

# El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales: una doctrina inconveniente

## *The Chilean Constitutional Court and the doctrine of unconstitutional constitutional amendments: an inconvenient doctrine*

DOMINGO LOVERA P.<sup>1</sup> 

PABLO CONTRERAS V.<sup>2</sup> 

### RESUMEN

Este trabajo aborda las consecuencias de la decisión del Tribunal Constitucional chileno en los casos denominados *Rentas Vitalicias*, desde el punto de vista de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En primer término, examina el estado de la cuestión en la dogmática nacional, con aportes del derecho comparado. En seguida, analiza el precedente del Tribunal Constitucional en el caso *Retiro 2* en donde se decidió, por primera vez en Chile, la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. En segundo lugar, el trabajo reconstruye el argumento del Tribunal en los *Rentas Vitalicias*, enfocándose en los argumentos generales y en aquellos relativos a la competencia para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. A partir de ello, se argumenta que la decisión del tribunal impacta en la comprensión del sistema de fuentes formales chileno, en las competencias del mismo Tribunal Constitucional, en la separación de funciones en materia de reformas constitucionales y respecto del Estado de Derecho en general.

**Palabras claves:** Reformas constitucionales, inconstitucionalidad, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, autorrestricción judicial, revisión judicial de la ley.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl. Esta investigación se enmarca en el Proyecto FONDECYT de INICIACIÓN N° 11190310, denominado “Los usos de la Constitución en el proceso legislativo chileno”, del que el autor es su investigador responsable. Agradezco la asistencia de investigación de Ebyenia Mestre e Ignacio Arancibia, ayudantes del Departamento de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, y a Ignacio Villavicencio, ayudante del Proyecto Fondecyt N° 1200362. Agradecemos, además, los comentarios y observaciones que nos hicieron en el Seminario de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello, dirigido por la profesora Consuelo Murillo. El resultado final es de exclusiva responsabilidad de los autores.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho, Northwestern University, Estados Unidos. Profesor Asociado y miembro del claustro del Doctorado en Derecho, Universidad Central de Chile. Dirección postal: Lord Cochrane 417, Santiago. Correo electrónico: pablo.contreras@ucentral.cl.

## ABSTRACT

This paper addresses the consequences of the Constitutional Court's decision in the cases known as *Rentas Vitalicias*, from the point of view of the doctrine of unconstitutional constitutional reforms. First, it examines the state of the issue in the national dogmatic, with contributions from comparative law. Then, it analyzes the precedent of the Constitutional Court in the case *Retiro 2* where it was decided, for the first time in Chile, the declaration of unconstitutionality of a constitutional reform. Secondly, the paper reconstructs the Court's argument in the *Rentas Vitalicias* cases, focusing on the general arguments and those related to the power to declare the inapplicability of a legal rule. We argue that the Court's decision has an impact on the understanding of the Chilean system of formal sources, on the powers of the Constitutional Court itself, on the separation of functions in matters of constitutional reforms and with respect to the rule of law in general.

**Key words:** Constitutional amendments, unconstitutionality, inapplicability due to unconstitutionality, judicial self-restraint, judicial review.

*Reemplazar*

*“Sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces”*

*(Real Academia Española, 2014, definición 1)*

## 1. Introducción: ¿un legislador negativo?

¿Es posible que una reforma constitucional sea inconstitucional? En Chile, la respuesta es afirmativa, por decisión del Tribunal Constitucional. Pero, para entender esta posición jurisprudencial es necesario atender a cómo dicho Tribunal ha interpretado el alcance de sus competencias y ha ejercido su poder.

¿Qué es lo que hace el Tribunal Constitucional (TC) cuando examina la constitucionalidad de un precepto legal? En la STC 591, del año 2007, el TC sostuvo que su atribución consistía en reemplazar la voluntad del legislador por la suya propia. En sus palabras, “al resolver [...] el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado. En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República”<sup>3</sup>. Esta interpretación la denominaremos la *tesis del reemplazo*.

Aunque no es nuestra intención entrar en el debate sobre las credenciales democráticas del TC para leer sus atribuciones de esta forma (Waldron, 1999), el que ha tenido su propia versión en Chile (Atria, 2016; Zapata, 2008), sí nos parece importante advertir que dicha afirmación se refería a la posibilidad que el TC tiene para cuestionar la interpretación constitucional del poder legislativo (Lovera y Vargas, 2021, pp. 79-105). Es decir, allí donde la legislatura ofrece una interpretación constitucional (por ejemplo, contenida en una ley) que es cuestionada ante el TC, este último podría dejarla sin efectos, al abrazar una interpretación diferente de la Constitución. O, puesto de otra manera, por sostener el TC una interpretación de la Constitución diferente a la del órgano controlado es que la de este último —no tanto por la infalibilidad del TC como por su posición en el sistema de controles<sup>4</sup>— termina siendo dejada de lado.

¿Es correcta la forma en que el TC describió sus atribuciones en materia de control de constitucionalidad en la STC 591? No del todo o, al menos, no si se la coteja con el texto expreso que regula sus atribuciones.

<sup>3</sup> Tomamos la referencia de Atria (2011, p. 154). Sin embargo, también la ha sostenido Colombo (2005, p. 562).

<sup>4</sup> La idea, por cierto, se refiere a la oración del juez Jackson en Supreme Court of the United States, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).

En rigor, el TC al controlar la constitucionalidad de un acto normativo (una ley o un decreto, por ejemplo) no sustituye la voluntad del órgano controlado, sino que, en cambio, lo sujeta (convalidando o reprochando el acto) a la interpretación que el TC sostiene de la Constitución. Pero esto quiere decir que la decisión del órgano controlado no puede convertirse en ley, no que la decisión del TC, en rigor, sustituya la del legislador para ser incorporada a la eventual nueva ley. De allí que el artículo 94 inciso 2º, al abordar el efecto de las sentencias del TC, prescriba que “[l]as disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto...de que se trate”. Para insistir: no es, entonces, que el proyecto cuestionado sí pueda convertirse en ley, aunque sobre la base de la interpretación constitucional que el TC sostiene sino que, sencillamente, la parte objetada en su constitucionalidad —de conformidad al texto expreso de la regulación constitucional— no puede transformarse en ley<sup>5</sup>.

De allí que la decisión del TC en *Aborto en tres causales* suscitara una especial controversia (Tribunal Constitucional, Rol N° 3729-2017). Allí, y a propósito de la regulación legislativa conforme a la que la objeción de conciencia podía ser solo personal, el TC, en vez de objetar la constitucionalidad del precepto en cuestión impidiendo que pudiera “convertirse en ley en el proyecto...de que se trate”, se animó, en cambio, a reescribir el texto de la ley para permitir la denominada objeción de conciencia institucional. En efecto, el texto del proyecto de ley —al menos en la parte relevante que acá comentamos— señalaba que: “La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”. El TC, como se sabe, fue de la opinión que la restricción era inconstitucional y, por lo tanto, declaró, entre otras, la inconstitucionalidad de la frase “en ningún caso”. Todavía más: antes de terminar la parte resolutive, se encargó de detallar la forma precisa en que el precepto quedaba ahora redactado: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.

Si bien es cierto que el TC ha venido realizando una interpretación especialmente generosa de sus propias atribuciones, permitiéndose tanto informar las sentencias al margen de las reglas que pesan sobre él en materia de acuerdos, como recalificar los quórum de los proyectos de ley para así poder entrar a conocerlos, en virtud de la atribución del artículo 93 N° 1, e, incluso, habilitando vías para que puedan presentarse argumentos a su vista al margen de los caminos procedimentalmente establecidos (Lovera, 2022, pp. 27-55), en los casos *Rentas Vitalicias*<sup>6</sup> empujó las interpretaciones de sus atribuciones a unos niveles inaceptables para una democracia.

En efecto, en estos casos el TC llevó la tesis del reemplazo al punto de permitirse recalificar, ya no las reglas y los procedimientos a los que había echado mano la legislatura, sino que, aludiendo a una cierta esencia del acto en cuestión, rectificó la naturaleza del mismo. Como veremos, para el TC lo aprobado por el Poder Legislativo no era un proyecto de reforma constitucional, pese a que así había sido promulgado y publicado, sino que se trataba de un proyecto de ley. Sobre esa base, se habilitó para poder conocer y decidir la suerte de lo que (en su concepto) era una ley, la que de otro modo —en tanto reforma constitucional— no habría podido declarar inconstitucional. O no, al menos, habiendo sido requerido en un procedimiento de inaplicabilidad.

<sup>5</sup> Las denominadas sentencias exhortativas, en efecto, van, de hecho, dirigidas al legislador. En el caso de otras de las sentencias atípicas, las interpretativas, estas se dictan sin sustituir la voluntad de los órganos controlados, sino que, estableciendo —hasta el punto en que el TC pueda hacer esto, en verdad— la adecuada comprensión del precepto objeto del reproche.

<sup>6</sup> Corresponde a siete acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: Tribunal Constitucional, Rol N°11.230-21-INA, de 17 de marzo de 2022; Rol N°11.350-21-INA, de 31 de marzo de 2022; Rol N°11.559-21-INA, de 17 de marzo de 2022; Rol N°11.560-21-INA, de 26 de abril de 2022; Rol N°11.633-21-INA, 31 de marzo de 2022; Rol N°11.683-21-INA, 17 de marzo de 2022 y Rol N°12.143-21-INA, 28 de abril de 2022.

