

SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DOCTRINA TRADICIONAL (I): CONCEPTUALISMO CONSTITUCIONAL

Fernando Atria

Profesor, Universidad de Chile

Resumen. Este artículo es el primero de dos que tienen por objeto el Tribunal Constitucional y la manera en que la doctrina tradicional discute sobre él. Después de explicar mostrando tres ejemplos que la reflexión constitucional parece aquejada de una peculiar esterilidad, el artículo intenta una explicación: se trata del conceptualismo que la caracteriza. Intentado identificar dicho conceptualismo de una manera más precisa, el artículo recurre a una distinción propuesta por Michel Troper entre la Constitución como norma y la constitución como máquina. El conceptualismo es la consecuencia de la obstinación en asumir la óptica de la Constitución como normal incluso en los casos en los que dicha perspectiva fracasa, que es precisamente el del Tribunal Constitucional

Palabras claves: Tribunal Constitucional, Doctrina constitucional, conceptualismo

Cítese como: Atria, F. (2020) “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): El conceptualismo constitucional”, en *Derecho y Crítica Social* 6(1) 115-161. ISSN 0719-5680. Recibido el 13 de mayo de 2020, aprobado para su publicación el 14 de julio de 2020. Contacto del autor correspondiente: fatria@derecho.uchile.cl. Agradezco a Rocío Lingua por su colaboración en la revisión y complementación bibliográfica de este artículo.

ON THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE TRADITIONAL DOCTRINE (I): CONSTITUTIONAL CONCEPTUALISM

Fernando Atria

Professor, Universidad de Chile

Abstract. This is the first of two papers on the Chilean Constitutional Court and doctrinal thinking about it in Chile. Constitutional doctrine suffers from a peculiar sterility for which this paper attempts an explanation. Academic thinking about the constitution and the constitutional court suffers from conceptualism. To explain the idea of conceptualism, this article draws on a distinction proposed by Michel Troper between the Constitution as a norm, and the Constitution as a machine. Conceptualism is the consequence of the stubbornness in assuming the perspective of the Constitution as norm, even in cases in which this perspective fails, which is precisely that of the Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Court, Constitutional Doctrine, conceptualism

Cite as: Atria, F. (2020) “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): El conceptualismo constitucional”, en *Derecho y Crítica Social* 6(1) 115-161. ISSN 0719-5680. Received on May 13, 2020 and approved for its publication on July 14, 2020. Corresponding author contact: fatria@derecho.uchile.cl. Thanks to Rocío Lingua for her invaluable help.

INTRODUCCIÓN

§ 1. *Presentación: ¿Por qué este texto?* Este artículo fue escrito, en lo principal, antes del 18 de octubre de 2019, es decir, antes de que la posibilidad de una nueva constitución reapareciera en el horizonte político después del fracaso del proceso constituyente de la presidenta Bachelet. El impulso original para escribirlo fue una invitación que me hiciera Lucas Sierra a participar del seminario “¿Qué hacer con el Tribunal Constitucional?”, organizado por el Centro de Estudios Públicos el 9 de septiembre de 2019. En ese seminario se presentaría y discutiría el Informe del Grupo de Estudios de Reforma al Tribunal Constitucional (en lo sucesivo simplemente *Informe*).

Los eventos posteriores al 18 de octubre han cambiado considerablemente el escenario y entonces el sentido de este texto. Originalmente fue escrito en un contexto en que se veía venir alguna discusión sobre la reforma al Tribunal Constitucional, discusión en la que la opinión de un grupo de connotados constitucionalistas políticamente transversal estaba llamada a tener una influencia especialmente notoria. Esta influencia que entonces podía anticiparse que tendría el *Informe* justificaba mirarlo con cuidado. Pero ahora ya no estamos encaminados a una reforma del Tribunal Constitucional, sino a una nueva Constitución. El *Informe*, entonces, ya no es relevante como un conjunto de reformas puntuales al Tribunal Constitucional existente. Pero eso no lo priva de valor. Porque ahora puede atribuirse al *Informe* una suerte de valor etnográfico: ahora nos muestra con notoria candidez las características fundamentales de la reflexión académica constitucional en los momentos postreros de la Constitución de 1980.

Esto no solo no lo priva de valor, lo hace un documento fundamental con miras al proceso constituyente. Es que la nueva Constitución necesita romper tan radicalmente como sea posible con esa tradición de reflexión constitucional, que no es sino el correlato académico de las patologías políticas creadas por la Constitución tramposa que han llevado a lo que probablemente es la más profunda crisis de legitimación de la política institucional del último siglo. Para eso es necesario un nuevo paradigma constitucional; y para caracterizar ese nuevo paradigma el *Informe* sirve como una inmejorable imagen en negativo, como una imagen invertida que, en la medida en que sea reconocida como tal, provee una orientación clara.

Se trata de una imagen inmejorable del paradigma constitucional precisamente porque no pretende ser una reflexión sobre el paradigma constitucional, pero descansa cándidamente en él (es decir, lo usa aunque no fue ni discutido ni

negociado con la finalidad de ofrecer una imagen artificialmente mejorada; es por así decirlo, una foto *impromptu*, no posada); porque es el resultado del trabajo concienzudo de un grupo transversal de juristas (por lo que da testimonio de una cultura que no es propia de “un sector” político) y porque pertenece al mejor momento: al atardecer, cuando vuela el búho de Minerva, y todas las características han podido desarrollarse máximamente (pero cuando el estallido estaba todavía más allá del horizonte, por lo que el *Informe* es escrito sin anticipar lo que venía, *business-as-usual*).

El *Informe* es, por eso, un documento invaluable para entender el paradigma constitucional que constituye el correlato académico de la cultura política neutralizada que floreció bajo la Constitución tramposa.

I. LA PECULIAR ESTERILIDAD DE LA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL

§ 2. *El Tribunal Constitucional estuvo al menos por dos décadas a cubierto de la crítica pública.* El público en general, salvo en algunos casos de alto perfil, ignoraba su desempeño y los especialistas en general, aunque criticaban algunas decisiones o doctrinas aquí o allá, mantenían un juicio en general complaciente respecto de su existencia y práctica.

En eso su suerte fue más o menos la misma que la de la Constitución tramposa. Como he explicado con cierto detalle en otra parte, el sentido de la Constitución tramposa fue neutralizar la agencia política del pueblo, y de ese modo impedir cualquier decisión transformadora del modelo neoliberal¹. Sin embargo, la hegemonía incontrarrestable que durante los años 90 adquirió la idea neoliberal², y el modo en que la neutralización de la política que originalmente estaba solo en la Constitución con el tiempo fue pasando a la cultura política que hoy se denomina “binominal” o “duopólica”³, tuvieron como consecuencia que durante las dos décadas de la Concertación la política institucional, en particular la propia Concertación, abandonó cualquier pretensión de transformación significativa. La mantención y profundización (aunque con rostro humano) del modelo neoliberal, entonces, no implicó la

¹ Atria (2013a).

² Al respecto, véase entre otros Atria (2013b), Garretón (2012).

³ Atria, Salgado *et al.* (2017).

deslegitimación de la Constitución, sino de la política institucional y en particular de la Concertación⁴.

Todo esto empezó a cambiar después de 2005, el año en que el problema constitucional debía haber quedado definitivamente resuelto. La reforma constitucional de ese año presentada por el presidente Ricardo Lagos con exceso de entusiasmo como una nueva constitución, a poco andar se mostró como totalmente insuficiente, y de hecho todas las candidaturas presidenciales para la elección de 2010, salvo la de Sebastián Piñera, tenían entre sus puntos programáticos centrales una nueva constitución. A mi juicio 2005 fue el año en que los chilenos perdimos la inocencia constitucional. Desde entonces, la idea misma de que el problema constitucional puede ser solucionado mediante reformas constitucionales (=mediante el ejercicio ordinario de poderes constituidos de reforma) quedó definitivamente superada (de hecho, quienes hoy alegan por más y más reformas son precisamente quienes creen que no hay ningún problema constitucional, sin perjuicio de añadir apresuradamente la trivialidad algo majadera a estas alturas de que “todo es perfectible”).

⁴ Esto explica lo que observa Carlos Peña: que los movimientos sociales desde el 2011 “parecen más hostiles a la socialdemocracia o a la izquierda convencional que a la derecha conservadora” (Peña (2020) 45). Peña explica esa observación de un modo distinto y a mi juicio manifiestamente implausible. Su explicación “es de índole ideológica” y se encuentra en que los movimientos sociales que han irrumpido desde 2011 en Chile “poseen coincidencias ideológicas con grupos neoconservadores” (Peña (2020) 45). Entonces, por ejemplo, la razón por la que en 2011 en la Casa Central de la Universidad de Chile los estudiantes desplegaron lienzos críticos en contra de Bachelet y de Lagos, y no de la UDI y de Sebastián Piñera, era que entre el izquierdismo de Bachelet y de Lagos y el neoconservadurismo de la UDI y de Piñera el movimiento estudiantil estaba ideológicamente más cercano al segundo. Sin perjuicio de que sea correcto o no llamar a esos movimientos “neoconservadores” (lo que por cierto depende de cómo se define ese término), como explicación de la razón por la que fueron esas figuras las que aparecieron en los lienzos, la observación de Peña me parece totalmente imaginaria. A mi juicio es claro que la razón por la que fueron esas las dos figuras que aparecían en los lienzos es que eran vistas, por lo indicado en el texto principal, como culpables de haber traicionado las expectativas puestas en ellas: que la derecha neoliberal defienda el neoliberalismo no es extraño, pero que lo haga el Partido de Salvador Allende sí justifica una crítica distinta y más dura a quienes (correcta o incorrectamente) eran vistos como encarnando un giro que era acusado como traición (“eran vistos”, “era acusado como”: no estoy aquí pronunciándome, por cierto, sobre si esa crítica es justificada o no, solo tratando de entenderlas. Para mi opinión sobre el desempeño de la Concertación durante sus veinte años, véase Atria (2013b)).

Si 2005 fue el año de la pérdida de la inocencia constitucional, 2011 fue el año en que esa pérdida de inocencia comenzó a mostrar sus consecuencias⁵. Porque en 2011 irrumpió, con una magnitud cuantitativamente superior a las veces anteriores, una demanda de esas que la Constitución pretendía neutralizar⁶. La magnitud cuantitativa del movimiento del 2011 implicó que la institucionalidad que en 2006 fue eficaz para neutralizar el movimiento “pingüino”, cuando pretendió neutralizar el movimiento de 2011, resultó ella misma impugnada. A esas alturas, por cierto, la Concertación ya estaba completamente desacreditada como agente de cambio, y por eso, para poder asumir esas demandas, debió ser desahuciada y reemplazada por la Nueva Mayoría. El intento de la Nueva Mayoría de llevar adelante un programa transformador significó que ahora la Constitución debía aparecer como lo que evitaba la transformación. Y a mi juicio ese fue el aprendizaje que dejó el segundo gobierno de Michelle Bachelet, que fracasó a pesar de las auspiciosas condiciones con las que asumió: que la institucionalidad política que conocemos es simplemente incapaz de llevar adelante con eficacia un proceso transformador⁷.

⁵ Véase Atria (2013b); Garretón (2012).

⁶ ¿Qué quiere decir “fuerza suficiente”? ¿Suficiente para qué? Mi respuesta sería: fuerza suficiente para no poder ser neutralizada por la política institucional. Por eso cuando intentó ser neutralizada (como lo había sido exitosamente el movimiento “pingüino” de 2006, que no tuvo la dimensión cuantitativa que mostró el de 2011), lo que resultó negado no fue el movimiento social, sino la constitución tramposa (sobre el impacto político del movimiento estudiantil de 2006, “la revolución pingüina”, véase Bellei, Contreras *et al.* (2010)). Desde entonces el proceso de deslegitimación institucional se hizo irreversible, hasta que el 18 de octubre de 2019 “estalló”.

