

Pablo Ruiz-Tagle Vial*

Control preventivo de constitucionalidad¹

Resumen

En fecha reciente y de acuerdo a la serie de reformas constitucionales que se adoptan en el año 2005 se ha cambiado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para concordar las modificaciones referidas a su generación, composición y funcionamiento. La reforma constitucional, Ley N°20.050, concentra el control de constitucionalidad de las leyes en el Tribunal Constitucional y crea un diseño nuevo del control preventivo de constitucionalidad que le corresponde ejercer a este tribunal.

Palabras clave

Control preventivo, Ley orgánica constitucional, quórum, jurisprudencia.

En doctrina los controles preventivos se clasifican en facultativos (a requerimiento del Presidente de la República, de las Cámaras o de una parte de sus miembros en ejercicio) y obligatorios (respecto de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales que contengan normas propias de este último tipo de leyes). El Tribunal también controla, en forma preventiva y facultativa, los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Asimismo, ejerce control preventivo y posterior de normas propias de la potestad reglamentaria (decretos y resoluciones).

**Profesor Titular
de Derecho
Constitucional
Universidad de
Chile.*

¹ En este trabajo he recibido la colaboración de las ayudantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Paula Ahumada y Javiera Morales.

I. Control preventivo

En nuestro ordenamiento constitucional existen dos supuestos de concurrencia del control constitucional de leyes orgánicas por parte del Tribunal Constitucional que son los siguientes:

(a) El primero se produce en relación al artículo 93 N°1 que manda al TC: Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.

En esta materia, la reforma propuesta introduce tres modificaciones.

En primer lugar, precisa el deber del presidente de la Cámara de origen, de enviar al Tribunal los proyectos que aborden materias propias de control preventivo.

En segundo lugar, incorpora dentro del ámbito del control preventivo, a los tratados que traten materias propias de ley orgánica constitucional.

En tercer lugar, regula el efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pueda hacer el Tribunal respecto de uno o más preceptos de un tratado. Para tal efecto, se distingue si la inconstitucionalidad que se declare respecto de un tratado es total o parcial. En el primer caso, el presidente no podrá ratificar o promulgar el tratado. Si la inconstitucionalidad, en cambio, es parcial, se faculta al presidente para que decida su ratificación en la parte no objetada, si ello fuere procedente conforme a las normas del propio tratado y las normas generales del derecho internacional.

(b) El segundo efecto dice relación con el artículo 93 N°2 que dispone que el TC debe: 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.

En esta materia, se introducen precisiones en la actual regulación, y también, despeja algunas dudas interpretativas que se han producido durante la aplicación de la ley.

Primero, se establece la oportunidad para formular el requerimiento en relación a los proyectos de ley, con el objeto de precisar el momento en que dicha oportunidad expira. Se establece a este respecto que la promulgación se entenderá efectuada por el Presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio, y en ningún caso podrán admitirse requerimientos con posterioridad a ese instante.

Por su parte en relación a los tratados, señala que el requerimiento debe hacerse antes del quinto día siguiente a la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional.

En segundo lugar, se establece que si el requerimiento no cumple con los requisitos del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado para todos los efectos legales. Sin embargo, en caso de defectos de forma u omisiones de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal otorgará tres días para que los interesados subsanen los defectos o completen los antecedentes. Por lo tanto, se suprime la facultad que establecía la antigua ley orgánica para que el propio Tribunal pueda subsanar los defectos de un requerimiento presentado y con ello, se evita que luego de presentado el requerimiento, se modifique o altere sustancialmente².

En tercer lugar, se precisa el momento en que se tiene por recibido el requerimiento ante el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, la oportunidad desde que comienza a regir el plazo que este tiene para resolverlo. Ello ocurre al momento de darse cuenta del requerimiento. Sin embargo, como se permite completar los antecedentes, el plazo para resolver puede suspenderse hasta que ello suceda. Cabe señalar que si el Tribunal permite dicha complementación, ella debe hacerse dentro del plazo de tres días.