Como sostendremos acá, en efecto, este acto de recalificación no solo empujó la tesis del reemplazo al extremo de barrer con cualquier forma de deferencia al legislador y exacerbó, de manera inadecuada, las atribuciones del TC, sino que, además, se trató de una fórmula a la que tuvo que echar mano para escapar de la propia precariedad de los argumentos —incompletos e incoherentes— de la sentencia con que había declarado la inconstitucionalidad de la reforma constitucional en *Retiro 2*<sup>7</sup>. Dicho en otras palabras, si en la STC 591 —como acertadamente ha señalado Fernando Atria— el TC se vio a sí mismo no como el guardián de la Constitución, sino que como la Constitución misma (Atria, 2011, p. 157) en *Rentas Vitalicias* el TC se vio, además, como el poder legislativo.

Nuestra hipótesis es que el Tribunal Constitucional chileno se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias para auto arrogarse un poder de control represivo de constitucionalidad de reformas constitucionales, violando los pilares básicos del Estado de Derecho. Para determinarlo, metodológicamente, revisamos el estado del arte sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, tanto en Chile como en el derecho comparado. Luego, se examina la cuestión a partir de los dos pronunciamientos del Tribunal sobre la materia: *Retiro 2* y *Rentas Vitalicias*. Nuestra conclusión es que el Tribunal, en nombre del mismo Estado de Derecho que buscaba defender, infringió las reglas de competencia establecidas en la Constitución para el control preventivo y represivo de constitucionalidad.

Este trabajo adopta la siguiente estructura. Partimos (1) revisando el debate nacional en torno a la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Como mostraremos, (1.1) aunque la posición mayoritaria se inclinó por sostener que nuestro esquema constitucional no se permitía un control sustantivo de las reformas constitucionales, mas solo uno de formas y procedimientos, existieron algunas voces disidentes que sembraron la duda al respecto. Enseguida, (1.2) analizamos la sentencia *Retiro 2*, con la que el TC da la bienvenida a la posibilidad de objetar, sustantivamente, la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Allí nos centraremos, especialmente, en exponer los vacíos e incoherencias del razonamiento de la sentencia en *Retiro 2*. La segunda parte de este trabajo (2) expone los principales argumentos esgrimidos por el TC en *Rentas Vitalicias*. En dicha sección, se reconstruye la tesis del TC relativa a su competencia para conocer represivamente la constitucionalidad de las reformas constitucionales, así como de sus ideas sobre el Estado de Derecho. Reservamos algunas reflexiones para el final (3), donde apuntamos las consecuencias que estas sentencias conllevan para la identificación de las fuentes formales, el sistema de control de constitucionalidad y el aumento de las competencias del TC a través de una interpretación que no respeta el marco literal de la Constitución ni la separación de poderes que ésta instaura.

## 1. Reformas constitucionales... ¿inconstitucionales?

No es obvio que las reformas constitucionales puedan ser declaradas inconstitucionales. Para dilucidar aquello, primero revisamos la literatura nacional referente al control de constitucionalidad de los proyectos de ley de reforma constitucional. Allí queremos identificar, en particular, si acaso la doctrina nacional estaba conteste con los alcances de dicho control. ¿Se trata de un control solo de forma o puede el TC, en su ejercicio, resolver la consistencia sustantiva de una reforma constitucional? Enseguida, examinamos la forma en que el TC tomó posición en este debate en *Retiro 2*, la primera sentencia que ha dictado sobre la materia.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°9797-20-CPT, 30 de diciembre de 2020.

## 1.1 Control de constitucionalidad de las reformas

Como se conoce, el Tribunal Constitucional fue una innovación institucional introducida con la reforma constitucional de la Ley N° 17.284 (1970). Su objetivo, en parte discernible por los modelos en que se inspiró, fue configurarse como un árbitro de competencias que permitiera resolver “los conflictos jurídicos que surgieran entre los Poderes del Estado” (Piedrabuena, 1970, p. 114), en particular, entre el legislativo y el ejecutivo (Evans, 1973, pp. 63-65). Inicialmente, sus atribuciones no contenían la revisión de la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional<sup>8</sup>. ¿Por qué?,<sup>9</sup> porque para ello, esto es, para resolver las discrepancias de competencias entre el ejecutivo y el legislativo, quedaba habilitada la vía de consulta al pueblo, en los términos del entonces artículo 109 CPR. En efecto, insistía entonces el profesor Piedrabuena, esta alternativa se incorporó para “delimita[r] el campo de las observaciones del Presidente de la República” (Evans, 1973, p. 127). Se trataba, entonces, de un control de competencias y no de un control de carácter sustantivo<sup>10</sup>. Para insistir sobre el punto: la consulta al pueblo se realizará solo para que éste “decida sobre la conveniencia de una observación del Ejecutivo tendiente a suprimir una disposición que éste estima atentatoria contra los intereses generales”.

El ánimo tutelar tras la elaboración del texto constitucional de 1980 amplió las atribuciones del TC (Arriagada, 1999, pp. 23-27). En lo que nos interesa, se agregó expresamente en la atribución del (entonces) artículo 82 N° 2 CPR (hoy, el artículo 93 N° 3) la de resolver “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de [...] reforma constitucional”. Sin embargo, aun así se suscitó un debate en la doctrina nacional. ¿El control de constitucionalidad de los proyectos de ley de reforma constitucional alcanzaba solo a los vicios de forma o incluía también los sustantivos? Y si incluía estos últimos, ¿dónde hallarlos? Mientras no hay duda de que en ejercicio de esa atribución el TC puede controlar los proyectos de ley en su apego tanto formal como material a la Constitución<sup>11</sup>, respecto a los proyectos de ley sobre reforma constitucional la cuestión fue (y sigue siendo), debatida.

¿Se debe esto a la falta de definición expresa del texto constitucional? El texto constitucional chileno carece de cláusulas eternas o de unos límites materiales expresos<sup>12</sup> que las reformas constitucionales deben observar, por lo que debemos descartar la presencia de este tipo de límites (Henríquez, 2016, p. 37). El debate, entonces, se ha centrado en los denominados límites materiales implícitos. Esto es, cláusulas sustantivas que, junto con las reglas procedimentales, limitarían el ámbito material en que puede ejercerse la potestad de reforma constitucional<sup>13</sup>. La cuestión no deja de resultar paradójica: ¿cómo podría ser

<sup>8</sup> Ni se prefiguró como una atribución posible (Evans, 1973, p. 120).

<sup>9</sup> Una síntesis de las razones está disponible en Evans (1973, pp. 78-81).

<sup>10</sup> El profesor Carlos Andrade (1971, p. 590) agregaba, anotando los antecedentes de la reforma de 1970 que, así, lo que se buscaba era una forma de arbitrar contiendas de competencias cuya disputa “resta[ba] eficacia a la acción de los Poderes Políticos”. En el mismo tenor, el profesor Silva Cimma (2008, pp. 34-35).

<sup>11</sup> El mismo TC lo ha entendido así en Tribunal Constitucional, Rol N°1.410-09-CPT, 20 de julio de 2009, Considerando 25°:

En efecto, la misión asignada a este Tribunal de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional...abarca tanto la denominada ‘constitucionalidad de forma’ que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley como la ‘constitucionalidad de fondo’ que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

<sup>12</sup> Las cláusulas eternas son un tipo de disposiciones constitucionales que excluyen de los procedimientos de reformas “determinados valores, principios o instituciones constitucionales” (Suteu, 2021, p. 1). El ejemplo por todos conocidos es el del art. 79.3 de la Ley Federal de Alemania:

No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios [derechos fundamentales] enunciados en los artículos 1 y 20.

<sup>13</sup> Es importante señalar que la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, casi siempre encuentra sustento en el texto de alguna disposición constitucional. Por lo tanto, no es que la prohibición de reforma tenga sustento en el texto expreso de la constitución y los límites implícitos no; sino que “la base constitucional de ambos modelos de revisión judicial son interpretaciones del texto constitucional” (Krishnaswamy, 2009, p. 26).

(sustantivamente) inconstitucional una decisión que modifica, justamente, la Constitución? ¿Cómo la misma decisión constitucional que habilita un procedimiento expreso para modificarla podría servir de parámetro para repudiar algunas de sus enmiendas?

Las respuestas a estas preguntas distan de ser sencillas. Sin embargo, la doctrina constitucional se había decantado por restringir el control de constitucionalidad de los proyectos de ley de reforma constitucional solo a los aspectos formales del mismo<sup>14</sup>. El profesor Zúñiga (2006), por nombrar uno, ha sostenido esta tesis. En su concepto, aunque solo en lo referido al cotejo de las normas de reforma constitucional con las del derecho internacional de los derechos humanos, “el control de constitucionalidad de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso, y facultativo, puramente formal” (p. 417). En lo medular, sostiene que el artículo 5, inciso 2º establece una norma de principios que solo consagra “una importante garantía institucional genérica” (p. 418), anotando, además, que las reformas constitucionales calzarían dentro del tipo de cuestiones que, en la experiencia comparada, se han calificado como políticas (Zúñiga, 2016)<sup>15</sup>.

