

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Noviembre de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecococh.cl / E-mail: cecococh@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:
Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:
Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:
Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL
Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas, Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza, Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. eguiguren@speedy.com.pe

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzetttiluca@yahoo.it

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid, España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:

www.latindex.unam.mx
<http://biblioteca.atalca.cl>

Correo electrónico: cecoch@atalca.cl

Editado y distribuido por

EDITORIAL LIBROTECNIA

Bombero Salas 1369, Of. 408, Santiago • Chile

Fonofax: (56-02) 6967076

www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Control of constitutionality of the constitutional reform

Francisco Zúñiga Urbina *

RESUMEN

El artículo analiza el “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional”, y sostiene que este control por el Tribunal Constitucional se limita a la constitucionalidad de forma, y no a la constitucionalidad material y competencial, ya que el Poder Constituyente carece de límites positivos autónomos o internos efectivos.

PALABRAS CLAVE

Tipos de control de constitucionalidad, “cuestiones políticas”, Inexistencia de límites al Poder Constituyente.

ABSTRACT

The article analyzes the “Constitutionality Control of the Constitutional Reform” and sustains that this Constitutional Court control’s it’s restricted to the form constitutionally but not to the material constitutionality, since the Constituent Power has no positive autonomous or effective internal limits.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Director Asociación Chilena de Derecho Constitucional. zdc@zdcabogados.cl Recibido el 9 de agosto y aprobado el 30 de agosto de 2006.

KEY WORDS

Types of constitutionality control, political matters, inexistence of limits to the Constituent Power.

I. PROLEGÓMENOS

El tema que nos convoca en esta ocasión es el “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional”, es decir, determinar el alcance de este control en cuanto al tipo de inconstitucionalidad a declarar, control encomendado al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 N^{os} 3^o y N^o 5^o de la Constitución Política de la República (C.P.R.).

El tema plantea de modo directo varios tópicos muy trascendentales y de vivo debate en la doctrina nacional y en el Derecho Comparado, a saber: la existencia o no de límites jurídicos o positivos autónomos internos procesales o adjetivos (de tipo temporal) y sustanciales o materiales (implícitos o explícitos) al Poder Constituyente derivado, más allá del específico procedimiento y sus quórum ordinario y extraordinario de “Reforma Constitucional” del Capítulo XV (límite procesal formal).¹ Para un sector de la doctrina el Poder Constituyente originario y/ o derivado tiene límites que arrancarían del Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” y en especial del artículo 5^o inciso segundo que consagra la función limitativa de los derechos frente al poder público; límites que en lo concerniente al Poder Constituyente derivado se originan en las normas iusfundamentales, que disponen: el ejercicio de la soberanía (poderes constituidos en una hipótesis mínima) tiene como límite los “derechos esenciales” que emanan de la “naturaleza humana”; derechos fundamentales y por remisión, de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes, en virtud del párrafo segundo del artículo 5^o inciso segundo de la Constitución.²

El tema tiene extraordinaria gravitación, ya que los sistemas de Jurisdicción Constitucional están montados sobre la quiebra del principio de separación de poderes (Cappelletti), precisamente para salvar este principio, estableciendo un centinela del reparto de poderes efectuado por la Constitución. Sin embargo,

¹ La taxonomía de los límites al Poder Constituyente se toma de la obra de Jorge R. Vanossi: *Teoría Constitucional*. 2 vols., Edic. Depalma, Buenos Aires, 1975, tomo I, pp. 173-276. Sobre la “doctrina del Poder Constituyente” una obra clásica es de Carlos Sánchez Viamonte: *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 563-594.

² Esta doctrina es sostenida en nuestro medio por Humberto Nogueira Alcalá en diversos trabajos, con abundante apoyatura doctrinal. Consultar trabajo inédito del autor: *Los límites del Poder Constituyente y el Control de Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales en Chile*, 2006.

que un sistema de Jurisdicción Constitucional disponga el control de constitucionalidad de la reforma constitucional como ocurre en América Latina con Bolivia, Colombia, Costa Rica, Panamá, ello redundaría en situar a esta Judicatura como “poder constituido” en el seno del Poder Constituyente; lo que explica el temprano empleo de la doctrina de las “cuestiones políticas” sustantivas en América del Norte para sustraer a la reforma constitucional del campo de “revisión judicial de legislación”. También es un botón de muestra la crítica reciente, construida al calor de la tradicional doctrina de las “cuestiones políticas”, que en Argentina plantea la sentencia de “nulidad” de la Corte Suprema en el caso Fayt de 1999 referida a dos disposiciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994 (artículo 99 inciso 4, párrafo 3 y disposición transitoria undécima).³

Finalmente, un tema no menor a abordar en sus coordenadas elementales por ahora es la pertinencia de la doctrina de las “cuestiones políticas” como límite sustantivo y bastante abierto al control de constitucionalidad.