⁷ Un par de clarificaciones a lo del fracaso y a las auspiciosas condiciones en que asumió el gobierno de Bachelet. Por auspiciosas condiciones me refiero que Bachelet había hecho suyas las demandas surgidas del movimiento estudiantil (transformación de la educación de mercancía en derecho social, nueva constitución) y las había puesto en el centro de su programa, y con ese programa había ganado abrumadoramente las elecciones presidenciales (más del 60% de los votos, aunque debe recordarse que con una altísima abstención), y había ganado la elección parlamentaria, obteniendo casi la mayoría necesaria para dictar unilateralmente leyes orgánicas constitucionales. Lo que importa es que, mirado desde el momento del inicio, es difícil pensar en condiciones más auspiciosas para llevar adelante un programa transformador. Lo de “fracaso”, por su parte, debe ser calificado: la transformación de la educación desde una mercancía a un derecho social no se logró, aunque se dieron pasos más significativos de los que se habían dado en las décadas anteriores. A mi juicio, de hecho, la ley de inclusión es la ley más importante de los últimos 30 años, porque es la única que contiene un principio genuinamente transformador; la gratuidad universitaria, por su lado, aunque se hizo de un modo que mantiene hasta cierto punto la lógica de que la educación universitaria tiene precio (claro que ahora la paga el Estado) sentó un principio cuyo desarrollo futuro puede ser promisorio. Esto debe llevar a la conclusión

En lo que se refiere al Tribunal Constitucional, el gobierno de la Nueva Mayoría tuvo consecuencias directas. Hasta 2013, el Tribunal Constitucional jugó un rol de cerrojo de última ratio, que actuaba solo en los pocos casos en los que los demás cerrojos no habían sido suficientemente eficaces. El resultado de las elecciones parlamentarias de 2013 significó que la efectividad de los cerrojos constitucionales anteriores al Tribunal Constitucional disminuyó considerablemente, por lo que la función de evitar las transformaciones que el sistema político pudiera llevar adelante dependería de dos cuestiones cada una de las cuales, en su operación, tenían un altísimo costo en términos de legitimación. La primera era que a esas alturas la Constitución ya había logrado configurar una cultura política neutralizada; esto se tradujo en el surgimiento de oposición a las transformaciones al interior de la Nueva Mayoría, lo que la llevó a una notoria inmovilidad, particularmente cuando el programa de gobierno perdió su poder disciplinador de la coalición, como consecuencia del derrumbe de la popularidad de la presidenta. El momento en que este poder disciplinador se desvaneció puede fijarse con cierta precisión: fue cuando Ignacio Walker, a la sazón presidente del partido Demócrata Cristiano, pudo permitirse decir que no había leído el programa antes de firmarlo⁸. La segunda, por cierto, era el Tribunal Constitucional, que ahora tendría que intervenir directamente en los casos más polémicos (aborto en tres causales, ley de inclusión, lucro en las universidades, SERNAC, titularidad sindical). Lo primero implicó la agudización irrecuperable de la deslegitimación de la “clase política”, que era vista como defendiendo sus propios intereses de clase contra los de la ciudadanía a pesar de que había recibido un claro mandato transformador. La segunda terminó prácticamente destruyendo las posibilidades de acción del Tribunal Constitucional, porque su carácter de “tercera cámara” se hizo imposible de negar, al punto de que la propia María Luisa Brahm, actualmente presidenta del Tribunal, lo reconocería explícitamente⁹. Se hizo imposible de

de que en materia educacional el gobierno no fue un fracaso, o no fue un fracaso total. En material constituyente, por cierto, el fracaso fue completo. Cuando en el texto me refiero al “fracaso” del gobierno de Bachelet hago alusión a este fracaso parcial en materia educacional y al fracaso completo en materia constituyente.

⁸ El Mostrador (2016).

⁹ “La descripción de que somos una tercera cámara si bien aparece como peyorativ[a], corresponde realmente a lo que sucede. Sí somos una tercera cámara”, en Ayala (2020).

negar, por cierto, para el público, no para la reflexión doctrinaria sobre derecho constitucional, que no notaba diferencia alguna¹⁰.

A esto hay que añadir la presidencia del Tribunal del ministro Iván Aróstica (agosto de 2017-agosto de 2019), durante la cual la disposición del Tribunal a ignorar las reglas legales y constitucionales que fijan su competencia y límites fue máxima¹¹. Es difícil exagerar el efecto que la presidencia del Ministro Aróstica tuvo en la percepción pública del Tribunal Constitucional¹². Al terminar su período en la presidencia las posiciones críticas a la existencia del Tribunal Constitucional, que hasta entonces habían sido totalmente minoritarias en la academia y en la política nacional, pasaron a ser posiciones si no dominantes, al menos públicamente legitimadas como no lo habían sido antes. Es muy poco probable que esto no tenga efectos en el proceso constituyente. Con esto no estoy diciendo que la nueva Constitución no contendrá algo como un tribunal constitucional, aunque esa es una posición que hoy, a diferencia de lo que se habría dicho hace 5 años, no puede ser excluida. Pero incluso si lo contiene, lo probable es que la experiencia del tribunal durante estos últimos años lleve a que su régimen, sus competencias, su modo de integración y otras características institucionales fundamentales sean considerablemente distintas, para evitar la usurpación de poderes que lo ha caracterizado.

§ 3. *El problema de la reflexión constitucional dominante y su peculiar esterilidad.* Identificar las características fundamentales de la reflexión académica constitucional, las perspectivas y posiciones que para ellas resultan de sentido común, es fundamental para entender la situación constitucional en la que nos encontramos. Aquí, al principio, es importante entender lo que está en juego. Enfrentados a un proceso que evidentemente intensificará la discusión constitucional, debemos tener claro que podemos esperar de la academia constitucional y qué no¹³. Y lamentablemente es poco lo que podemos

¹⁰ Véase Atria y Salgado (2015).

¹¹ Véase Atria y Salgado, “El Tribunal Constitucional desatado”, serie de columnas publicadas en *El Mostrador* entre el 23 de enero y el 27 de febrero de 2018, recopiladas en Atria y Salgado (2018).

¹² Véase *infra*, n. 46.

¹³ En este texto me interesa identificar las características del paradigma constitucional actual. Eso no quiere decir que no haya posiciones contraculturales, que critican a ese paradigma dominante. De hecho, creo que en materia constitucional hay un paradigma contrario listo para reemplazar al paradigma dominante bajo la Constitución de 1980, y uno de los sentidos principales de este texto es colaborar a que ese reemplazo sea completo. El paradigma alternativo surge de la obra de una generación posterior de constitucionalistas, que al menos

esperar, en el sentido de que la reflexión constitucional puede ser útil para los abogados que deben redactar sus escritos para ser presentados al Tribunal Constitucional, pero no ofrece mucha guía a los ciudadanos que deliberaremos sobre la nueva Constitución que Chile requiere. Porque la experiencia ha mostrado que, cuando se trata de discusiones políticamente relevantes que asumen contenidos constitucionales, la reflexión académica sobre la Constitución ha sido peculiarmente estéril.

En efecto, en muchas cuestiones importantes los profesores de derecho constitucional han sido llamados a la esfera pública a opinar sobre cuestiones de relevancia política, con la expectativa de que ellos contribuyan a perfilar o identificar mejor los problemas y sus posibles soluciones. Ellos son, después de todo, expertos, y en tal calidad uno esperaría de ellos un aporte significativo a la racionalidad de esa discusión. Una de las cosas importantes de entender, a lo que espero que este artículo haga una contribución, es *por qué esto no ha sido así*. Es decir, por cierto que los profesores de derecho constitucional han sido participantes estelares en estas discusiones, y han tenido mayor figuración que la habitual en los medios, etc. Pero sus participaciones han sido poco más que, en el mejor de los casos, la de un ciudadano informado, porque la doctrina que se ha producido en las últimas décadas no tiene nada que decir sobre esas cuestiones.

Esto puede ser ilustrado por referencia a tres cuestiones cuya centralidad en la discusión pública reciente no puede ser dudada y que tienen un contenido evidentemente constitucional.

§ 4. *El primer caso: el problema constitucional y el significado de la reforma constitucional de 2005.* El derecho constitucional es la faz institucional de la democracia representativa, y por eso uno esperaría que quienes se dedican a él tuvieran una especial comprensión de lo que el principio democrático exige en cuanto a la configuración de instituciones. Sobre la base de eso, uno habría también esperado que durante los 15 años anteriores a la reforma de 2005 los constitucionalistas, al menos los que tenían un compromiso con el principio democrático, hubieran hecho un trabajo de identificación y crítica de los déficits democráticos de la constitución. Si eso hubiera ocurrido, los avances y los límites de la reforma constitucional del 2005 habrían sido más claros, y el triunfalismo de quienes la proclamaron "la constitución de 2005"¹⁴ habría

hasta ahora se han mantenido en las universidades, lejos de la actividad litigiosa. Este paradigma alternativo puede apreciarse en textos como Bassa, Ferrada *et al.* (2015), Contreras y Salgado (2018).

¹⁴ Como lo hizo el propio Presidente Ricardo Lagos: "Chile cuenta ahora con una constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el

podido ser contenido. En particular, eso habría servido para tener conciencia de que los cerrojos o trampas que atenazaban la política democrática continuaban vigentes, a pesar de la derogación de los senadores designados y la reforma al Consejo de Seguridad Nacional.

Pero no fue así. La reflexión constitucional estaba consciente, porque eso lo había heredado de la labor del “Grupo de los 24” durante la dictadura, de lo que llamaba “enclaves autoritarios”. Pero en 2005 demostró que no había sido capaz de estar a la altura, que había perdido la capacidad crítica que tuvo el Grupo de los 24 y que entonces ya no era capaz de entender la importancia de los enclaves y qué otros dispositivos eran los que entonces eran relevantes. Porque los enclaves, aunque debían ser eliminados por razones normativas (y entonces su eliminación fue por cierto un avance) para 2005 ya habían perdido

cual podemos continuar avanzando en el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia. Tenemos, por fin, una constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, con el alma permanente de Chile” (Lagos (2005) 13, 18). También Viera Gallo (2014) 316, que decía que la reforma de 2005 “le cambió el carácter a la constitución al eliminar los enclaves autoritarios”; Patricio Zapata, por su parte, afirmaba que “finalmente, y después de casi 25 años, la Constitución encarna un consenso nacional” (*El Mercurio*, 18 de septiembre de 2005). Mientras Lagos y otros sostenían esto, la derecha se negaba. El entonces senador Andrés Chadwick decía “Por muy importantes que hayan sido las reformas, que hemos compartido y consensuado, sigue siendo la Constitución de 1980. Se mantienen sus instituciones fundamentales, tal como salió de su matriz. Para que haya una nueva constitución se requiere de un proceso constituyente originario, no de un proceso de reformas” (en *El Mercurio*, 21 de septiembre de 2005). ¿Por qué la derecha rechazó el regalo que Lagos le estaba haciendo, el de reconocer la legitimidad de la Constitución llamándola Constitución de 2005 pero manteniendo sus instituciones fundamentales (en eso Chadwick no se equivocaba)? “El intento del Presidente Lagos [...] estuvo cerca de lograr legitimar la Carta que nos rige, pero la poco visionaria y egoísta reacción de la derecha de negarle a Lagos el poder simbólico de la paternidad sobre una nueva carta, el desprestigio de los mecanismos de representación política [...] que permanecieron vigentes y que no son compatibles con ideales democráticos, y lo tardía de una reforma a enclaves autoritarios [...] terminaron por frustrar lo que probablemente será el último esfuerzo por reflotar la legitimidad de la Carta originada en 1980” (Correa Sutil (2013)). La irracionalidad de la disposición de Lagos a apropiarse, firmándola y llamándola “Constitución de 2005”, de una Constitución que en lo fundamental seguía siendo la de 1980, es simétrica a la irracionalidad de la derecha al negarse a aceptar que Lagos se la apropiara. Que el que manifestó el rechazo haya sido Chadwick (él mismo profesor de Derecho Constitucional), refuerza la tesis principal de este artículo: la manera en que en la constitución confluye lo político y lo jurídico es totalmente incomprensible en la reflexión constitucional chilena.

No está de más recordar la consecuencia de la absurda negativa de la derecha: precisamente por lo dicho por Chadwick (=que la reforma de 2005 no había modificado sustancialmente la Constitución de 1980, por lo que era necesario un proceso constituyente) la cuestión de la nueva constitución volvería a irrumpir en 2011, 2013, 2015 y estallar en octubre de 2019.

su relevancia en términos de la distribución del poder. No era la imposibilidad de remoción de los comandantes en jefe o los senadores designados (que en 2005 habrían sido por primera vez mayoritariamente para la Concertación) lo que afectaba la distribución del poder, era el sistema binominal, las leyes orgánicas constitucionales, el Tribunal Constitucional. Pero como la reflexión constitucional no fue capaz de entender esto, la derecha pudo vender caro los enclaves ya irrelevantes y mantener la vigencia de los cerrojos que todavía le servían, ahora relegitimados en la “nueva Constitución” de 2005. Por esto la crítica a los límites de la reforma de 2005 vino no desde la reflexión constitucional, sino desde los movimientos sociales, y tomó a la primera enteramente por sorpresa. En resumen, algo pasó con la doctrina y la reflexión constitucional después de 1990 que ella perdió su capacidad crítica, al punto de celebrar una reforma (la de 2005) que dejaba en pie todas las trampas constitucionales que todavía afectaban la distribución del poder eliminando las que ya no hacían diferencia alguna.

La pérdida de capacidad crítica de la reflexión constitucional desde los 90 es especialmente grave, porque la crítica contemporánea a la Constitución de 1980 no solo había identificado los “enclaves autoritarios”, sino también los cerrojos. En efecto, si uno vuelve sobre los documentos elaborados por el Grupo de los 24, un grupo de profesores de derecho constitucional vinculados a la entonces Alianza Democrática, la claridad en la identificación del problema no puede sino sorprendernos:

*Las normas sobre reforma constitucional:
trampa para perpetuar al régimen*

Las normas sobre esta materia procuran congelar o petrificar el régimen constitucional, entrandando de tal modo su modificación que se haga prácticamente imposible.