El profesor Verdugo (2013), por su parte, ha ofrecido buenas razones para desestimar una interpretación que pretende incorporar límites materiales implícitos a partir de una lectura amplia del artículo 5, inciso 2º CPR. En especial, lo ha hecho dando cuenta de la postura doctrinal adoptada por el propio TC, conforme a la que los derechos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad con el que habría que cotejar la validez de las normas de reforma<sup>16</sup>. La profesora Henríquez, por su parte, también ha insistido en que las atribuciones del TC solo alcanzan el control formal de los proyectos de ley de reforma constitucional. Henríquez se opone expresamente a sostener la existencia de límites implícitos, pues ello tiene problemas de determinación (cuáles serían esos límites) y de autoridad (quién los determina) (Henríquez, 2016, p. 38). Ante la falta de límites expresos, agrega, el control del TC solo puede restringirse a evaluar la conformidad de la norma “con la norma sobre reforma...a) Si el órgano que dictó la norma es aquel señalado por la norma sobre la reforma y; y b) Si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma” (Henríquez, 2018, p. 293).

Las excepciones las encontramos en quienes postularon la existencia de límites implícitos a la potestad de reforma constitucional. El profesor Nogueira, por ejemplo, ha sostenido que la potestad de reforma encuentra límites materiales en el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esto, en virtud de lo que dispone el artículo 5, inciso 2º de la CPR desde el derecho internacional de los derechos humanos (Nogueira, 2019, p. 162). En su apoyo refiere una serie de sentencias del TC, aunque ninguna de ellas en materia de control de constitucionalidad de proyectos de reforma constitucional. Además, señala que: “otra limitación material al poder constituyente derivado es que este no puede transformar el sistema institucional republicano democrático en un régimen autocrático” (Nogueira, 2019, p. 164). Este argumento es interesante, porque aborda derechamente uno de los aspectos que la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales ha enfatizado: que, aunque no existan

<sup>14</sup> Por control de forma entendemos uno que “se refiere al proceso de formación del acto, ya sea una ley, un tratado o un decreto y su inconstitucionalidad surgirá de la comparación de tal proceso con las reglas que regulan los trámites de formación del acto en la Constitución” (Lübbert, 2010, p. 31).

<sup>15</sup> En la experiencia comparada, dicho sea de paso, las enmiendas constitucionales han sido incluidas dentro de las denominadas cuestiones políticas (Harrison, 2018, pp. 469-476).

<sup>16</sup> En contra, Verdugo (2013, pp. 299-314). No se trata, por cierto, del único argumento que ofrece. En el fondo, el suyo es un reclamo por la soberanía democrática de la potestad de reforma para efectos de poder permitir el autogobierno también en cuestiones de ajustes al diseño constitucional, aunque es un reclamo que dirige solo al uso “los derechos fundamentales para restringir la reforma constitucional” (especialmente en las pp. 304-309). En un sentido similar, Orrego (1993, pp. 65-66).

disposiciones en una constitución que dispongan límites a las reformas constitucionales, la Constitución tendría una suerte de marco sustantivo básico que no podría alterarse, a menos que ella sea una tarea que encare el poder constituyente<sup>17</sup>.

## 1.2 La doctrina del TC en *Retiro 2*: “un imperativo jurídico de derecho público”<sup>18</sup>

En el derecho comparado se encuentra en boga la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales o de los límites implícitos a la reforma constitucional<sup>19</sup>. En su nombre, los tribunales de control de constitucionalidad se han animado a declarar la invalidez de proyectos de ley de reforma constitucional aun cuando no existan normas que dispongan de límites expresos (Albert, 2020, pp. 43-52). ¿Qué razones la justifican? En breve, esta doctrina postula que hay ciertos aspectos de la Constitución (la *estructura básica*)<sup>20</sup> que, aunque no se sustraigan expresamente de la potestad de reforma constitucional, no pueden ser abordados por medio de una reforma constitucional común y corriente. Se trata de un ámbito de decisiones que solo competen al poder constituyente<sup>21</sup>.

Si, como sostuvo Carl Schmitt, el poder constituyente consiste en la “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política” (Schmitt, 1996, pp. 93-94) y cuyo resultado es una Constitución, entonces no puede compararse políticamente con la potestad de reforma. Esta última, en efecto, además de estar contemplada y definida en la Constitución, se ejerce por un sujeto de naturaleza diferente y constituido (el poder legislativo), cuya actividad, a diferencia de la del poder constituyente, se encuentra regulada. Mientras el poder constituyente otorga una Constitución, la potestad de reforma genera una reforma constitucional. Se trata de “competencias dentro del marco de la Constitución dada” que, por ende, “[n]o puede[n] sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa” (Schmitt, 1996, p. 114). La potestad de reforma, en definitiva, puede modificar las leyes constitucionales, mas no reemplazar la Constitución (Atria, 2013, p. 34).

<sup>17</sup> Esto supone, sin embargo, distinguir entre Constitución y ley constitucional. Solo la primera sería indisponible para la potestad de reforma, no la segunda. Nada de ello acontece en el trabajo indicado. Sobre la distinción, Schmitt (2008, pp. 67-68). El profesor Díaz de Valdés fue de temprano, además, de una opinión similar. En efecto, esgrime en favor del control constitucional de las reformas el que se trate de unas que apuntan a desfigurar el rol mismo de las constituciones (aunque con ejemplos muy concretos), las que atenten en contra de “los contenidos más fundamentales de la norma de mayor jerarquía”, la protección de los derechos fundamentales integrados al ordenamiento jurídico por medio del art. 5, inc. 2º CPR y una noción que ancla en el origen de la constitución una calidad de representación que no estaría presente en las reformas (Díaz, 2006, pp. 152-159).

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, considerando 6º.

<sup>19</sup> Véase, en general, Roznai (2016)

<sup>20</sup> El concepto “estructura básica” está tomado de la experiencia india inaugurada en 1973, luego replicada en otros países, conforme a la que las reformas constitucionales no pueden dañar o destruir las características centrales o la arquitectura básica de la constitución (Krishnaswamy, 2009). En efecto, en el caso Corte Suprema de la India, Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors vs. State Of Kerala And Anr, de 24 de abril de 1973, pár. 787(3), la Corte Suprema de la India sostuvo que: “Though the power to amend the Constitution under article 368 is a very wide power, it does not yet include the power to destroy or emasculate the basic elements or the fundamental features of the Constitution”.

<sup>21</sup> Este es, justamente, el derrotero que han seguido algunas cortes de la región para declarar que hay un límite implícito de las reformas constitucionales que pretenden redefinir (antes que solo enmendar) la decisión constitucional por medio de la potestad de reforma. La doctrina opera en dos sentidos: para limitar la inmiscusión de la potestad de reforma en la estructura básica de la constitución, por una parte, como para limitar la intromisión de los poderes constituidos en el desempeño y funciones del constituyente, por otra (Colón-Ríos, 2011, pp. 365-388). No se trata, desde luego, de la única justificación que se ha ofrecido para revisar sustantivamente las reformas constitucionales. Desde una perspectiva que toma una distancia con la que denominan “la teoría clásica del poder constituyente”, Marianne Poehls y Sergio Verdugo han argumentado que esa atribución también podría ejercerse a efectos de defender “los presupuestos jurídicos que hacen posible la estabilización de aquellos procesos políticos que permiten la actividad democrática representativa”, los que bien pueden trascender, aunque no necesariamente lo hagan, el resguardo de la “estructura básica” (Poehls y Verdugo, 2021, p. 263). Véase también pp. 268-277.

Como puede advertirse, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales podría justificar la existencia de un control sustantivo de los proyectos de ley de reforma constitucional, si es del caso que se trata de proyectos a través de los que el poder legislativo intenta ingresar a la *estructura básica* de la decisión constitucional. Por cierto, aunque este control en general se lleva a cabo por tribunales, nada obsta a que pueda considerarse una alternativa diferente<sup>22</sup>. En Chile, la doctrina fue recepcionada recientemente por el TC, en la sentencia *Retiros 2*.

Recuérdese que, en medio de la pandemia por el covid-19, los Estados recurrieron a diversas medidas para paliar las necesidades económicas de las personas, en especial de aquellas que, por las restricciones de movilidad, se vieron impedidas de seguir trabajando y ganando el sustento. Dentro de esas medidas, en Chile un grupo de integrantes del Congreso Nacional propuso permitir a las personas echar mano a una fracción (el 10 %) de los recursos que han ido cotizando mensualmente en sus cuentas de capitalización individual<sup>23</sup>. Como el proyecto modificaba “las normas sobre seguridad social o que incidan en ella”, tal como dispone el artículo 65 N° 6 de la CPR, su discusión solo podía iniciarse por el Presidente de la República, quien no accedió.

