incluir el principio de proporcionalidad y representatividad en las normas sobre el sistema electoral. Dado que dicho proyecto fue desechado en general en la Cámara de Diputados, la Presidenta intentó recurrir al artículo 68 de la Constitución. Esta norma le concede a la Presidenta la facultad de someter a la segunda Cámara proyectos de ley que la primera Cámara ha rechazado en general. Si aquella lo aprueba con los votos de los dos tercios de sus miembros presentes, la Cámara de origen solo puede rechazar dicho proyecto por los dos tercios de sus propios miembros presentes.

Los Presidentes del Senado y de su Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (los "Presidentes"), sin embargo, declararon inadmisibles la invocación del artículo 68, argumentando que se trataba de una norma exclusivamente aplicable a proyectos de ley, y no de reforma constitucional. Basaron su postura en el artículo 127 de la Constitución, el cual señala expresamente que la aplicación supletoria de las normas sobre formación de la ley (como lo es el artículo 68 en cuestión) a los proyectos de reforma constitucional, debe hacerse con pleno respeto a los quórum propios de reforma constitucional contenidos en el artículo 127.

Ante ello, veinte senadores presentaron un requerimiento al TC solicitando "la declaración de inconstitucional de la actuación del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de dicha Corporación", disponiendo que quedasen sin efecto y que el proyecto de reforma constitucional volviera al estado anterior a tales decisiones.

El TC distinguió dos cuestiones a decidir en el requerimiento: a) la aplicabilidad del artículo 68 a la tramitación de una reforma constitucional, y b) la facultad de los Presidentes de declarar inadmisibles la tramitación de una reforma constitucional por ser contraria a la Constitución.

Respecto al primer punto, el TC adopta una posición intermedia entre las posturas de requirentes y requeridos, señalando que el artículo 68 debe aplicarse a las reformas constitucionales de forma calificada, respetando los quórum dispuestos por el artículo 127 para los proyectos de reforma constitucional.

Respecto a la segunda cuestión, el TC se declara incompetente. La misión y las atribuciones del TC apuntarían a velar por la supremacía constitucional, lo que no implicaría conocer de infracción de normas legales o “infralegales” (los reglamentos de las Cámaras). Considerando que la declaración de inadmisibilidad de un proyecto de reforma constitucional no está regulada en la Constitución, sino en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (“LOC del Congreso”) y en el Reglamento del Senado, no se trataría de una materia propia de la competencia del TC.

III. PLANTEAMIENTO DE LOS TÓPICOS A ANALIZAR

Mencionábamos que el TC identificó en el Fallo dos problemas distintos sometidos a su consideración. El primero de ellos se refería al supuesto conflicto entre los artículos 68 y 127 de la Constitución. Evidentemente, se trataba de un problema de interpretación constitucional y de utilización de criterios hermenéuticos que permitieran la integración armónica de ambos artículos, tal y como lo resolvió el TC. En razón de lo anterior, y del hecho de que este aspecto del Fallo ya ha sido comentado por la doctrina¹, no profundizaremos en esta materia.

El segundo problema identificado por el TC consistía en determinar si los Presidentes podían declarar inadmisibile la tramitación de una reforma constitucional por ser contraria a la Constitución. Sabemos que el TC se declaró incompetente por cuanto solo podría conocer de inconstitucionalidades inmediatas (infracción directa de la Constitución) y no de aquellas mediatas (infracción de normas infraconstitucionales).

La decisión del TC es respetable en este punto en cuanto refleja una doctrina establecida y aplicada con suficiente constancia². Sin embargo, la declaración de incompetencia impidió que el TC se refiriera a una serie de cuestiones de fondo ligadas al control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

¹ NOGUEIRA (2006). Véase también el voto de minoría de don Raúl Bertelsen a la sentencia Rol N° 464 del TC (31 de enero de 2006).

² Véase, por ejemplo, los fallos del TC Roles N° 254 (26 de abril de 1997) y N° 260 (13 de octubre de 1997).

A continuación analizaremos dos de las temáticas que no fueron resueltas por el Fallo, pero que resultan fundamentales para el desarrollo de una doctrina coherente en la materia. En primer término, los hechos del caso en estudio sugieren que no existe claridad acerca de los agentes del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿solo el TC o también algunos órganos de carácter parlamentario? En segundo término, las características propias de esta clase de control exigen determinar la naturaleza y alcances del mismo. En otras palabras, ¿se trata de un control de constitucionalidad solo formal o también material? y, en este último caso, ¿cuáles serían los contenidos inmodificables de la Constitución de 1980?

Las preguntas anteriores, sin embargo, no pueden abordarse sin analizar primero la legitimidad del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, cuestión que influirá decididamente en la respuesta a las preguntas planteadas.

IV. ¿QUÉ RAZONES JUSTIFICAN SOMETER LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES A CONTROL CONSTITUCIONAL?

Las críticas al control de constitucionalidad son una materia conocida. Más allá de las diversas elaboraciones al respecto, su contenido medular consiste en cuestionar su legitimidad a la luz de las teorías clásicas de la democracia representativa. Adicionalmente, se cuestiona su eficacia, su posible impacto en el sistema de división de funciones entre los diversos órganos del Estado, su tendencia a politizar el órgano contralor, entre otros.

Como regla general, estas críticas se aplican con aún más fuerza cuando el objeto del control no es ya la ley o los actos administrativos, sino reformas constitucionales, particularmente si en su proceso de aprobación ha participado directamente el pueblo. La “dificultad contramayoritaria”³ del control de constitucionalidad se hace más evidente, su eficacia más dudosa, su impacto en la división de poderes más directo y la politización del contralor más probable.

Por el contrario, las defensas comúnmente esgrimidas para justificar el control de constitucionalidad de leyes y actos administrativos⁴ no son completamente aplicables al control de reformas cons-

³ BICKEL (1986).

⁴ Una buena síntesis de estas defensas puede encontrarse en CAPPELLETTI (1984) y GARCÍA DE ENTERRÍA (1985).

titucionales. Existen diferencias importantes que obligan a reformular, o incluso a descartar, los argumentos tradicionales en favor del control de constitucionalidad. Adicionalmente, existen ciertos razonamientos que se aplican más directamente al control de constitucionalidad de reformas constitucionales que al de normas legales o administrativas.

En nuestra opinión, las defensas más relevantes de la institución del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales van íntimamente ligadas a lo que entendamos por Constitución, cuestión que a su vez determinará el valor relativo que otorgaremos a su texto original, a sus reformas y al rol que le cabe en esta materia al TC.

4.1 La Constitución como pacto político fundamental

En términos sintéticos, esta línea argumental señala que el control de constitucionalidad de las leyes se justifica en la concepción de la Constitución como pacto político fundamental sobre el que se estructura la sociedad. Más allá de adherir o no a las tesis contractualistas⁵, la noción de Constitución como acuerdo fundacional es una realidad política innegable con efectos jurídicos sustanciales, tales como los principios de supremacía constitucional y de fuerza directamente vinculante de la Constitución. La potencia relativa de esta noción en cada sociedad dependerá de diversos factores, destacando el procedimiento de aprobación a que haya sido sometida la Constitución (y en especial de la participación que el pueblo haya tenido en él), así como el consenso alcanzado durante su discusión, formulación y puesta vigencia.

Si la Constitución es el gran acuerdo que permite la vida en sociedad, entonces no es solo legítimo sino de toda lógica que su letra y espíritu puedan y deban ser impuestos a quienes dirigen esa sociedad. Aceptar lo contrario sería absurdo; el pacto perdería toda eficacia, ya que los actos de las autoridades son justamente aquellos que tienen una influencia determinante en el cumplimiento del pacto y en la vida social. Adicionalmente, desconocer la Constitución es un contrasentido para los órganos estatales, pues significaría desconocer la fuente de su propio poder.