II. Derecho comparado

Conviene advertir que en el Derecho comparado no es común que exista control preventivo constitucional de leyes orgánicas por parte de los Tribunales Constitucionales. De manera excepcional, en Sudamérica el control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales, en general, por parte de Tribunales Constitucionales está consagrado en las Constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

En el caso de Colombia, el artículo 241 N°8 de la Constitución dispone que el control constitucional será además obligatorio para las leyes estatutarias, las que pueden asimilarse a nuestras leyes orgánicas o de quórum calificado porque requieren de mayoría absoluta en ambas cámaras y así se ha dispuesto en la disposición citada:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

[...]

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales,

² Mensaje.

y de los proyectos de **leyes estatutarias**, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

La Constitución ecuatoriana regula el control constitucional preventivo en su artículo 438 que ha dispuesto:

Artículo 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados Internacionales previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
2. Convocatoria a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Objeción de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

En el caso de Venezuela el control preventivo lo realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según lo establecido en el artículo 203:

Artículo 203.

[...]

Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica, la ley perderá este carácter.

Por su parte en Europa el control previo de constitucionalidad en Francia es ejercido por el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) creado por la Constitución de 1958. Es obligatorio el control preventivo para las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como de sus modificaciones o reformas, según lo ha dispuesto el artículo 46:

Artículo 46. Las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas serán votadas y modificadas en las siguientes condiciones.

El proyecto o la proposición no será sometido al debate y a la votación de la primera asamblea que lo haya recibido, sino después de quince días de su presentación.

Se aplicará el procedimiento del artículo 45. No obstante, si no hubiere acuerdo entre las dos asambleas, el texto no podrá ser aprobado por la

Asamblea Nacional en última lectura sino por mayoría absoluta de sus miembros.

Las leyes orgánicas relativas al Senado deberán ser votadas en los mismos términos por las dos asambleas.

Las leyes orgánicas no podrán ser promulgadas sino después de declarada por el Consejo Constitucional su conformidad con la Constitución.

III. Crítica a la exigencia de quórum especiales

En Chile a pesar de la reforma constitucional de 2005, se mantiene vigente la existencia de leyes con quórum especiales, como lo son las leyes orgánicas constitucionales, denominadas también LOC, sobre el cual el control preventivo del Tribunal Constitucional es ejercido. Las LOC son una de las curiosidades introducidas por la Constitución de 1980, y cuya génesis comienza en 1978 en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución designada por el General Pinochet a propósito de la discusión relativa al Congreso Nacional.

El sentido de estas leyes como señala el profesor Patricio Zapata en su libro *Justicia Constitucional*, es desde un punto de vista político: *“una manifestación del interés del constituyente de limitar la capacidad reguladora de la ley”*³, que se explica en el contexto de un Congreso que se concibe como debilitado en sus atribuciones.

Más aún, su elevado quórum de aprobación impide que sean las mayorías democráticas las que expresen su voluntad, sin que necesariamente deban negociar con las minorías, generando un bloqueo incomprensible y un empate político que *“enerva los esfuerzos transformistas de las mayorías simples”*⁴.

La verdad es que es difícil justificar la excesiva importancia que han adquirido las leyes orgánicas en Chile en el contexto de un sistema político democrático. Algunos autores locales apoyan las leyes orgánicas argumentando la estabilidad que le han otorgado al sistema político al obligar a los partidos políticos a negociar acuerdos con el fin de obtener el quórum necesario, e incluso celebran el surgimiento de una forma de gobierno que se ha llamado “democracia de los consensos”. Nuestra opinión es que el establecimiento de quóruns legislativos tan altos como los que caracterizan las Leyes Orgánicas Constitucionales, distorsiona el principio democrático del gobierno de la mayoría. Se iguala en poder a la mayoría con las minorías, lo que no es coincidente con una fortalecida y verdadera de-

³ Zapata, Patricio JUSTICIA CONSTITUCIONAL. TEORIA Y PRACTICA EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 2007.

⁴ ZAPATA, p. 402.

mocracia representativa. Además debe frenarse la expansión y el desarrollo de las leyes orgánicas porque una cosa es que como dice John Hart Ely⁵ que el Tribunal Constitucional asegure la participación y resguarde los derechos de las minorías y otra muy distinta es que obligue a la mayoría a gobernar empatada o trabada por la minoría.