Nuestro planteamiento, expuesto con anterioridad en diversos trabajos, es que 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, quedando excluido del control constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento primitivo en orden a que el Poder Constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la Constitución o por remisión en el Derecho Internacional Convencional que sean objeto de justiciabilidad.⁴

En efecto, en nuestra lectura de las normas iusfundamentales concernidas en el debate sobre los supuestos límites jurídicos o positivos, autónomos o internos al Poder Constituyente, en especial del artículo 5º inciso segundo de la Constitución, es que tal cláusula consagra una norma de conducta, específicamente una norma de principio en orden a que el ejercicio de la soberanía (poderes constituidos) reconoce como “limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, norma que junto a una abstrusa filiación iusnaturalista, nada agrega a la función limitativa del poder político estatal que de suyo poseen los derechos humanos en general y los derechos fundamentales en particular y

³ Hernández, Antonio María: “El Control de Constitucionalidad de una Reforma Constitucional en el Derecho Argentino, Análisis del caso Fayt” en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Edita Instituto de Investigaciones Jurídicas y otras, México D.F., 2002, pp. 247-309.

⁴ Consultar Zúñiga Urbina, Francisco. “Estudio Preliminar. Reforma Constitucional y Estado de Derecho”, en libro colectivo bajo su coordinación: *Reforma Constitucional*. Edit. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 31-63.

muy especialmente los derechos civiles. El párrafo siguiente adicionado al inciso segundo por la reforma constitucional de 1989, promulgada mediante la Ley N° 18.825, es una importante garantía institucional genérica, que encomienda a los órganos del Estado (supremos y no supremos) los deberes: negativo de respeto y positivo de promoción de los derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes.

Tales normas de conducta (normas de principio) se acoplan al “estatuto del poder” de la Constitución, de suerte que la garantía de supremacía, valor normativo y eficacia normativa del artículo 5° inciso 2° en relación al control de constitucionalidad, está ligada al cuadro competencial asignado al Tribunal Constitucional que como es obvio arranca directamente de la Constitución. No resulta posible deducir de estas normas de filiación iusnaturalista un “poder explícito” o “poder implícito” a favor del Tribunal Constitucional para ejercer un control de constitucionalidad completo, ya que este órgano tiene competencia tasada y un lugar o posición institucional definida en la democracia constitucional como garante o custodio de la Constitución; obra ésta del Poder Constituyente originario y derivado.

Por último, la vieja doctrina de las “cuestiones políticas” que constituye una verdadera hidra en el Derecho Público, tiene diversas expresiones como la tradicional distinción entre actos gubernativos o políticos y actos administrativos proveniente del Derecho Público francés, o la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” sustantivas (*political questions*) proveniente del Derecho Público norteamericano, y de notable implantación en nuestra América; también encuentra un tibio eco en la doctrina acerca de las “cuestiones de mérito” o prudencia política recepcionada en nuestra jurisprudencia constitucional, y que importan un límite sustantivo a la justiciabilidad, y que es expresión de un muy necesario *self restraint* o autolimitación del poder del Tribunal Constitucional, establecido por esta Judicatura a través de un paradójico ejercicio de activismo judicial.⁵

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. ANTECEDENTES Y JURISPRUDENCIA

El actual artículo 93 N°s 3° y 5° de la Constitución vigente que estatuye la competencia de control de constitucionalidad de la reforma constitucional tiene su origen en la necesidad de dotar al Tribunal Constitucional de un control de constitucionalidad de todos los conflictos de carácter “jurídico-constitucional” que surjan entre los poderes públicos, según lo expresa el informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (*Anteproyecto Constitucional y sus*

⁵ Consultar sobre la doctrina de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas a Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, 9 vols., Edit. Plus Ultra, 2ª ed. 1977-1987, Buenos Aires, tomo III, pp. 433-514. También Loewenstein,

Fundamentos, Edit. Jurídica, p. 245). De este modo, los anteproyectos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y del Consejo del Estado proponen dotar al Tribunal Constitucional de este control de constitucionalidad de la reforma constitucional.

Subyace a esta innovación del Constituyente autoritario de 1980 la particular o prejuiciada lectura realizada de la experiencia institucional del Tribunal Constitucional incorporado por la “gran reforma” de 1970, promulgada mediante Ley N° 17.284, en virtud de la cual la novísima Judicatura Constitucional, que al no estar dotado de la atribución de heterocomponer los conflictos que surjan durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, se declara incompetente frente al grave conflicto derivado del proyecto de reforma constitucional sobre “Áreas de la Economía”. El mencionado conflicto constitucional es sobradamente conocido y resulta dramático en cuanto reflejo de una crítica situación político-institucional de época, y que se encuentra perfectamente documentado (Silva Cimma, Silva Bascuñán y Evans de la Cuadra).⁶

Sólo es menester señalar para los efectos de esta ponencia, que con fecha 30 de mayo de 1973 el Tribunal Constitucional, resolviendo un requerimiento del Presidente de la República que impugnaba la forma como el Congreso Nacional despachó los vetos al proyecto de reforma constitucional sobre “Áreas de la Economía”, declaró, en fallo de mayoría, su incompetencia absoluta para conocer de estos conflictos constitucionales entre poderes constituidos que ejerzan el Poder Constituyente. El conflicto sometido al Tribunal derivaba de interpretaciones divergentes en el *iter constitutione* del inciso primero del artículo 108 de la Constitución de 1925 que disponía que la reforma se somete a las “tramitaciones” de un proyecto de ley con las excepciones preceptivas.