La experiencia histórica, por su parte, nos ha enseñado que la existencia de un órgano contralor de constitucionalidad es imprescindible.

⁵ Me refiero a los seguidores de J.J. Rousseau y su teoría del pacto social.

ble para asegurar la fidelidad al pacto fundacional. Entre sus facultades, dicho órgano debe ser capaz de dejar sin efecto normas incompatibles con la Constitución, incluyendo los actos del legislativo.

Toda la construcción anterior, sin embargo, podría perder fuerza en el caso de una reforma constitucional. En efecto, cuando se ha seguido el procedimiento de modificación que señala la misma Constitución (reglas que toda Constitución en vigencia contiene, casi sin excepción), lo que ha sucedido es que la sociedad ha decidido variar el pacto fundamental, pacto que a su vez previó y permitió la posibilidad de dicho cambio. En este escenario, es la propia argumentación de la fidelidad al pacto la que obliga a acatar la reforma, la cual es una versión actualizada del mismo pacto.

En otras palabras, si la razón final para anular leyes era que contraían el acuerdo social fundamental, la reforma constitucional no podría anularse por cuanto representa precisamente el contenido presente de ese acuerdo base.

Podría alegarse que el argumento anterior es excesivamente formalista, por cuanto no hay certeza de que el ejercicio del poder constituyente derivado sea efectivamente expresión del nuevo acuerdo social, cuestionando de esa forma su fuerza legitimadora. Más aún, cabe considerar que los procedimientos de reforma constitucional, en la generalidad de los casos, no incluyen al pueblo dentro de su tramitación (solo excepcionalmente, como es el caso del plebiscito contemplado en los artículos 128 y 129 de la Constitución chilena). Esta falta de participación permitiría una abierta divergencia entre la voluntad popular sobre el contenido del acuerdo fundacional, y lo que disponen los agentes de reforma constitucional (en Chile, el Presidente de la República y el Congreso Nacional).

Si bien estas consideraciones no carecen de mérito, ellas son incompatibles con un sistema institucional estable. Si bien es cierto que en la democracia representativa contemporánea nada asegura que la voluntad de los representantes se ajuste fielmente a la de sus representados⁶, debemos asumir que aquellos pueden adoptar decisiones vinculantes para toda la sociedad si lo hacen bajo el pacto fundacional. En otras palabras, afirmar que los actos del Estado

⁶ Quizás no tendría por qué hacerlo. Sostenemos que la discusión acerca del mandato vinculante está mal enfocada, toda vez que la representación política no comparte las características esenciales de la institución de derecho civil de la que toma su nombre, y mal puede por tanto aplicarse a aquella las categorías de esta.

valen en cuanto expresión de la voluntad popular es hoy solo una ficción; ellos valen en cuanto se ajustan al marco formal y sustancial fijado por esa voluntad popular en la Constitución. Si ello se cumple, deberíamos estar dispuestos a reconocer que las reformas constitucionales son una legítima actualización del pacto fundacional, contemplado y aceptado por este último.

Concluimos entonces que la noción de Constitución como pacto político fundacional sirve para justificar el control de constitucionalidad de leyes y otros actos del Estado, pero no de reformas constitucionales.

4.2 La Constitución como límite efectivo al poder

Si observamos el constitucionalismo como un fenómeno histórico, una Constitución es primeramente y ante todo un instrumento que fija límites efectivos al poder en beneficio de la libertad del ser humano. Reconociendo derechos fundamentales inalienables, dividiendo el ejercicio de las diversas funciones del Estado entre distintos órganos, configurando controles verticales y horizontales, internos y externos, las Constituciones han buscado desde siempre “domesticar” el poder del Estado.

Desde esta perspectiva, la Constitución se convierte en un instrumento esencialmente flexible, que debe ir evolucionando en la medida que el poder también lo hace. Es así como las Constituciones nacen como frenos al poder monárquico. Posteriormente, cuando el poder efectivo pasó del Rey a los Parlamentos, las Constituciones debieron adaptarse a esta nueva realidad. La limitación real del Poder Legislativo fue un proceso lento, dentro del cual la creación de Tribunales Constitucionales fue fundamental, y que solo recientemente ha alcanzado la madurez esperada.

En este contexto, el control de constitucionalidad de la ley encuentra plena justificación en la vocación misma de la Constitución, en cuanto límite de los poderes del Estado, en este caso del Legislativo. Dicho control asegura que la Constitución sea, en la realidad fáctica, un límite a la acción del Estado, razón de ser de su existencia⁷.

Lo anterior, sin embargo, no es aplicable al control de constitucionalidad, a menos que realicemos ciertos ajustes de dudosa conveniencia.

⁷ Véase KELSEN (2002) p. 5, ROUSSEAU (2002) pp. 28-30 y FAVOREU (1994) p. 26.

Si las Constituciones son meros instrumentos de limitación del poder, entonces las reformas constitucionales deberían ser consideradas solo como una actualización o mejora de tales limitaciones. El órgano contralor, por tanto, debería limitarse a aplicar este nuevo diseño, la “nueva receta” de control de poder. No tendría sentido, por tanto, que aquel órgano controlase la constitucionalidad de las reformas constitucionales, ya que el criterio último para tal evaluación –la limitación efectiva del poder– necesariamente es un concepto evolutivo que enfrentará antiguas normas constitucionales con nuevas normas constitucionales. En esta perspectiva, el órgano contralor no es ya el “guardián de la Constitución”, sino que el “guardián de la aplicación de la Constitución”, con el contenido que ella tenga en un momento determinado.

No obstante lo señalado, convendría preguntarse qué sucedería si las reformas constitucionales aprobadas en un momento dado *atentan contra la limitación al poder*. En otras palabras, ¿qué sucedería si las reformas constitucionales implicaran la destrucción de la esencia misma de la Constitución, permitiendo el ejercicio ilimitado del poder del Estado? Podríamos afirmar que tales reformas constitucionales, si bien aspiran a ser formalmente Constitución, no podrían serlo jamás, toda vez que no responden a la esencia misma de las Constituciones, cual es la limitación del poder estatal. Pensemos, por ejemplo, en la consagración de un presidente vitalicio. O en la eliminación de la separación de funciones con la consecuente concentración del Ejecutivo, Legislativo y Judicial en un solo órgano. O en la supresión de toda forma de gobierno local o regional.

Lo anterior nos llevaría a sostener que sería función del contralor de constitucionalidad verificar, a lo menos, si las nuevas disposiciones constitucionales efectivamente actualizan o mejoran los límites al poder del Estado. Sin embargo, cabe considerar que lo más probable es que se trate de casos mucho más dudosos y grises que los antes enunciados. Así, por ejemplo, podría considerarse que la eliminación de una prohibición de reelección en un cargo público debilita los límites del poder, o que sería inaceptable reforzar aún más nuestro presidencialismo, o que la instauración de un sistema parlamentario sería inconstitucional, dado el estrecho vínculo que supone entre Ejecutivo y Legislativo. Al respecto, no encontramos mayor sustento a que sea el contralor de constitucionalidad el llamado a imponer su visión al respecto, toda vez que tales modificaciones pueden suceder en un contexto de efectiva limitación al

poder y, por tanto, no debieran concernir mayormente al tribunal constitucional.

En conclusión, la concepción de la Constitución como un instrumento de limitación al poder podría servir para justificar el control de constitucionalidad de reformas constitucionales, pero solo en casos muy excepcionales, los que a su vez supondrían una verdadera revolución institucional de imprevisibles consecuencias.

4.3 La Constitución como norma jurídica superior

La Constitución se concibe como la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, una suerte de *high law* cuyo contenido conforma y obliga al resto de las normas.

La consecuencia directa de la superioridad jerárquica de la Constitución consiste en que, en caso de conflicto con cualquier otra norma jurídica (al menos de derecho interno), aquella primará siempre. En este contexto, el control de constitucionalidad de la ley es un ejercicio imprescindible para hacer realidad la jerarquía superior de la Constitución.