En los países en que existen leyes orgánicas estas implican una votación de mayoría absoluta en circunstancias que aquí requieren de un quórum bastante más alto. Además el número de materias que se consideran orgánicas es increíblemente alto y por la vía jurisprudencial se ha expandido a niveles excesivos en Chile, en circunstancias que en el derecho comparado se conserva el principio de su excepcionalidad de las materias orgánicas y eso vale por supuesto también para aquellos pocos lugares del mundo donde existen.

Adicionalmente, es bueno considerar el carácter antidemocrático del origen de las leyes orgánicas, cuestión que me parece surge en algunas de sus primeras formulaciones en los periodos legitimistas del régimen de Napoleón III. Esta oscuridad en el origen de esta institución y la excepción que supone su existencia en Europa y solo en algunos países de América, junto con sus conocidos efectos de debilitar el principio democrático fundamental del gobierno de las mayorías nos deben hacer sospechar de las leyes orgánicas y mientras subsistan en Chile el Tribunal Constitucional debía tener a su respecto a mi juicio un criterio interpretativo restrictivo.

Por eso, junto con el Tribunal Constitucional es momento que el Congreso reinterprete y restrinja al máximo todas las leyes orgánicas que algunos concibieron en los oscuros días del gobierno de facto como verdaderas leyes de amarre y que todavía permanecen vigentes y que se refieren a materias tan importantes tales como Banco Central, Administración del Estado, Fuerzas Armadas e Investigaciones, Congreso Nacional, Gobiernos y Consejos Regionales de Desarrollo, Contraloría, Estados de Excepción Constitucional, Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, Municipalidades, Partidos Políticos, Tribunal Calificador de Elecciones, Votaciones Populares y escrutinios, incluidas las disposiciones de la ley del Tribunal Constitucional que no fueron modificadas en esta reforma que ha tenido a mi juicio más bien un carácter meramente procesal. Es el Congreso el que está llamado a realizar esta revisión, y el Tribunal Constitucional puede y debe jugar un rol muy importante y pro democrático a este respecto.

⁵ Ely, John Hart DEMOCRACY AND DISTRUST, Cambridge University Press, 1980.

IV. Leyes Orgánicas Constitucionales en Chile

La Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1981, fue la primera ley orgánica constitucional que dictó la Junta de Gobierno en el periodo de la dictadura militar que comenzó en 1973 y concluyó en 1990. Dicha prioridad obedeció a la necesidad de tener constituido el Tribunal Constitucional para efectos de que pudiera ejercer el control preventivo obligatorio de las demás leyes orgánicas constitucionales que la Constitución establecía. Las Leyes Orgánicas Constitucionales chilenas se caracterizan por⁶:

- a) Tener un ámbito de competencia determinado por la Constitución.
- b) Un quórum de aprobación parlamentaria mayor que el que requiere la ley común y más elevado que el que se requiere en Francia o España (Francia: no necesitan de quórum especial salvo cuando existe desacuerdo entre las Cámaras, en cuyo caso necesitará de aprobación de mayoría absoluta en la Asamblea Nacional; España: mayoría absoluta de los diputados de las Cortes Generales).
- c) Sujeta al control previo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha reconocido su rol activo en la tarea de delimitar los contornos de las LOC y así lo ha declarado expresamente al decir que:

“No ha estimado necesario nuestro sistema político jurídico definir el alcance conceptual de la ley orgánica constitucional. Queda, por tanto, al intérprete determinar, en cada caso, su contenido específico diferenciándola por una parte, de los preceptos constitucionales y sus leyes interpretativas y, por la otra, de la ley común. Esa tarea permitirá establecer tanto dicho contenido imprescindible como sus elementos complementarios indispensables... (roles N°4 y 7)”⁷.

En consecuencia es el propio Tribunal el que debe determinar el contenido preciso de las LOC. Ha interpretado su contenido en forma extensiva (definiendo las materias de ley que correspondían a los complementos esenciales, que corresponden a aquellas materias necesarias para dar autonomía a una determinada LOC), también puede hacerlo en forma restrictiva, e incluso más, puede llegar según es mi propuesta a su derogación técnica, es decir a establecer tan altos requisitos para identificar una ley como orgánica que esta categoría anti democrática y exorbitante de leyes no vuelva a tener aplicación práctica.

⁶ ZAPATA, p. 407.

⁷ Colombo Campbell, J. Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en REFORMA CONSTITUCIONAL, LexisNexis, 2005.