Por ello, los y las proponentes decidieron presentar una reforma constitucional que se incorporaría en las disposiciones transitorias del texto constitucional. Como era una reforma constitucional, las disposiciones sobre iniciativa exclusiva que gobiernan la formación de la ley no tendrían efecto aquí. Un primer proyecto de este tipo —*Retiros 1*— fue aprobado masivamente por el Congreso Nacional (Ley N° 21.248, 2020). El masivo apoyo congresal, así como la alta adhesión ciudadana a la medida, hicieron que el Presidente de la República no cuestionara (constitucionalmente) la medida. En efecto, ni la vetó ni llevó el proyecto —que algunas voces acusaron de inconstitucional— al TC<sup>24</sup>. En el breve tiempo se propuso un segundo proyecto, *Retiros 2*. Esta vez la presidencia sí recurrió al TC. En o medular, sostuvo que el camino escogido por el Congreso de aprobar el retiro excepcional a través de una reforma constitucional, violaba la Constitución (Prensa Presidencia, 2020).

El requerimiento se construía sobre la base de tres reclamos principales. En primer lugar, sostuvo que violaba el artículo 127 de la CPR al introducir lo que denominaba una reforma implícita al texto constitucional, echando mano, sin embargo, de una disposición transitoria. En segundo lugar, se indicó que el proyecto versaba sobre materias propias del artículo 19 N° 18 de la CPR, donde se asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social. Por lo tanto, se trataba de una reforma que debía haber sido votada por las dos terceras partes de cada cámara y no, en cambio, como había acontecido, por sus tres quintas partes —quórum que, de acuerdo con la práctica interpretativa del Congreso Nacional, ha gobernado la inclusión de disposiciones transitorias—. Finalmente, se argumentó que la reforma vulneraba la iniciativa exclusiva del presidente establecida en el artículo 65 de la CPR, en la medida que ella disponía una exención tributaria (N° 1) y modificaba las normas sobre seguridad social (N° 3) —dos de las materias cuya discusión legislativa solo podía iniciar la presidencia—.

<sup>22</sup> Es decir, que la evaluación de si una enmienda invade la “estructura básica” pueda ser política (Roznai, 2019, p. 12). Ese el camino que había adoptado la Propuesta de Nueva Constitución rechazada en septiembre de 2022, la que establecía, antes que un control judicial de las reformas, un procedimiento agravado de reforma en caso de que se quisiera abordar la “estructura básica”. A diferencia de lo que acontece hoy, donde esa definición queda en manos de un tribunal —lo que justifica, acertadamente, la oposición de la profesora Henríquez arriba reseñada—, allí la determinación de esa estructura la había adoptado el poder constituyente. Sobre el mecanismo de reforma y reemplazo allí contemplado, Albert (2022, p. 1590 y ss.).

<sup>23</sup> Se trata de una medida excepcional, pues el sistema de pensiones chileno no contempla(ba) la posibilidad de retiros anticipados, esto es, antes de alcanzar la edad de jubilación y con finalidades distintas de las de cubrir las pensiones reguladas en el Decreto Ley N° 3.500 (1980).

<sup>24</sup> Consultado específicamente sobre el punto, el Presidente de la República señaló que esperarían que terminara el proceso legislativo (Flores, 2020).



El TC declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional. Para afirmar su competencia, sostuvo que sus atribuciones (la del artículo 93, N° 3 de la CPR) incluyen la revisión de las “cuestiones de constitucionalidad” que se susciten durante la tramitación — entre otros — de los proyectos de reforma constitucional” (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 9° y ss.). Por cierto, el TC no podría haber sostenido que las reformas serán declaradas contrarias a la Constitución cada vez que colisionen con ella, pues ello haría impracticable la potestad de reforma. ¿Cuál es, entonces, el alcance de esta atribución? El TC argumentó que la potestad de reforma debe observar ciertas limitaciones, más allá de las de carácter procedimental. ¿Dónde se encuentran esas limitaciones? No en el Capítulo XV, a propósito del procedimiento de reforma constitucional, como hemos revisado, sino que se trata de límites implícitos. ¿Implícitos dónde? El TC parte invocando algunas citas y referencias a la denominada doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales —que, como diremos, no vuelve a retomar— (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 7° y ss.).

En particular, el TC dibujó dos clases de límites implícitos conforme a los que contrastaría la reforma bajo análisis. Son inválidas, afirmó, aquellas normas que afectan lo que antes denominamos la estructura básica de la Constitución, y que el TC, en este caso en particular, parece alojar en las denominadas Bases de la Institucionalidad y en el capítulo sobre Derechos y Deberes constitucionales –Capítulos I y III del texto constitucional– (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 6 y ss.)<sup>25</sup>. Enseguida, sostuvo que serían inválidas, además, las reformas que “pervierten la Constitución y pretenden desentenderse de los requisitos exigidos por el Estado de Derecho”, en especial cuando se trata de normas que incurren en falta de “hiperconstitucionalización”, es decir, cuando se sobrecarga el texto con contenidos no la competencia de la ley” (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 12°).

No diremos nada sobre este argumento, por ahora, ni sobre la forma en que se aparta de la copiosa evidencia que el mismo tribunal invocó (Roznai, 2019). Sí, en cambio, queremos anotar el vacío e incoherencia del resto de la sentencia, contrastada con los criterios que había esbozado el propio TC. En efecto, el desarrollo no explica; tal es el vacío; por qué la regla de iniciativa exclusiva del Presidente de la República —que se habría visto severamente afectado por la reforma— formaría parte de la estructura básica de la Constitución. Esto, mientras no logra articular de forma adecuada (ahí se encuentra la incoherencia) la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

En efecto, el especial lugar que el TC asigna a Capítulos I y III del texto constitucional, lo empujan a sostener que ello genera la “imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella” (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 32°). Este sería, como hemos dicho, el límite implícito. Sin embargo, formulado de esta forma se genera una intangibilidad amplísima respecto de la totalidad de las normas allí contenidas. Cabrían, acá, tanto la determinación de Chile como una república democrática (Constitución, 1980, artículo 4), como las reglas sobre emblemas nacionales (Constitución, 1980, artículo 2), el principio de igualdad (Constitución, 1980, artículo 19 N° 2°) y las normas referidas al Consejo Nacional de Televisión (Constitución, 1980, artículo 19 N° 12°, inciso 6°). Todas ellas, en la visión del TC, compartirían el mismo *pedigree*.

Pero fuera de la tosquedad con que el TC determina los límites implícitos de la potestad de reforma, lo más problemático —como venimos diciendo— es que en ellos no se encuentra la iniciativa exclusiva presidencial. De hecho, debemos comenzar descartando que la iniciativa exclusiva puede rastrearse al origen de la República. En rigor, ella solo se introduce en el marco de los ajustes a la Constitución de

<sup>25</sup> En efecto, el TC se refirió a estos capítulos como la “esencia de un Estado de Derecho”, donde se contienen los “elementos nucleares” y las “bases inamovibles de la institucionalidad”.

1925 (Frei, 1970, p. 39 y siguientes). ¿Se altera el carácter de república democrática de Chile cuando se aborda<sup>26</sup> la iniciativa exclusiva por medio de una reforma constitucional? De hacerlo, ello no se justifica en la sentencia. Tampoco se trata de una de las características esenciales del presidencialismo (Linz, 1997; Lijphart, 1999, p. 117 y siguientes)<sup>27</sup>. El modelo presidencial estadounidense, sin ir más lejos, no la contempla (Dam, 1977, pp. 277-282).

Ahora podemos advertir la incoherencia. Recuérdense que, de acuerdo con el TC, los límites implícitos a la potestad de reforma importan la “imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella” (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 32°). Sin embargo, respondiendo a uno de los reclamos de la parte recurrente, a saber: que el proyecto versaba sobre materias propias del artículo 19 N° 18 CPR (el derecho a la seguridad social) y que, por lo tanto, debió haberse aprobado por un quórum de las dos terceras partes en vez de por las tres quintas partes, como había ocurrido, el TC deja sin efectos su tesis de la intangibilidad.

Lo primero es evidente. Si una parte del Capítulo III —el recién mencionado artículo 19 N° 18 CPR— podía modificarse, aunque sea por dos tercios de los votos, entonces ese capítulo no se erige como un límite implícito a la potestad de reforma (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 20°)<sup>28</sup>. El resto del argumento del TC es aún más incoherente. En efecto, de acuerdo a los argumentos de los requirentes, admitidos por el TC, la materia debió haberse regulada por medio de una ley de quórum calificado, en los términos en que lo ordena el mismo artículo 19 N° 18. Como la materia no se reguló por ley —como según el TC debía hacerse—, sino que se abordó por medio de una reforma constitucional, el TC enarbó su doctrina de la hiperconstitucionalización:

[c]ree, en este entendido, el [TC] que el Proyecto de Ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quórum calificado de exclusiva iniciativa presidencial (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 22°).

¿Por qué esto termina siendo más incoherente? Porque ya no ocurre solo que una norma del Capítulo III puede modificarse, sino que, además, *debe* regularse por medio de una ley (aunque exigiría la iniciativa exclusiva del Presidente de la República). Por lo tanto, no hay forma de conciliar las alternativas de reforma y/o regulación de un asunto con la misma doctrina del TC conforme a la que ese mismo asunto no podía modificarse. La incoherencia sobre la que acá llamamos la atención, desde luego, no tiene solución en los fundamentos del fallo. La supuesta prohibición de *hiperconstitucionalización* de materias reservadas competencialmente al legislador, no es fundamentada con la doctrina de la *estructura básica* o con otros principios o valores similares que puedan sostener su asidero bajo la Constitución de 1980.

