

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ELUDIDA POR EL PARLAMENTO

- Las reformas constitucionales presentadas por parlamentarios de oposición para autorizar el retiro de fondos previsionales, para establecer un impuesto al patrimonio de los “súper ricos” y para instaurar un sistema previsional de reparto, entre otras, se plantean sólo con el afán de sortear la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, institución fundamental contra potenciales populismos parlamentarios y fruto de una dilatada tradición constitucional.
- La reforma constitucional que añade un artículo transitorio a la Constitución para autorizar el retiro de todo o parte de los fondos de pensiones fue catalogada por el Parlamento como una reforma que debía aprobarse con un quorum de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, en circunstancias que ella altera sustancialmente un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna para cuya modificación se requiere de un quorum de aprobación de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Primó la forma sobre el fondo.
- El actuar del Parlamento deja en entredicho su compromiso con el respeto por la institucionalidad vigente, lo que resulta muy grave en sí mismo y de cara al eventual proceso constituyente que eventualmente tendrá lugar en nuestro país.

Diversos senadores y diputados de oposición han presentado proyectos de reforma constitucional para regular en la Carta Magna materias que en realidad son propias de la esfera de las políticas públicas y del dominio legal ¿Por qué llevan a nivel constitucional determinadas materias que, en principio, van más allá de aquello que tradicional o comparativamente, son propias de una Constitución? ¿Por qué hacerlo si con ello, además, rigidizan regulaciones que, por su naturaleza, requieren de flexibilidad y de la posibilidad de ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales a las que se refieren para ser eficaces?¹

Sucede que nuestra Constitución reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para iniciar proyectos de ley cuando éstos se refieren a determinadas materias que taxativamente señala el artículo 65 de la Constitución. Entre otras, dicho artículo entrega al Ejecutivo la facultad exclusiva para presentar proyectos

de ley que irroguen gasto fiscal, que se refieran a materias de seguridad social y a los tributos de cualquier naturaleza. De esta manera y bajo las reglas vigentes, el parlamento no puede iniciar proyectos de ley en estas materias.

Para evitar la declaración de inadmisibilidad, la fórmula escogida por diversos parlamentarios de oposiciónⁱⁱ en el último tiempo ha sido la de presentar reformas constitucionales en materias propias de ley. Y lo han hecho aun a riesgo de trivializar nuestra Constitución y la jerarquía que ha de existir entre las diversas normas del ordenamiento jurídicoⁱⁱⁱ. Así han logrado sortear la primera barrera formal y evitar que los proyectos sean declarados inadmisibles.

RESQUICIOS, DEBILITAMIENTO DEL ORDEN DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL Y DEL ESTADO DE DERECHO EN GENERAL

Como decíamos, diversos miembros del parlamento han tomado el camino de presentar reformas constitucionales para sortear las reglas establecidas en Constitución para la formación de la ley. Con ello eluden, asimismo, la necesidad de indicar las fuentes de financiamiento del gasto que ellas generan, el impacto fiscal de la medida y la necesidad de que la Comisión de Hacienda discuta los proyectos del caso, empobreciendo el debate técnico y reduciendo las posibilidades de que los fundamentos de tales proyectos puedan ser sujetos a una evaluación seria^{iv}. Esto ocurre con las mociones que buscan reformar la Constitución para permitir el retiro de todo o parte de los fondos de pensiones, de la reforma constitucional que establece un impuesto al patrimonio de las grandes fortunas y el de reforma constitucional para derogar el Decreto Ley No. 3500 y establecer, en la Constitución, un sistema estatal de pensiones.

Cabe recordar que las reglas sobre la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para iniciar proyectos de ley en determinadas materias (además que en tanto reglas vigentes están llamadas a ser obedecidas y no sorteadas), no constituyen un capricho y tienen una razón de ser. En efecto, nuestra historia y tradición constituyente nos ha enseñado que estas reglas no son arbitrarias. Un sistema presidencial como el nuestro (que incluye además una alta fragmentación del sistema de partidos en el Parlamento) es más gobernable cuando el diseño de este tipo de políticas públicas es promovido por el Ejecutivo. Indicar la fuente para el financiamiento de los gastos, además, es una regla que no solamente promueve el principio de disciplina fiscal, sino que persigue no dañar los programas políticos de gobiernos futuros. Así, estas reglas fortalecen la democracia al robustecer el régimen de responsabilidad y disciplina fiscal, al evitar la corrupción y captura de

los representantes en el Congreso, al enriquecer la deliberación y al hacer más factible que sucesivos gobiernos puedan cumplir (financieramente) sus promesas electorales.