[Sigue una descripción del proceso de reforma constitucional]

Todo esto significa, en buen romance, que en vez de una Carta flexible y “crecedora” – grandes méritos que los estudiosos reconocen a las de 1833 y 1925 – la Constitución otorgada nace con pretensiones de inmutable. Con el afán evidente de perpetuar el régimen que impone, hace prácticamente imposible su modificación por los caminos que ella consagra, aunque una clara mayoría del país quiera cambiar dicho régimen¹⁵.

¹⁵ Grupo de los 24 (1981), §15. Por cierto, las reglas de reforma constitucional cambiaron con la reforma de la ley 18825, de 1989, y este texto del Grupo de los 24 está escrito durante la vigencia del texto constitucional original. Pero la reforma de 1989 fue realizada a través de “los caminos que ella consagra”, por lo que lo que el Grupo de los 24 dice se aplicaría,

La agudeza en la descripción dada en 1981 por el Grupo de los 24 contrasta totalmente con la incapacidad de la reflexión constitucional para asumir ese diagnóstico y seguirle el curso. Por cierto, esto no quiere decir que no podría esa reflexión haber llegado a la conclusión de que el diagnóstico temprano del Grupo de los 24 era errado, pero para eso debería habérselo tomado en serio y haberlo puesto bajo análisis. Porque si la tesis del Grupo de los 24 era correcta, lo que debería haber ocurrido es que la constitución se hubiera mostrado inmodificable, es decir que el “régimen que ella impone” no podría haber sido modificado por “los caminos que ella consagra”. Todas las reformas constitucionales desde 1989 a la fecha se han hecho por esos “caminos”, por lo que la corrección del diagnóstico inicial implicaba una conclusión obvia: esas reformas pueden haber adecuado algo aquí y allá, pero no pueden haber cambiado *el régimen que la constitución impone*, un régimen (ahora diría yo) de neutralización de la política democrática.

¿Era esto verdad? ¿Tenía razón el Grupo de los 24 en que cualquier reforma que lograra ser aprobada a través del procedimiento de reforma constitucional sería incapaz de cambiar lo que realmente importaba? En caso afirmativo, ¿qué quería decir eso respecto de las reformas realizadas entre 1989 y 2005? En caso negativo, ¿dónde estaba el error del grupo de los 24?

Es claro, a mi juicio, que el Grupo de los 24 acertó plenamente. Pero lo importante ahora es que la reflexión académica sobre la Constitución en el período posterior a 1990 simplemente ignoró todo esto. Es decir, ignoró algo que ya había sido agudamente identificado.

La agudeza de la descripción dada en 1981 por el Grupo de los 24 contrasta totalmente con la incapacidad de la reflexión constitucional para asumir ese diagnóstico y seguirle el curso. Es que el Grupo de los 24 tenía consciencia de que la constitución es la configuración de instituciones políticas, mientras la reflexión posterior, como veremos, entiende al derecho constitucional como un conjunto de (meros) conceptos.

en principio, a la nueva regulación. Hay que decir, sin embargo, que la reforma de 1989 hizo más difícil la reforma constitucional, por lo que la observación del Grupo de los 24 tiene más relevancia respecto del texto posterior a 1989. En efecto, aumentó los capítulos sujetos al quórum especial de 2/3 (art. único N°49 L 18825), y aunque rebajó de 3/4 a 2/3 el quórum de insistencia del Congreso ante el veto del Presidente (art. único N°50) y eliminó la necesidad de ratificación por el siguiente Congreso (art. único N°52), se aumentó considerablemente (de mayoría absoluta a 3/5 o 2/3, según el caso) el quórum de aprobación del Congreso de un veto aditivo del Presidente de la República (art. único N°51).

§ 5. *El segundo caso: la jurisdicción constitucional.* Cualquiera que esté al tanto de la discusión constitucional en otros países, sabe que este es uno de los temas importantes de la discusión constitucional. Con esto no estoy diciendo que la doctrina constitucional comparada esté en contra de un tribunal constitucional (no es así, aunque la cuestión es hoy más controvertida, por lo que se observa *infra*, §15), pero sí que ella es consciente de que hay ahí un problema que debe ser tratado. No así en Chile. Aunque, como dice el *Informe*, hay un “creciente debate en torno a la legitimidad del Tribunal Constitucional” (p. 3), se trata de un debate que estuvo completamente ausente de la reflexión constitucional post-1990. Y aquí me refiero no solo a constitucionalistas de derecha, que no sería raro que defendieran la jurisdicción constitucional (es su cerrojo, después de todo), sino también a los de izquierda. Cuando uno vuelve sobre la discusión constitucional de los últimos treinta años, puede observar que la academia no solo no le ha dado importancia al tema de la jurisdicción constitucional y su justificación, sino adicionalmente la celebraba de modo prácticamente unánime¹⁶.

¿Qué explica que un tema que es discutido y discutible en cualquier cultura democrática fue totalmente ignorado en Chile? Parte de mi respuesta está en el resto de este texto. Pero ahora solo me interesa notar el problema. Porque debe destacarse que la cuestión es especialmente notoria, porque la aceptación indiscutida de la jurisdicción constitucional y la celebración de su ampliación ocurre precisamente en un país que, en términos constitucionales, tiene la dudosa distinción de ser de los pocos cuya democracia post-dictatorial se basó sin solución de continuidad en la constitución dada por el dictador (!), y que

¹⁶ La actitud celebratoria aquí es transversal. Véase, por ejemplo, Cea: “Declaro sentirme convencido del progreso alcanzado en Chile. Aunque nunca es prudente formular juicios asertivos por el riesgo de equivocarse creo que la obra del Tribunal de la Constitución ha sido encomiable” (Cea (2001) 118); Teodoro Ribera: “Bien se puede manifestar que el Tribunal Constitucional se ha transformado en el defensor de la esencia de la Carta Fundamental, impidiendo todo retroceso constitucional y preparando con su jurisprudencia la vigencia de una plena democracia” (Ribera (1986) 112); Carlos Andrade: “Tribunal Constitucional, suprema autoridad en materia constitucional, cuyo deber fundamental es velar por la supremacía de la Carta Fundamental” (Andrade (1996) 309); “Se debe poner de relieve que el sistema actual de defensa de la Constitución representa un avance significativo respecto al esquema que consideraba la Carta de 1925 (que únicamente sometía a control las violaciones provenientes del órgano legislador), ya que, además de las inconstitucionalidades de la labor legislativa, considera nuevas formas de violación a la Constitución, derivadas principalmente de la actividad normativa del Presidente de la República” (Cazor (2001) 101); “En la misma medida en que la Constitución Política en su conjunto constituye la expresión máxima de la voluntad ciudadana (!), debe entenderse que todos y cada uno de los órganos públicos, más allá de las diferencias en el proceso de generación de sus titulares, participan en su origen de una misma y única legitimidad democrática” (Zapata (2002) 70).

el Tribunal Constitucional, al que esa reflexión nunca discutió con seriedad, era un tribunal cuya integración hasta el año 2005 era garantía de una interpretación neoliberal de la constitución (!!)¹⁷. Recordemos que dos de sus miembros eran nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, un órgano compuesto por “por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, y por el General Director de Carabineros” (nótese la mayoría militar)¹⁸, conforme al antiguo artículo 95 del texto constitucional (!!!).

Y tratándose de esa constitución, y de un tribunal que no era exactamente el mismo porque sus reglas de integración fueron cambiadas pero que era todavía un tribunal sujeto a las condiciones de la constitución tramposa, la actitud celebratoria llevó a una situación en la que un autor como José Luis

¹⁷ Hasta la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional estaba integrado por 3 ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en votaciones sucesivas y secretas (es decir, tres ministros que eran elegidos por la misma mayoría dentro de la Corte Suprema), un abogado designado por el Presidente de la república, uno por el Senado y dos por el Consejo de Seguridad (art. 81 original; nótese que el peso del Consejo de Seguridad Nacional fue el mismo, hasta 2005, que el de los órganos de legitimación democrática directa. El Consejo de seguridad, como ya hemos observado, estaba compuesto por “el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República”, es decir era un órgano con mayoría de los comandantes en jefe de las FFAA y Carabineros (art. 95 original). Y era este órgano el que elegía tantos miembros del Tribunal Constitucional como todos los órganos de generación democrática (Presidente y Senado) sumados. Tras la reforma del 2005, la doctrina reconoció la impropiedad de la integración anterior aludiendo a una especie de mejoría en la composición del Tribunal Constitucional, pero sin atender a las condiciones de nombramiento de los nuevos integrantes, sino solo al hecho de que eran nombrados por un órgano en vez de otro: “se configuró una nueva magistratura constitucional, con mayor legitimidad democrática, que está llamada a resolver una amplia gama de conflictos de constitucionalidad” (Pffefer Urquiaga (2014) 620).

¹⁸ La mayoría militar del Consejo de Seguridad Nacional fue alterada en la reforma introducida por la ley 18825, de 17 de agosto de 1989. En efecto, dicha reforma incluyó en el Consejo al Contralor General de la República, de modo que los miembros civiles y militares quedaron empatados. En marzo de 1989 (con su integración original, de mayoría militar) el Consejo nombró los dos ministros que correspondía, recayendo esas designaciones en Enrique Ortúzar y Luz Bulnes. En noviembre de ese mismo año (con su nueva integración), el Consejo nombró, en reemplazo de Enrique Ortúzar, a Ricardo García, un ex ministro del Interior de Pinochet (1985-1987). Al respecto, véase los Decretos Supremos 292 (10 de marzo de 1989) y 1316 (13 de noviembre de 1990), ambos de Justicia y ambos disponibles en bcn.cl. En 1997 el Consejo de Seguridad Nacional renueva a Luz Bulnes y designa a Mario Verdugo.

Cea pudo decir, después de la reforma de 2005, que “no conozco, en realidad, una magistratura de esta especie dotada de mayores atribuciones”¹⁹.

§ 6. *El tercer caso: la cuestión de los derechos sociales.* Todo el que conozca la literatura constitucional chilena y comparada de las últimas décadas sabe que la discusión académica ha estado orientada con mucha más fruición a las cuestiones que se llaman “dogmáticas” que a las “orgánicas”, más a los derechos constitucionales que a las cuestiones de composición, atribuciones y funcionamiento de los órganos fundamentales del Estado. Y dentro de la parte dogmática, especialmente para la doctrina que se comprende a sí misma como “progresista”, el énfasis principal ha estado en el tema del sentido y consecuencias de la consagración constitucional de derechos sociales²⁰.

Esto, por cierto, es un problema que ha sido recientemente destacado por Roberto Gargarella, en su justamente célebre metáfora (y libro homónimo) de la “sala de máquinas”²¹. Las cuestiones de organización del poder han sido en general ignoradas por el constitucionalismo latinoamericano, que ha tendido a mirar la Constitución como pura normatividad. Este es uno de los temas centrales de este texto.

Pero aquí lo importante no es eso; asumamos este giro normativista, y observemos que incluso en sus propios términos ha sido infructuoso. E infructuoso no en términos conceptuales, sino políticos, porque no ha producido conocimiento útil. Esto quedó especialmente en claro al asumir Michelle Bachelet el poder en 2014, con un programa que tenía como uno de sus puntos centrales un “cambio de paradigma”:

Esta propuesta plantea un cambio de paradigma. Ello implica pasar de la educación como un bien que es posible transar en el mercado y la competencia como mecanismo regulador de la calidad, a un sistema educacional coordinado que ofrece a las niñas, niños y jóvenes de Chile un derecho social²².

No me interesa ahora evaluar la realidad de esta promesa: si ella era sincera o solo una estrategia electoral, si la Nueva Mayoría podía hacerlo, si se avanzó significativamente en esa dimensión, etc. Todas esas son cuestiones importantes, pero no son las que ahora interesan. Lo que interesa es que la

¹⁹ Cea (2005) 50.

²⁰ Respecto del derecho que más activismo judicial ha suscitado, el derecho a la salud, véase Figueroa (2013). Véase también Lovera (2010), y los comentarios a ese texto que ahí aparecen.

²¹ Gargarella (2015).

²² Bachelet (2013) 17.

situación parecía dada para que toda esa reflexión sobre derechos sociales de la academia constitucional “progresista” encontrara un vehículo de manifestación, mostrara su utilidad.