Nuevamente, no es posible aplicar directamente esta justificación al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. En primer término, las reformas constitucionales se convierten en Constitución, y por tanto no podrían estar sujetas a una norma superior. En segundo lugar, podría objetarse que no corresponde ni tiene sentido constatar la incompatibilidad entre una norma existente y otra norma que la viene a reemplazar, adoptando la misma jerarquía de aquella. Evidentemente, ellas serán disonantes simplemente porque no están llamadas a convivir. Lo contrario sería negar toda posibilidad de cambio constitucional.

En este contexto, la justificación del control de constitucionalidad de la reforma constitucional requiere de ciertas consideraciones concatenadas.

En primer término, existe una dimensión temporal en la reforma constitucional que debemos tener en cuenta. Las reformas constitucionales nacen como proyectos de ley, los que solo alcanzan rango propiamente constitucional al terminar completamente su tramitación y entrar en vigencia. Antes de eso, su naturaleza y jerarquía es meramente legal, y por tanto sometible a las exigencias de la Constitución vigente en cuanto norma jurídica superior.

En segundo lugar, el control de constitucionalidad de una reforma constitucional es por esencia limitado por la razón que enunciábamos antes: necesariamente existirán contradicciones entre la norma constitucional vigente y la ley de reforma constitucional, de lo contrario no sería necesario hacer una reforma.

¿Qué contenidos de una Constitución son entonces vinculantes para una reforma constitucional? Los más evidentes son las normas y principios acerca de la reforma constitucional, lo que constituiría un control de constitucionalidad formal de las reformas constitucionales. Esta clase de control resulta imprescindible por cuanto permite al ordenamiento jurídico reconocer cuándo se ha variado la norma superior, y cuál es su nuevo contenido. Esta necesidad de certeza es tan relevante que se impone por sí misma sobre otras consideraciones⁸.

Adicionalmente, nos encontramos con la discusión acerca de los límites sustantivos a la reforma constitucional, sean estos expresos o tácitos en el texto constitucional. Sin perjuicio de volver a este tema con mayor detenimiento más adelante, sostendremos ahora que la idea o noción de la Constitución como norma jerárquicamente superior es permeable al reconocimiento de estos límites sustantivos a la reforma constitucional. En efecto, resulta lógico que los contenidos más fundamentales de la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico sean imponibles a toda otra norma, incluyendo las reformas constitucionales, al menos mientras ostenten estatus de ley.

4.4 La Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales

Sabemos que el impulso final y determinante para la aceptación generalizada del control de constitucionalidad fue la necesidad de una defensa eficaz de los derechos fundamentales.

⁸ Particular relevancia presenta para estos efectos el caso inglés, donde uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional es el de la supremacía o soberanía parlamentaria. Este principio impide a cualquier Parlamento imponer límites inmodificables a futuros Parlamentos. Pues bien, las Leyes Parlamentarias de 1919-1949 reconocen una importante excepción a este principio, toda vez que definen la forma en que debe expresarse la voluntad del Parlamento para ser reconocida como tal, cuestión que, según la doctrina inglesa, escaparía a la mera voluntad del Parlamento de turno. En el fondo, la necesidad de certeza (cómo se reconoce la voluntad del Parlamento) prima sobre otras consideraciones (la soberanía parlamentaria).

La experiencia del siglo XX nos demostró que el legislador podía rápidamente convertirse en el mayor verdugo de la libertad, de la vida, de la propiedad y de tantos otros derechos⁹. En razón de lo anterior, y como una forma de proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías, se garantizó la revisión de las normas legales a la luz de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales. Tales derechos se convierten en el corazón infaltable en toda Constitución¹⁰, y transforman la visión tradicional de Constitución como límites al poder. En palabras de BIDART CAMPOS: “No se reconocen derechos para limitar al poder sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos”¹¹.

Esta justificación del control de constitucionalidad, a diferencia de los casos anteriores, nos parece plenamente aplicable a las reformas constitucionales. En efecto, la jerarquía de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico es tal, que su respeto no admite excepciones ni retrocesos de ningún tipo. Más aún, el artículo 5º de la Constitución dispone expresamente que los derechos fundamentales importan una *limitación a la soberanía*. Más 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.

Podría argumentarse que la efectividad y validez de dicha renuncia es cuestionable dado el origen de la Constitución de 1980 y la concepción tradicional de soberanía como un poder (o característica del poder estatal) irrenunciable, inalienable y absoluta. En relación a la primera dificultad, su análisis en profundidad excede el objeto de este trabajo, por lo que baste señalar que la realidad política y jurídica contemporánea otorga plena validez a la Constitución de 1980, lo cual a su vez supone que, al menos en el presente, es un producto de la voluntad soberana de la nación y/o del pueblo. En cuanto a la segunda objeción, nos parece que aquella carece de fuerza en la realidad actual, toda vez que ya nadie sostiene que la soberanía es absoluta. Este fenómeno, si bien obedece a diversas causas, se debe principal y precisamente al auge de los derechos fundamentales.

⁹ BACHOF (1985) p. 48, FAVOREU (1994), p. 22 y CEA (2001).

¹⁰ Al punto que constituciones que originalmente no contenían un catálogo de derechos, como la francesa, se han visto en la obligación de incorporarlos en virtud de complejos y conflictivos procesos jurídicos, tales como la invocación de constituciones pasadas o del derecho internacional escrito y consuetudinario.

¹¹ BIDART CAMPOS (1987) p. 52.

En términos sintéticos, sostenemos que el respeto a los derechos fundamentales es hoy intransable, así ello signifique revisar todas las concepciones tradicionales acerca de términos tan sacro/santos como democracia, soberanía, representación, razón de Estado, entre muchas otras. En otras palabras, no existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello que el artículo 5º de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.

En este contexto, no cabe duda que la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución justifica plenamente la revisión de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Argumentos de realidad jurídico-política, y el propio artículo 5º de la Constitución, así lo garantizan.

4.5 Control de constitucionalidad y democracia representativa

Tal y como diversos autores han venido señalando con particular fuerza desde comienzos del siglo XX¹², la democracia representativa es un complejo conjunto de ideas, instituciones y procesos no exentos de crítica. En forma sucinta, podemos señalar que las formas actuales de democracia distan mucho de otorgar suficiente poder al pueblo *vis-à-vis* sus representantes, fenómeno que a su vez ha sembrado dudas acerca de principios fundantes de la democracia representativa tales como soberanía popular, responsabilidad parlamentaria, separación de funciones, libre elección de representantes, distinción entre poder constituyente originario y derivado, entre muchas otras.

En este contexto de *disempowerment* del pueblo, el control de constitucionalidad se mantiene como una institución con la potencialidad de cautelar los límites impuestos por aquel a sus representantes. En efecto, la gran mayoría de las constituciones contemporáneas basan su legitimidad en alguna forma de participación directa del pueblo en su génesis. De esta forma, el pueblo sanciona los principios, valores y límites que deberán inspirar y condicionar la actividad de los representantes. Tales límites se hacen efectivamente

¹² El caso paradigmático fue el de SCHMITT, especialmente (1990). También ver (1968), (1971) y (1985).

indisponibles para estos en la medida que un órgano distinto a tales representantes cautele su estricto cumplimiento. En otras palabras, si la Constitución contiene la voluntad popular, garantizar el respeto a la misma por parte de los representantes contribuye a preservar la preeminencia de esa voluntad popular por sobre la voluntad de aquellos. De esta forma, el control de constitucionalidad se convierte en una herramienta de control de gobernados sobre gobernantes¹³.