Pero los parlamentarios, motivados algunos por objetivos cortoplacistas y efectistas y al parecer otros con el afán de conseguir, por esta vía, lo que no consiguieron en las urnas en el proceso electoral presidencial de 2017, han preferido utilizar un resquicio bajo el cual aprovechan pequeñas aberturas en el ordenamiento jurídico, formalmente aplicables^v, para derivar de ellas consecuencias distintas a las previstas por el constituyente o legislador al momento de su dictación. El resquicio utilizado no sólo les permitiría la consecución de esos fines inmediatos, sino además desdibujar los límites de los poderes del Estado, de los pesos y contrapesos, debilitando nuestra institucionalidad y el debate democrático. De ahí que, a nuestro juicio, el resquicio, que tiene por fin defraudar el texto constitucional, no pueda ser catalogado, como lo han hecho algunos académicos, de “un uso novedoso del mecanismo de reforma constitucional en un contexto sin precedentes”^{vi}. Además, y tal y como dice la propia Constitución, los poderes del Estado no pueden arrogarse más facultades que las conferidas por la Constitución y las leyes, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias.

El uso de resquicios constitucionales conlleva, además, otra consecuencia indeseada cual es la de utilizar la Constitución para discutir cuestiones de política ordinaria que no son, ni por nuestra tradición constitucional ni por naturaleza, propias de la Carta Fundamental. Lo anterior hace que se desvanezca o se debilite la clara separación entre la ley suprema y las leyes simples^{vii}. Si todo está en la Constitución, entonces se deja sin efecto la relación de supremacía de la Constitución respecto de disposiciones subconstitucionales^{viii}. En consecuencia, desencadena una carrera por definir quién logra introducir sus intereses en la Constitución^{ix}, lo que profundiza la pérdida de sentido del texto fundamental. De esta manera, las funciones propias de la Constitución y la vigencia de su jerarquía desaconsejan incrementar la carga material de la misma^x. No debemos olvidar que la Constitución es el pacto social que en tanto organiza y -al mismo tiempo- limita el poder del Estado para así garantizar los derechos de las personas^{xi}, es la ley superior de la República. Constitucionalizar todos los debates es un error, pues para que la Constitución sea propiamente la norma fundamental, inspiradora del ordenamiento jurídico, es necesario que la misma tenga una fisonomía específica y un contenido acotado, permitiendo que sea la ley la que materialice y concrete los principios y reglas generales de la Constitución^{xii}.

Es cierto que no existe algo así como una norma que establezca cuáles son (y cuáles no son) los contenidos propios de una Constitución. Sin embargo, si se considera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, ésta afirma que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”^{xiii}. Así, los componentes que no debieran faltar son la separación de los poderes del Estado y la consagración de un catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos^{xiv}. Tal estructura se mantiene hasta el día de hoy, la cual, sin embargo, ha sido objeto de una especificación y concretización histórica que ha desarrollado y sumado otros principios e instituciones. Los más relevantes son la soberanía, la revisión judicial como mecanismo de control del poder, la elaboración doctrinal de los derechos, la bicameralidad del Parlamento, la consagración de un control constitucional de las leyes, típicamente por medio de un Tribunal Constitucional, entre otros^{xv}. Los contenidos incorporados a nivel constitucional son sustraídos del proceso legislativo común, siendo, por tanto, de difícil modificación^{xvi}. Y es que al “elevar” una norma a rango constitucional, se la sustrae del proceso político ordinario y del escrutinio público, negándole su necesaria flexibilidad y la posibilidad de revisión y adaptación a las cambiantes circunstancias a las que ella ha de aplicarse.

LOS QUORUM DE APROBACIÓN^{xvii}

El ímpetu formalista antes señalado ha llevado al parlamento a concluir, en el caso de la reforma constitucional para el retiro de los fondos de pensiones -y probablemente suceda lo mismo respecto de la moción de reforma constitucional que establece un impuesto al patrimonio de las personas de altos ingresos-, que en tanto ellas se erigen como reformas constitucionales transitorias, ubicadas físicamente fuera de los capítulos que exigen un quorum superior de aprobación, deben ser aprobadas con el voto conforme de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio.