## 2. Recalificando preceptos legales: *Rentas Vitalicias*

Los casos de *Rentas Vitalicias* surgen en el marco de un procedimiento de reclamo de ilegalidad en contra de una instrucción de la Comisión para el Mercado Financiero (Oficio Circular N° 1.208 del 30 de abril de 2021) sobre cómo ejecutar la obligación contenida en la Disposición 50a transitoria de

<sup>26</sup> Cuestión que afirmamos solo para el efecto del argumento. En rigor, la reforma no abordaba la iniciativa exclusiva, sino que solo la entendía acotada a las iniciativas de ley y no de proyectos de reforma constitucional.

<sup>27</sup> Con ejemplos, véase Bulmer (2017).

<sup>28</sup> “El proyecto de reforma constitucional requiere, entonces, para ser aprobado, el voto conforme de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, lo cual justifica declarar la inconstitucionalidad solicitada por este concepto...” (Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-2020, c. 30°).

la Constitución. Pendientes las causas ante la Corte de Apelaciones de Santiago, se interpusieron siete acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>29</sup> en contra de distintos preceptos contenidos en la Ley N° 21.330, que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias<sup>30</sup>. El artículo único de dicha ley de reforma constitucional creó la disposición 50a transitoria, que autorizó un retiro voluntario que permitía adelantar el pago de rentas vitalicias por el monto equivalente a un 10 % del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado con su compañía de seguros. Dicho pago tenía el tope de 150 Unidades de Fomento.

Los argumentos de las aseguradoras tienen tres partes: i) la negación del carácter de reforma constitucional de la disposición 50a transitoria; ii) la vulneración del derecho de propiedad de las aseguradoras, al establecer un pago anticipado que no sería reconocido por el contrato de renta vitalicia; y iii) otras contravenciones constitucionales, relativas al contenido del derecho a la seguridad social y la igualdad ante las cargas públicas. Para efectos de este comentario, nos enfocaremos en el problema sobre la naturaleza de la disposición 50a transitoria y sus consecuencias en materia de control.

Al tratarse de un examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el objeto de control es, por expresa disposición constitucional, un “precepto legal” (Constitución, 1980, artículo 93 N° 6; Ley 17.997, 2010, artículo 31 N° 6). La doctrina ha entendido que bajo la expresión precepto legal es posible identificar una norma jurídica de rango legal (Contreras y Lovera, 2020, p. 228; Pica, 2012, pp. 85-86), entre las que encontramos las siguientes fuentes formales: leyes –propriadamente tales–, decretos con fuerza de ley y decretos leyes (Nogueira, 2014b, p. 223). La determinación de si la disposición 50a transitoria es o no una norma constitucional es crucial para el objeto de control de inaplicabilidad y para circunscribir las competencias de revisión judicial del TC.

El TC estimó que la Ley N° 21.330 era una *autodenominada o autoproclamada* ley de reforma constitucional (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 1-6°). Explícitamente, afirmó que “la Ley N° 21.330 no puede estimarse como una ‘reforma constitucional’ aséptica e indiscutida en cuanto a su plena conformidad con la Carta Fundamental” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 16°), por lo que no es posible “atribuírsele *gratuitamente* la categoría de ‘Reforma Constitucional’ a efectos de evadir la iniciativa exclusiva presidencial y, además, de poder esquivar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en su contra” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 18°). En otros términos, negó el carácter de reforma constitucional y relegó la disposición transitoria en cuestión a un precepto legal a efectos del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Dicha conclusión está precedida de los siguientes argumentos:

## 2.1. Argumentos generales relativos al orden institucional y el reparto de competencias

El TC parte de la base de que las consideraciones que adoptó en el caso *Retiro 2* son aplicables a los casos de *Rentas Vitalicias* (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 3°), sin perjuicio de que se trata de dos controles de constitucionalidad completamente distintos. El TC conminó a que los colegisladores

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°11.230-21-INA, de 17 de marzo de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N° 11.350-21-INA, de 31 de marzo de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N°11.559-21-INA, de 17 de marzo de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N° 11.560-21, de 26 de abril de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N°11.633-21-INA, 31 de marzo de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N°11.683-21-INA, 17 de marzo de 2022; Tribunal Constitucional, Rol N°12.143-21-INA, 28 de abril de 2022.

<sup>30</sup> Ley N° 21.330 (2021).

obrarán en forma coordinada y dentro de sus competencias<sup>31</sup>, puesto que, bajo su criterio, las reglas de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República son aplicables a las reformas constitucionales (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 4º)<sup>32</sup>.

La decisión en *Rentas Vitalicias* tiene una mirada crítica a la labor legislativa de los parlamentarios, asentada en una lectura originalista de la Constitución (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 8º). Citando a Francisco Cumplido o a Alejandro Silva, el TC sostiene que la iniciativa parlamentaria en materia de seguridad social sería parte de un régimen de irresponsabilidad (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 8º), que podría ser ejercida en forma errada e inorgánica por desconocimiento técnico del problema (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 9º). La contracara sería la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, orientada a “infundir en los destinatarios de las materias concernidas una cierta estabilidad” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 10º).

Adicionalmente, el TC insinúa un criterio de omnicontrol de normas. Sostiene que “carece de todo asidero la idea de que un acto administrativo pueda resultar inmune a la jurisdicción, y que —además— sería irrecurrible la ley en que dicho acto se basa” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 14º). En virtud de ello, afirma que “[u]na tal exención o inmunidad jurisdiccional, no reconoce precedentes en el derecho público chileno” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 14º). Sin embargo, tales afirmaciones no pasan de ser meras declaraciones genéricas que no se anclan, debidamente, en competencias de control expresamente conferidas a determinados órganos lo que, necesariamente, obliga a distinguir entre el control de actos administrativos respecto de reformas constitucionales, como es en el caso en comento.

Este grupo de argumentos que presenta el TC son genéricos y tratan de fundir los razonamientos expresados en el caso *Retiro 2* con los casos de *Rentas Vitalicias*. Se trata de la enunciación de ciertas afirmaciones genéricas a favor del Estado de Derecho, sin mayores especificaciones competenciales, salvo por forzar la aplicación de la regla de iniciativa exclusiva del Presidente de la República a la tramitación de reformas constitucionales. En lo demás, descansa en una mirada negativa sobre el mérito político de la iniciativa parlamentaria y en una aserción general a favor del control de cualquier norma del ordenamiento jurídico.

## 2.2. Los argumentos relativos a la competencia del TC

El segundo grupo de argumentos buscan respaldar la competencia de control represivo de reformas constitucionales, por parte del TC. Para ello, apela tanto a argumentos procesales generales como a características particulares de la reforma objeto de examen.

En efecto, desde el punto de vista general, el TC afirma su deber de inexcusabilidad de resolver la acción de inaplicabilidad (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 16º). Pero habría que anotar, como es obvio, que de tal deber no se sigue que deba estimarse competente ni que una reforma constitucional pueda ser objeto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Otro argumento general es aquel que conecta el principio del Estado de Derecho *real*, con cierto contenido en el que

<sup>31</sup> Esto sería parte del principio de garantía institucional de la República, consagrado en el artículo 6 de la Constitución. Véase Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, considerando 3º.

<sup>32</sup> Nótese que este reparo es extendido, por el TC, a la habilitación regulatoria a la CMF en la Disposición 50ª Transitoria. Véase: Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, considerando 6º.

el control de constitucionalidad de las leyes no puede confiarse al mismo órgano infractor: desde el Código de Justiniano viene resonando como verdad eterna en la historia de la humanidad que “nadie puede ser juez de su propia causa” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 16°)

A continuación, califica la reforma constitucional y sostiene que: “no puede estimarse como una ‘reforma constitucional’ aséptica e indiscutida en cuanto a su plena conformidad con la Carta Fundamental” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 16°). Esta calificación es curiosa: el mismo TC reconoce que declaró inadmisibile el control preventivo de la reforma, pero inmediatamente agrega que tal rechazo “no implica abonar su ya por entonces cuestionada constitucionalidad [...]” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 16°). En este punto, para el TC parece bastar que la reforma constitucional haya sido cuestionada para negarle su carácter en cuanto tal, aun cuando un mero cuestionamiento – como es obvio– no produce su invalidez o incompatibilidad constitucional. El TC asume que la reforma aprobada eludió la regla de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 17°), pero no fundamenta cómo, cuestión que ya ha sido criticada previamente a la luz del caso *Retiro 2* (Bassa *et al.*, 2020). En función de lo anterior, el TC “concluye” que “no puede atribuírsele gratuitamente la categoría de ‘Reforma Constitucional’ a los efectos de evadir la iniciativa exclusiva presidencial y, además, de poder esquivar un recurso [*sic*] de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en su contra” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 18°).