En efecto, la transformación prometida, de la educación desde una mercancía a un derecho social, implicaba una serie de cuestiones de diverso tipo, algunas de las cuales uno habría esperado que fueran clarificadas por el hecho de que la reflexión académica sobre la constitución venía precisamente discutiendo el tema de los derechos sociales con especial intensidad. Así, entre otras: ¿Es compatible la lógica de los derechos sociales con la educación privada? ¿Excluye toda forma de selección, o solo algunas? ¿Es lo mismo la selección escolar (básica o media) y la universitaria? ¿Exige gratuidad? ¿Es gratuidad con *vouchers* suficiente? ¿Pueden los derechos sociales ser provistos por empresas con fines de lucro? ¿Por qué si/no? Y las preguntas podrían multiplicarse.

Pero rápidamente fue evidente que para responder estas preguntas, para contribuir al tránsito desde la educación como mercancía a la educación como derecho social, lo que se había escrito sobre derechos sociales por la doctrina constitucional era estrictamente impertinente. Es decir, esa reflexión *no tenía nada que decir*, porque nunca estuvo orientada a preguntas como estas, sino solo a la cuestión de si (y cómo) ellos podían ser protegidos por tribunales de justicia²³.

Hay entonces una pregunta importante que debe ser respondida acerca de la peculiar esterilidad de la reflexión constitucional chilena, el hecho de que cuando hay cuestiones importantes respecto de las cuales uno esperaría que ella contribuyera a clarificar o entender mejor, no tenga nada interesante que decir.

Esto demanda una explicación, que en términos preliminares y tentativos será ofrecida en este texto, junto con otras observaciones acerca del Tribunal Constitucional y su reforma.

§ 7. *El Informe y su diagnóstico implícito*. Este es el contexto en el que la Comisión evacuó su *Informe*. Como está dicho, se trata de un documento extraordinariamente interesante no porque las propuestas contenidas en él

²³ Por cierto, la referencia obligada es el libro de Abramovich y Courtis (2002), que dio cuenta de esto y fijó el programa de investigación de al menos una generación completa de constitucionalistas “progresistas”. En la doctrina nacional, véase como ilustración, entre muchísimos otros: Figueroa (2009); Jordán (2006); Nogueira (2009); Silva y Henríquez (2014).

sean adecuadas para solucionar el problema de la Constitución o del Tribunal Constitucional, sino porque debe ser entendido como una suerte de “Manifiesto disciplinar”. El *Informe* se inicia, de hecho, con una sección titulada “Manifiesto: un Tribunal Constitucional para el siglo XXI”, y a mi juicio debe ser leído entero de ese modo: este *Informe es lo que la doctrina constitucional tiene que decir sobre el Tribunal Constitucional*. Leyéndolo, entonces, aprenderemos mucho más sobre las características de esa reflexión académica que s Tribunal Constitucional.

El *Informe* comienza notando lo que ya hemos observado: que los treinta años de celebración unilateral y de complacencia doctrinaria con el Tribunal Constitucional parecen haber llegado a su fin. El *Informe* se sabe necesario porque ahora, y no antes, hay un “creciente debate en torno a la legitimidad del Tribunal Constitucional” (p. 3). Como ya hemos notado, este “creciente debate” tiene dos dimensiones. En la primera, la objeción es al Tribunal Constitucional como uno de los cerrojos que definen a la constitución tramposa; en la segunda, es la conducta reciente del Tribunal Constitucional, que bajo la presidencia del ministro Iván Aróstica mostró que los límites que definen su competencia son ineficaces para contenerlo. A la primera crítica, la respuesta tradicional, seguida sin mucha reflexión por el *Informe*, es apuntar al hecho de que el Tribunal Constitucional no es un invento de la Constitución de 1980, sino proviene de antes, de la república, porque fue creado en 1970; a la segunda la respuesta tradicional es ignorarla, e interpretar la crítica como si fuera reducible a un previsible desacuerdo con una sentencia de quien no está de acuerdo con el fondo de lo decidido. Esto no es afirmado en el *Informe*, por cierto, pero el hecho de que no se dé por aludido de este problema, y que cuando encuentra problemas institucionales su solución sea proponer ampliar las facultades del Tribunal de modo de aumentar su *potestas* como compensación a su déficit de *auctoritas*, muestran que para la Comisión el problema es inexistente, invisible o insignificante.

Esto deja al *Informe* en una extraña posición: se presenta como una respuesta razonada y “transversal” a un “creciente debate”, pero al leer sus propuestas uno no encuentra mayor signo de las causas de ese creciente debate. Es decir, las propuestas no se muestran conscientes de que en la existencia concreta del Tribunal Constitucional hay problemas, salvo en los casos en que consideran que el Tribunal tiene las manos atadas, o tiene pocas atribuciones, o que las demás instituciones del Estado no son lo suficiente deferentes con él, etc. En términos del diagnóstico implícito el *Informe*, sin ofrecer razones para eso, considera que el problema que enfrenta el Tribunal Constitucional es que su

configuración institucional lo deja en una posición muy inerme, muy debilitada, que es entonces necesario reforzar.

La distancia entre el diagnóstico implícito (es decir, el que puede leerse en una suerte de ejercicio de ingeniería inversa, a partir de las propuestas contenidas en el *Informe*) y la discusión pública que el propio *Informe* sabe que existe es tan grande, que demanda una explicación. A mi juicio, eso tiene que ver con algunas de las características del contexto político-cultural-académico que rodea la acción del Tribunal, que intentaré identificar (*infra*, §§17-19). Esa identificación es tentativa y debe verse principalmente como una invitación a mejorarla, porque es extraordinariamente importante: esas son las condiciones en las que el Tribunal debe operar, pero al mismo tiempo son habitualmente ignoradas, como si el Tribunal Constitucional fuera solo un concepto definido por normas, no una institución realmente existente. Especialmente ahora que estamos *ad portas* de un proceso constituyente, caracterizar este contexto es especialmente decisivo. Como ya ha sido observado, esta es la cultura académica que constituye el correlato de la cultura política neutralizada que floreció bajo la constitución tramposa, y que la nueva Constitución necesita reemplazar por una totalmente distinta.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO MÁQUINA Y COMO NORMA

§ 8. *La referencia al Tribunal de 1970.* El *Informe* no hace un esfuerzo para identificar los problemas que el Tribunal Constitucional hoy enfrenta, en concreto y como resultado de su propia acción y del contexto en que ha de actuar. Su primera sección, titulada decididamente “Manifiesto. Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI” asume, sin dar explicación alguna, que entre el Tribunal Constitucional que hoy existe y el que fue creado en 1970 hay perfecta continuidad, que son en otras palabras *la misma cosa*. La apelación a la historia pre-golpe del Tribunal, nos aclaran, es con la finalidad de “subrayar que los problemas para los cuales surgió en esos años el TC, aún se mantienen y las soluciones que en esos años se idearon son perfectibles” (pp. 6-7). Pero no hay esfuerzo alguno para identificar cuáles eran esos problemas, más allá de una afirmación genérica de que

la práctica constitucional había desarrollado una tensión estructural entre el Congreso y el Presidente de la República que se expresaba en conflictos sin solución en el procedimiento de tramitación de la ley, promulgando leyes inconstitucionales (p. 6).

La pregunta, por cierto, es qué relevancia tienen para nosotros los problemas identificados en la práctica constitucional en los años 1950’ y 1960’. Es

razonable pensar que hay alguna, pero por otro lado no es razonable hoy ignorar todo lo que nos separa de 1970, en términos tanto de la política normal como de las instituciones bajo las cuales vivimos y las pretensiones de la política institucional. Sin hacer este esfuerzo, la referencia a los problemas para solucionar los cuales en 1970 fue creado un órgano llamado “Tribunal Constitucional” es en los hechos vacía.

El *Informe* no lo cree así. Es más, el *Informe* cree que las decisiones tomadas en 1970 para resolver problemas de 1970 nos vinculan inmediatamente:

cometeríamos un grave error y defraudaríamos muchas generaciones si despreciáramos las instituciones que han sido fruto de amplios consensos y que responden a constantes de nuestra historia (p. 7).

Es curioso que el *Informe* se refiera al Tribunal como “fruto de amplios consensos”. El Tribunal Constitucional de 1970 fue creado por la ley 17284, que modifica la Constitución Política del Estado. Como toda reforma constitucional exitosa, debió recibir el voto favorable de la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, y entonces puede decirse que fue creado por un acuerdo, como cualquier otra parte del texto constitucional vigente en 1973. Pero la aprobación de la ley 17284 no fue el resultado de un consenso particularmente amplio. En la sesión del Congreso Pleno que entonces debía ratificar las reformas constitucionales, la parte referida al Tribunal Constitucional fue aprobada por 111 votos contra 78. Esto por cierto fue una mayoría suficiente (de otro modo habría sido rechazada), pero no hay razón para calificarla de un “gran acuerdo”, al menos no hay más razón que la que permite decir eso de cada inciso de la Constitución de 1925 (por cierto, con esto no estoy diciendo que hoy sea relevante cual fue el resultado de la votación en la que se aprobó la ley 17284; solo estoy observando que la referencia a los “amplios consensos” en el *Informe* es infundada, quizás nada más que otra manifestación de una suerte de reflejo condicionado propio de la Constitución tramposa, en que si algo existe y es juzgado positivamente por el hablante debe entonces ser el resultado de un “gran acuerdo”).

Por cierto, supongo que los autores del *Informe* no alegarán que la creación de un tribunal constitucional en 1980 fue el resultado de un “amplio consenso”. La verdad es que lo único que podría ser llamado así fue la aprobación de la ley 20050, la reforma constitucional de 2005. Ahora bien, esa reforma no tuvo presente la posibilidad de eliminar el Tribunal Constitucional. Es decir, con la ley 20050 podría decirse que había un “gran acuerdo” en preferir el Tribunal

que hoy existe al que originalmente creó la Constitución de 1980 (que, recordemos, estaba integrado entre otros, por “dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional”, etc.), pero eso evidentemente no es lo mismo que decir que hay un gran acuerdo, que cruza generaciones y que es una constante de la historia chilena, en la existencia del Tribunal Constitucional.

Nada de esto es muy importante, desde luego. Porque contra lo que dice el *Informe*, es claro que la posibilidad de tomar hoy una decisión que sea diferente a la que tomaron generaciones pasadas no puede ser descrita como “defraudarlas” y “despreciarlas”. Es curioso que a estas alturas deba todavía ser recordada la afirmación de Thomas Jefferson conforme a la cual “*the earth belongs to the living, and not to the dead*”²⁴.

§ 9. *La justificación de la existencia del Tribunal Constitucional. El déficit de la reflexión constitucional chilena.* Ahora bien, la sección del *Informe* llamada “manifiesto” da razones para justificar la necesidad de mantener el Tribunal Constitucional, pero precisamente no son razones que fluyan de la historia chilena o los problemas que la práctica política chilena en concreto enfrenta. Se trata de argumentos abstractos, teóricos, por así decirlo. Son argumentos que muestran la *necesidad* de algo, lo *conveniente que sería* tener algo, pero que no vienen seguidos de una discusión acerca del modo en que el Tribunal Constitucional que existe es *apto para satisfacerla*, ni de las condiciones en las cuales el Tribunal Constitucional chileno debe actuar y cómo ellas hacen probable o improbable que desempeñe esa función, ni tampoco un esfuerzo por diferenciar lo que ha funcionado bien desde el punto de vista de esas necesidades y lo que ha funcionado mal.

²⁴ Jefferson (1958). En el seminario del Centro de Estudios Públicos para el cual este comentario fue originalmente escrito (véase *supra*, §1), Gastón Gómez explicaba que los conflictos entre poderes habían sido muy reales, y que la generación de los 60’, después de mucha discusión, había llegado a la conclusión de que para solucionarlos era necesario el Tribunal Constitucional. Que a eso se alude en el *Informe* con la referencia a “las constantes de nuestra historia”. Dos observaciones al respecto: la primera, es que el argumento asume que los problemas que la práctica democrática chilena presentaba en los años 50 y 60 son los mismos que presenta ahora. No voy a expresar una opinión aquí sobre esto, sino solo indicar que las diferencias entre la política chilena de esos años y la actual es tan considerable que esto no puede ser simplemente asumido. La segunda es en el sentido de la famosa observación de Jefferson: si fuera así, y si eso implicara que debemos retener el Tribunal Constitucional, la razón por la que debemos hacerlo es que nosotros consideramos adecuado hacerlo, no un supuesto deber (totalmente ininteligible, a mi juicio) de no “defraudar” a las generaciones anteriores.

En esto, el *Informe* refleja, a mi juicio, una de las características de la reflexión constitucional entre nosotros: es una reflexión que a falta de otro nombre yo llamaría “conceptualista”, que discute las cuestiones constitucionales como si se redujeran a la especificación de reglas, a cuestiones puramente conceptuales o teóricas; no las discute desde el punto de vista de configurar instituciones que puedan, en las circunstancias concretas que constituyen su contexto de actuación, desempeñar las funciones que deben desempeñar, porque eso exigiría atender a lo que ellas realmente hacen o no hacen. Como veremos, parte del problema que hoy enfrenta el Tribunal Constitucional es consecuencia de esta característica de la doctrina constitucional nacional.

