

EL ARTICULO 82 N° 2 DE LA CONSTITUCION DE 1980, COMO LIMITE DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Prof. Ana María García Barzelatto
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

PRESENTACIÓN

El tema que analizaremos consiste en dilucidar el alcance de la atribución que la Constitución Política otorga al Tribunal Constitucional para resolver sobre la constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional.

El artículo 82 N° 2 de la Carta Fundamental establece que es atribución del Tribunal Constitucional "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional, y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

La norma transcrita tiene su origen en la Constitución de 1980 y sobre ella, y otras materias que le son implícitas, se debatió en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sin embargo, sus antecedentes históricos se remontan al fallo dictado en 1973 por el Tribunal Constitucional de esa época, con motivo del proyecto de ley sobre las tres áreas de la economía.

Expondremos, en primer lugar, los antecedentes históricos del precepto, y aquellos vinculados con la historia fidedigna de su establecimiento; luego, distinguiremos entre los problemas de inconstitucionalidad de forma y de fondo que puede presentar un proyecto de reforma constitucional; posteriormente explicaremos los fundamentos doctrinarios que justifican la existencia de la norma en estudio, y finalmente, revisaremos la preceptiva del artículo 82 N° 2 y su alcance como límite de la reforma constitucional.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Rol N° 15, sobre inconstitucionalidad de algunas normas del proyecto de ley sobre áreas de la economía que reforma la Constitución Política del Estado, pronunciada el 30 de mayo de 1973, marca el origen del precepto en estudio.

El requerimiento fue formulado por el Presidente de la República de esa época, don Salvador Allende, para que el Tribunal resolviera una cuestión de inconstitucionalidad suscitada durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional en lo relativo al trámite de las insistencias.

Las Cámaras, a su juicio, habrían infringido la Constitución durante la tramitación del proyecto, por lo que requirió el pronunciamiento del Tribunal.

Tal situación generó un conflicto constitucional y político de enormes proporciones, por cuanto entró en discusión la competencia del Tribunal para decidir en esta materia.

En efecto, la norma constitucional invocada por el Presidente fue el párrafo a) del artículo 78 b) de la Constitución de 1925 que establecía como atribución del Tribunal "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".

Se generó un problema de interpretación de la norma, en atención a que ella no hacía mención expresa de los proyectos de ley de reforma constitucional.

Hay argumentos del Ejecutivo para afirmar la competencia del Tribunal, invocando razones de texto y de nomenclatura, en cuanto que la expresión "ley" incluye tanto las leyes fundamentales como las ordinarias y que si la Constitución no distingue entre el sentido genérico y el específico, no es lícito al intérprete distinguir. También dio razones apoyadas en la historia fidedigna de la Ley N° 17.284 que creó el Tribunal en 1970, y en la doctrina de los autores.

La Cámara de Diputados y el Senado, por otra parte, comparecieron en un mismo escrito y plantearon la excepción de incompetencia del Tribunal para conocer el requerimiento, fundado en las múltiples diferencias entre el significado de las expresiones "proyecto de ley" y "proyecto de ley de reforma constitucional"; diferencias en razón de su distinta naturaleza, contenido, jerarquía y efectos. Además las Cámaras manifestaron que si el Tribunal entrara a pronunciarse sobre el requerimiento desconociendo incompetencia en la materia, su sentencia sería "nula de pleno derecho y nadie estaría en el deber jurídico de acatarla y cumplirla"¹.

El Tribunal Constitucional acogió, finalmente, la excepción de incompetencia promovida por el Congreso, fundado en que la competencia de un órgano jurisdiccional como el Tribunal Constitucional, está regida íntegramente por el Derecho Público y, por tanto, debe estar "rigurosamente fijada por la Consti-

¹ Sentencia Rol N° 15 de 30 de mayo de 1973.

tución o por la ley” y emanar de “texto expreso”, el que, además, “debe ser interpretado restrictivamente, porque tal es la característica inherente a la interpretación de las normas de Derecho Público”. Luego de un recorrido por el texto constitucional para evidenciar las múltiples veces que la Carta distingue entre “leyes” y “normas constitucionales”, concluye que “ninguna duda puede haber acerca de que la competencia establecida por el artículo 78 b) párrafo a) (de la Constitución de 1925), para resolver las cuestiones de constitucionalidad de los proyectos de ley, está limitada a los proyectos de ley ordinaria y no comprende las reformas constitucionales”.