Evidentemente que la tesis anterior presenta ciertas debilidades. En primer término, la clase de control antes mencionado no es el tradicionalmente democrático. Podría ser considerado un control *del* pueblo y *para* el pueblo, pero difícilmente las características tecnocráticas y no electivas de los tribunales constitucionales se condicen con un control *por* el pueblo. En segundo lugar, la misma crítica de *disempowerment* del pueblo en los procesos electorarios o legislativos podría aplicarse a los procesos constituyentes, con lo cual el supuesto base de que la Constitución es expresión y reflejo de la voluntad popular pierde parte importante de su contenido. Es así como las reformas constitucionales son procesos técnico-políticos en que la participación popular suele limitarse a una aprobación formal de una suerte de “paquete” predefinido por otros actores, el cual ha sido poco explicado al electorado, aún menos comprendido por aquel, y al cual se han unido una serie de promesas extrajurídicas de desarrollo, progreso, recuperación de la dignidad nacional, lucha de clases, etc.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión aún es posible sostener que el control de constitucionalidad permite hoy a los ciudadanos ejercer cierto control, aun cuando sea indirecto e imperfecto, sobre sus otrora todopoderosos representantes.

Las ideas anteriores son idóneas para justificar el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, particularmente en el contexto chileno. En efecto, si la función del órgano contralor es hacer efectivas las disposiciones constitucionales, en cuanto

¹³ Algo similar sostiene Dominique Rousseau, quien ofrece un interesante ejemplo consistente en la imposición por parte del Consejo Constitucional francés de la voluntad popular sobre el respecto al derecho de propiedad, expresada mediante referéndums, por sobre la voluntad de los órganos representativos a favor de la nacionalización. Interesante es también la proposición de la autora de superar la democracia representativa por una “democracia continua”, cuestión que supone un activo ejercicio de la jurisdicción constitucional. Véase ROUSSEAU (2002) pp. 27-28 y 106-107.

expresión de la voluntad popular, aun contra la voluntad de los órganos representativos, no tendría sentido que tales entes pudiesen vencer la resistencia del órgano contralor por el mero expediente de reformar la Constitución. Debemos recordar que la Constitución de 1980 otorga la facultad de reformar la Constitución justamente a los órganos representativos “regulares”, y que el pueblo solo interviene excepcionalmente, en el caso de convocarse a plebiscito en conformidad a lo dispuesto en los artículos 128 y 129 de la Carta. En consecuencia, si el órgano contralor no revisara las reformas constitucionales a la luz de la “voluntad original” del pueblo, dicha voluntad sería fácilmente burlable por los órganos representativos, los que podrían cambiar el contenido de la Constitución a su arbitrio.

V. ¿QUIÉN EJERCE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES?

Si aceptamos la legitimidad, o al menos la necesidad, del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, debemos entonces considerar quién o quiénes deben ser sus agentes.

Al respecto, sabemos que la álgida discusión propia de principios del siglo pasado¹⁴ ha dado lugar a la imposición, en la gran mayoría de los países occidentales, de un sistema de control concentrado a cargo de tribunales o cortes constitucionales.

Ahora bien, la concentración del control de constitucionalidad admite diversos grados de intensidad y exclusividad. Distintos sistemas otorgan ciertas facultades en estas materias a órganos adicionales al tribunal o corte constitucional. En el caso chileno, por ejemplo, la Contraloría General de la República conoce de la constitucionalidad de actos administrativos, los Tribunales de Justicia resuelven acerca de la Nulidad de Derecho Público, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones conocen recursos constitucionales, etc.

En el caso chileno, las normas sobre control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son las siguientes.

¹⁴ Particular importancia tuvo a este respecto la polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt durante la primera mitad del siglo XX. Véase KELSEN (2002) y SCHMITT (1983). En Chile, BERTELSEN (1969) aborda este punto.

En primer término, la Constitución establece en su artículo 93 N° 3 que:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 3º 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”; (...).

El mismo artículo 93 establece la legitimación activa (Presidente de la República, las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio), y las bases del procedimiento a seguir.

Adicionalmente, el artículo 24 de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (“LOC Congreso”) dispone en su inciso segundo que:

“No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política”.

A su vez, el artículo 25 de la LOC del Congreso señala que:

“Corresponderá al presidente de la sala o comisión la facultad de declarar inadmisibles las indicaciones a que se refiere el artículo anterior. No obstante, la sala o comisión, en su caso, podrá reconsiderar dicha admisibilidad.

La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha por el presidente de propia iniciativa o a petición de algún miembro de la corporación, en cualquier momento de la discusión del proyecto”.

Agrega este artículo 25 que el hecho que alguno de los Presidentes declare la admisibilidad de una indicación, o no la declare inadmisible, no obsta a la facultad del otro de los Presidentes para declararla inadmisible o para consultar al respecto a la Sala o a la Comisión respectiva.

Cabe destacar que ambos artículos de la LOC del Congreso antes citados son plenamente aplicables tanto a los proyectos de ley como a los de reforma constitucional, en virtud de lo dispuesto en forma expresa por el artículo 2º de la misma LOC del Congreso. Debe además recordarse que las leyes de reforma constitucional tienen precisamente la naturaleza jurídica de ley mientras no se incorporen al texto constitucional.

En cuanto al Reglamento del Senado, su artículo 118, al referirse a la discusión general de los proyectos de ley (incluyendo leyes de reforma constitucional), señala que:

“No podrán admitirse las indicaciones que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo

tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a dichos gastos, *ni otras indicaciones contrarias a la Constitución Política del Estado* (el destacado es nuestro). Corresponderá al Presidente y a los Presidentes de las Comisiones, en su caso, la facultad de declarar la inadmisibilidad de las indicaciones a que se refieren los párrafos anteriores. No obstante, ellos podrán consultar a la Sala o a la respectiva Comisión, en su caso, cuando estimen dudosa la inadmisibilidad de las indicaciones.

La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha por el Presidente en cualquier momento de la discusión del proyecto, sea durante la discusión general misma o después cuando se considere el segundo informe a que se refiere el artículo 121.

La cuestión de inadmisibilidad que hubiere sido rechazada en Comisión no obsta a la facultad del Presidente para hacer la declaración de inadmisibilidad de las indicaciones o para consultar a la Sala en su caso.

Cuando las indicaciones a que se refiere esta letra presentadas por los Senadores afecten, en cualquier forma que sea, materias cuya iniciativa corresponda únicamente al Presidente de la República o a sus facultades exclusivas, no serán tomadas en cuenta ni siquiera para el solo efecto de ponerlas en su conocimiento”.

A su vez, el artículo 131 del mismo reglamento dispone, en sus números 4º y 5º, que en la discusión de asuntos sometidos al Senado se pueden presentar indicaciones:

“4º Para promover la cuestión de inadmisibilidad a discusión o a votación del asunto en debate, por ser contrario a la Constitución Política del Estado;

5º Para promover tal cuestión respecto de algunas de las indicaciones que se formulen, por ser estas también inconstitucionales o extrañas a las ideas básicas o fundamentales del proyecto;”

Complementariamente, el artículo 122 de este reglamento dispone que:

La Sala, o la Comisión en su caso, podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad de indicaciones hecha por el respectivo Presidente.

También cabe destacar los artículos 23 Nº 9 y 215 del Reglamento del Senado, los cuales disponen que corresponde al Presidente del Senado cuidar de la observancia del Reglamento, resolviendo las cuestiones de interpretación o de aplicación que surjan y que le parezcan claras. Los Comités pueden reclamar de la resolución del Presidente, cuestión que deberá informar la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y luego ser votada en Sala. Esta decisión final, sin embargo, *“no alterará la del Presidente en cuanto ella haya producido efectos”*.