Vale la pena mencionar a este respecto que la concepción extensiva de las LOC que se verifican en ciertos fallos del Tribunal, fue modificado en la sentencia sobre “Plantas de Contraloría” (Rol 160, 1992), donde el Ejecutivo requiere al TC para que se pronuncie, al no estar de acuerdo con la opinión de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del Senado, que es lo que debía ser considerado como materia de LOC y en relación a la naturaleza de las LOC. A este respecto el tribunal dijo:

“(Las LOC) han sido incorporadas a la Carta Fundamental, restrictivamente y en forma muy excepcional, para regular, en lo medular, ciertas instituciones básicas con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar” (Rol 160).

Este fallo, si bien constituye un avance del TC en cuanto a delimitar a lo “excepcional” y “restrictivo” el ámbito de las LOC, desgraciadamente hace suya una definición finalista de las LOC al decir que estas dan “estabilidad al sistema de gobierno” que en la actualidad es difícil de aceptar y que conspira contra principios democráticos que son muy caros al estado de derecho.

Por lo tanto, si consideramos lo anacrónicas que son y el déficit democrático que tiene nuestra normativa constitucional respecto a las LOC queremos sugerir que gradualmente el Tribunal Constitucional avance en una línea jurisprudencia que pueda llegar hasta su completa y total derogación técnica.

La expresión derogación “técnica” que uso aquí se deriva de la descripción que hace Harry Kalven⁸ de un grupo de doctrinas que las Cortes de los EEUU se desarrollaron para proteger la libertad de expresión evitando una confrontación constitucional directa en estas materias. Estas doctrinas judiciales, según Kalven, siempre se caracterizaron porque la Corte en casos de conflicto entre libertad de expresión y regulaciones restrictivas de esta libertad emanadas del Poder Ejecutivo o Legislativo exigía que estas debían contener límites muy claros entre lo lícito y lo ilícito. No debían existir dudas de las regulaciones restrictivas acerca de lo que está prohibido y lo que en cambio debía considerarse como expresiones legítimas de la libertad de expresión. Asimismo, la Corte exigía que la regulación contuviese solo restricciones directas y no debía imponer cargas innecesarias a la libertad de expresión. Así los jueces adoptaron una actitud judicial de intervención preventiva, cuyo propósito fue evitar restricciones a la libertad de expresión y también frenar la maduración de secuelas posteriores en estas materias y

⁸ Kalven, Harry A WORTHY TRADITION. FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA, New York, Harper and Row Publishers 1988. Ver también Ruiz-Tagle, Pablo Debate Público Restringido en Chile (1980-1988) en *Revista de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile vol 16, No. 1, pp. 111-129.

quitaron validez en forma técnica a muchas regulaciones restrictivas en nombre del derecho a la libertad de expresión consagrado en la primera enmienda a la Constitución norteamericana.

La derogación técnica implica que un tribunal busca evitar el conflicto constitucional de tener que declarar una regulación restrictiva de la libertad como inaplicable o inconstitucional y recurre al establecimiento de requisitos que producen el mismo efecto de dicha declaración. En Chile me parece que el Tribunal Constitucional contribuyó a la derogación técnica del antiguo artículo 8 que establecía un régimen de restricción ideológica y debate público restringido. Lo mismo puede decirse de las normas que declaraban que los registros electorales y el sistema de control electoral debía instalarse con posterioridad a la elección de octubre de 1988 o las normas sobre residencia de los candidatos o sobre la franja de televisión que facilitaron la instalación de la democracia representativa. En definitiva restringir la construcción exorbitante de las leyes orgánicas en Chile es tarea principal del Tribunal Constitucional chileno.

Y esta solicitud ciudadana que aquí se expresa se ha materializado parcialmente en el caso de la Ley General de Educación, respecto de la que se ha dictado una resolución por el Tribunal Constitucional ejerciendo sus facultades obligatorias de control preventivo de LOC de 28 de julio de 2009 y en aquella que falló el requerimiento presentado por 10 senadores de la República solicitando la declaración de inconstitucionalidad de 13 de mayo de 2009.

V. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En esta decisión reciente el Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia más restrictiva en lo que se refiere a criterios para determinar la concurrencia de materias propias de Leyes Orgánicas. A continuación se transcriben algunos considerandos de ambas resoluciones que manifiestan forma pro democrática de concebir las leyes orgánicas:

Resolución de 28 de julio de 2009 (control preventivo obligatorio):

Séptimo. Que, de acuerdo a la normativa constitucional transcrita en el considerando tercero, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

Octavo. Que del análisis de lo dispuesto en los artículos 11, incisos segundo y siguientes, 12 y 16 del proyecto de ley, se concluye que dichos preceptos no legislan sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales referidas en los considerandos cuarto y quinto.

En efecto, no regulan materias propias de la ley orgánica constitucional contemplada en el artículo 19, N° 11, de la Constitución, por cuanto no se refieren a los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media, ni corresponden a normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento, como tampoco norman los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos de todo nivel (Sentencia Rol 102, de 27 de febrero de 1990).

Por otra parte, si se atiende al contenido de la ley orgánica constitucional referida en el inciso primero del artículo 38 de la Ley Fundamental, resulta evidente que las disposiciones del proyecto de ley de que se trata no se refieren a aquel;

Sentencia de 13 de mayo de 2009 (requerimiento):

Trigésimo: Que, a mayor abundamiento, cuando la Constitución ha querido establecer exigencias especiales respecto de los niveles educativos, lo ha señalado expresamente. Así, en el artículo 19 N° 11, inciso quinto, señaló que una ley orgánica constitucional establecería los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media. En cambio, la Constitución no ha señalado en norma alguna, la duración de cada uno de estos niveles, remitiendo a la competencia del legislador esta materia;

El ejemplo de los considerando transcritos anteriormente, se complementa con la opinión de algunos de sus ministros en cuanto a que debería ser el propio Tribunal Constitucional el órgano que determina cuáles normas tienen este particular carácter de orgánico constitucionales. Así por ejemplo, en el propio control de constitucionalidad de la nueva ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (sentencia rol N°1288), el ministro Fernández ha señalado en su voto particular que es el propio Tribunal el que debiera juzgar la calidad de LOC que tiene un proyecto. La Cámara de origen debería enviarle el proyecto completo y sobre el mismo, el Tribunal debería detectar cuáles normas son orgánicas y cuáles no, lo que también es una forma de avanzar en una línea de derogación técnica de las LOC y así lo ha expresado al decir que:

La calificación de las normas orgánicas constitucionales en los proyectos de ley sometidos a control en esta Magistratura

15. Como el ministro autor de este voto lo señaló en su reciente disidencia en el control de constitucionalidad del proyecto de ley que estableció la Ley General de Educación, rol N° 1363 de esta Magistratura, la atribución que la Constitución le entrega al Tribunal Constitucional en el número 1° de su artículo 93, le confiere la facultad de ejercer control preventivo sobre “las leyes orgánicas constitucionales”, sin restringirse a

las normas que la Cámara de origen envíe como propias de leyes orgánicas constitucionales. Tal calificación le corresponde al Tribunal.

16. En la especie, el control de constitucionalidad que le corresponde ejercer a este Tribunal abarca a toda la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y no solo a las normas enviadas para tal efecto por la Cámara de Diputados, que en este caso se confunden con el proyecto de ley. En efecto, al transcribir el proyecto que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC), su texto no puede ser examinado desligado de aquellas normas no modificadas de tal cuerpo, entendiéndose que esta ley orgánica lo es en su totalidad, como lo manda el último inciso del artículo 92 de la Constitución y lo reconoció esta Magistratura, según lo recuerda el considerando séptimo de la presente sentencia, en fallo de 4 de mayo de 1981.

17. Consecuentemente, corresponde en este razonamiento ahondar en el alcance que tiene el artículo 93, número 1°, de la Constitución, para el cumplimiento de sus atribuciones por este Tribunal. El precepto señala:

“Art. 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.”

La norma distingue entre dos tipos de objetos del control de constitucionalidad preventivo: por una parte, las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales; por la otra, las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales. Considerando que estas últimas fueron agregadas en la reforma de 2005, es evidente que las dos primeras no atrajeron la atención del constituyente si hubiesen necesitado de alguna enmienda.

18. La expresión que nos interesa, “leyes orgánicas constitucionales”, proviene jurídicamente del número 1) del artículo 63 de la Constitución, que inicia la enumeración de las materias de ley: “Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales”, las que solo son definidas en el texto constitucional por el quórum que requieren para su tratamiento legislativo, establecido en el inciso segundo del artículo 66: “Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación y derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.”