Concurrió al fallo el Presidente del Tribunal, don Enrique Silva Cimma, quien agregó algunas consideraciones para corroborar que “las normas que fijan competencia no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellas acuerden; su cumplimiento es una obligación, no una facultad”; y que para que un acto de gobierno sea recurrible en vía jurisdiccional “es necesario un texto constitucional expreso y categórico que así lo establezca”. La sola frase “proyecto de ley” del texto constitucional “no es suficiente como para estimar que ella sea la norma expresa que permita la competencia de este Tribunal en materia de reformas constitucionales”².

2. ANTECEDENTES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La Comisión de Estudio tomó en consideración el antecedente histórico marcado por el fallo recién descrito e introdujo una innovación en la preceptiva constitucional en el sentido de hacer mención expresa a los proyectos de reforma constitucional. Así, el artículo 82 N° 2 de la Carta de 1980 dispone como atribución del Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

A mayor abundamiento, de la lectura de las actas oficiales de sesiones es posible evidenciar la clara inclinación de los comisionados a otorgar al Tribunal Constitucional un rol tutelar para resguardar toda la institucionalidad jurídico-constitucional y velar por el principio de la “supremacía constitucional”³. En numerosas oportunidades se hace referencia a las dispo-

² El fallo contiene una disidencia del Ministro Sr. Jacobo Schaulsohn N. que estuvo por la declaración previa de improcedencia actual del requerimiento, y el voto en contra del Ministro Sr. Adolfo Veloso F. Votaron a favor del requerimiento los Ministros Sres. Silva Cimma (Presidente), Rafael Retamal L. e Israel Bórquez M.

³ La normativa constitucional referente a las atribuciones del Tribunal Constitucional contenidos en el artículo 82 N° 2 se estudió en las sesiones 358, 359, 360 de 1978, vol. 10, y sesiones 397 y 409 de 1978, vol. 11 de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

siones de la Constitución francesa que prohíbe todo procedimiento de enmienda constitucional que implique un menoscabo de la integridad territorial o un cambio de la forma republicana de gobierno. Es manifiesta la voluntad expresa de la Comisión de dar protección a los valores esenciales y a los principios fundamentales contenidos en las Bases de la institucionalidad, en el Capítulo relativo a de los derechos y deberes constitucionales, y a otros principios diseminados en diversos capítulos de la Carta.

Así lo muestra, por ejemplo, la atribución contenida en el N° 7 del artículo 82 en concordancia con el inciso 6° del N° 15 del artículo 19, para hacer efectiva la responsabilidad de las personas que participen en determinados hechos con infracción de las normas constitucionales.

En suma, la innovación introducida en el N° 2 del artículo 82 expresa la voluntad deliberada del constituyente para proteger la institucionalidad básica, los derechos fundamentales y los principios y valores esenciales contenidos en el texto constitucional.

La competencia que por esta vía se otorga al Tribunal es inmensa, porque eventualmente al resolver una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de una reforma constitucional, y declarar su inconstitucionalidad, la decisión del Tribunal se estaría sobreponiendo al poder constituyente derivado para ejercer una función de supraconstitucionalidad. (Sobre “supraconstitucionalidad” véase Louis FAVOREU, “*Droit Constitutionnelle*”, Dalloz, Paris 1998, págs. 112 y ss.).

3. INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA Y DE FONDO

Es sabido que la atribución otorgada por el artículo 82 N° 2 permite al Tribunal Constitucional resolver los problemas de constitucionalidad, tanto sustancial o material como formal, que se susciten durante la tramitación del respectivo proyecto de ley, puesto que la Constitución no hace distinciones entre la una y la otra. Así lo ha resuelto, por lo demás, el Tribunal Constitucional a través de la abundante jurisprudencia dictada desde su instalación en 1990.

Ahora bien, en relación con los proyectos de ley de reforma constitucional no existe aún jurisprudencia del Tribunal. El único requerimiento presentado fue declarado inadmisibles el 17 de diciembre de 1997 (Rol 269)⁴. Pero podrían en el futuro surgir divergencias tanto de orden jurídico como doctrinario, sobre las cuales es conveniente reflexionar anticipadamente.