Sin embargo, la “gran reforma” confirió al Tribunal Constitucional en el artículo 78 b), las atribuciones de: “a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” y “c) Resolver las cuestiones sobre constitucio-

Karl. “La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Comentario en torno al caso Baker v. Carr)”, en *Revista de Estudios Políticos*, IEP, Madrid, 1954, pp. 5-39. También de García, Enrique Alonso. “El Tribunal Burger y la Doctrina de las ‘Political Questions’ en los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 1, CEC, Madrid, 1981, pp. 287-299. Además consultar a L. Tribe. *American Constitutional Law* (2ª ed.) The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, pp. 96-107. Para los casos más recientes W. Lockhart y otros. *Constitutional Law. Cases, Comments, Questions*. 8ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1996, pp. 25-43.

⁶ De Silva Cimma, Enrique, consultar: *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1977. También de Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (11 vols.), Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, vol. IX, 2003, pp. 9-28. Además consultar de Evans de la Cuadra, Enrique, *Chile, hacia una Constitución Contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1973. De Zúñiga U., Francisco, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, Edit. Universidad Central, 2 vols., Santiago, 2002, tomo II, pp. 39-59.

nalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”. Luego, la declaración de incompetencia del Tribunal Constitucional se fundó en la ausencia de atribución específica para resolver conflictos entre órganos que ejerzan la potestad constituyente. En definitiva el decreto promulgatorio de la reforma constitucional de las “Áreas de la Economía”, en cuyo texto se omiten las normas que a juicio del Jefe de Estado fueron irregularmente despachadas en la votación del veto, no fue cursado por la Contraloría General de la República.

Todo ello explica de suyo la necesidad constatada por el Constituyente autoritario de 1980 de dotar al Tribunal Constitucional de una competencia de control de constitucionalidad de la reforma constitucional, que fuere más allá del examen de regularidad del decreto de convocatoria a plebiscito.

Es en este marco de competencia de control de constitucionalidad preventivo-represivo y facultativo de la reforma constitucional establecido en la Constitución vigente, que se hace necesario examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al tema: reforma constitucional y ejercicio del Poder Constituyente derivado, jurisprudencia escasa, y que se limita a los fallos que más adelante fragmentariamente transcribimos y que como es obvio sólo dicen relación con el N° 3 del artículo 93 (en rigor sólo dos sentencias dictadas en esta cuestión de constitucionalidad a saber: sentencia roles N° 269 y N° 464), ya que el plebiscito de la reforma constitucional es una “hipótesis de laboratorio” consignada en los artículos 128 y 129 de la Carta.

Así, el Tribunal Constitucional en las sentencias que a continuación fragmentariamente se transcriben, de las cuales excluimos la sentencia Rol N° 269 de 17 de diciembre de 1997 por no contener doctrina jurisprudencial relevante, sostienen claramente que el Poder Constituyente carece de límites jurídicos o positivos autónomos o internos, materiales y procesales de tipo temporal, por lo que el control de constitucionalidad es de alcance limitado:

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987.

“33) Que este Tribunal carece absolutamente de jurisdicción para entrar a pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen y contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual régimen”.

“34) Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Cien-*

cia del Derecho Constitucional, 2ª edic., tomo 3, p. 201). De esta manera el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental.

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce. De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce”.

“35) Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las competencias establecidas en la Constitución de 1925”.

“36) Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave situarse por sobre el Poder Constituyente originario.

Lo infundado de una petición de esta naturaleza queda aún más en evidencia si se observa que este Tribunal ha sido establecido y dotado de facultades por la Carta Fundamental que se cuestiona, de manera que si se aceptara la ilegitimidad pretendida también el Tribunal, creación de esta Constitución, sería un órgano jurídicamente inhabilitado para dictaminar”.

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 272 de 18 de marzo de 1998.

“8°. Que es posición de este Tribunal ampliar hasta límite máximo permitido por la Constitución las atribuciones que ella le confiere, como asimismo permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a esta Magistratura, a fin de que ella vele por el principio de la “supremacía constitucional”, consagrado como una de las bases esenciales de la institucionalidad en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, esta irrevocable posición no puede llevar al Tribunal a ir más allá de lo que razonablemente lo autoriza la Carta Fundamental, pues de lo contrario lejos de custodiar la aplicación estricta de la Constitución, la vulneraría en su esencia”;

“9°. Que retomando lo expuesto en el considerando 5°, este Tribunal declara

que carece de competencia para resolver el requerimiento formulado en los términos en que ha sido planteado, pues sus atribuciones no lo autorizan para pronunciarse sobre la validez o legitimidad del artículo 4º y de la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Constitución de 1980, ya sea que tal invalidez o ilegitimidad se apoye en su contenido o en una falta de correlación con una determinada situación política”;

“10º. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina «Constituyente». A éste se le define como «la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario». (Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª edic., tomo 3, p. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: «originario» y «derivado o instituido». El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental”;

“De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce”;

“11º. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma”;

“12º. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4º y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario”;

Ciertamente la jurisprudencia citada concierne directamente al Poder Constituyente originario, pero su línea argumentativa se extiende perfectamente al Poder Constituyente derivado, en la medida que no se admite al Tribunal Constitucional por encima del poder creador o reformador de la Constitución.

También el Tribunal Constitucional recientemente ha emitido una sentencia acerca del procedimiento de la reforma constitucional, con las enmiendas intro-

ducidas por la reforma constitucional del 2005 promulgada mediante la Ley N° 20.050, que aplican al *iter constitutione* las reglas del *iter legis*, en la que la Judicatura Constitucional afirma a su competencia tasada para conocer de conflictos constitucionales y no de conflictos de cuestiones reglamentarias, imponiendo como criterio hermenéutico la regla de interpretación sistémico-finalista.