Por su parte, el artículo 267 del Reglamento de la Cámara de Diputados establece que:

“No serán admisibles las indicaciones a que se refieren los incisos segundo y tercero del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (contrarias a la Constitución; importen nuevos gastos, o se trate de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República)”

A su vez, el artículo 53 N° 2 del (complementado por el artículo 237 N° 16) del mismo reglamento confiere a su Presidente la facultad de:

“Declarar la inadmisibilidad de los proyectos y de las indicaciones en conformidad a los artículos 15 y 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional”

Cabe recordar que el mencionado artículo 25 de la LOC del Congreso, en conjunto con el artículo 24 de la misma ley, encargan al presidente de una cámara o de una sala la declaración de inadmisibilidad de indicaciones por ser contrarias a la Constitución.

Al igual que en el caso del Senado, corresponde al Presidente de la Cámara de Diputados “cuidar la observancia del reglamento” (artículo 237° N° 2)

Del análisis del conjunto de normas transcritas podemos formular las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, no existe un monopolio exclusivo del TC en materia de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por el contrario, las Cámaras, sus Comisiones y sus respectivos presidentes (conjuntamente los “Órganos Parlamentarios”) ejercen ciertas atribuciones en la materia. Más aún, el pronunciamiento favorable (o la omisión de control de constitucionalidad) de alguno de los Órganos Parlamentarios no impide que otro de ellos pueda abocarse nuevamente a la cuestión y sancionar la inadmisibilidad de la indicación por inconstitucionalidad. Entendemos que la razón detrás de esta multiplicidad de contralores y oportunidades de control es la preeminencia del principio de supremacía constitucional y la necesidad de asegurar su estricto cumplimiento.

En segundo lugar, no es claro el alcance del control que ejercen los Órganos Parlamentarios. Si analizamos detenidamente la LOC Congreso, observaremos que confiere competencias contraloras de constitucionalidad *solo a propósito de las indicaciones*. No se refiere, por tanto, al control de constitucionalidad de mociones o mensajes presidenciales.

El Reglamento de la Cámara de Diputados, en cambio, establece explícitamente que es facultad del presidente de la corporación declarar inadmisibles *proyectos o indicaciones* que sean contrarias a la Constitución (artículo 53 N° 2). Por proyectos debemos entender el cuerpo principal en discusión, sea que tenga origen en una moción parlamentaria o en un mensaje presidencial y que aspira a convertirse en ley (incluso en ley de reforma constitucional).

El Reglamento del Senado es menos claro. Si revisamos las normas antes transcritas, veremos que la facultad de declarar la admisibilidad se dirige siempre a indicaciones, y no a proyectos de ley propiamente tales. Sin embargo, existe una excepción, cual es el artículo 131 N° 4, el que se refiere a la inadmisibilidad “del asunto en debate”.

Se presentan, por tanto, dos dudas en relación a esta materia. La primera dice relación con la falta de congruencia entre la LOC Congreso y los reglamentos de las Cámaras, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

La segunda consiste en determinar si el Reglamento del Senado efectivamente permite la declaración de inadmisibilidad por inconstitucionalidad de proyectos de ley (y por tanto de reforma constitucional). En esta materia, nos inclinamos por una respuesta afirmativa. Creemos que el artículo 131 es la clave en este tópico, ya que su aplicación es extraordinariamente general. La misma norma señala expresamente que las indicaciones que enumera se pueden formular en cualquier asunto de que conozca el Senado, en cualquier estado de tramitación del mismo. Más aún, repite explícitamente la competencia del Presidente de la Corporación y de sus comisiones para resolver estas materias, y la posibilidad de revisar su decisión por parte de las comisiones o de las Salas. En otras palabras, el artículo 131 es la norma general en materia de indicaciones de admisibilidad, y por tanto no es necesario que sus disposiciones sean repetidas por otras normas del Reglamento del Senado para poder aplicarse a toda la actividad de la Corporación. Adicionalmente, consideramos que la utilización de la expresión “asunto en debate” es justamente una prueba más de la generalidad que busca alcanzar el artículo 131 en su aplicación, y es fácilmente deducible del texto y del contexto que se refiere no solo a indicaciones, sino también a los proyectos de ley.

Finalmente, creemos que un argumento auxiliar al anterior es la necesaria simetría que debe existir entre los reglamentos de las

Cámaras¹⁵. Al respecto, cabe recordar que el Reglamento de la Cámara de Diputados sí establece claramente la posibilidad de declarar inadmisibles por inconstitucional un proyecto de ley y no solo indicaciones al mismo.

En tercer lugar, el artículo 118 del Reglamento del Senado (dentro del marco del artículo 24 de la LOC del Congreso) establece una inconstitucionalidad especialmente calificada acerca de las indicaciones senatoriales en materias de exclusiva iniciativa presidencial. Si bien la norma no señala quién actúa en este caso como agente contralor, creemos que se trata del presidente del Senado. Ello en virtud de los artículos 23 N^o 9 y 215 antes transcritos (corresponde al Presidente del Senado cuidar de la observancia del Reglamento y resolver las cuestiones que surjan sobre su interpretación o aplicación).

En cuarto lugar, la última palabra la tiene la sala respectiva. Diversas normas de la LOC Congreso y particularmente de los reglamentos de las Cámaras, demuestran que las decisiones que en materia de admisibilidad adopten los presidentes de estas corporaciones, o de sus comisiones, son siempre revisables por la comisión respectiva, y en última instancia por la Sala¹⁶. Lo anterior no es sino una consecuencia lógica de la posición de los presidentes en relación a las comisiones y a las Cámaras. En efecto, aquellos desarrollan funciones de organización, facilitación o conducción, pero en ningún caso sustituyen a la voluntad del cuerpo realmente relevante, el que siempre podrá desautorizar a su presidente.

Esta característica evidencia, sin embargo, una gran debilidad del control de constitucionalidad por parte de los Órganos Parlamentarios. En dos palabras, si la decisión final siempre puede ser adoptada por la Sala, entonces va a ser la mayoría política quien va a resolver la cuestión, convirtiendo dicho control en un mero trámite dentro del proceso legislativo. Cabe recordar que normalmente son las opiniones y derechos de las minorías las que dependen de un control de constitucionalidad efectivo, y que es difícil que argumentos de este tipo detengan a una mayoría política decidida. En definitiva, no hay control posible si hay identidad entre contralor y controlado.

¹⁵ SILVA BASCUÑAN (1997b) p. 25.

¹⁶ El art. 215 del Reglamento del Senado podría en la práctica aplicarse como una excepción relativa a este principio, toda vez que establece que la decisión del Presidente del Senado en materias de aplicación e interpretación de ese Reglamento puede no ser revisable por la Sala si ya produjo efectos.

Ahora bien, las cuatro afirmaciones anteriores suponen todas que las disposiciones transcritas previamente son válidas. Podría argumentarse, sin embargo, que tales normas adolecen en sí mismas de inconstitucionalidad toda vez que se refieren a materias que no le han sido encargadas expresamente por la Constitución. En efecto, la Carta no confiere en ningún caso facultades expresas a los Órganos Parlamentarios para controlar la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la LOC del Congreso, en cuanto Ley Orgánica Constitucional, fue sujeta a control preventivo obligatorio de constitucionalidad por parte del TC. El fallo respectivo¹⁷ da cuenta del análisis minucioso al que fue sometido dicho proyecto. Incluso parte del artículo 24 antes citado fue declarada inconstitucional por el TC, sin que las disposiciones antes transcritas recibieran reparo alguno. Podríamos por tanto señalar que tales normas son, a juicio del TC, constitucionales.

Más aún, el mismo TC afirmó expresamente que el ámbito de la LOC Congreso, en cuanto ley orgánica, “debe entenderse que no se encuentra limitado a los casos que la Carta Fundamental expresamente señala”, sino que aquella “puede abordar otros muy diversos aspectos de la función legislativa y de las demás atribuciones y funciones que corresponden a la Cámara de Diputados, al Senado y a los miembros de estos”.

En consecuencia, existen antecedentes relevantes para afirmar que la LOC del Congreso podía referirse a controles de constitucionalidad, aun cuando ello no le hubiere sido encargado por la Constitución.