La primera función (“ineludible”) que el *Informe* atribuye al Tribunal Constitucional es “abrir espacios para que los conflictos constitucionales entre poderes públicos encuentren solución a través del razonamiento jurídico” (p. 7). Nótese: esta es ofrecida como una razón para tener un tribunal constitucional; es que sería muy conveniente para la república que fuera posible abrir espacios para que los conflictos constitucionales entre poderes públicos encuentren solución a través del razonamiento jurídico. ¡Por cierto! Pero como decía Jeremy Bentham, “*want is not supply; hunger is not bread*”²⁵: el hecho de que algo sea necesario no quiere decir que está disponible. Y parte de las críticas que el Tribunal Constitucional hoy suscita se encuentra precisamente aquí: en que el Tribunal Constitucional no abre espacios para el razonamiento jurídico en conflictos constitucionales, cuando la cuestión es políticamente importante, y su decisión es análoga a la de una (tercera) cámara política²⁶.

²⁵ Bentham (1843) 501.

²⁶ Prácticamente toda la reflexión constitucional supone, irreflexivamente, que *hambre es pan*, es decir, que basta mostrar una necesidad para justificar cualquier cosa que pretenda satisfacerla. Así: “El Estado de Derecho requiere que la Constitución sea norma suprema y por eso exige un órgano que controle la constitucionalidad” (Libertad y Desarrollo (2018) 5; por cierto, que exista un órgano que controle la constitucionalidad no implica sin más que la Constitución será norma suprema). En el mismo sentido, M. Peña: “Como se sabe, Hans Kelsen postuló que la garantía de la Constitución debe estar radicada en un órgano jurisdiccional del más alto nivel” y “la labor de los Tribunales Constitucionales no se opone a la plena vigencia del principio de separación de las funciones del Estado [...]. La jurisdicción constitucional colabora con la función legislativa, en asegurar que se respete integralmente el principio de supremacía constitucional” ((2013) 23, 24; estas dos últimas afirmaciones no son explicadas ni defendidas como afirmaciones de hecho, que se sigan de lo que esos órganos hacen o lo que muestra la experiencia, sino puramente teóricas, que descansan en la idea de que como es importante la colaboración y la protección de la supremacía, esas cosas se obtienen en la realidad); F. Vega y F. Zúñiga: “Cabe reconocer un

Por cierto, tengo claro que esta última es una tesis controvertida; no la ofrezco aquí como una afirmación “sin más” de que en el desempeño de esta función precisa el Tribunal Constitucional ha fallado (aunque yo creo que ha fallado). Lo hago porque si esta es la crítica de la cual el Tribunal debe defenderse, no sirve de mucho decir, como argumento en respuesta, que sería muy conveniente para la república que el Tribunal cumpliera con éxito la función ya identificada. El derecho constitucional es el estudio de instituciones políticas que efectivamente existen en un contexto cultural y político determinado (el nuestro), no la formulación de las instituciones que sería tan conveniente que pudieran existir, que desempeñan ciertas funciones porque hay una norma que ordena que cumplan sus funciones²⁷.

§ 10. *El sentido de una tradición constitucional. La constitución como máquina y como norma.* Creo que las observaciones de las dos secciones anteriores pueden

gigantesco avance en cuanto se ha establecido un control exclusivo y privativo de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional (monopolio y concentración), que conoce de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, reforzando su carácter garantista” ((2006) 169; el “gigantesco avance” es una consecuencia puramente teórica de lo que debería ocurrir, según los conceptos, con la concentración); S. Verdugo: “La reforma constitucional observó el principio de concentración de la Justicia Constitucional reuniendo en un órgano estatal la facultad de velar porque los preceptos legales respeten la Constitución, sin perjuicio de los demás mecanismos no concentrados que establece nuestro sistema constitucional. La concentración tiende a evitar la disparidad de criterios en la interpretación de la Carta Fundamental, fortaleciendo con ello la igualdad jurídica en la aplicación de los preceptos constitucionales, el principio de supremacía constitucional, la certeza jurídica, y la especialización judicial en materia constitucional” ((2008) 247-248; “la concentración tiende a evitar”, “fortaleciendo con ello” [...] más juicios *a priori*, no *a posteriori*. Tiende a evitar porque eso es lo que dice el diccionario, eso es lo que “concentración” significa). A. Silva Bascuñán y M. P. Silva: “Debemos recordar que el constitucionalismo nació durante el predominio del postulado de la soberanía del parlamento y de la ley, por lo que, desde sus inicios, se hizo difícil que el legislador se sujetara al principio de la supremacía constitucional, siendo necesario configurar algún otro órgano la tarea de hacer prevalecer la voluntad de la Carta por sobre la de la ley”; “Se ha ido imponiendo en el derecho comparado la idea de confiar a ese órgano jurisdiccional el ejercicio de un control concentrado de constitucionalidad, mediante el cual toda vacilación, discrepancia o divergencia sobre la interpretación y modo en que ha de cumplirse la Carta debe ser conocida y decidida sólo por el Tribunal Constitucional, convirtiéndose este órgano en el máximo guardián de la Ley Fundamental” (Silva Bascuñán y Silva Gallinato (2007) 349, 351; ese órgano hace prevalecer la “voluntad de la Carta” (!) porque hay una norma que le impone el deber de hacer prevalecer la voluntad de la Carta).

²⁷ La segunda función del Tribunal Constitucional, según el *Informe*, se sigue del hecho de que “Un sistema constitucional requiere un órgano que interprete, con oficio, la Constitución y nos diga, en definitiva, qué derechos fundamentales tenemos las personas frente al poder político, de cara a las leyes promulgadas por el Parlamento” (p. 7). Otra vez: *hunger is not bread*.

unirse. Como la doctrina constitucional en Chile es conceptualista en el sentido ya indicado, no es capaz de comprender la relación entre el derecho y las instituciones constitucionales y la política. Las cuestiones que la teoría constitucional debe discutir políticamente son tratadas como cuestiones puramente normativas. Ya hemos visto un caso evidente de esto: la idea de “tradicición” constitucional, que significa que cuando hablamos de la constitución el objeto del cual estamos hablando en definitiva no son conceptos, sino prácticas sociales (políticas) que tienen historia y son contingentes (=podrían haber sido de otro modo, nada hay de necesario en ellas), es vaciada de su contenido político y transformada en una apelación inmediata a un (ininteligible) deber moralista de “lealtad” con “nuestros antepasados”, al temor de “defraudarlos”.

Ya he explicado que creo que esto no tiene sentido. La tierra pertenece a los vivos, no a los muertos. Si hay una referencia plausible que hacer a una tradición constitucional, ella debe ser entendida políticamente, no en los términos moralistas que hemos encontrado. Así, por ejemplo, la cuestión del régimen político no puede reducirse a una comparación de las ventajas y desventajas normativas del parlamentarismo y del presidencialismo o formas intermedias, sino que debe tomar en cuenta que el presidencialismo tiene historia en Chile, y que eso afecta el modo en que desarrollamos nuestras expectativas y modos de acción política, etc. Sería por cierto absurdo decir que debemos mantener el presidencialismo para “no defraudar a nuestros antecesores”. Pero en la discusión constitucional chilena los términos de este argumento son invariablemente moralistas²⁸. El moralismo es parte de la explicación de la peculiar esterilidad de la doctrina constitucional que ya hemos observado (*supra*, §§3-6)²⁹. Esto, por cierto, dificulta mucho las cosas,

²⁸ Claudio Alvarado cree necesario recordar que “toda democracia se da en el marco de una comunidad, que no nace ni muere con cada nuevo gobernante”, y que la consecuencia “lógica” de esto es que “salvo injusticias manifiestas, respetemos las decisiones constitucionales de nuestros antepasados, en la medida que no las hayamos alterado a través de las vías ofrecidas por la institucionalidad vigente”. Esta es una de las formulaciones más explícitas y radicales que yo haya visto de lo que suele llamarse “positivismo ideológico” (Alvarado (2013)).

²⁹ Lo que aquí llamo “moralismo” es una consecuencia más de la perspectiva de la Constitución como norma que introduciremos a continuación, por lo que puede ser útil volver a esta nota después de leer el resto de esa sección. Porque entonces ya habremos visto que esta perspectiva sobre la Constitución se enfrenta al problema de cómo asegurar el cumplimiento de la norma por los sujetos imperados. Y por eso requiere de una garantía “externa”, y entonces la pregunta es qué garantiza a esa garantía externa, etc. El mismo problema aparece cuando un constitucionalista se enfrenta a la pregunta de por qué la Constitución debe ser reformada siguiendo escrupulosamente los procedimientos

por lo que conviene identificar el problema de la manera más precisa posible, de modo que al menos sepamos qué es lo que no tenemos.

Una manera de hacerlo es mediante la distinción elaborada por el profesor Michel Troper entre dos formas de entender y discutir la constitución que él llama “la constitución como máquina” y la constitución “como norma”³⁰.

Cuando la constitución es entendida como una norma, el supuesto es que los destinatarios de esas normas las cumplan. Esto no significa que siempre lo hagan; de hecho, es al contrario: para esta comprensión de la constitución una de las preguntas centrales es cómo asegurar que los destinatarios de las normas constitucionales van a cumplirlas. Por cierto, la implicación obvia de este modo de entender la constitución es que los mismos destinatarios de las normas no pueden ser quienes estén a cargo de asegurar su propio cumplimiento. Para garantizar el cumplimiento de las normas, entonces, es necesario lo que Troper llama una garantía “externa”, externa a la acción de los órganos constitucionales que la constitución regula, y que se les impone a estos. Desde esta óptica, la acción de los destinatarios de las normas constitucionales (en particular, de los poderes públicos respectivos) es vista como lo que debe ser constantemente evaluado desde el punto de vista de su conformidad o no a las normas constitucionales, y para hacerlo se necesita de un órgano de control, en la forma de un tribunal que puede comparar esa acción con la norma aplicable y entonces emitir un juicio calificando a la acción como lícita o ilícita.

establecidos en la Constitución vigente. La respuesta, por cierto, es la de la máquina: porque una reforma mediante mecanismos distintos requerirá una medida de poder extraordinariamente alta (eso que suele llamarse “poder constituyente”, que es, por cierto, una magnitud política, no una atribución normativa: al respecto, véase Atria (2020)). Pero el conceptualista no puede entender la respuesta de la máquina, y como la pregunta es por qué actuar conforme a la norma, se queda perdido, sin respuesta. Y entonces la única respuesta posible es una que, aunque no se presenta a sí misma como moralista, sólo puede ser moralista. Para observar esto basta preguntarse: ¿cuál es la fuente del “deber de respeto a nuestros antepasados” al que Alvarado apela? ¿Por qué lo que en su momento fue una decisión política controvertida y discutible (como crear en principio el Tribunal Constitucional, o aceptar los términos constitucionales de la transición, etc.) tomada por agentes políticos situados y concretos, deviene un tiempo después y *por el solo hecho del paso del tiempo* (y nótese que en el caso de la transición se trata de solo algunas décadas, no siglos como el caso de los “founding fathers” norteamericanos) la obra de un conjunto genérico de “antepasados” que queda inmunizada de la política?

³⁰ Troper (1999).

Esta es la comprensión de la constitución que la doctrina constitucional chilena da por obvia³¹. Es tan obvia que es incluso posible que el lector haya llegado hasta aquí preguntándose cuál es el sentido de introducir lo anterior como “una” comprensión de la constitución, cuando evidentemente, se está quizás diciendo el lector, es lo que “constitución” significa³². La alternativa, como lo indica el título del texto de Troper, es entender la constitución como una *máquina*,

según la cual no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse³³.

Esta es, por ejemplo, la comprensión detrás de la idea norteamericana de “checks and balances”. Aquí la constitución no es vista como una norma cuyo sentido sea calificar como lícita o ilícita la acción de los poderes públicos, sino como la configuración de esos órganos y especificación de sus procedimientos y modos de acción de modo que ellos tiendan a actuar de cierta manera (dicho en los términos que yo preferiría: de modo que la acción que es constitucionalmente adecuada sea *probable*). Una formulación clásica de esta idea es la de Hamilton en *El Federalista*:

Pero la mayor garantía contra una concentración gradual de los diversos poderes en el mismo departamento consiste en dar a quienes administran cada departamento medios constitucionales y motivos personales para resistir la usurpación por los otros. Los necesarios medios de defensa deben ser, en este y en todos los otros casos, proporcionales al peligro del ataque. Es necesario hacer que la ambición contrarreste la ambición³⁴.

³¹ Ya a inicios de la década del 80 la doctrina celebraba que la Constitución de 1980 era jurídicamente vinculante: “Un constante proceso de perfeccionamiento de los preceptos de la Constitución que han reconocido las libertades y derechos de los habitantes de la República, y las garantías consecuenciales para su debida protección. Y es que es esta protección la que hace que tales reconocimientos o declaraciones no pasen a ser líricas efusiones románticas, en boca de constituyentes bien intencionados” (Soto (1982) 12). Toda la reflexión constitucional bajo la Constitución de 1980 comparte esta idea de que como la Constitución es una norma, su cumplimiento debe venir garantizado externamente. La pregunta de cuál es la garantía externa de la garantía externa, por cierto, nunca aparece.