A nuestro juicio, estas reformas alteran sustancialmente derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. En el caso de la reforma constitucional que habilita el retiro de los fondos de pensiones, en realidad y más allá de su ubicación formal en las normas transitorias del texto constitucional, lo que ella hace es modificar el artículo 19 N°18 de la Constitución (que autoriza el establecimiento de cotizaciones obligatorias con un fin único y específico, la seguridad social y no con otro objetivo), el que está inserto en el capítulo de los derechos y deberes

constitucionales. Por su especial relevancia, la Carta Fundamental ha establecido que tal capítulo debe modificarse con un quorum de aprobación superior, de 2/3.^{xviii}

En el mismo sentido, el proyecto de reforma constitucional que, a través de un artículo transitorio a la Constitución, establece un impuesto al patrimonio de las personas de mayores ingresos, y que posiblemente también sea calificado como una iniciativa que exige un quorum de aprobación de 3/5 de los parlamentarios en ejercicio, modifica o altera sustancialmente lo establecido en el inciso primero del artículo 19 N°20, así como el principio de no afectación de los tributos consagrado en el inciso tercero del mismo numeral (que establece que los impuestos recaudados deben ingresar a las arcas generales de la nación, no pudiendo tener un fin determinado *ex ante*, salvo dos excepciones calificadas, ninguna de las cuales dice relación con el proyecto presentado).

De aceptarse la tesis formalista que ha seguido el Congreso, lo cierto es que entonces, a través de artículos transitorios de la Constitución, no sólo podría alterarse el orden, pesos y contrapesos entre los poderes del Estado, sino modificarse el contenido completo de la Carta Magna con un quorum de aprobación de 3/5, y no de 2/3 como se exige para enmendar los capítulos que tratan de materias de especial relevancia. El hecho que circunstancialmente se consiga aprobar la reforma constitucional sobre retiro de los fondos de pensiones por 2/3 no soluciona el fondo del problema derivado de la cuestionable calificación que las mesas de las corporaciones den o puedan dar a estas reformas constitucionales en términos del quorum de aprobación.

OTROS PROBLEMAS PROCEDIMENTALES

En el caso de la reforma presentada por ciertos senadores de la oposición para establecer en la Constitución un sistema estatal de pensiones, que además deroga el DL 3500, ésta debió haber sido declarada inadmisibile por el Senado. El artículo 15 inciso final de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (N°18.918) dispone lo siguiente: *“En ningún caso se admitirá a tramitación un proyecto que proponga conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional, o que no cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 12, 13 y 14 de esta ley”*. Este proyecto, en el nuevo artículo 144 propuesto, dispone la derogación del Decreto Ley N°3.500. En cuanto dicho cuerpo normativo es una ley, la norma que la deroga también lo es, de manera que se inmiscuye, dentro de un proyecto de reforma constitucional, una materia de ley. Al tratar en un mismo proyecto materias de

reforma constitucional y legal, el mismo deviene en inadmisibles, no debiendo proceder su tramitación.^{xix}

MALAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Las llamadas “reformas constitucionales” o resquicios que más bien abordan materias propias de las políticas públicas y del dominio legal, resultan además en malas políticas públicas. Suficiente se ha dicho sobre las graves falencias del proyecto que permite retirar todo o parte de los fondos de pensiones^{xx}. En el caso del proyecto de reforma constitucional para derogar el DL 3500 e instalar un sistema solidario de las pensiones, lo que se pretende es cambiar el paradigma de nuestro sistema previsional, pasando de un sistema mixto con base en la capitalización individual a uno de reparto. Ello supone un enorme gasto fiscal (cuestión que reiteramos no es de competencia del Parlamento), extracción de fondos a los cotizantes, reducción de rentabilidad de las pensiones y daños al mercado laboral formal. En suma, se trata de un proyecto mal concebido y orientado que en nada contribuye a mejorar las pensiones (de hecho, contribuirá a su merma). En el caso del proyecto constitucional que pretende establecer un tributo a las personas de alto patrimonio, además de tratar una materia cuyo contenido es evidentemente de iniciativa exclusiva del Presidente y del dominio legal, no considera que se acaba de aprobar, a través de la reforma tributaria, un impuesto a los altos patrimonios inmobiliarios, ni menos analiza el impacto que el establecimiento de un impuesto ineficiente de esta índole puede tener en términos de los incentivos para reactivar la economía nacional en un momento que ese objetivo es prioritario.^{xxi} Impacto negativo en la eficiencia y en equidad, debido a que se impone -y paga- independientemente de los rendimientos reales que las personas obtengan de sus activos.

REFLEXIONES FINALES

La instauración de un sistema previsional de reparto, el impuesto a los “súper ricos” y la autorización de retiro de fondos previsionales, entre otras, son todas iniciativas presentadas formalmente como reformas constitucionales sólo con el afán de sortear la norma sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República, dique fundamental contra potenciales populismos parlamentarios y fruto de una dilatada tradición constitucional. En sí mismas, cada iniciativa es una transgresión elusiva que persigue defraudar lo establecido en la Constitución. Consideradas en su conjunto, conforman una ofensiva para redibujar el esquema de poder en Chile, al

margen de la legalidad imperante. Este actuar de la legislatura es tan evidente y desvergonzado que varios parlamentarios hablan de un parlamentarismo de facto.