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 464 de 31 de enero de 2006.

“1°. Que de un análisis del presente requerimiento, se desprende, con claridad, que dos son las materias sometidas a conocimiento de este Tribunal. La primera, dice relación con la aplicabilidad del artículo 68 de la Carta Fundamental a la tramitación de una reforma constitucional. La segunda, se refiere a la facultad del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esa Corporación, para declarar inadmisibles la tramitación de una reforma constitucional, por estimarla contraria a las normas de la Carta Fundamental.

Para una mayor claridad y mejor comprensión del razonamiento seguido en esta sentencia, como asimismo, para la solución adecuada de ambos asuntos, se analizarán a continuación en párrafos separados cada una de ellos.”

“3°. Que, por su parte, el artículo 127, inciso final, de la Carta Política dispone: “En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórum señalados en el inciso anterior”. (El subrayado es nuestro)”;

“Un análisis de esta disposición permite deducir dos conclusiones: a) que supletoriamente, y en lo no previsto en el Capítulo XV sobre “Reforma de la Constitución”, a la tramitación de las modificaciones constitucionales, se aplican las normas sobre formación de la ley, y b) que en tal situación deben respetarse siempre los quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos”;

“4°. Que, como puede apreciarse, de una primera lectura de las normas reproducidas en los acápites precedentes, deriva una aparente pugna entre lo preceptuado en el artículo 68, de una parte, y lo prescrito por el artículo 127, de la otra, ya que dichas normas establecen quórum diferentes e inconciliables. La primera disposición expresa que para la aprobación general de la iniciativa son necesarios dos tercios de los parlamentarios presentes en la Cámara revisora y dos tercios de sus miembros presentes en la Cámara de origen para que el proyecto se entienda desechado. La segunda, el artículo 127, inciso segundo, requiere para su aprobación, en general y en particular, las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio como regla general y dos terceras partes de dichos parlamentarios si la reforma recae sobre los capítulos precedentemente señalados de la Carta Política, en ambos casos

en las dos ramas del Congreso Nacional. En cambio, tal contradicción no se observa, en cuanto a que el artículo 127, inciso tercero, hace aplicables a los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley y es indudable que el artículo 68 regula un asunto atinente a dicha materia”;

“5°. Ante esta supuesta oposición entre dos normas de la Constitución, la cual, por su esencia, regula en forma clara la coexistencia política y la convivencia pacífica de las personas y grupos, un imperativo de hermenéutica constitucional impone al intérprete, optimizar la preceptiva y esforzarse en conciliar las normas en juego, excluyendo interpretaciones que conduzcan a suponer que el Poder Constituyente derivado ha incluido en su texto normas antagónicas o confusas, ya que de lo contrario no se habría cumplido, debidamente, con el fin primordial de la Carta Política ya señalado, lo que, definitivamente, es inaceptable”;

“6°. Que, los criterios de interpretación para lograr tal propósito son varios, de los cuales merecen ser mencionados los siguientes: la “interpretación axiológica” que exige que la Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; el que previene sobre la insuficiencia de recurrir sólo a las normas de interpretación de la ley, inaptas por sí solas para determinar el sentido y alcance de los preceptos de la Constitución; el “finalista o teleológico” que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su “ratio legis” y su propia finalidad, y en fin, entre otros muchos, “el de la unidad de la Constitución”;

“7°, Que, todas las reglas o principios enunciadas en el razonamiento anterior son adecuadas para resolver el problema a que nos vemos abocados. Sin embargo, por su directa atinencia con el caso en estudio, la que resulta más apropiada emplear en esta ocasión es la de la “unidad de la Constitución”.

Dicho criterio de hermenéutica constitucional ha sido expresado por este Tribunal, desde el 24 de septiembre de 1985, hasta hoy en día, reiteradamente, en los siguientes términos: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”;

“9°, Que corolario de lo expuesto en los considerandos anteriores, es que el artículo 68 de la Constitución se aplica a las reformas constitucionales; pero que, interpretando tal norma acorde con lo prescrito en el artículo 127, inciso segundo, de la misma, el quórum que rige para ese precepto –el artículo 68–, en el caso sub-lite, es el de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, tanto en la Cámara revisora como en la de origen, para la respectiva aprobación del proyecto de reforma constitucional.

De esta manera, la aparente contradicción se desvanece y la Constitución Política de la República cobra aplicación armónica en toda su majestad”.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia ejerce un control de constitucionalidad de forma, acogiendo el requerimiento en cuanto a la aplicabilidad del artículo 68 de la Constitución, declarando además que su competencia se circunscribe a conflictos constitucionales, y no a conflictos reglamentarios, por lo que la remisión o reenvío a la Ley N° 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y a los reglamentos camarales, no constituyen derecho material para decidir este tipo de conflicto.

III. PROBLEMAS Y RESPUESTAS

Corresponde abordar sumariamente las atribuciones de control de constitucionalidad de la reforma constitucional, en el marco de la competencia del Tribunal Constitucional, recogidas como “cuestiones de constitucionalidad” o “conflictos constitucionales” en los números 3° y 5° del artículo 93 C.P.R.