19. No existe duda, en consecuencia, sobre el carácter orgánico constitucional de aquellas normas a las que la Constitución tal calidad les confiere.

No rige la misma claridad, sin embargo, sobre aquellas que no gozan de tal origen, ya sea porque forman parte de una ley orgánica constitucional dudándose de tal carácter, o porque siendo preceptos de una ley común, de quórum calificado o interpretativa, se refieren a materias orgánicas constitucionales. La cuestión, entonces, consiste en precisar cuál órgano tiene atribución para ejercer tal calificación.

20. El inciso segundo del artículo 93 de la Carta, destinado a fijar el procedimiento de la tramitación del mencionado control de constitucionalidad preventivo, señala: “La Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso.”. Como se observa, no existe referencia a normas, sino al proyecto, para identificar el texto que la Cámara respectiva envía al Tribunal Constitucional para tal control. En coherencia con este precepto, el artículo 34 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, aún vigente, señala: “En el caso del número 1 del artículo 82 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”. El texto de este artículo en el proyecto sometido a control apenas se altera, incorporando las normas atinentes de los tratados: “En el caso del número 1° del artículo 93 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas.” En el artículo siguiente del proyecto bajo control, el 35, inciso segundo, se establece: “Oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto o de las normas respectivas del tratado, dentro del plazo de treinta días, prorrogable hasta por otros quince, en casos calificados o por resolución fundada.”

21. Las normas transcritas dejan en evidencia la diferencia entre el control de las leyes orgánicas constitucionales y el de las normas de los tratados que tengan tal carácter. Y tal diferencia contiene la fórmula para determinar quién califica el carácter de una y de otras. Así, mientras las normas de los tratados que son propias de leyes orgánicas constitucionales son identificadas por la Cámara de origen antes de su envío, es el Tribunal Constitucional quien dirime cuáles del articulado de una ley orgánica constitucional son preceptos que poseen tal naturaleza.

El voto particular del ministro Fernández Baeza ve con molestia el hecho que el TC deba pronunciarse en control a priori de las normas consideradas como LOC por la Cámara que le remite el proyecto. A su entender es el propio TC el que debiera juzgar la calidad de LOC que tiene un proyecto. La Cámara de origen

debe enviarle el proyecto completo y sobre el texto del mismo es el TC el que debe detectar cuales normas son del tipo LOC y cuáles no han de tener este carácter.

La revisión de las normas y principios constitucionales sobre derechos fundamentales debe también incluir una revisión pro democrática y una reinterpretación de las leyes orgánicas constitucionales que restrinja su ámbito expansivo que ha llegado a alcanzar en el absurdo la determinación de las plantas de los servicios públicos. También debe referirse a los artículos transitorios de la Constitución Política, tal como los artículos cuarto y quinto transitorio que han validado para la democracia, tal como si fuese una "cláusula pétrea", el derecho de la dictadura. En verdad ya se ha comenzado con este trabajo al iniciar la sustitución de la antigua LOCE y la revisión de esta ley orgánica del Tribunal Constitucional va en esta misma línea de adoptar una concepción constitucional renovada que alcance a representar las aspiraciones de un espectro político más amplio y que exprese un compromiso verdadero con los principios del estado de derecho democrático.

Esta revisión debe quedar entregada al Congreso y al Tribunal Constitucional y se trata de una tarea central en la recuperación del espíritu constitucional y un requisito fundamental para dar por terminada la transición a la democracia. Este camino de reinterpretación debe fundarse en la consolidación jurisprudencial de un principio superior de deferencia de parte del Tribunal Constitucional hacia el legislador democrático y hacia el Estado administrador democrático. El Tribunal Constitucional también tiene pendiente el desarrollo de un sistema efectivo y público establecido con principios conocidos y previamente establecidos de deferencia con otros órganos que ejercen control constitucional, tales como respecto de la Contraloría General de la República, el Tribunal Electoral, la Corte Suprema a los que a veces cita de manera cursiva en sus decisiones pero nada dice sobre como las decisiones de uno de sus órganos es ponderada y/o compartida, rechazada o aceptada por el Tribunal Constitucional.