Lo que no parece entender el Congreso es que no es sólo esta Constitución en particular la que están sepultando, sino la institucionalidad toda. En efecto, las normas no son opresión institucionalizada, como si de su eliminación se siguiera una utópica emancipación, sino la condición que posibilita un coexistir pacífico, colaborativo, deliberativo y plural. Las vulneraciones de las normas fundamentales imperantes, particularmente las que aseguran la limitación de los poderes públicos, precarizan el Estado de Derecho, de lo que se sigue el declive de la deliberación democrática y la salud de la comunidad política. Esto genera además una profunda deslegitimación de la praxis política, de las normas y de la institucionalidad en general. Tales efectos pervivirán en el tiempo, con independencia de que se dicte o no una nueva Constitución. Así las cosas, resulta a lo menos paradójico que el Congreso, el órgano central en todo régimen democrático, sea quien más ha contribuido a su decadencia.

Ad portas de un eventual debate sobre una nueva Constitución, el proceder del Parlamento resulta alarmante pues nos está revelando que las reglas de la democracia admiten ajustes e interpretaciones a conveniencia y que, aun siendo un poder del Estado, está dispuesto a saltárselas en aras de la consecución de ciertos fines que espuriamente se estiman justos o legítimos.

ⁱ Para cambiar la Constitución, los quórum de aprobación exigidos son más altos que para cambiar las leyes.

ⁱⁱ Entre otros, los senadores A. De Urresti, J.A. Latorre, Y. Provoste, X. Órdenes y los diputados C. Vallejo, K. Cariola, G. Jackson, D. Nuñez, L. Rocafull, A. Sepúlveda, Alexis Sepúlveda, G. Ascencio, R. Soto, E. Velásquez

ⁱⁱⁱ Sobre la materia se refiere el profesor Sergio Verdugo en su columna en Voces de La Tercera de fecha 17 de julio de 2020.

^{iv} Sobre la materia se ha referido el abogado Luciano Simonetti, de Libertad y Desarrollo: <https://lyd.org/opinion/2020/05/resquicio-constitucional/>; <https://lyd.org/opinion/2020/06/resquicio-constitucional-2/>; <https://lyd.org/opinion/2020/07/tributos-y-discusion-constitucional-determinar-los-minimos-compartidos/>; <https://lyd.org/opinion/2020/07/resquicios-separacion-de-poderes-e-institucionalidad/>, y en la Reseña Legislativa de Libertad y Desarrollo, No. 1432 del 11/06/20, sobre el proyecto de reforma constitucional que establece un sistema de pensiones solidarias.

^v VILLALONGA, Cristián: *Revolución y Ley. La teoría crítica del Derecho de Eduardo Novoa Monreal*, p. 141.

^{vi} Nos referimos a los argumentos esgrimidos por los profesores Veloso y Couso en su columna del diario El Mercurio (Sección A2) de fecha 21/07/20.

^{vii} Reseña Legislativa de Libertad y Desarrollo, No. 1432 del 11/06/20, sobre el proyecto de reforma constitucional que establece un sistema de pensiones solidarias.

^{viii} Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^{ix} Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^x Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^{xi} SOTO, Sebastián y SOTOMAYOR, Andrés: *Debate constitucional: preguntas y respuestas para la discusión*, Libertad y Desarrollo, p. 3.

^{xii} SOTO, Sebastián y SOTOMAYOR, Andrés: *Debate constitucional: preguntas y respuestas para la discusión*, Libertad y Desarrollo, p. 4.

^{xiii} Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^{xiv} Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^{xv} SOTO, Sebastián y SOTOMAYOR, Andrés: *Debate constitucional: preguntas y respuestas para la discusión*, Libertad y Desarrollo, p. 3.

^{xvi} Christian Waldhoff, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, publicado el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/597-que-se-debe-incluir-en-la-ley-fundamental>

^{xvii} Sobre la materia se refiere el profesor Sergio Verdugo en su columna en Voces de La Tercera de fecha 17 de julio de 2020.

^{xviii} En tal sentido expuso asimismo el profesor Jorge Correa Sutil en la Comisión de Constitución del Senado el día 20/07/20, quien se refirió a diversos fallos del Tribunal Constitucional que han sostenido tal interpretación.

^{xix} Reseña Legislativa de Libertad y Desarrollo, No. 1432 del 11/06/20, sobre el proyecto de reforma constitucional que establece un sistema de pensiones solidarias.

^{xx} Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N°s 1456 y 1454, Julio 2020.

^{xxi} Libertad y Desarrollo, Tema Público No. 1450 de 5 de junio de 2020.