Una línea argumental especial es la aplicación de la denominada “teoría de la realidad” al examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>33</sup>. El nombre es, al menos, curioso, puesto que en otras disciplinas se le denomina “principio” de realidad o de primacía de la realidad. En Derecho del trabajo, por ejemplo, es especialmente relevante en la calificación del contrato de trabajo, en tanto contrato consensual<sup>34</sup>. En el derecho administrativo, su uso ha sido acotado<sup>35</sup>. En este caso, el TC pareciera emplearlo para una calificación material o sustantivista de la fuente formal y, así, poder arrogarse una competencia de control. De acuerdo con las afirmaciones del TC, la “teoría de la realidad”, fundada en un “axioma”, es aquella en la cual:

las cosas son lo que determina su *esencia* y no su nomenclatura. El axioma de que en derecho las cosas son lo que son, con independencia de la denominación que se les dé, asume significación mayor desde que envuelve una facultad jurisdiccional inalienable, cual es la que tiene el juez para conocer, según su leal saber y entender, cuáles son realmente las premisas normativas y fácticas involucradas en un caso, para luego poder juzgar en consecuencia (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 18°).

De acuerdo con la interpretación del TC, esta teoría complementaría el alcance del deber de inexcusabilidad y su ejercicio de la jurisdicción. La calificación de un precepto legal dependería de su “esencia” y no de la forma en que fue producida y tal tarea de discernimiento correspondería al juez constitucional en el ejercicio de sus competencias. Este es el corazón del razonamiento del TC para permitirse controlar

<sup>33</sup> Antecedentes de la teoría de la realidad: Aróstica (2013), p. 271: “Salvado el principio de primacía de la realidad (en derecho las cosas son lo que determina su esencia y no su nomenclatura o denominación), aplicable cuando –por ejemplo– una simple providencia encubre una decisión: Corte Suprema 20.2.2002, RDJ 99 (2002) 2.5, 31-35. Análogo predicamento véase en sentencia de 11.1.2007 del Tribunal Constitucional (rol 591), respecto a un reglamento presidencial que se caratula como resolución exenta de origen ministerial (especialmente considerandos 25° y 26°)”. Sobre la aplicación de esta “teoría” de la realidad, a los casos de disposiciones transitorias, véase a Iñiguez (2020, p. 18).

<sup>34</sup> Por todos, Gamonal (2020, pp. 220-226).

<sup>35</sup> Para la aplicación del principio, en los dictámenes de la CGR, véase Contraloría General de la República, Dictamen N° E173171, de 10 de enero de 2022; Contraloría General de la República, Dictamen N° E160316, de 29 de noviembre de 2021; Contraloría General de la República, Dictamen N° E239939, de 8 de julio de 2022; Contraloría General de la República, Dictamen N° E33624, de 4 de septiembre de 2020; y Contraloría General de la República, Dictamen N° E245361N22, de 12 de agosto de 2022.

represivamente una reforma constitucional. En efecto, mientras las atribuciones del artículo 93 en ningún caso contemplan la posibilidad de control de reformas constitucionales *ex post*, el TC considera que para determinar si una norma es calificable como precepto legal o no, habrá que atender a su *esencia*, “más allá de su cobertura formal” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 19°). Para determinar esa esencia, el TC da pocos indicios.

En primer término, estima que la naturaleza sería una ley “a la luz de su propio objeto, denotativo de un contenido nada abstracto y detentor de un grado de concreción al detalle” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 19°). Para el TC, se busca evitar una “deformación llamada ‘hiperconstitucionalización’” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, c. 20°). Es claro que el *grado de concreción* de un enunciado es una propiedad que difícilmente permite discernir qué sería un “precepto legal” y qué sería una “reforma constitucional”. Un enunciado como “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir” (Código Civil, 1855, artículo 45) bien podría no calificar de precepto legal, mientras que la regla que dispone que “[e]xistirán fiscales adjuntos que serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del fiscal regional respectivo, la que deberá formarse previo concurso público, en conformidad a la ley orgánica constitucional [...]” (Constitución, 1980, artículo 88) quizás debiera ser considerada de rango legal<sup>36</sup>. Este criterio de delimitación de la *esencia* de enunciados, difícilmente podrá disciplinar la competencia del TC.

En segundo lugar, el TC afirma que el quórum de aprobación de una norma no determina el carácter de la ley —por ejemplo, si es una ley orgánica constitucional o de quórum calificado— (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021). Pero este criterio no permite determinar, nuevamente, cómo calificar la *esencia* de un enunciado en términos de reforma o de precepto legal. En ese entendido, ni siquiera sirve como criterio negativo, para descartar que estamos ante uno u otro. Es más, el argumento desconoce que, mientras las LOC o LQC tienen reservas de ley tipificadas en la Constitución, las reformas constitucionales carecen de aquello.

En un tercer punto, el TC reclama auxilio de una interpretación “más allá del mero literalismo” para justificar la conexión de la “teoría de la realidad” con el fin de “desentrañar la verdadera naturaleza de un acto jurídico” (Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021; Tribunal Constitucional, Rol N° 591-1996). Este nuevo argumento no tiene utilidad para discernir la esencia de un precepto legal ni sirve como criterio negativo. A lo sumo, pretende autorizar al intérprete a relajarse frente al marco del lenguaje. En cualquier caso, su utilidad es limitada y no contribuye a la tesis esencialista (salvo en la flexibilidad que brinda al intérprete para ejercer sus propias competencias)<sup>37</sup>.

### 3. Desformalizando las competencias de control: las consecuencias de *Rentas Vitalicias*

Las sentencias en *Rentas Vitalicias* aumentaron los poderes de revisión del TC, en contra de los mismos aforismos en los que busca sustentar su propia decisión. Esta es la consecuencia más crítica para el reparto de competencias y el principio de separación de funciones estatales que establece la Constitución.

<sup>36</sup> Véase, *mutatis mutandi*, Atria (2013, pp. 1-38).

<sup>37</sup> El TC finalmente cita dos precedentes para justificar su tesis esencialista: Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 591-96, con la que inauguramos este artículo y en donde el TC amplió su competencia para calificar resoluciones exentas como decretos supremos. El otro caso es la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5031-18, caso en el cual se examinó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces.

En primer término, la decisión desformalizó el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico nacional, al adoptar un concepto “esencialista” o “sustancialista” de lo que se entiende por precepto legal. Una de las consecuencias directas de la decisión de inaplicabilidad es que su objeto de examen —el “precepto legal”— es susceptible de una identificación que obedece a ciertas propiedades materiales que no son especificadas y no a su forma de producción ni a su jerarquía. En otros términos, aquello que constituye un “precepto legal” depende de la concurrencia de estas características materiales que, oscuramente, presenta el TC. En este sentido, la decisión sobrepasa a la opinión dominante de la doctrina, que había circunscrito sólo ciertas fuentes formales como aquellas posibles de ser subsumidas bajo el concepto de “precepto legal”<sup>38</sup>. Esta comprensión del objeto de control hace más incierta las fuentes formales susceptibles de revisión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y diluye las fronteras entre precepto constitucional y precepto legal.

En segundo lugar, la interpretación del TC aumenta sus poderes de revisión en sede de control represivo de constitucionalidad. En efecto, al autorizar una evaluación “material” de las fuentes formales susceptibles de ser inaplicadas, el TC ensancha su competencia de revisión judicial de normas, más allá de los contornos estrictos de la inaplicabilidad. Además, distorsiona los límites entre sus propias competencias. Esto es observable en dos hipótesis. En la primera de ellas, que es la que se analiza en estas sentencias, el TC ha entendido que una reforma constitucional es susceptible de control represivo de constitucionalidad. Sin embargo, la reforma constitucional sólo aparece como objeto de control en las atribuciones del artículo 93 N° 3 de la Constitución, es decir, en el control preventivo facultativo del TC. A través de esta interpretación, el TC se arroga la potestad de controlar no sólo preventiva sino también represivamente una reforma constitucional, yendo más allá del diseño original de reparto de competencias definidas por la Constitución. La segunda hipótesis es similar en sus consecuencias pero distinta en la jerarquía de la norma objeto de control. Eventualmente, un reglamento puede ser calificado “materialmente” como ley y, por lo tanto, susceptible de ser llevado ante el TC a través de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Pero ello desvirtúa el control represivo que la misma Constitución ha reservado a la potestad reglamentaria. En efecto, con reglas muy distintas —particularmente sobre legitimación activa—, la Constitución reserva el examen de constitucionalidad de decretos supremos a la atribución del artículo 93 N° 16. Bajo dicha atribución, el TC sólo conoce a requerimiento “de cualquiera de las Cámaras” y, cuando se tratase de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, “podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento”. Pero ahora, en virtud de la calificación “sustancialista” de normas, es posible que las partes en un proceso vigente puedan interponer acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si logran acreditar que una norma reglamentaria es subsumible dentro del concepto material de “precepto legal” del TC.

En un tercer aspecto de las consecuencias de la decisión del TC, es posible advertir el desconocimiento o devaluación de la función política del quórum, como garantía que protege la Constitución y permite escalar en consenso democrático para adoptar decisiones. Una de las características más relevantes de las reformas constitucionales es la exigencia de un quórum más alto para la aprobación, modificación o derogación de normas constitucionales. En el texto original de la Constitución, el quórum estaba diferenciado en virtud de la individualización de ciertos capítulos de la misma. La regla general era un quórum que exigía las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio (antiguo artículo 127,

<sup>38</sup> Véase, en general, Henríquez (2016, p. 129); García *et al.* (2016, p. 801); Zúñiga (2006, p. 143); Pica (2012, pp. 85-86); Nogueira (2014, pp. 222-230). Respecto de la excepción del Reglamento del Registro Conservatorio, véase Peña (2007, pp. 48-49).

inciso segundo). La excepción eran ciertos capítulos que exigían dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (antiguo artículo 127, inciso segundo)<sup>39</sup>.