En cuanto se refiere a los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados, sabemos que aquellos no están sometidos a control alguno de constitucionalidad o siquiera de legalidad. Indudablemente se trata de una materia discutible. Algunos acentúan la importancia de mantener la independencia de las Cámaras para regular su funcionamiento interno, mientras que otros destacan la anomalía que significa contar con normas de alto rango normativo (apenas inferior a una ley), exentas de todo tipo de control jurídico externo. En todo caso, la postura en Chile ha sido consistentemente contraria a esta forma de control, desde la creación del Tribunal Constitucional en 1970. Las voces que se han levantado para cambiar esta situación no han teni-

¹⁷ Rol N° 91 (18 de enero de 1990).

do acogida, tal y como recientemente lo confirmó la última gran reforma constitucional (Ley N° 20.050)¹⁸, la que curiosamente sí incluyó por primera vez a los Autos Acordados de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones dentro de las normas controlables por el TC.

A nivel comparado, diversos países han adoptado soluciones opuestas. Así, por ejemplo, España y Francia someten los reglamentos de las Cámaras a control de constitucionalidad. A la inversa, países como Italia han rechazado terminantemente esta posibilidad¹⁹.

En consecuencia, las disposiciones citadas de los reglamentos del Senado y de la Cámara no han sido objeto, ni podrán serlo, de un control de constitucionalidad por parte del TC que nos garantice su conformidad a la Constitución. Afortunadamente, sin embargo, la cuestión pierde parte de su relevancia en el caso en estudio gracias a la conformidad existente entre los reglamentos de las Cámaras y la LOC del Congreso. En efecto, si analizamos en detalle las disposiciones de los reglamentos antes transcritas, ellas no hacen sino repetir y complementar muy prudentemente las disposiciones legales. Consecuentemente, podemos afirmar que la constitucionalidad de la LOC del Congreso sancionada por el TC debiera ser suficiente para garantizarnos la constitucionalidad de las normas de los reglamentos, al menos en la materia en estudio.

Existe, sin embargo, una importante excepción. Como mencionamos previamente, los reglamentos de las Cámaras permiten declarar la inadmisibilidad por inconstitucionalidad de *proyectos de ley* (y por tanto de reforma constitucional) y no solo de indicaciones a los mismos. La LOC del Congreso, sin embargo, no establece esta posibilidad, al menos en forma expresa.

Al margen del argumento analógico, cuya aplicación en derecho público es muy restringida y siempre sujeta a fuertes críticas e incertidumbres, podría alegarse que carecería de lógica establecer un control de constitucionalidad sobre algo accesorio (indicaciones) y no sobre lo principal (mociones y mensajes). Adicionalmente, podría invocarse un criterio de interpretación teleológico, destacando

¹⁸ Esta reforma nació de la fusión de dos mociones parlamentarias, una presentada por senadores de la Alianza por Chile y otra por senadores de la Concertación por la Democracia. La moción de los senadores de la Concertación contemplaba el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de "reglamentos de los órganos constitucionales autónomos", entre los cuales podría considerarse a las Cámaras.

¹⁹ ROUSSEAU (2002) p. 65.

la importancia de asegurar un efectivo control que garantice la supremacía constitucional.

No obstante la fuerza de estos argumentos, nos parece que prima en la especie el principio de legalidad y la regla de oro del Derecho Público Chileno (artículos 6° y 7° de la Constitución), los que excluyen la existencia de “poderes implícitos”²⁰ que puedan “suponerse” a los Órganos Parlamentarios. Por el contrario, en nuestro derecho es claro que las potestades públicas deben ser conferidas en forma expresa y solo por normas de rango legal.

Es cierto que los reglamentos de las cámaras son normas muy particulares, distintos a los reglamentos emanados del Ejecutivo y revestidos de una posición normativa especial en razón de circunstancias históricas y funcionales. Sin embargo, ello no obsta a que su jerarquía normativa sea reglamentaria, indubitadamente inferior a las normas legales²¹. Al no ostentar el rango de ley, tampoco pueden ellos atribuir competencias o potestades públicas²², sino solo complementar o desarrollar aquellas configuradas por normas constitucionales o legales, y siempre dentro de la finalidad propia de tales reglamentos, cual es el adecuado funcionamiento interno de las Cámaras.

A mayor abundamiento, es necesario destacar que la facultad de revisión de constitucionalidad de reformas constitucionales es una competencia excepcionalísima, que ni siquiera es común en derecho comparado, que supone un poder enorme dentro de la estructura del Estado, y que por tanto no debe presumirse fácilmente.

Concluimos entonces que la aplicación responsable del principio de legalidad, una de las bases de nuestra institucionalidad, nos conduce a afirmar que ninguno de los Órganos Parlamentarios tiene competencia para declarar inadmisibles por inconstitucional un proyecto de ley o de reforma constitucional. Si bien la situación es un tanto extraña, por cuanto sí puede declararse la inadmisibilidad de indica-

²⁰ Esta es la nomenclatura usada en Estados Unidos para atribuir poderes a los órganos públicos que no les están expresamente conferidos en la Constitución, pero que podrían deducirse de la misma. En Chile tuvo una fugaz acogida en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N° 4538-99), el cual fuera revocado por la Corte Suprema (rol N° 248-00). Véase FERMANDOIS (2000).

²¹ SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 24 y CEA (2002) p. 165.

²² Este es un principio indiscutible en nuestro sistema jurídico, parte esencial del principio de legalidad o juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución. A modo de ejemplo, véase CEA (2002) p. 250.

ciones, consideramos que la forma apropiada para resolver esta incongruencia es la modificación expresa de la LOC del Congreso.

En consecuencia, y sin perjuicio de las limitadas facultades de los Órganos Parlamentarios en la materia, el único órgano llamado en Chile a ejercer el control pleno de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional es el TC.

VI. ¿FONDO O SOLO FORMA? ¿EXISTEN LÍMITES TÁCITOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Otra pregunta fundamental que el TC aún no ha tenido ocasión de definir es si su control de constitucionalidad de las reformas constitucionales comprende aspectos exclusivamente formales (e.g., cumplimiento de quórum), o también de fondo o materiales (e.g., incompatibilidad con aspectos fundamentales del orden constitucional vigente)²³.

El análisis debe hacerse en dos etapas. En primer lugar, debemos abordar la situación en que se encuentra el control de constitucionalidad de la ley, para luego analizar la posición especial de las reformas constitucionales en esta materia.

En relación al primer punto, parece claro que en Chile nadie discute que el Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad formal y material de los proyectos de ley. Cabe destacar que esta no es una regla común en derecho comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco ejerce un control exclusivamente formal de las leyes federales, pero en cambio sujeta las leyes de los *Landers* (estados de la Federación) a un control de constitucionalidad formal y material²⁴. Italia ejerce un control formal de constitucionalidad de las leyes constitucionales, el que ocasionalmente puede transformarse en un control de fondo²⁵. Estados Unidos impone una suerte de control formal y material, pero limitado por la llamada *Political Question Doctrine*, la que en síntesis señala que existen materias reservadas exclusivamente para la decisión de autoridades políticas, y que no son revisables por los tribunales²⁶.

²³ Si bien existió un requerimiento al TC que planteaba la existencia de límites al poder constituyente, este se declaró inadmisibles por falta de legitimación activa (Rol N° 269, 17 de diciembre de 1997).

²⁴ ROUSSEAU (2002) p. 62.

²⁵ ROUSSEAU (2002) p. 62.

²⁶ Un interesante y didáctico estudio acerca de esta doctrina puede encontrarse en MULHERN (1988). Véase también la visión contraria en REDISH (1985).

Si nos enfocamos ahora al segundo punto, el control constitucional de las reformas constitucionales, la situación se complica notablemente. Si bien el control formal es claramente factible (adecuación a las normas de reforma constitucional establecidas en la misma constitución), el control de fondo presenta serias dificultades.