El Tribunal Constitucional definió la “cuestión de constitucionalidad” como “un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores” y que es necesario “que la desigual interpretación... se produzca en relación a un proyecto de ley o una o más de sus disposiciones” (S.T.C. Rol N° 23 considerando 4°, letras a) y b), reiterada en S.T.C. Rol N° 147, considerandos 2° y 3°). Se excluyen de las “cuestiones de constitucionalidad” las cuestiones de legalidad o puramente reglamentarias. La legitimación procesal activa de la “cuestión de constitucionalidad” del N° 3° del artículo 93, para requerir al Tribunal Constitucional es asignada al Presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros, antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado, y en caso alguno después de quinto día después del “despacho del proyecto” o de la señalada comunicación; y de la “cuestión de constitucionalidad” del N° 5 del artículo 93, para requerir es asignada al Senado o a la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de la publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria. El procedimiento de las “cuestiones de constitucionalidad” se rige por las normas de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (Capítulo II, Título I y Título II, párrafo 2).

La norma citada sobre “cuestión de constitucionalidad” de proyectos de ley, reforma y tratados dispone: “artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: “3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitan durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Este control de constitucionalidad es un control preventivo y facultativo. Con la reforma constitucional de 2005, el control de constitucionalidad que opera con motivo de cuestiones o conflictos planteados en la tramitación de proyectos de reforma constitucional debe dar cuenta de una doble remisión del artículo 127 inciso final de la Constitución al procedimiento de formación de la ley o *iter legis* (artículos 65 a 75) y a las normas de la Ley N° 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y reglamentos camarales, aunque la ley y reglamentos no constituyen derecho material para el Tribunal Constitucional.

Este control de constitucionalidad plantea de modo directo el problema relativo a los límites del Poder Constituyente derivado que puedan traducirse en un juicio de inconstitucionalidad. Lúcidamente Silva Bascuñán plantea el problema en los siguientes términos: “Es muy particular la posición en que se encuentra el Tribunal Constitucional en relación a las iniciativas de cambios del Estatuto Fundamental. Estos se resuelven por el Poder Constituyente instituido o derivado, el que, por su naturaleza y misión, se sitúa por encima de los órganos instituidos, carácter de que goza el Tribunal Constitucional. Ello explica que, en principio, el poder reformador de la Carta no está llamado a subordinarse necesariamente al examen del Tribunal Constitucional; éste se instituye, por su misma razón de ser, sólo para que vele por la observancia de las reglas de la Carta promulgada y en vigencia a fin de que ésta sea fielmente interpretada y cumplida. Por su propia índole, la sustancia de una reforma no podrá menos de diferir de la normativa que se modifica, y no se muestra lógico ni consecuente, por lo menos a primera vista, el control de Tribunal Constitucional y, por tal razón, no debería entregársele la función preventiva que se confiere, aunque está en los términos facultativos en que se consagra. Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inciso 2°), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir que la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne con los derechos esenciales del hombre”. Concluye su línea argumental Silva Bascuñán señalando: “Por otra parte, las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder Constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al Tribunal Constitucional otra pauta a la que habrá que ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar. Digamos, en tercer término, que el examen que ha de practicar el Tribunal Constitucional en la hipótesis que analizamos, como órgano del Estado que se enfrenta al deber que le impone la segunda oración del inciso 2° del art. 5°, tendrá que dirigirse a estudiar con mucha reflexión si el pro-

yecto en trámite respeta y promueve no sólo los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana y garantizados por la Ley Fundamental, si no aquellos contemplados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, según lo explicitara la reforma plebiscitada en 1989”.

En el fondo Silva Bascuñán y Nogueira Alcalá sostienen que las normas iusfundamentales del artículo 5° inciso 2° de la Constitución operan como un límite al Poder Constituyente derivado al menos, límite positivo, autónomo o interno, que incluso permite afirmar al segundo tratadista una suerte de “supraconstitucionalidad” de los derechos, bajo una discutible categoría, el “bloque constitucional de derechos”, que hace posible integrar a la Constitución los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes. Refleja esta posición doctrinaria la preeminencia de un concepto material de Constitución y el peso metateórico del “Derecho Natural” en los aportes de estos juristas a nuestro Derecho Constitucional.⁷

Sin embargo, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán largamente citado abre un flanco a la doctrina de las “cuestiones políticas”, de la mano de la “naturaleza y misión” que compete a la Judicatura Constitucional, al afirmar: “Nuestra Constitución proclama que la finalidad del Estado es “promover el bien común” (art. 1°, inciso 4°), concepto tan trascendental que ella misma deduce de él que “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”. “Pues bien, las determinaciones de los órganos de poder del Estado que definen en concreto tales condiciones es lo que se caracteriza como bien común subjetivo. Dentro de tal propósito e inspiración han de actuar los órganos colegisladores convertidos en Poder Constituyente instituido o derivado al impulsar la reforma de la Carta, que en alguna etapa de su gestación se llevaba al examen del Tribunal Constitucional. Cuando la cuestión de constitucionalidad no se trata en torno del modo como se ha llevado o está llevando el proceso reformativo, sino que se han configurado problemas en que se plantea la inadmisibilidad sustancial de la regla que se pretende agregar, suprimir, o modificar, el Tribunal Constitucional no está, en principio, habilitado para pronunciarse sobre el mérito jurídico o político del cambio en trámite. En efecto, de la sociedad política ha de emanar, en el problema en análisis, precisamente de los órganos habilitados para reformar el Estado Fundamental; tal tarea corresponde, como ya dijimos, a las Cámaras y al Jefe del Estado y, eventualmente, al cuerpo electoral, pero no al Tribunal Constitucional. El trazado del ámbito de competencia confiado al Tribunal se esclarece si se toma en consideración que la Constitución Política, en la unidad de su razón, objetivo e imperatividad, es un título representativo que otorga legi-