En relación a una cuestión de inconstitucionalidad de forma relacionada con la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, como se presentó en el

⁴ Requerimiento presentado por doce senadores para que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional el N° 7 del artículo único del proyecto de reforma constitucional sobre el Poder Judicial (Boletín 2058-07) en cuanto sustitución del inciso primero de la D.T. N° 8 de la Carta Fundamental.

caso que originó la sentencia del Tribunal sobre el proyecto de las tres áreas de la economía en 1973, no habría dificultad alguna para declarar la inconstitucionalidad y exigir que el constituyente derivado cumpla debidamente con el procedimiento respectivo.

Pero enfrentado el Tribunal a una cuestión de constitucionalidad que incida en el fondo, es decir, en una materia sustantiva de la Constitución, cabe preguntarse: ¿Cuál es el alcance de esta importante atribución que le otorgó el N° 2 el artículo 82? ¿Puede el Tribunal Constitucional resolver la inconstitucionalidad sustancial de los proyectos de reforma constitucional, sin vulnerar la función genérica del poder constituyente para reformar la Carta Fundamental y para establecer nuevas disposiciones que modifiquen o eliminen las vigentes?

La respuesta no es unívoca, es discutible, y para intentar una formulación es preciso referirse a un tema que la doctrina ha desarrollado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial: las limitaciones del poder constituyente.

4. LIMITACIONES DEL PODER CONSTITUYENTE

Existe en la doctrina constitucional, especialmente en la europea, una clara tendencia a no exagerar la dificultad de la reforma constitucional, a fin de permitir que el Ordenamiento Fundamental pueda ir integrando con fluidez las permanentes transformaciones sociales y ajustándose a los cambios y procesos de renovación que suelen ser cada día más dinámicos. Se trata de evitar que la Constitución sea desbordada por esos procesos y transformada en una nominal con vigencia pero sin eficacia.

Sin embargo, ello no ha obstado para que tanto la doctrina como el texto mismo de numerosas constituciones señalen límites al proceso de reforma.

Mencionaremos algunos ejemplos doctrinarios.

Georges Burdeau reconoce límites al poder constituyente derivado en cuanto este "no puede atentar a la forma general de las instituciones al espíritu del régimen político, ni aun a través de métodos de reforma que contemplan la consulta del electorado, al pueblo, al soberano, tal como está reconocido por el régimen político existente"⁵.

Karl Löwenstein reconoce la existencia de "límites inmanentes y no articulados impuestos a toda reforma constitucional". Discurre sobre los límites sustantivos de una enmienda constitucional, tales como la igualdad, la dignidad de la persona y el imperio del derecho⁶.

Maurice Hauriou afirma que "la Ley Constitucional misma no debe escapar al control del juez; hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre

ella. Por ejemplo, en el caso que la Constitución se haya revisado irregularmente, sin observar el procedimiento formal, o bien, en cuanto al fondo, en el caso de que la enmienda constitucional esté en contradicción con la legitimidad constitucional..." ("Principios de Derecho Público y Constitucional").

Segundo Linares Quintana, estudia el problema de la constitucionalidad de la reforma constitucional y declara que "el problema, en realidad, se suscita cuando se trata de determinar la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de una enmienda constitucional que contradice los principios básicos o el espíritu de la Constitución o bien el derecho natural que informa a esta"⁷.

Eduardo García de Enterría señala que es dable hablar de posibles "normas constitucionales inconstitucionales", concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite que suponen a la reforma constitucional⁸.

Louis Favoreu, en su obra publicada recientemente, señala que la noción de supraconstitucionalidad ha formado parte del debate francés reciente. A su juicio, la noción de supraconstitucionalidad se plantea como un problema de jerarquización interna del derecho constitucional. Estima que pudiera existir un poco de confusión, al menos en el plano interno, en la medida que esta idea puede ser vinculada con la noción de derecho natural o de normas extrajurídicas⁹.