Como punto de partida, debe aclararse que el control de fondo en estos casos es siempre parcial, de lo contrario toda reforma sería imposible. Como ya mencionamos, sería absurdo ejercer un control de constitucionalidad pleno sobre reformas constitucionales, las que por definición serán siempre incompatibles con el texto constitucional vigente. En otras palabras, sería imposible reformar la Constitución. Sin embargo, la pregunta es si todo en una Constitución puede ser reformado, o si existen límites a la reforma constitucional; principios, valores y normas de la Constitución vigente que no podrían ser objeto de modificación.

Se trata este de un tema complejo e insuficientemente abordado por la doctrina nacional. En términos simples, podemos afirmar que la idea de límites a la reforma constitucional se afirma en cuatro argumentos fundamentales. En primer lugar, la Constitución tiene una esencia, un alma, la cual no puede ser alterada sin destruir la Constitución en su conjunto, cuestión que excede al poder de reforma o "poder constituyente derivado"²⁷. En segundo término, la inmutabilidad de ciertos contenidos constitucionales es la última y radical protección de las minorías en contra de las mayorías, capaces de cambiar la Constitución a su antojo. En tercer término, existen ciertos contenidos constitucionales, particularmente los derechos fundamentales, que no son disponibles para el reformador constitucional, por cuanto escapan a la esfera del poder constituyente²⁸ (o del soberano, si utilizamos la nomenclatura del artículo 5º de la Constitución). En cuarto lugar, las Constituciones son un todo armónico y debe existir un control que permita velar por la unidad y coherencia del sistema constitucional. Si bien la interpretación creativa e innovadora de las normas puede ser muy útil a este respecto, aquella no alcanza para salvar contradicciones y conflictos evidentes, los cuales deben ser evitados.

²⁷ Algo de esto se puede apreciar en el desarrollo del "Bloque de Constitucionalidad" francés como límite efectivo a la libertad de los órganos constituidos. Véase DOKHAN (2001) y FAVOREU Y RUBIO LLORENTE (1991).

²⁸ LOEWESTEIN (1976) pp. 192 y ss.

No obstante lo anterior, aceptar la idea de tales límites al poder de reforma constitucional presenta serios inconvenientes. Nuevamente en términos sintéticos, podemos enunciar la dificultad de reconocer tales límites (solo excepcionalmente se establecen en forma expresa)²⁹, su dudosa legitimidad frente a los cambios de la voluntad popular, su efectividad variable, la necesidad de adecuar las normas constitucionales a las circunstancias cambiantes de la sociedad y del poder político, y el incómodo y tensionante rol que impone al órgano defensor de tales límites al enfrentarlo a los demás órganos estatales y, eventualmente, al mismo pueblo.

La situación en Chile a este respecto no está claramente definida. Por una parte, la Constitución no ha establecido límites expresos a las revisiones constitucionales, lo que dificulta notablemente la formulación e identificación de los mismos. Adicionalmente, el origen de la Constitución y el efecto legitimador que en los hechos han tenido las reformas constitucionales (particularmente la de 1989), dificultan la defensa del texto original de la Constitución frente al poder de revisión constitucional.

Por otra parte, existen ciertos antecedentes que podrían utilizarse para sostener la idea de límites al poder de reforma. En primer término, las normas sobre control de constitucionalidad, tanto por parte del TC (artículo 93 N° 3) como de los Órganos Parlamentarios (transcritas previamente), no distinguen entre control de forma y control de fondo, dejando abierta la posibilidad de ejercer este último. Así al menos se ha entendido unánimemente respecto del control de constitucionalidad de leyes por vía de requerimiento, facultad contenida en la misma disposición que el control de las reformas constitucionales (artículo 93 N° 3). Más aún, la finalidad del control de constitucionalidad es de tal entidad –velar por la supremacía constitucional– que no sería correcto interpretar sus disposiciones restrictivamente, deduciendo limitaciones que no están expresadas en el texto³⁰. En segundo lugar, si bien este no parece haber sido un tema abordado específicamente en el proceso de génesis de la Constitución, existirían ciertos antecedentes relevantes, tales como la idea de no aceptar reformas constitucionales con-

²⁹ El ejemplo más común es la prohibición de modificar la forma republicana de gobierno, incorporada entre otros por Francia e Italia.

³⁰ Véase el voto disidente de don Eugenio Valenzuela Somarriva en la sentencia del TC Rol N° 288.

trarias a las bases de la institucionalidad³¹, el énfasis en la misión del TC de velar por la supremacía de la Carta y resolver conflictos entre poderes³², y el hecho de que en el caso del recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, no era necesario que el texto dijera expresamente que la incompatibilidad debía ser formal y/o material para que ambas se comprendieran incorporadas³³.

Si el TC decidiera recoger la tesis de los límites tácitos o implícitos a la revisión constitucional, como lo ha hecho al menos parte de la doctrina³⁴, creemos que podría utilizar a este respecto dos fuentes distintas. Por una parte, podría considerarse que al menos algunos de los contenidos del Capítulo I de la Carta, en cuanto "cimiento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional"³⁵ y clave interpretativa de todo el texto constitucional³⁶, son elementos esenciales de la Constitución, al punto que un cambio radical de los mismos destruiría el orden constitucional. Así por ejemplo, la negación de los principios de legalidad, supremacía constitucional, separación de funciones, entre otros, significaría el fin del régimen jurídico instaurado por la Constitución de 1980. Adicionalmente, cabe destacar que esta es una idea conocida en el país desde hace años, y que incluso fue formulada durante la génesis de la Constitución de 1980³⁷.

Una segunda fuente de límites tácitos serían los derechos fundamentales³⁸. Tal y como mencionábamos, aquellos se han transformado en el principio rector del ordenamiento jurídico, al punto que un ataque frontal a los mismos lo destruiría.

³¹ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 409 (10 de agosto de 1978).

³² COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Informe) p. 245.

³³ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 359 (26 de abril de 1978).

³⁴ NOGUEIRA (2005) p. 216, BIDART CAMPOS (1964) pp. 174 y 191, SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 108-109.

³⁵ CEA (2002) p. 173. La posición especial del Capítulo I en nuestro ordenamiento ha sido destacada por diversos fallos del TC, entre ellos los Roles N° 19 (27 de octubre de 1983), 46 (21 de diciembre de 1987) y 53 (5 de abril de 1988).

³⁶ Fallos del TC, Roles Roles N° 19 (27 de octubre de 1983), 46 (21 de diciembre de 1987) y 53 (5 de abril de 1988), entre otros.

³⁷ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 409 (10 de agosto de 1978).

³⁸ Diversos autores han sostenido este punto. Véase, por ejemplo, LOEWENSTEIN (1976) pp. 192 y ss., BACHOF (1985) p. 41 y SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 108-109.

Consideramos que no sería particularmente difícil para el TC invocar el respeto a los derechos fundamentales como límite a la revisión constitucional. En primer término, por el grado de autoridad moral y jurídica, así como de apoyo social y doctrinario, que hoy concita la defensa de derechos fundamentales. En efecto, este fenómeno le otorgaría un importante sustento jurídico-político a la acción “progresista” del TC en estas materias. En segundo lugar, por cuanto existe un texto expreso en el cual podría apoyarse, cual es el artículo 5º de la Constitución³⁹, el cual otorgaría una doble justificación al actuar del TC. Por una parte, le permitiría presentarse como un mero ejecutor –y no como el creador– de un límite a la soberanía impuesto por el mismísimo poder constitucional originario a toda reforma constitucional. Por otra parte, la acción decidida del TC en estas materias constituiría una actualización práctica de las obligaciones de respeto y promoción de los derechos fundamentales impuestas por el artículo 5º a todos los órganos del Estado. Finalmente, esta deseable actitud del TC representaría un paso adicional en la necesaria “iluminación” o “relectura” de los ordenamientos jurídicos (incluyendo las constituciones, y ciertamente sus reformas) a la luz de los derechos fundamentales.