⁷ Silva Bascuñán, A., ob. cit., tomo X, pp. 256-257-264.

timidad a las autoridades que pueden decidir conforme a ella, respetando las bases fundamentales que expresan su filosofía y que están concretadas en sus normas, entre las cuales se encuentran las que dan fuerza jurídica a valores que están incluso por sobre ella misma y que pueden resumirse en que el Estado existe para que en la sociedad se imponga el bien común y en que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

No deja de ser una paradoja que Silva Bascuñán recurra al viejo arsenal de armas del constitucionalismo del siglo XIX: la doctrina de las “cuestiones políticas” para admitir que el contenido político de una reforma constitucional no es justiciable más aún si se atiende a la “naturaleza y misión” del Tribunal Constitucional; camino complejo, ya que entrega a la propia Judicatura Constitucional determinar la medida de la justiciabilidad; es decir, una apelación al activismo judicial para que el Tribunal ejerciendo la virtud de la prudencia autolímite su poder.⁸

A su vez la norma sobre “cuestión de constitucionalidad” o de conflictos relativos a la convocatoria a plebiscito dispone: “artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”.

La citada “cuestión de constitucionalidad” es un control de constitucionalidad facultativo y represivo, claramente circunscrito al control formal, es decir, al cumplimiento de las normas de *iter constitutione* de los artículos 128 y 129 de la Constitución (oportunidad procedimental para la convocatoria a plebiscito, plazo de convocatoria, textos del proyecto aprobado por ambas cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso Nacional haya insistido, cuestiones que se votarán separadamente).

Sobre este particular el tratadista Alejandro Silva Bascuñán reconoce el limitado alcance del control, al expresar: “Nótese que, en relación a esta facultad, el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional conferida por el art. 82 N° 4 no se extiende a la apreciación sustantiva del contenido preceptivo de la norma que se incorpora a la Carta, aspecto que pudo ser debatido en el curso de la gestación del proyecto de reforma constitucional y de los recursos que por tal causa pudieron haberse interpuesto ante dicho Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el art. 82 N° 2...”.⁹

⁸ Silva Bascuñán, A., ob. cit., tomo X, pp. 264-265.

⁹ Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit., tomo X, p. 237.

IV. DOCTRINA DE LAS “CUESTIONES POLÍTICAS”: UNA RESPUESTA “DIFÍCIL”

Como hemos recordado anteriormente el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia tíbiamente ha recepcionado la doctrina de las “cuestiones políticas”, por la vía de afirmar el control de constitucionalidad como un control jurídico, y no político, por una parte y por la vía de excluir las cuestiones de mérito o factuales del ámbito de control o justiciabilidad. Esta tibia recepción guarda relación con las conductas de *self restraint* o autolimitación de poder, que el Tribunal decanta entre ellas la doctrina de la “deferencia razonada” con un legislador cuyo obrar está a cubierto de una presunción de legitimidad.

A continuación de modo fragmentario y parcial reproducimos algunos fundamentos jurídicos ampliamente repetidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de nuestra peculiar recepción de la doctrina de las “cuestiones políticas”:

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987.

“21°. Que mucho podría decirse sobre la “esencia” de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualizarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

“22°. Que a lo anterior deben agregarse dos consideraciones adicionales, para dar una respuesta adecuada al problema de constitucionalidad que plantea el proyecto, en relación a la «esencia» del derecho de asociación política y a su «libre ejercicio». La primera, que la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. La segunda, que al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de méritos sobre ella. Si así no procediere se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad, cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política.”

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 231, de 18 de marzo de 1996.

“7°. Que, como este Tribunal ha tenido la oportunidad de expresarlo en otras causas, sus consideraciones están circunscritas en forma exclusiva a la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad de las situaciones que ante él se deducen o plantean. Es ajena a sus atribuciones toda consideración sobre el mérito o demérito de las normas que le corresponde conocer, por lo que no procede tener en cuenta o incorporar a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter;”

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 242, de 12 de agosto de 1996.

“3°. Que, cabe consignar, como reflexión de índole general y previa, que, como este Tribunal lo ha venido expresando reiteradamente en causas anteriores, sus consideraciones están circunscritas exclusivamente a la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad de los asuntos que ante él se deducen o plantean, siendo ajena a sus atribuciones toda consideración sobre el mérito o demérito de las normas que le corresponde conocer, por lo que es improcedente considerar o incorporar a sus fundamentaciones cualquier elemento de ese carácter, como sería en la especie la conveniencia o inconveniencia del traslado de la sede legislativa de Valparaíso a Santiago;”

– Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 247, de 14 de octubre de 1996.