En el caso *Rentas Vitalicias*, la disposición 50a transitoria fue aprobada con un quórum de tres quintas partes de los parlamentarios en ejercicio. Posteriormente, con la reforma de la Ley N° 21.481<sup>40</sup>, el quórum actual de reforma es de cuatro séptimos de los parlamentarios en ejercicio, sin diferenciación de capítulos (artículo 127, inciso segundo). Pese a la rebaja y uniformización, sigue siendo un quórum contramayoritario elevando las exigencias de consenso parlamentario para su aprobación. La exigencia de una supermayoría está diseñada en clave de una garantía no jurisdiccional de la rigidez constitucional y de la estabilidad del sistema constitucional. Desde otra mirada, es un mecanismo político de protección de la Constitución: la protección de las normas constitucionales está dada por el consenso político que las sustentan y, por ello, para modificarlas, se exige una votación superior a la mayoría de los parlamentarios. Uno de los efectos de la decisión es menospreciar el valor que tiene el consenso político alcanzado para lograr una reforma constitucional y someterla a un control *ex post* no autorizado bajo las atribuciones del TC. Las competencias del TC también tienen una lógica de atribución en función del diseño político que brinda la garantía del consenso supramayoritario. Por ello puede ser razonable un control procedimental de reformas constitucionales, que cautela el cumplimiento del quórum pero, a la vez, excluye su control represivo —sobre todo, de los contenidos de la reforma constitucional—. Sin embargo, la decisión del TC diluye todas estas posibilidades de reconstrucción de las competencias del mismo tribunal con relación a las garantías políticas del sistema constitucional.

Un último punto se observa al completar el círculo: el TC se arroga una competencia de supremo intérprete de la Constitución, incluso contra los órganos con competencias de reforma constitucional, para violar la misma separación de funciones propia del Estado de Derecho<sup>41</sup>. Todo aquello bajo la superación del literalismo y en aras de la presunta tutela del Estado de Derecho. En efecto, si bien el TC dedica extensos considerandos en justificar su decisión con base en el orden institucional y el reparto de competencias, lo hace a costa de la misma Constitución que le instituye y le delimita su poder.

<sup>39</sup> El texto original de la Constitución establecía dos reglas sobre el quórum de reforma constitucional. La regla general estaba en el artículo 116: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.” La regla especial, en el artículo 118:

Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán, en todo caso, la concurrencia de voluntades del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, y no procederá a su respecto el plebiscito.

Los proyectos de reforma que recaigan sobre los capítulos I, VII, X y XI de esta Constitución deberán, para ser aprobados, cumplir con los requisitos señalados en el inciso anterior.

En el año 1989, se modifican estas reglas a partir de la Ley N° 18.825. En conformidad con lo anterior, se mantuvo la regla general de un quórum de tres quintos de los parlamentarios en ejercicio para la reforma constitucional y se simplificó la regla especial de dos tercios, especificando capítulos: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las *tres quintas* partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las *dos terceras* partes de los diputados y senadores en ejercicio” (artículo 127, inciso 2°). Con la reforma de la Ley N° 21.481, se estableció una regla única de quórum: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las *cuatro séptimas* partes de los diputados y senadores en ejercicio” (artículo 127, inciso 2°).

<sup>40</sup> Ley N° 21.481 (2022).

<sup>41</sup> Conviene recordar, en este punto, las palabras de Nogueira (2014, p. 227): [e]l Tribunal Constitucional es un órgano constituido con *competencias taxativamente determinadas en el artículo 93 de la Carta Fundamental*, que no puede extender discrecionalmente según su voluntad, ya que ello vulnera el inciso 2° del señalado artículo 7° de la Constitución.



## 4. Conclusiones y alternativas

En este trabajo, hemos repasado el estado actual de la discusión sobre las enmiendas constitucionales inconstitucionales en Chile. Se trata de una actualización, pues, fuera del debate doctrinario que hemos anotado y que desde hace algunos años viene dándose en Chile, hemos podido ahora —a la luz de las experiencias jurisprudenciales recientes— complementar lo que hasta entonces eran solo propuestas académicas.

Tanto en el caso de la sentencia *Retiro 2*, como en el caso de *Rentas Vitalicias* —sobre el que hemos posado la atención en este trabajo—, el TC se ha insertado en una nueva, no obstante, frondosa y bastante extendida, práctica constitucional: la de utilizar sus potestades de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales para declarar las mismas, por paradójal que parezca, contrarias a la Constitución.

En el caso *Retiro 2*, el TC ha descansado en sus atribuciones para ir más allá del control de procedimientos y competencias, como había alentado alguna parte de nuestra doctrina. En efecto, y echando mano de esas atribuciones, se animó a identificar, un cúmulo de disposiciones cuya enmienda queda fuera del alcance del poder que se ejerce al desarrollar la potestad de reforma, aun cuando el texto constitucional no lo prevé. Fuera de las contradicciones internas de esa sentencia, que hemos advertido, acá el TC descansó en su propia apreciación de lo que sería un conjunto de materias que —esto es lo propio de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales— estará solo abierta a ser revisada por el poder constituyente, más a través de la potestad de reforma.

En el caso *Rentas Vitalicias*, ahora, el TC aumentó los poderes de revisión del TC. En efecto, si en *Retiro 2* el control de una reforma constitucional se había realizado a partir de las atribuciones de control de las mismas, acá el TC arrancó a partir de una serie de acciones de inaplicabilidad. Para ello, la declaración de inconstitucionalidad de la reforma se hizo de forma indirecta: a costa de desformalizar el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico nacional, adoptó lo que hemos denominado un concepto *esencialista* o *sustancialista* de lo que se entiende por precepto legal. De esta manera, el TC se autoatribuyó la potestad de determinar, sobre la decisión del poder legislativo —o más bien reemplazando la misma— cuando un determinado resultado del trabajo legislativo es una ley y cuando, en verdad, es una reforma constitucional. Como hemos dicho, esto sobrepasa, incluso, la opinión de la doctrina que se había manifestado favorable a un control sustantivo de las reformas constitucionales.

Si, como alguno de nosotros ha sostenido, en algunas ocasiones el TC se había animado a rectificar preceptos legales a efectos de gatillar sus atribuciones de control de constitucionalidad (Lovera, 2022, pp. 38-41), acá va más lejos al rectificar no solo la clase de ley, sino que la evaluación —una forma recargada de recalificación— *material* de las fuentes formales susceptibles de ser inaplicadas.

El contexto de reemplazo constitucional que el país vive hace varios años, abre espacios para encarar este asunto de forma directa. La experiencia comparada muestra que existen diversas alternativas.

Una de ellas consiste en reconocer a nivel constitucional las disposiciones o secciones en las que estaría contenida la “estructura básica” de la Constitución, habilitando expresamente al órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad su revisión. Como ha apuntado Roznai (2017, pp. 197-198), tales son los casos de Túnez, Ucrania y Angola, por nombrar algunos. En esta última experiencia, por ejemplo, el art. 227, letra c) la Constitución angoleña de 2010, dispone que: “Todos los actos que constituyan violaciones de principios y normas constitucionales serán objeto de revisión de su constitucionalidad, concretamente: c. Revisiones de la Constitución”.

La segunda alternativa, la peor, nos parece —en la medida que deja las cosas tal como están y ello hace depender todo de un tribunal—, es dejar las cosas tal y como están. Esto es, dejar un solo procedimiento para la reforma constitucional, en la que no se identifique —sea en el propio capítulo u otros— las secciones en las que estaría contenida la estructura básica de la Constitución y, por ende, el espacio vedado al poder de reforma. Como hemos mostrado acá, ello supone depositar la confianza absoluta en la decisión del órgano de control de constitucionalidad, el que puede bien obrar con prudencia y discreción, pero también desbordando sus poderes.

Por último, está la alternativa de resolver esto político-constitucionalmente. ¿Cómo? Diseñando un proceso de reforma constitucional que encare la reforma y el reemplazo de la Constitución en tres etapas, o sistema *multi-track* (Albert, 2019, p. 178). Esto supone un primer mecanismo de reforma constitucional, reservado para las reformas regulares de la Constitución, esto es, aquellas en las que se apunta a resolver problemas de diseño y funcionamiento de una Constitución o bien para profundizar los acuerdos ya contenidos en ella (Albert, 2020, pp. 31-42).