³² Por ejemplo: “La Constitución es la norma jurídica superior que rige las relaciones jurídicas, políticas, sociales, económicas, culturales y sociales que se dan con motivo de la existencia de un Estado” (Vivanco (2014) 298).

³³ Troper (1999) 331.

³⁴ Hamilton, Madison *et al.* (2008), §51.

Pero no es necesario ir a la tradición constitucional norteamericana, porque al entender la idea de la constitución como máquina podremos ver que la tenemos mucho más cerca. En efecto, parte del éxito de la constitución tramposa fue precisamente que ella fue pensada como una máquina, como una máquina de neutralización. Esa es exactamente la idea transmitida por el pasaje en que Jaime Guzmán explica tanto el hecho de que se trata de una constitución tramposa como el hecho de que la trampa está en su dimensión de máquina, en el modo en que configura sus poderes para determinar así lo que harán. El sentido del esfuerzo constitucional, explicaba, era

que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque — valga la metáfora — el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario³⁵.

En esta segunda comprensión, la doctrina constitucional es el estudio del modo en que las instituciones implican organizar los intereses típicos de los agentes de modo que “la ambición contrarreste la ambición”. Si esto es el caso, “la garantía de la constitución no reside [...] en un cuerpo de control. Es puramente interna”³⁶.

Cada una de estos modos de comprender la constitución implica un modo de comprender la doctrina, la reflexión académica sobre la constitución. En efecto,

³⁵ Guzmán (1979) 19. La ironía, por cierto, es que una de las condiciones de efectividad de la máquina constitucional diseñada en 1980 ha resultado ser que su condición de máquina desaparezca de la vista, de modo que lo que fue diseñado como máquina sea comentado como norma. Esto lleva a una especie de hiperciclo de neutralización. Cuando la máquina no neutraliza, y deja espacios para la expresión del poder democrático, una interpretación “sistemática y finalista” debe cerrar esos espacios. Véase la discusión sobre el plebiscito constitucional en Atria (2013a) 103-161. Este puede ser un buen lugar para comentar la crítica al calificativo de “tramposa”. Después de haber constatado que diversos mecanismos contramayoritarios son comunes en el derecho constitucional comparado, y sin referencia al sentido que ellos tienen en el caso del texto constitucional vigente, Claudio Alvarado observa “una cierta liviandad en la utilización del concepto de ‘trampa’ constitucional” (Alvarado (2016) 45). Yo estoy, por cierto, dispuesto a revisar los términos utilizados. Que sugieran estos críticos un concepto adecuado para describir un juego cuyas reglas son unilateralmente fijadas por un equipo con la finalidad consciente de que ellas “constrañan” al otro para que éste, “de hecho”, se vea obligado a hacer “algo no tan distinto” de lo que el primero “anhelaría”.

³⁶ Troper (1999) 335.

La cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: ‘¿qué conducta debe tener lugar?’ o ‘¿la conducta que ha tenido lugar es lícita?’.

La concepción mecanicista conduce a plantear cuestiones diferentes: desde el punto de vista de la redacción de las constituciones, ¿cuáles son, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias, las conductas posibles de los gobernantes y las conductas probables?; desde el punto de vista del análisis de las constituciones: ¿por qué tal conducta ha tenido lugar? En otros términos, la concepción mecanicista conduce a investigar cuáles son las constricciones – y especialmente las constricciones jurídicas – que pesan sobre los actores³⁷.

Como ya hemos observado, la doctrina constitucional chilena entiende la dogmática constitucional claramente desde la óptica de la constitución como norma. El análisis detenido de la forma en que las instituciones constitucionales configuran los contextos de acción de los agentes de modo de hacer probable una u otra conducta, y la pregunta de cómo mediante la especificación de esos contextos de acción se puede asegurar internamente la constitución, es una idea totalmente ajena a la doctrina constitucional a la que estamos acostumbrados.

§ 11. *Un ejemplo de conceptualismo: la distinción entre reforma constitucional y nueva constitución.* Sólo un ejemplo, para mostrar que la cuestión excede al asunto del Tribunal Constitucional. Considérese el modo en que se discute la cuestión de la reforma constitucional y la posibilidad de producir mediante leyes de reforma constitucional una nueva constitución. El sentido político (no conceptual) de esta distinción es que una reforma constitucional es la modificación del texto constitucional sujeta a dos condiciones: (1) que sea dada a través de los mecanismos especialmente dificultados que el propio texto constitucional vigente establece (3/5 o 2/3, según el art. 127), y (2) que exista una decisión que vale por defecto, que entonces fija el escenario en que se busca satisfacer las condiciones de (1): si el intento es infructuoso, el texto de cuya reforma se trataba continuará vigente.

Considérese ahora la pregunta: ¿es posible dictar una nueva constitución satisfaciendo esas dos condiciones? Es decir, ¿es posible una nueva constitución mediante el ejercicio normal de las potestades constituidas? La respuesta que yo daría es negativa, pero políticamente negativa, negativa en el sentido de la máquina: no es posible, porque no es posible afectar la constitución (es decir, *las decisiones fundamentales de configuración del poder en que una constitución consiste*) cumpliendo con esas dos condiciones. La razón es que el sentido preciso de esas condiciones es dar poder de veto a quienes

³⁷ Troper (1999) 336.

defienden las decisiones fundamentales vigentes. Y es un hecho políticamente evidente que, salvo en casos suficientemente excepcionales como para poder ser ignorados, a favor del *statu quo* siempre habrá al menos una minoría significativa³⁸.

Nótese que no estoy diciendo esto respecto de la constitución tramposa, sino en general: el sentido de los procedimientos de reforma constitucional es proteger la constitución, haciendo políticamente imposible (=muy improbable) que las decisiones fundamentales que definen a la constitución puedan ser así negadas. En una constitución monárquica, no puede ser negado el principio monárquico; en una democrática, el principio democrático; en una tramposa, la trampa (porque las exigencias de la reforma constitucional incluirán el consentimiento del rey, de las fuerzas democráticas, de los beneficiados por la trampa, etc.). Como este es el sentido de los procedimientos de reforma constitucional, es correcto decir que el llamado “poder constituyente derivado” no puede producir una nueva constitución. Este “no puede”, por cierto, es político (=es suficientemente improbable), no normativo (=es ilícito). Pero claro, cuando una doctrina conceptualista se encuentra con la idea de que el “poder constituyente derivado” no puede dar una nueva constitución, solo puede entenderlo normativamente, como si diputados y senadores tuvieran el deber de no reformar cierta parte del texto constitucional, pese a que en el capítulo de reforma constitucional no hay referencia alguna a disposiciones de esas que la doctrina alemana llama “pétreas”³⁹. Así por ejemplo, el profesor José Luis Cea:

Existen Constituciones que habilitan a esta potestad [Constituyente Derivada] para reemplazar por completo la Constitución [...]. Dudosa nos parece, sin embargo, tan amplísima facultad en su aplicabilidad a nuestro país [...]. El Poder Constituyente Derivado se halla obligado a respetar la obra del Poder Originario y de quienes, actuando en tal calidad, lo sucedieron en el tiempo⁴⁰.

³⁸ ¿Cómo es, entonces, que el proceso constituyente acordado en noviembre de 2019 se manifestó a través de una reforma constitucional, la de la ley 21200? En ese caso lo que hay que decir es que esa reforma no fue ejercicio normal de potestades constituidas, sino uso por el poder constituyente del pueblo de las formas preestablecidas. Para esta diferencia, jurídicamente invisible pero políticamente decisiva, véase Atria (2020). Véase también Atria (2017) 175, 178-181.

³⁹ Sobre las cuales la bibliografía es enorme. Para algunas reflexiones especialmente agudas al respecto, véase Böckenförde (2000) 34-44.

⁴⁰ Cea (2014) 10-11 (las mayúsculas en el original).

Es difícil una mejor ilustración del conceptualismo al que hacemos referencia, que se niega a mirar la constitución política como una constitución ... política⁴¹.

§ 12. *La prioridad de la comprensión de la constitución como máquina.* Ahora bien, habiendo distinguido estos dos modos de comprender la constitución, uno podría pensar que la solución es asumir o una visión pluralista (en que cada una de estas visiones es igualmente “válida”) o alguna forma de eclecticismo, en que las dos son igualmente importantes. De hecho, en algún sentido alguna forma de eclecticismo es aconsejable. Pero es un eclecticismo que debe llegar después de haber notado que la constitución como máquina ha de tener una cierta prioridad sobre la constitución como norma. Y esto por una razón muy simple:

Las dificultades a que se enfrenta esta concepción [de la constitución como máquina] son, pues, ante todo dificultades prácticas [...] Muy distinta es la concepción normativa, que se enfrenta, por su parte, a dificultades teóricas graves⁴².

Las dificultades de la constitución como máquina es que no hay garantía alguna de que la máquina constitucional podrá ser configurada de modo de producir necesariamente los fines buscados. Es decir, una constitución puede ser una mejor o peor máquina, y es posible que la máquina perfecta (=la que cumple plena y necesariamente sus fines) no esté disponible. Pero eso es una cuestión que aparece al momento de intentar realizar la constitución, no antes. En ese sentido sus dificultades son dificultades prácticas, de realización.

Por su parte, las dificultades de la concepción de la constitución como norma son dificultades no (solo) prácticas, sino teóricas. Esto las hace más graves, porque implican que la idea de constitución como norma *no se puede realizar*. Es que su plausibilidad depende de que mantenga un punto ciego, de que no entienda al órgano encargado del control “externo” como un órgano constitucional más que debe cumplir la norma constitucional. Porque si lo entendiera de ese modo, la pregunta sería qué razón hay para pensar que dicho órgano cumplirá las normas constitucionales. En palabras de Troper,

⁴¹ Sobre las dos condiciones y las formas de su posible remoción, y la conexión de todo esto con la asamblea constituyente, véase Atria (2015).

⁴² Troper (1999) 336.

los propios controles no garantizan nada, porque no puede existir ninguna certidumbre de que el controlador se someta él mismo efectivamente a las reglas que se supone ha de aplicar⁴³.

§ 13. *El punto ciego de una doctrina conceptualista.* La solución de la doctrina constitucional chilena, que trata a la constitución puramente como norma y nunca como máquina, es especialmente tosca: consiste en simplemente ignorar la cuestión de la sujeción a la norma por el órgano encargado de vigilar su cumplimiento, y entonces adoptar frente al Tribunal una actitud de total ingenuidad. Por eso, como está ya explicado (*supra*, §5), la impugnación al Tribunal Constitucional no vino de la discusión académica; por eso, como veremos (*infra*, §25⁴⁴), la idea de *checks and balances* queda suspendida cuando se trata del Tribunal Constitucional; por eso la doctrina constitucional es incapaz de tomarse en serio las críticas al Tribunal Constitucional. Por eso, en breve, la reflexión constitucional acepta tan mansamente la idea absurda de que hambre es pan, es decir la idea de que el Tribunal Constitucional es un tribunal porque sería tan conveniente para el Estado de derecho que fuera un tribunal. El Tribunal Constitucional es el punto ciego de una doctrina conceptualista. Pero el conceptualismo esteriliza la doctrina constitucional; es decir, la hace útil para redactar escritos para ser presentados ante el Tribunal, pero no para entender la dimensión constitucional de la crisis política que se ha estado desarrollando hace más de una década.

III. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

§ 14. *La “politización” del Tribunal.* Esta cuestión se hace aparente inmediatamente, al comienzo del *Informe*. Como ya hemos observado, la discusión sobre el Tribunal Constitucional se ha agudizado en el último tiempo precisamente porque la importante “función” que el *Informe* le atribuye al Tribunal está en cuestión. La objeción que se ha hecho cada vez más significativa, atendiendo las actuaciones del propio Tribunal, es que el Tribunal no abre espacios para el razonamiento jurídico, sino decide conforme a su criterio político, como una tercera cámara. Esta crítica es ignorada por la reflexión académica, y ahora sabemos por qué: porque el Tribunal Constitucional es el punto ciego de una doctrina conceptualista, que ve en la constitución solo una norma y no la configuración de instituciones realmente existentes.

⁴³ Troper (1999) 331.

⁴⁴ Las referencias a los §§ 21-48 refieren a “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional, II: propuestas finales”, la segunda parte de este texto.