En nuestro medio, don Alejandro Silva Bascuñán expresa que el poder constituyente en lo material o sustancial está "lejos de poder moverse con total discrecionalidad (...) si quiere hacer obra política seria o sólida, ha de implantar la Constitución que responda mejor al sentido del momento colectivo (...) y respetar las exigencias permanentes del fin propio de la sociedad política, los derechos de la persona humana y de los cuerpos intermedios que expresan en vida dentro del Estado... y los imperativos de justa ordenación que resultan de confrontar tales exigencias con las modalidades configurantes del momento histórico y del futuro que desea regir mediante la Ley Fundamental que se dicta". Agrega que "cuando se trata de la estructura básica del ordenamiento jurídico, están los superiores imperativos de la naturaleza de la persona y de la sociedad civil, cuya suerte no puede quedar entregada a las determinaciones irrestrictas del poder constituyente instituido. Si ellas rigen incluso para aquel que se califica de Originario, con mayor razón deben reconocerse análogos límites al contenido de todo ordenamiento reformativo"¹⁰.

⁷ *Tratado de las Ciencias del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, tomo II, párrafo 119.

⁸ *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1989, pág. 129.

⁹ FAVOREU, Louis, *Droit Constitutionnelle*, Editions Dalloz, Paris, 1998, pág. 112.

¹⁰ *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, págs. 102 y 109, 2ª edición, 1997, Editorial Jurídica de Chile.

⁵ "Tratado de Ciencia Política", t. 3, N° 95, cit. por A. SILVA B., en *Tratado de Derecho Constitucional* t. 1, N° 59, 2ª ed. 1997.

⁶ *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, 1976, Ariel, Barcelona, página 190.

Además, ha sido frecuente que en las constituciones dictadas en las últimas décadas, estas mismas impongan límites al ejercicio posterior del poder constituyente. Generalmente, los límites impuestos tienen relación con hechos históricos acaecidos en el respectivo Estado. Así, la Constitución francesa de 1958 (artículo 89) y de 1947 (artículo 139); la de Puerto Rico, de 1952; la de Brasil, de 1996 (artículo 217, párrafo 6); la de Bonn, de 1949 (artículo 79); la de Noruega, de 1907 (artículo 112), entre otras.

5. EL ARTÍCULO 82 N° 2 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980
COMO LIMITACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
Y DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO.
CONCLUSIONES.

La referida disposición, en cuanto atribuye al Tribunal Constitucional la facultad para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional, establece una forma de control al ejercicio del poder constituyente derivado. De tal modo, que el Tribunal frente a un requerimiento del Presidente de la República o de una de las Cámaras, en los términos establecidos en el artículo 82, está obligado a pronunciarse y realizar dicho control. En otras palabras, las reformas a la Constitución de 1980 pueden ser sometidas a un control de constitucionalidad, tanto formal como material, porque la norma no hace distinción alguna.

Estimamos que si el Tribunal es requerido por una cuestión de constitucionalidad de forma, difícilmente podría producirse un problema de interpretación. En cambio, es más discutible determinar cuál es el alcance de esa facultad para los efectos de declarar una inconstitucionalidad en el fondo, es decir, del contenido sustantivo de una norma. El problema, además, se agudiza por cuanto nuestra Carta Fundamental, a diferencia de otras, carece de texto expreso que señale la irreformabilidad de determinadas disposiciones. En consecuencia, la tarea interpretativa del Tribunal es fundamental para los efectos de determinar las limitaciones implícitas en la Constitución y a las cuales está ligado el constituyente derivado.

Para dilucidar el problema planteado resulta esclarecedor el "concepto sustancial de Constitución" de Lucas Verdú, consistente en aquel contenido de la Carta que no puede ser rebasado por la reforma constitucional, porque de serlo "se abandona el cauce de legitimidad constitucional y se inaugura un proceso revolucionario"¹¹.

El contenido sustancial comprende determinadas materias que dan a la Constitución su identidad y que debe quedar inalterado frente a una reforma constitucional. Tal contenido es la "fórmula política", la esencia del régimen político.

Para determinar la fórmula política de una Ley Suprema deben considerarse los principios ideológicos que la inspiran, los supuestos económico-sociales que se persiguen y los principios que rigen la organización política.

Tal contenido sustancial implícito en la Constitución, es el límite de la reforma constitucional y es "tarea del intérprete de las normas constitucionales determinar los factores ideológicos, sociales y estructurales que caracterizan al régimen expresado por el Código Fundamental en cuestión"¹².

Al aplicar estos supuestos al Código Político de 1980, cabe preguntarse: ¿Cuál es la fórmula política de la Constitución chilena? ¿Qué elementos sustantivos la componen? ¿Cuáles son las limitaciones implícitas que obligan al constituyente derivado?