El segundo *track* o procedimiento de reforma, es uno que depende de una serie de decisiones de diseño constitucional. Primero, la identificación, como dijimos antes, a nivel constitucional, de las disposiciones o secciones en las que estaría contenida la estructura básica de la Constitución. Esto lo comparte con la primera alternativa. Sin embargo, en vez de dejar su interpretación y defensa a un órgano de control jurisdiccional, se adopta la decisión (a nivel de diseño constitucional) de abordar la defensa de esa estructura por medio de un procedimiento más agravado de reforma. Ello implica no solo el recurso a quórum más altos que los del procedimiento de reforma regular, sino incluso el recurso al pueblo. La explicación es sencilla: como se trata del ejercicio de la potestad de reforma, pero para ingresar a la estructura básica, esa potestad debe buscar *acercarse* o *aproximarse* lo más posible al depositario del poder constituyente (Cozza, 2021), por ejemplo a través de la necesidad de un referendo (Tierney, 2009), sin activarlo completamente, lo que se reserva para la tercera etapa: la del reemplazo total de la Constitución.

## Bibliografía

- Albert, Richard (2020): *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*. Oxford University Press.
- Albert, Richard (2020): *Reforma y desmembramiento constitucional*. Universidad del Externado.
- Albert, Richard (2022): “Constitutional Dismemberment in Constitutional Design”, *DPCE - Online*, vol. 53, N° 3: pp. 1585-1595. Disponible en: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1659>.
- Andrade, Carlos (1971): *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Aróstica, Iván (2013): “La actividad jurídica de la administración del Estado”, *Actualidad Jurídica*, N° 28: pp. 261-277. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-actividad-juridica-de-la-administracion-del-estado/>.
- Arriagada, Genaro (1999): “Algunas reflexiones sobre la génesis y fundamento de la justicia constitucional y de las reformas constitucionales que al respecto propicia el gobierno del Presidente Frei”, en Gómez, Gastón (ed.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*. Cuadernos de Análisis Jurídico - Ediciones UDP, pp. 23-27.
- Atria, Fernando (2011): “Jurimprudencia Constitucional”, en Marshall, Pablo (coord.), *Jurisprudencia Constitucional Destacada*. Legal Publishing.

- Atria, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa*. LOM Ediciones.
- Atria, Fernando (2016): *La Forma del Derecho*. Marcial Pons.
- Bassa, Jaime *et al.* (2021): “Un Tribunal imprudente: Sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional por el retiro anticipado de pensiones”, en Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente - Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*. Thomson Reuters, pp. 271-287.
- Bulmer, Elliot (2017): *Presidential legislative powers*. IDEA. 2a ed.
- Colombo, Juan (2005): “Tribunal Constitucional, integración, competencia y sentencia”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*. LexisNexis.
- Colón-Ríos, José (2011): “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia”, *Constellations*, vol. 18, N° 3: pp. 365-388. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>.
- Contreras, Pablo y Lovera, Domingo (2020): *La Constitución de Chile*. Tirant lo Blanch.
- Cozza, Joseph (2021): “Authorizing Revolutionary Constitutional Change: The approximation Thesis”, *Constitutional Studies*, vol. 7, N° 1: pp. 157-192.
- Dam, Kenneth (1977): “The American Fiscal Constitution”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 44, N° 2: pp. 271-230. Disponible en: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1586&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1586&context=journal_articles).
- Díaz de Valdés, José Manuel (2006): “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional”, en: *Sentencias Destacadas. Libertad y Desarrollo*, pp. 152-159.
- Evans de la Cuadra, Enrique (1973): *Chile, hacia una Constitución contemporánea - Tres reformas constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Flores, Jonathan (2020): “Piñera deja en suspenso opción de veto al retiro del 10%: ‘Vamos a esperar que termine el proceso’”, En *Radio BioBio*, 23 de julio. [Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/07/23/pinera-deja-suspenso-opcion-veto-al-retiro-del-10-esperar-termine-proceso.shtml>].
- Frei, Eduardo (1970): “La reforma constitucional en su contexto histórico-político”, en Frei, Eduardo *et al.*, *La reforma constitucional de 1970*. Editorial Jurídica de Chile.
- Gamonal, Sergio (2020): *Fundamentos de derecho laboral*. Der Ediciones, 5ª ed.
- García, Gonzalo *et al.* (2016): *Diccionario constitucional chileno*. Hueders.
- Harrison, John (2018): “The Political Question Doctrines”, *American University Law Review*, vol. 67, N° 2: pp. 469-76.
- Henríquez, Miriam (2016): *Las Fuentes del Orden Constitucional Chileno*. Thomson Reuters – UAH.
- Henríquez, Miriam (2018): “¿Límites materiales a la reforma constitucional?”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (ed.), *Una nueva Constitución para Chile*. Editorial Jurídica de Chile.
- Iñiguez, Andrea (2020): “Las disposiciones transitorias como mecanismo de reforma a la Constitución de Chile: un análisis a la luz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, causa rol 9797-20”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 4, N° 2: pp. 1-21.
- Krishnaswamy, Sudhir (2009): *Democracy and Constitutionalism in India: A study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford University Press.
- Lijphart, Arend (1999): *Patterns of democracy*. Yale University Press.

- Linz, Juan J. (1997): “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Qué diferencia implica?”, en Linz, Juan y Valenzuela, Arturo, *Las crisis del presidencialismo - Perspectiva comparativas*. Alianza Editorial.
- Lovera, Domingo y Vargas, Catalina (2021): “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 3. Disponible en: <https://doi.org/10.7764/R.483.4>.
- Lovera, Domingo (2022): “Tres advertencias: Tribunal Constitucional y el derecho adjetivo”, *Estudios constitucionales*, vol. 20, N° 1: pp. 27-55. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372021012000079&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021012000079&lng=es&tlng=es).
- Lübbert, Valeria (2010): “Control constitucional provocado del procedimiento legislativo”, *Revista Hemiciclo*, N° 2: pp. 23-43. Disponible en: [https://www.academiaparlamentaria.cl/wp-content/uploads/revistahemiciclo\\_N2.pdf](https://www.academiaparlamentaria.cl/wp-content/uploads/revistahemiciclo_N2.pdf).
- Nogueira, Humberto (2014): *Derecho Constitucional Chileno*. Thomson Reuters, Tomo III.
- Nogueira, Humberto (2019): *El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con tribunales constitucionales*. Tirant lo Blanch.
- Orrego, Cristóbal (1993): “Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20: pp. 59-67.
- Peña, Marisol (2007): Cuatro estudios de justicia constitucional, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 36. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/578.pdf>.
- Pica, Rodrigo (2012): *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Piedrabuena, Guillermo (1970): *La Reforma Constitucional*. Ediciones Encina Ltda.
- Poehls, Marianne y Verdugo, Sergio (2021): “Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentarios a las sentencias roles 9797-2020 y 10.774-2021”, en: *Anuario de Derecho Público*. Ediciones UDP, pp. 268-277.
- Prensa Presidencia (2020): “Presidente Piñera presenta requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por proyecto de reforma que permite nuevo retiro de fondos previsionales”. Disponible en: <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=168641>.
- Roznai, Yaniv (2019): *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- Real Academia Española (2014): *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. Disponible en: <https://dle.rae.es/>.
- Silva Cimma, Enrique (2008): *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/4396.pdf>.
- Schmitt, Carl (1996): *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Schmitt, Carl (2008): *Constitutional Theory*. Duke University Press.
- Suteu, Silvia (2021): *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford University Press.
- Tierney, Stephen (2009): “Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry”, *The Modern Law Review*, vol. 72, N° 3: pp. 360-383. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/20533255>.

- Verdugo, Sergio (2013): “La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional”, Revista Actualidad Jurídica, N° 28: pp. 299-314. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-objecion-democratica-a-los-limites-materiales-de-la-reforma-constitucional/>.
- Waldron, Jeremy (1999): Law and Disagreement. Oxford University Press.
- Zapata, Patricio (2008): Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, Francisco (2006): “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, Revista Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2: 415-434. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040118.pdf>.
- Zúñiga, Francisco (2006): “Control de constitucionalidad y sentencias”. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 34. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/577.pdf>.

### **Normas jurídicas**

- Decreto Ley N° 3.500 (13/10/1980), que establece nuevo sistema de pensiones.
- Decreto con Fuerza de Ley N°5 (10/8/2010), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Ley N° 17.284 (23/1/1970), que modifica la Constitución Política de la República de Chile.
- Ley N° 18.825 (17/8/1989), que modifica la Constitución Política de la República de Chile.
- Ley N° 21.248 (30/7/2020), de reforma constitucional que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica.
- Ley N° 21.330 (28/4/2021), que modifica la Constitución Política de la República de Chile para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias.
- Ley N°21.481 (23/8/2022), que modifica quórums de reforma de la Constitución Política de la República de Chile.
- Oficio Circular N° 1.208 de la Comisión para el Mercado Financiero (30/4/2021).

### **Jurisprudencia**

- Brown v. Allen* (1953): Corte Suprema de los Estados Unidos.
- Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors v. State Of Kerala and Anr* (1973): Corte Suprema de la India.
- Tribunal Constitucional: 28 de agosto de 2017 (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N° 3729-2017.
- Tribunal Constitucional: 30 de diciembre de 2020 (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N° 9797-2020.
- Tribunal Constitucional: 17 de marzo de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 11230-2021.
- Tribunal Constitucional: 17 de marzo de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 11559-2021.
- Tribunal Constitucional: 31 de marzo de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 11350-2021.

Tribunal Constitucional: 31 de marzo de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad),  
Rol N° 11633-2021.

Tribunal Constitucional: 26 de abril de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad),  
Rol N° 11560-2021.