Las respuestas de la doctrina constitucional (incluido el *Informe*) no dan cuenta del problema. A veces la respuesta es que no siempre es el caso que, incluso en casos de alto contenido político, los alineamientos son los que se seguirían de los posicionamientos políticos de los ministros⁴⁵. Eso es verdad, pero no decide la cuestión; de hecho, es común que incluso en las cámaras explícitamente políticas a veces sea difícil mantener la disciplina de partido, y que algunos parlamentarios adopten comportamientos que han sido denominados “díscolos”; otras veces es que la cuestión es una preocupación puramente “política” que carece de relevancia en la práctica, porque las decisiones políticamente sensibles son una parte marginal del desempeño del Tribunal⁴⁶. Lo que puede ser verdad, pero no responde el problema, porque no es necesario que se trate de la mayoría de los casos para que sean los casos verdaderamente relevantes desde el punto de vista político, y de todos modos (por esto mismo) son esos casos los que conducen la discusión política sobre los nombramientos; todavía otras veces la respuesta acepta la substancia de la crítica pero agrega (sin notar que al aceptar lo primero está cuestionando el sentido de pretender “abrir espacios para el razonamiento jurídico”) que la interpretación constitucional tiene un “componente” político⁴⁷, por lo que no

⁴⁵ Pardow y Verdugo creen descubrir que “el TC carece de preferencias estadísticamente significativas, lo que resulta consistente con una idea de neutralidad política” ((2015) 144). Asimismo, observan que “los mecanismos de designación son un indicio poco confiable para medir la afiliación política de los jueces. Los nombramientos realizados por instituciones ligadas al mundo militar privilegiaron la neutralidad política, mientras las designaciones hechas en el Congreso aplicaron un acuerdo implícito donde cada coalición mayoritaria elegía uno de los jueces. En consecuencia, no debiera sorprender que los jueces designados con dichos mecanismos se hayan comportado de manera moderada” (Pardow y Verdugo (2015) 134n36). En el mismo sentido véase Verdugo (2011).

⁴⁶ Es común la idea de que el control preventivo del tribunal es poco relevante porque en términos cuantitativos esas sentencias son pocas comparadas con las de inaplicabilidad. Al respecto, véase, entre muchos otros, Aguilar (2017). Este estudio observa que la mayoría de sentencias del Tribunal Constitucional el año 2008 recayeron sobre recursos de inaplicabilidad e indica que “como han puesto de manifiesto de forma mayoritaria nuestros autores nacionales, luego de la reforma de 2005, nuestro Tribunal Constitucional se convirtió en un Tribunal de Inaplicabilidades” ((2017) 99-100).

⁴⁷ Refiriéndose esta relación entre lo político y lo jurídico, observaciones como las siguientes son comunes: “los jueces constitucionales no emiten juicios políticos morales, sino juicios jurídicos basados en parámetros constituidos por enunciados jurídico normativos, resolviendo en derecho, vale decir, con razonamiento jurídicos, los conflictos jurídicos que se le presentan, aun cuando ellos tengan consecuencias políticas” (Nogueira (2019) 96); “La combinación de una dogmática jurídica robusta más una institucionalidad bien diseñada puede crear condiciones para que la interpretación de la Constitución – a la que están llamados los jueces- constituya una actividad distinta, y distinguible, de la creación político-legislativa” (Zapata (2008) 45). El modo en que la reflexión constitucional pasa por arriba

es posible pretender que las opiniones políticas de los jueces no tendrán influencia en sus decisiones, etc.

Es que se trata del punto ciego de una doctrina conceptualista. Y esto implica que no es claro *qué es lo que uno tendría que mostrar* para acreditar que esta crítica está justificada (si lo estuviera). Es decir, si importa que el Tribunal abra espacios para el razonamiento político, entonces debería resultarnos importante saber al menos en principio qué es lo que tendría que pasar para que nos diéramos cuenta de que eso no es así. Pero como es el punto ciego, parece que *nada de lo que pueda pasar en el mundo de la vida* podría mostrar que el Tribunal Constitucional no cumple la función que el conceptualismo le atribuye, porque cualquier cosa que el Tribunal haga será siempre defendida como “abrir espacios para el razonamiento jurídico”. Y es obvio que si cualquier cosa que el Tribunal diga o haga es “razonamiento jurídico”, entonces decir que el Tribunal abre espacios al razonamiento jurídico no tiene contenido alguno.

El *Informe* baja el perfil a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional no esté desempeñando su función “ineludible” de un modo a mi juicio injustificado, alegando que “la evidencia cuantitativa demuestra que las causas anuales de control preventivo obligatorio y eventual son marginales respecto de la carga de trabajo total del TC” (p. 15). Esto, desde luego, es irrelevante. Por cierto que, incluso si la crítica fuera totalmente correcta, y el Tribunal decidiera conforme únicamente a su criterio político, eso no importaría en los casos en los que el conflicto del que conoce el Tribunal no tuviera contenido político. Y, salvo excepciones, es claro que los casos de inaplicabilidad, que constituyen la enorme mayoría de las sentencias que el Tribunal dicta, carecen de contenido político relevante. El hecho de que los casos que tienen alto contenido político sean “cuantitativamente marginales” no muestra nada respecto de la objeción que estamos considerando. Invocar esa marginalidad para negar la relevancia del problema sí muestra (y mucho).

§ 15. *Una tendencia global hacia la “politización”*. ¿Qué puede decirse a este respecto, entonces? ¿Cómo mostrar la gravedad de este punto ciego? Lo primero es enfatizar que estamos discutiendo acerca del comportamiento de las instituciones políticas fundamentales. Y las instituciones políticas no son ideas, son prácticas sociales, que existen en contextos concretos de acción. Y

de esta cuestión ha sido notado: “Una de las cuestiones más espinosas del Derecho constitucional de hoy y de siempre es la tensión existente entre justicia constitucional y democracia. El debate en Chile ha sido escaso”. (Paredes (2011) 168).

es frente a ese contexto concreto que debemos preguntarnos por la gravedad de ese punto ciego. Algo creo que está pasando en el mundo, que hace que la frontera que separa al razonamiento jurídico del juicio político se esté progresivamente erosionando. No puedo entrar aquí en detalle en este tema, que es evidentemente mucho más amplio que este texto, de modo que procederé de modo impresionista, mencionando solo algunos casos y dejando al juicio del lector la ponderación de su significación.

El primero es la descripción de la Corte Suprema norteamericana dada por quien fue el más elocuente y convincente defensor de la jurisdicción constitucional, Ronald Dworkin. Escribiendo en 2008, antes de que se consolidara la actual mayoría republicana en la Corte Suprema norteamericana, Dworkin decía:

Alito, Roberts, Scalia y Thomas son jueces que han asumido una misión: destruir las impresionantes estructuras constitucionales que una larga sucesión de jueces anteriores habían formado y construido en las décadas que siguieron a la segunda guerra mundial, y reemplazarlas por principios mucho más crudos [...]. Estamos en esta deprimente posición porque los movimientos políticos de derecha tuvieron éxito en hacer de los nombramientos en la Corte Suprema un asunto de importancia crucial para sus votantes mientras la mayoría de los demás votantes permanecía en general indiferentes a esos nombramientos [...].

La revolución que muchos comentaristas predijeron cuando el Presidente Bush nombró dos jueces de ultra-derecha a la Corte Suprema está progresando con extrema impaciencia, y es una revolución jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente⁴⁸.

El argumento de Dworkin es: una vez que la derecha adquirió una bancada suficientemente significativa en la Corte Suprema, la tradición y el precedente fueron ignorados para realizar la agenda política de esos jueces de ultra-derecha (recuérdese: sus palabras, no mías). Es que en las condiciones políticas de nuestro tiempo la tradición y el precedente no son suficientes para abrir espacios de razonamiento jurídico. Y esto ocurre, según uno de los principales defensores de la idea de la jurisdicción constitucional, no en una tradición marginal, sino en el centro del constitucionalismo contemporáneo.

Los otros casos que quiero mencionar son más cercanos a nosotros y muestran que la cuestión no afecta solo a los jueces de “ultra-derecha”. En Venezuela el Tribunal Supremo, en el que el gobierno tenía mayoría, suspendió a la Asamblea Nacional, para solucionar el problema con el que se encontró el gobierno en 2015 después de que había perdido su mayoría en la

⁴⁸ Dworkin (2008) xii, 47. Al respecto, véase Atria (2016) 337-341.

Asamblea⁴⁹; en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional, con una correlación de fuerzas favorable al gobierno del presidente Evo Morales, autorizó su candidatura a la reelección a pesar de que ésta estaba explícitamente prohibida por la constitución, con el argumento de que dicha cláusula violaba sus derechos políticos⁵⁰; y en Brasil, por cierto, después de la destitución de la presidenta Dilma Rousseff en 2016, en 2018 el Tribunal Supremo dejó fuera de competencia, por decisión de quien fue luego por algún tiempo Ministro de justicia de Jair Bolsonaro, a Lula da Silva, y de ese modo en los hechos decidió la elección.

Por supuesto, dadas las circunstancias no es posible más que dar plausibilidad inicial de modo impresionista a la idea que estoy comentando. Pero es importante notar cuál es la idea: que precisamente no podemos decir que el solo hecho de que sería tan conveniente que existiera un tribunal que fuera capaz de abrir espacios para el razonamiento jurídico es una razón para algo llamado “Tribunal Constitucional”. Y que en nuestro contexto actual la posibilidad de que esto no sea posible debe ser discutida con seriedad. Nada nos deja en peor condición para esa discusión que una doctrina constitucional para la cual el Tribunal Constitucional es el punto ciego. En nuestras condiciones, eso no es solo un defecto teórico, es algo mucho más grave.

§ 16. *Un Tribunal Desatado*. Respecto del Tribunal Constitucional chileno, la crítica creciente encuentra fundamentos en una seguidilla de decisiones que muestran, en cuanto a su contenido, la misma erosión. Pero como ya dije, esta cuestión suele ser simplemente negada, por lo que creo que puede ser preferible aquí mirar no al *contenido* de las decisiones, sino a su *forma*. Porque un Tribunal que quiere avanzar una agenda política buscará maneras de expandir sus atribuciones todo lo que sea necesario para poder realizar su voluntad⁵¹. Y lo que vemos es precisamente esto, por lo que podemos mirar al modo en que el Tribunal ha reclamado competencia en situaciones en que, al menos a mi juicio, manifiestamente no la tenía⁵².

⁴⁹ Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en <http://www.tsj.gob.ve/>.

⁵⁰ Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en buscador.tcpbolivia.bo.

⁵¹ Que se trata de afirmar su voluntad ha sido explícitamente sostenido por el Tribunal. En efecto, en el rol 591, el Tribunal ya había dicho que “al resolver [...] el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado. En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República” (c.9).

⁵² Para una explicación más detallada de cada caso, véase Atria y Salgado (2018). En lo que sigue me referiré únicamente a algunos casos especialmente evidentes que han ocurrido en

En la causa rol 3729 (requerimiento contra el proyecto de ley de aborto en tres causales), de 28 de agosto de 2017, el Tribunal redujo a un formalismo absurdo la limitación más obvia que enfrenta, en tanto tribunal: la de ser un legislador negativo. En efecto, mediante la eliminación de lo que llamó “la frase impeditiva ‘en ningún caso’” transformó una regla que prohibía la objeción de conciencia institucional en otra que la autorizaba generalmente, sin condiciones.

Nótese que conforme al artículo 94 del texto constitucional el Tribunal solo puede declarar la inconstitucionalidad de “disposiciones” contenidas en el proyecto respectivo, y según el artículo 35 de su ley orgánica el juicio del Tribunal debe recaer en “preceptos”. Es decir, el Tribunal Constitucional, que es un legislador negativo, no puede decidir qué reglas han de formar parte del sistema jurídico chileno, sino solo que reglas no podrán hacerlo. Pero como se entiende competente para pronunciarse no solo sobre preceptos o disposiciones, sino sobre palabras o “frases impeditivas”, ahora puede, mediante la eliminación selectiva, legislar positivamente⁵³.

En las sentencias rol 3958 (sobre la DGA), de 26 de diciembre de 2017, y rol 4012 (sobre el SERNAC), de 18 de enero de 2018, el Tribunal se arrogó sin reconocer límites competencia para recalificar como leyes orgánicas constitucionales proyectos que habían sido calificados en el Congreso de ley ordinaria, en decisiones que no habían suscitado requerimiento alguno⁵⁴.

El 29 de septiembre de 2017 el presidente del Tribunal se arrogó competencia para hacer un “comunicado público” sobre la constitucionalidad de la actuación del Banco del Estado, sin forma de juicio⁵⁵.

los últimos años. Por cierto que si uno ampliara la mirada encontraría otros casos insólitos. Como el rol 591 (requerimiento contra resolución exenta del Ministerio de Salud sobre Normas Nacionales de Regulación de Fertilidad), de 30 de septiembre de 2006, en que además de anunciar que el Tribunal entendía su función como la de imponer su voluntad sobre la de otros órganos (véase *supra*, n. 51), el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una resolución exenta de la Administración a pesar de no existir norma alguna que le atribuya competencia para pronunciarse respecto de este tipo de actos. El argumento fue que la resolución, en lo sustantivo, se refería a una materia de decreto supremo (instrumento respecto del cual sí tiene atribuciones) y luego, se auto habilitó para pronunciarse respecto de su contenido. Para otros casos, véase Atria (2010).