“2°. Que, para adoptar el pronunciamiento indicado, debe este Tribunal confrontar el texto de las normas cuya constitucionalidad se objeta con las de la propia Constitución Política, pues ésta es la estricta responsabilidad que ésta le entrega, con independencia de toda consideración de mérito o de carácter factual. El Tribunal estima conveniente poner énfasis en esta afirmación, pues el examen de constitucionalidad de los impugnados preceptos del indicado proyecto de ley, no puede sino enmarcarse en su exclusivo análisis jurídico, para determinar, con apego al principio de supremacía constitucional, si las normas materia del requerimiento se ajustan o no a la Carta Fundamental;”

Esta tibia recepción de la doctrina de las “cuestiones políticas” del Tribunal Constitucional, como mecanismo de autolimitación de su propio poder, descansa en la no justiciabilidad de los contenidos de la decisión de los órganos que ejercer la potestad legislativa (“matters of substance”); pero circunscrito a cuestiones de “mérito” o “factuales” como los relativos a los criterios fundantes de políticas públicas expresadas en proyectos de ley, en que la libertad del legislador resulta evidente.

V. CONCLUSIONES

Más allá del debate acerca de los límites metajurídicos o metapositivos al Poder Constituyente (ideológicos o estructurales) que operan con eficacia discus-

tible en el campo de la facticidad, y más allá del debate acerca de los límites jurídicos o positivos heterónomos o externos del Poder Constituyente de un Estado en el Derecho Internacional y por ende en la “era de la globalización”, se hace necesario situar el problema en el campo de los límites positivos en el plano interno. Los límites metajurídicos son límites que plantean la importancia efectiva de las decisiones fundamentales que acerca del Estado, la sociedad, la economía y el individuo el Poder Constituyente adopta en momentos de primigenidad o de continuidad, y los límites heterónomos son límites que plantean la inserción del Estado en un orden jurídico superior y que exige el respeto a “derechos básicos de la persona humana” (como los denomina, v. gr., el *obiter dicta* de la sentencia en el caso Barcelona Traction de 5 de febrero de 1970 de la Corte Internacional de Justicia) y de reglas indisponibles como reglas de *ius cogens*;¹⁰ todo lo cual hace necesario plantear en las coordenadas del Estado la cuestión de los límites jurídicos o positivos autónomos que operan en el plano interno, sean de orden procesal o adjetivo (temporales y formales) o de orden material o sustantivo.

También más allá del debate acerca de la quiebra teórico-práctica del viejo dogma de la soberanía, se hace necesario plantear el problema de los límites del Poder Constituyente no en el campo de una lábil “supraconstitucionalidad”, sino en el campo de los poderes del Estado, en especial del Poder Constituyente derivado y su control de constitucionalidad, que no admite por la definición misma de una “democracia constitucional” a un Tribunal Constitucional situado como parte activa del Poder Constituyente constituido.¹¹ La entrada del Juez al “juego constitucional” no es nueva en la doctrina, ya fue planteada por M. Hauriou, para el cual “...la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez...”.¹² El presupuesto del maestro tolosano es la categoría de “superlegalidad constitucional”, que tenía por finalidad “libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido”; comprendiendo “principios individualistas” y “principios políticos” que integran una “legitimidad constitucional” colocada encima de la Constitución escrita.¹³

En estas coordenadas nuestro planteamiento es que el Poder Constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución carece de límites jurídicos o positivos autónomos en el plano interno que sean justiciables, salvo el límite procesal

¹⁰ Consultar de Díez Picazo, Luis María, “Límites Internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 76, CEPC, Madrid, 2006, pp. 9-31.

¹¹ Consultar la sección “Pouvoirs-débat”, las contribuciones de los juristas Louis Favoreu y Georges Vedel, “Souveraineté et Supraconstitutionalité” en *Revista Pouvoirs* N° 67, pp. 71-106.

¹² Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional* (traducción, estudio, notas y ediciones C. Ruiz del Castillo). Edit. Rens, 2ª ed. Madrid, 1927, pp. 333-334, pp. 304-328.

¹³ Una lectura crítica contemporánea de M. Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, Edit. CEPC, Madrid, 1998, pp. 85-107.

o adjetivo de un procedimiento especial con quórum ordinario y extraordinario estatuido en el Capítulo XV de la Constitución; ya que una lectura sistémico-finalista y unitaria de la Carta en relación al control de constitucionalidad de la reforma constitucional instituido en el artículo 93 N^{os} 3° y N° 5° como competencia de Tribunal Constitucional, nos lleva a concluir que es un control preventivo o represivo según el caso y facultativo de constitucionalidad circunscrito a los vicios de forma, y no a los vicios de materia o de competencia. Admitir un planteamiento distinto, como el sostenido por Silva Bascuñán y Nogueira Alcalá, importaría hacer de la Judicatura Constitucional un órgano más del Poder Constituyente, llamado a aplicar supuestos límites materiales “explícitos” o “implícitos” a dicha potestad.

Tales supuestos límites materiales arrancan del Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” en general y del artículo 5° inciso segundo en particular, que establece normas de conducta abstrusas y lábiles, carentes de conexión con la competencia tasada del Tribunal Constitucional y su posición institucional como garante de la Constitución. Ello sin perjuicio que las decisiones fundamentales que el Poder Constituyente adopta acerca del Estado, la sociedad civil, la economía e individuo, que transuntan una concepción personalista y la organización de la comunidad política como una República democrática y un Estado de Derecho, situadas en el Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” configuran límites metapositivos y positivos, de eficacia normativa dudosa frente al momento político (de lucha por el poder e integración) de primigeneidad y de continuidad presentes en el Poder Constituyente originario y derivado respectivamente; y en tal medida para el Poder Constituyente derivado podrían operar como fundamento de un control político de constitucionalidad ejercido por los órganos depositarios de la potestad constituyente.