Cabe además considerar que ambas fuentes de limitaciones a la reforma constitucional –bases de la institucionalidad y derechos fundamentales– presentan una naturaleza abierta e interpretable, permitiendo su aplicación flexible y adaptativa por parte del TC⁴⁰.

Nos hemos referido exclusivamente al TC, y no a la posible participación de los Órganos Parlamentarios en el desarrollo de los límites implícitos, por cuanto aquella nos parece poco probable. No solo carecen de la *autoritas* de que en estas materias goza el TC, así como de la facultad de constituir el último árbitro de la interpretación y aplicación constitucional, sino que la práctica de los últimos tiempos ha constatado un fuerte cuestionamiento a la facultad de los Órganos Parlamentarios para ejercer un control de constitucionalidad de fondo sobre proyectos e indicaciones de carácter simplemente legal⁴¹, cuestión que seguramente se incrementaría si quisie-

³⁹ NOGUEIRA (2005) p. 216.

⁴⁰ ROUSSEAU (2002) p. 67.

⁴¹ Recuérdese el caso del proyecto de despenalización del aborto (noviembre 2006), el cual fue rechazado por el Presidente de la Cámara de Diputados por inconstitucional. Sus facultades a este respecto fueron cuestionadas y finalmente la Sala debió votar la inadmisibilidad del proyecto.

ren ejercer un control de constitucionalidad de fondo de proyectos de reforma constitucional.

La situación del TC, si bien más sólida, no deja de ser compleja. En efecto, el TC vio extraordinariamente reforzadas sus atribuciones después de la última reforma constitucional (Ley N° 20.050). Los resultados han sido inmediatos, y las decisiones del TC han estado permanentemente en la discusión pública, incluso por los medios de comunicación masiva. La acusación de “suprapoder” se ha dirigido reiteradamente contra este tribunal. No ha sido suficiente que el TC haya demostrado repetidamente su adherencia a la doctrina de la “deferencia razonada”⁴², de respeto al equilibrio de poderes e incluso a una suerte de presunción de constitucionalidad de los actos del legislador⁴³.

En este contexto, no sería extraño que el TC se resista a afirmar públicamente una nueva arista de su rol contralor, imponiendo límites implícitos al poder de reforma constitucional.

VII. CONCLUSIONES

Primero. Si bien el Fallo invoca razones atendibles para declarar la incompetencia del TC para pronunciarse acerca del ejercicio de potestades legales y reglamentarias de los Presidentes, aquella decisión impidió que el TC resolviera y aclarara cuestiones fundamentales acerca del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.

Segundo. La defensa y el desarrollo de una sociedad democrática y libre requieren de un ejercicio equilibrado del control de las reformas constitucionales. Aquel debe ser suficientemente efectivo para salvaguardar los fundamentos constitucionales de esa clase de sociedad, y a la vez claro en su reconocimiento a la legitimidad del poder de revisión constitucional en cuanto elemento esencial de la libertad que permite la democracia.

⁴² Véase a este respecto ZAPATA (1994).

⁴³ Elocuentes son las palabras pronunciadas por el entonces Ministro del TC, don Eugenio Valenzuela Somarriva, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación de la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional: “el Tribunal [Constitucional] siempre ha partido de la base de que los órganos colegisladores son los que dictan las leyes y las dictan bien. O sea, indicó, existe una presunción de validez y el Tribunal ha sido muy respetuoso de los órganos colegisladores, Presidente de la República y Parlamento, y no se ha convertido en un suprapoder legal”. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.050, fojas 442.

Tercero. El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no puede basar su legitimidad en las defensas tradicionales del control de constitucionalidad de la ley. Si bien algunas de ellas le son aplicables (e.g., la concepción de la Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales y la relación del control de constitucionalidad con la efectividad de la democracia representativa), otras no lo son (e.g., nociones de la Constitución como pacto político fundamental y como límite efectivo al poder), o al menos requieren adaptaciones y calificaciones relevantes (e.g., concepción de la Constitución como norma jurídica superior).

Cuarto. La defensa y el desarrollo de una sociedad democrática y libre requieren de un ejercicio equilibrado del control de las reformas constitucionales. Aquel debe ser suficientemente efectivo para salvaguardar los fundamentos constitucionales de esa clase de sociedad, y a la vez claro en el reconocimiento del poder de revisión constitucional como un elemento esencial de la libertad que permite la democracia.

Quinto. Si bien existen disposiciones normativas que otorgan cierto rol a los Órganos Parlamentarios en el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, aquel es esencialmente limitado por diversas razones: a) solo poseen habilitación legal expresa para conocer de la inconstitucionalidad de indicaciones (no de proyectos de ley o de reforma constitucional); b) es altamente dudoso que ese control pueda ser material y no solo formal, y c) su efectividad es muy discutible toda vez que quien tiene la última palabra es siempre la mayoría política de cada Cámara.

Sexto. Por el contrario, la competencia del TC para ejercer este control es amplia, y se extiende tanto a aspectos formales como materiales. El ejercicio de un control material, sin embargo, requiere de la identificación de límites implícitos al poder de reforma constitucional, cuestión que el TC puede ser reacio a abordar.

Séptimo. Las dos fuentes de límites materiales y tácitos a la reforma constitucional que podrían ser desarrollados por el TC son: a) algunas de las bases de la institucionalidad, y b) los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución* (Civitas).
- BERTELSEN, Raúl (1969): *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BICKEL, Alexander (1986, 2ª ed.): *The Least Dangerous Branch* (New Haven, Yale University Press).
- BIDART CAMPOS, Germán (1987): *La Interpretación y el Control Constitucional de la Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Ediar).
- (1964): *Derecho Constitucional* Tomo I (Madrid, Ediar).
- CAPPELLETTI, Mauro (1984): "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en FAVOREU, Louis y OTROS: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- CEA, José Luis (2001): "La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile" 12 *Revista de Derecho UACH* 1 (Valdivia).
- (2002): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Actas Oficiales).
- DOKHAN, David (2001): *Les Limites du Controle de la Constitutionnalité des Actes Législatives* (Paris, L.G.D.J.).
- FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Ariel).
- FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco (1991): *El Bloque de Constitucionalidad* (Madrid, Civitas).
- FERMANDOIS, ARTURO (2000): "Asociación Empresarial entre Estado y Particulares: el Caso Metro S.A.", 12 *Revista Chilena de Derecho* 1 pp. 189-194.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985): *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).
- KELSEN, Hans (2002, 2ª ed.): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid, Tecnos).
- LOEWESTEIN, Karl (1976, 2ª ed.) *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel).
- MULHERN, J. Peter (1988): "In Defense of the Political Question Doctrine" 137 *University of Pennsylvania Law Review* 1 pp. 97-176.
- NOGUEIRA, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur* (Santiago, LexisNexis).
- (2006): "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional", 12 *Revista Ius et Praxis* 1 pp. 95-115.
- REDISH, Martin H (1985): "Judicial Review and the "Political Question", 79 *Northwestern University Law Review* 1031.
- ROUSSEAU, Dominique (2002): *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Públicos y Constitucionales).
- SCHMITT, Carl (1971): *Legalidad y Legitimidad* (México D.F., Aguilar).

(1983): *La Defensa de la Constitución* (Madrid, Tecnos).

(1985): *Teología Política* (Buenos Aires, Struhart y Cía.).

(1986, 3ª ed.): *La Dictadura* (Madrid, Revista de Occidente).

(1990) *Sobre el Parlamentarismo* (Madrid, Tecnos).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997, 2ª ed.): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

(1997, 2ª ed.) *Tratado de Derecho Constitucional Chileno*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

(2000, 2ª ed.): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

ZAPATA, Patricio (1994): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000)