Sin duda la esencia de la Carta de 1980 está expresada en las bases de la institucionalidad que consagra el capítulo primero, y en los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo tercero, cuyo contenido refleja los valores y principios propios del constitucionalismo.

En las bases se reconoce la dignidad de la persona, el respeto de la familia, el respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios y el principio de subsidiariedad, la soberanía nacional, la democracia como régimen político y la separación de funciones.

Además, la reforma constitucional de 1989 al incorporar al inciso 2° del artículo 5° el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, establece una clara prioridad respecto de ellos y obliga al órgano constituyente, entre otros, a respetarlos.

Respecto de los derechos, la Constitución debe considerarse como una "ley de derechos" y garantías fundamentales.

Desde luego, el artículo 1° —que preside todo el ordenamiento y al cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha otorgado reiteradamente una jerarquía normativa relevante— comienza reconociendo los derechos de libertad e igualdad de los hombres.

A ellos se suma el artículo 5°, cuyo inciso segundo, como señalamos, reconoce como limitación del ejercicio de la soberanía "el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", agregando el deber de los órganos del Estado de "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La importancia de esta norma dentro de la estructura constitucional es innegable, porque superpone el respeto de los derechos al ejercicio de la soberanía, es decir, limita el ejercicio del poder supremo con el fin de resguardar los derechos. Constituye una evidente limitación del constituyente derivado.

La norma hace una triple remisión:

En primer lugar, a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta disposición tie-

¹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo, "Teoría en los cambios de la Constitución", en *Curso de Derecho Político*, Vol. II, 2ª edición, revisada, 1977, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 690.

¹² LUCAS VERDÚ, Pablo, ob. cit., pág. 651.

ne una connotación claramente axiológica y no cabe, en consecuencia, un pronunciamiento a priori de cuáles son los derechos comprendidos en ella. Habrá que evaluar en cada caso particular su alcance. En segundo término la norma se remite a los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Tales derechos, en consecuencia, constituyen un límite al ejercicio del poder de los órganos del Estado, esto es, al órgano constituyente derivado, al Tribunal Constitucional y a todos los demás órganos, en cuanto están obligados a respetar y promover tales derechos.

Esto no significa, en modo alguno, que compartamos la tesis de elevar los tratados sobre derechos humanos al rango normativo de la Constitución, sino que destacamos el deber impuesto por la Carta Política a quienes ejercen el poder.

La tercera remisión del artículo 5° está dirigida a los derechos garantizados por la misma Constitución, entendiéndose por tales los comprendidos en el capítulo tercero. No podría, en principio, admitirse una reforma constitucional que vulnere la esencia de alguno de esos derechos.

Respecto de este punto cabe preguntarse si todos los derechos reconocidos en forma expresa en el capítulo tercero tienen igual jerarquía.

Sin duda que el derecho principal es el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, y por ello se prohíbe la aplicación de cualquier apremio ilegítimo. Pero, más allá de tal evidencia, existen indicios en la propia Constitución para estimar que esta otorga mayor relevancia a determinados derechos.

Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 8 que consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, recibe una especial protección en cuanto el inciso segundo de este numeral faculta a la ley para “establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Ahondando más en la protección de este derecho, el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 destaca la “conservación del patrimonio ambiental” entre los bienes jurídicos que pueden permitir una limitación del dominio derivado de la función social de la propiedad¹³.

Otro indicio que cabe considerar se relaciona con la especial protección que reciben los derechos individualizados en los artículos 20 y 21 de la Ley Fundamental, frente al tratamiento más indiferente que reciben los derechos sociales, tales como el derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social, entre otros. Aquellos se bastan a sí mismos en cuanto para protegerlos es posible la aplicación directa de la Constitución, estando garantizados por los recursos de protección y de amparo. No es así respecto de los derechos sociales que carecen de protección jurídica efectiva. Si bien reconocemos las dificultades o imposibilidad práctica que presenta dar efectiva protección a los derechos sociales, es evidente la prioridad atribuida en la Norma Fundamental a los derechos que se garantizan con los recursos, según lo disponen los artículos 20 y 21 de la Ley Fundamental.

Las pautas indicadas constituyen algunos principios superiores que deben presidir la interpretación del Ordenamiento Constitucional chileno.

¹³ VERDUGO M., PFEIFFER U., E. y NOGUEIRA, H. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.