El predicamento de Silva Bascuñán y Nogueira Alcalá es radicalmente inconsistente con las decisiones fundamentales que el propio Constituyente adopta, reforzadas por la reforma constitucional de 2005, en orden a que la forma política del Estado es de “República Democrática” y la forma jurídico-política de Estado es el “Estado de Derecho”, cuya síntesis es la “democracia constitucional”. Es decir, por una parte, si las normas iusfundamentales del Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” en general y el mentado artículo 5° inciso 2° de la Constitución operan como límites materiales al Poder Constituyente derivado, una medida de magnitud (cantidad y calidad) muy importante de las diecisiete reformas constitucionales que la Constitución ha tenido, en especial la reforma de 2005, orientadas a depurar de la Carta Política sus “enclaves autoritarios” adolecerían de inconstitucionalidad virtual, no declaradas oportunamente por el Tribunal Constitucional por inactivación de órganos legitimados procesalmente para impugnar, ya que son reformas inconciliables con las decisiones fundamentales del Constituyente autoritario. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene una posición institucional, o “naturaleza y misión” en el cuadro de órganos del Estado, que la excluye de suyo de ser parte del ejercicio de la potestad constituyente; más allá de la cautela del *iter constitutione*.

El control de constitucionalidad de la reforma constitucional por el Tribunal Constitucional, es un control preventivo o represivo según el caso, y facultativo, que sólo puede ser un control por vicios de forma, es decir, concierne a las normas iusfundamentales del *iter constitutione*, y después de la reforma se reenvía al *iter legis* de la Constitución (problemáticamente a las normas de la Ley N° 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional y reglamentos camarales). Es un control que, en caso de establecer una inconstitucionalidad de forma, da origen a una “tentativa inconstitucional” de reforma, y nunca un control sobre la reforma constitucional promulgada mediante ley.¹⁴

Precisamente, en una democracia constitucional el Tribunal Constitucional es el custodio o guardián de la Constitución, es decir, de la expresión máxima de autodeterminación política de una comunidad, pero no sustituto de ésta en el ejercicio del Poder Constituyente originario o derivado. La Constitución vigente es un fruto del Poder Constituyente originario y/o derivado, y a su guarda se sitúa el Tribunal Constitucional. Un refuerzo a este rol de guardián de la Constitución, pero no Poder Constituyente constituido permanente, es el *self restraint* o autolimitación de poder del propio Tribunal Constitucional, empleando la doctrina de las “cuestiones políticas” como decisiones no justiciables.

En suma, la racionalización del poder político que se produce en una democracia constitucional impide por una razón de sistema del orden político-institucional, es decir de inserción del Tribunal Constitucional en el arreglo institucional del Estado y su régimen político, que éste se transforme en una parte o pieza del Poder Constituyente derivado. En palabras de Favoreu un Tribunal Constitucional tiene la función de orientar a los poderes normativos del Estado no de bloquear, y de allí arranca en parte su legitimidad. “En otras palabras, no tienen la “última palabra”; pueden ser desmentidos por el poder supremo del Estado, el poder constituyente”.¹⁵ En los términos del barón de Montesquieu, el Tribunal Constitucional tiene un *pouvoir d'empêcher* y no un *pouvoir d'établir*. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, no el único; pero ello no lo transforma en un poder normativo más del Estado. En palabras de Simon, acerca de los límites de la interpretación constitucional: “La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien es únicamente custodio de la Constitución”.¹⁶

¹⁴ Requejo Pagés, Juan Luis, *Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, Edit. CEPC, Madrid, 1998, pp. 101-121.

¹⁵ Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, en libro colectivo coordinado por P. García Belaúnde y F. Fernández Legado, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Edit. Dykinson SL, Madrid, 1997, p. 109.

¹⁶ Consultar trabajo monográfico de Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, en *Manual de*

Como nos recuerda el decano Vedel, el Poder Constituyente puede modificar normas o imponer una interpretación distinta a la de los jueces, pues el “pueblo es sólo soberano”.¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- Díez Picazo, Luis María. “Límites Internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 76, CEPC, Madrid, 2006.
- Evans de la Cuadra, Enrique. *Chile, hacia una Constitución Contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1973.
- García, Enrique Alonso. “El Tribunal Burger y la Doctrina de las ‘Political Questions’ en los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 1, CEC, Madrid, 1981.
- Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 9 vols., Edit. Plus Ultra, 2ª ed., tomo III, Buenos Aires, 1977-1987.
- Loewenstein, Karl. “La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Comentario en torno al caso Baker v. Carr)”, en *Revista de Estudios Políticos*, IEP, Madrid, 1954.
- Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional* (11 vols.), Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed., vol. IX, Santiago, 2003.
- Silva Cimma, Enrique. *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1977.
- Vanossi, Jorge R. *Teoría Constitucional*, 2 vols., tomo I, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1975.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “Estudio Preliminar. Reforma Constitucional y Estado de Derecho”, en libro colectivo bajo su coordinación: *Reforma Constitucional*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2005.

Derecho Constitucional de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Hiede, editado por M. Pons e IVAP a iniciativa de A. López Pina, Madrid, 1996, p. 854.

¹⁷ Vedel, Georges, ob. cit., p. 94.