⁵³ Atria y Salgado (2018) 334-335.

⁵⁴ Atria y Salgado (2018) 310-321.

⁵⁵ <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/comunicado-creditocandidatos.pdf>. Véase al respecto Atria y Salgado (2018) 336-339.

§ 17. *Tres características de la práctica constitucional chilena, y primeramente: Conceptualismo.* ¿Cuáles son las condiciones que han permitido este tipo de decisiones? Quiero esbozar tres de ellas, en la forma de tres características de la práctica constitucional que definen el contexto en que ocurren nuestras discusiones sobre el Tribunal Constitucional, por lo que es necesario tenerlas siempre presente.

La primera es el tipo ya apuntado de reflexión constitucional, que mira a los conceptos y no al modo de operación de instituciones que realmente existen. Las dos primeras decisiones mencionadas más arriba continuaban, aunque exagerándolas, líneas jurisprudenciales que ya habían sido afirmadas en el pasado: la doctrina de que el tribunal estaba autorizado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de palabras, no *disposiciones* (art. 94) o *preceptos* (art. 35 L 17977), por una parte, y la doctrina de que el tribunal podía revisar la calificación que un proyecto de ley había recibido en el Congreso. Pero ahora estas dos doctrinas se llevan hasta el extremo. El peligro de que esto ocurriera habría sido evidente para un observador preocupado de la evolución de las instituciones constitucionales chilenas (es decir, dispuesto a mirar al Tribunal Constitucional como parte de una máquina político-constitucional), y debería haber llevado a la crítica de esas doctrinas anticipando su peligro. Sin embargo, muchos comentaristas del Tribunal Constitucional no se hicieron cargo de esto, y las justificaban o aceptaban sobre la base de consideraciones de conveniencia⁵⁶. Así, por ejemplo, el profesor Patricio Zapata las califica de

⁵⁶ La doctrina constitucional tradicional no ha siquiera notado que en el caso de las sentencias que en vez de pronunciarse sobre “disposiciones” o “preceptos” se pronuncian sobre palabras o frases hay un problema que debe ser discutido. En la discusión sobre lo que es denominado “sentencias atípicas” no hay una categoría propia para estas decisiones, que entonces no alcanzan a ser registradas como formas de decidir respecto de las cuales hay en principio algo que atender. Véase, por ejemplo, Nogueira (2010) (distinguiendo entre diversas formas de sentencias “atípicas”, “como son las sentencias interpretativas en conformidad con la Constitución, las sentencias exhortativas, las sentencias sustitutivas, Las sentencias reductivas, las sentencias aditivas, las sentencias prospectivas o de efectos diferidos, entre otras” (p. 88). Zapata, por su parte, discute como “sentencias atípicas” solo “la sentencia interpretativa y la exhortación al legislador” (Zapata (2006) 178; véase también Zapata (2008) 325). Examinando casos en que el tribunal ha declarado inaplicables palabras, como la palabra “gratuitamente” en sentencia rol 747 de 31 de agosto de 2007, Jorge Correa precisa que “No debe entenderse que la doctrina permita solicitar la inaplicabilidad de cualquier palabra contenida en un precepto legal, sino solo de aquellas que, en el contexto del enunciado prescriptivo del que forman parte, constituyan prescripciones de conducta que, al ser aplicadas a la gestión pendiente, produzcan un efecto inconstitucional” (Correa Sutil (2011) 33).

Por cierto, es común que los votos de minoría de las sentencias respectivas hagan notar las consecuencias que se siguen de decisiones como estas (sobre la calificación de los proyectos

“intervenciones quirúrgicas”, y las justifica sobre la base de que en muchos casos la solución de “manipular los significados de las normas” es una solución “menos drástica”⁵⁷. Pero “menos drástica” [...] ¿Según quién? ¿Desde qué punto de vista? Respuesta: de las normas, de los conceptos. Claro, evita una declaración de inconstitucionalidad. Pero desde el punto de vista de la máquina, es mucho más drástica, porque elimina la distinción entre legislador “positivo” y “negativo”⁵⁸. Estas intervenciones “quirúrgicas”, dicho de otro modo, pueden parecer para un observador accidental una forma de “minimalismo”, pero para una mirada que entiende la racionalidad de la operación de instituciones políticas deberían ser identificadas como un cambio mayúsculo en las condiciones de actuación del Tribunal, en la medida en que abren la posibilidad de eliminar palabras para crear normas enteramente nuevas, como lo hizo en el caso de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

En efecto, aceptar la posibilidad de que unidades de significado que no pueden ellas mismas justificar un juicio de inconstitucionalidad sean pese a eso inconstitucionales, es aceptar que lo declarado inconstitucional no es lo que causa la inconstitucionalidad, y por eso la declaración de inconstitucionalidad es instrumental para obtener una finalidad distinta a la sola declaración. Así, es evidente que “la frase impeditiva ‘en ningún caso’” no es una unidad de significado que pueda ella misma ser inconstitucional. Que el Tribunal Constitucional puede declararla inconstitucional implica reconocer que el Tribunal puede decidir primero cuál es la regulación que quiere crear y luego borrar palabras (o, por qué no, letras) para así armar las disposiciones jurídicas que busca. Una doctrina constitucional atenta a la distribución del poder entendería lo que aquí está en juego; una conceptualista despacharía el problema simplemente diciendo algo así como “quien puede lo más puede lo menos”.

de leyes orgánicas constitucionales, por ejemplo, véase los §§ 29-35 del voto de minoría de los ministros Carmona, García y Pozo en la sentencia rol 4012, sobre el proyecto de ley del SERNAC). Pero estas advertencias contenidas en los votos de minoría no han tenido impacto alguno en el conceptualismo de la cultura constitucional.

⁵⁷ Zapata (2008) 324.

⁵⁸ Zapata, por cierto, quiere mostrarse consciente de esto: “no puede descartarse, en todo caso, que una parte de la doctrina pudiera considerar que en verdad, es ‘mucho más drástico’ e intrusivo, que el TCCh [...] se aventure a manipular los significados de las normas” (Zapata (2008) 324). Después de mencionar esta posibilidad que “no puede descartarse”, Zapata la ignora.

Algo similar puede decirse respecto de la segunda doctrina identificada, la de que el tribunal puede recalificar proyectos como de ley orgánica constitucional que han sido calificados y tramitados como leyes ordinarias. En los primeros casos en que esto se planteó la cuestión parecía inocente, y se refería solamente a incisos declarados por el congreso de ley ordinaria que aparecían en un artículo junto a otros que habían sido declarados de ley orgánica constitucional (véase la sentencia rol 176 de 22 de noviembre de 1993). El argumento entonces era que por razones sistemáticas no se podían controlar los incisos de ley orgánica constitucional sin atender a los otros incisos. Ante esta cuestión, el siguiente comentario es ilustrativo:

Si se le reconoce al Legislativo la potestad de calificar soberanamente la naturaleza de las normas que apruebe, queda abierta la posibilidad para que una determinada mayoría parlamentaria legisle en el ámbito de lo orgánico constitucional con abierta infracción de la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, si el Congreso Nacional quisiera eludir el control del Tribunal Constitucional bastaría que simplemente califique la norma como ley simple o común. Hecha tal calificación, el Tribunal Constitucional, en esta hipótesis, debiera aceptarla, quedando inhibido para impedir la vulneración constitucional.

En el otro caso, esto es, si el propio Tribunal Constitucional se reconoce a sí mismo la facultad de efectuar la referida calificación, arriesgaría invadir la órbita de atribuciones de otro poder del Estado: el Legislativo⁵⁹.

⁵⁹ Pfeffer (1998) 262. Con las mismas palabras (!), Zapata (2008) 435. Después de haber expuesto de este modo los “riesgos e inconvenientes” de ambas soluciones, y de explicar la evolución de la posición del Tribunal Constitucional, que cuando tuvo ante sí a la junta militar como legislador aceptó sin cuestión la calificación hecha por ella pero que cambió su doctrina en democracia, Zapata luego vuelve sobre el tema y dice que “es posible imaginar” un argumento para que la calificación no corresponda al Tribunal. Ese argumento mira a que la calificación por el Tribunal “no resulta necesaria”, porque en caso de desacuerdo en el Congreso para una minoría es posible requerir la intervención del Tribunal: “si no se promueve una cuestión de constitucionalidad – seguiría este enfoque – se cumpliría de un modo tácito el requisito del quórum, dado que ni siquiera un cuarto de los parlamentarios se opone a la calificación y decisión de sus colegas de la mayoría” (p. 440). Luego Zapata continúa, no aceptando o rechazando este argumento, sino simplemente ignorándolo, y con un argumento que se muestra indiferente al problema en cuestión (que es, recuérdese, no si el Tribunal tiene competencia para conocer de oficio de la constitucionalidad de los proyectos de ley orgánica constitucional, sino si tiene competencia para calificar de tal un proyecto que no ha sido calificado de ese modo por el Congreso): “ninguno de los argumentos expuestos [...] responde, sin embargo, a la pregunta central involucrada en la cuestión debatida: ¿quién define el rango orgánico constitucional de una determinada materia?” (p. 441, destacado agregado). Y luego continúa: “tal calificación no la hace ni el Congreso ni el Tribunal Constitucional, sino la propia Constitución Política”. Esto es el más tosco conceptualismo, el de creer que las normas se aplican solas, ellas a sí mismas. La Constitución no es un “quien”, no es un sujeto que pueda actuar para decidir

Aquí vemos cómo se manifiesta una de las características de la práctica constitucional chilena que es la herencia más obvia de la existencia de control preventivo forzoso (esto está explicado *infra*, §27): la constitución es pensada como algo que debe ser defendido de la acción de los órganos con legitimación democrática, y esa protección no puede depender del modo en que discurra el conflicto político. Porque los profesores que identifican el “riesgo” que significa que el legislador califique no notan que no hay simetría alguna entre ese “riesgo” y el riesgo de que el Tribunal se exceda. Y no la hay porque el primer “riesgo” tiene una compensación institucional apropiada de la que carece el segundo. En efecto, si una mayoría simple del Congreso intentara calificar un proyecto de ley orgánica como ley ordinaria para así poder aprobarlo con un quórum ordinario en perjuicio de un grupo minoritario, este grupo podría requerir al Tribunal su pronunciamiento si constituye al menos un cuarto de cualquiera de las cámaras. El problema, entonces, se plantea solo en el caso que haya un acuerdo de *más de tres cuartos de ambas cámaras* en el sentido de que se trata de un proyecto de ley ordinaria pese a que “en realidad” es un proyecto de ley orgánica constitucional. Y cuando uno nota que ese es el caso en que existe un “riesgo”, la conclusión cae por su propio peso: es políticamente irrelevante⁶⁰.

una cuestión controvertida. Puede contener criterios normativos conforme a los cuales una cuestión sea resuelta, pero la cuestión que estamos enfrentando ahora no es la de cuáles son los criterios normativos para decidir qué proyectos son leyes orgánicas constitucionales, sino *quién decide* eso cuando hay controversia. Responder a esto diciendo que el sujeto que es competente para decidir es “la Constitución” es simplemente no entender el problema. Confundir la pregunta por los criterios normativos conforme a los cuales una cuestión debe responderse con la pregunta por quién tiene competencia para decidir la cuestión es ignorar la función específicamente política de la Constitución política. Lo que, a estas alturas, ya sabemos que no debe sorprendernos (véase Vodanovic (2018), que celebra el argumento de Zapata; Zúñiga (2009); Brunet (2006); Carmona (2001)).

⁶⁰ Al decir que es políticamente irrelevante no estoy diciendo que es imposible que ocurra. Es que si llega a ocurrir con esos grados de acuerdo político, ese acuerdo permitirá también, en caso de ser conveniente, eludir el control del Tribunal. Como ocurrió, de hecho, con el Código Procesal Penal (véase, para el argumento, Pfeffer (2001)). Ignorar que si la decisión de calificar como ley ordinaria es una decisión de una mayoría simple la minoría podrá recurrir, y que si es una decisión de una amplia mayoría el control del Tribunal podrá ser eludido, de modo que en ninguno de los casos la intervención de oficio del Tribunal soluciona un problema genuino, y apelar a la posibilidad conceptual de calificaciones oportunistas en el Congreso para justificar sin más no solo el control forzoso, sino la competencia del Tribunal Constitucional para calificar leyes orgánicas constitucionales, y de ese modo ampliar a su gusto el ámbito del control forzoso, es mostrar un conceptualismo extremo.

Lo que importa ahora es el proceso: lo que empezó como una tímida doctrina que pretendía identificar al artículo, no al inciso, como la unidad básica para el control de constitucionalidad, terminó (en el caso del SERNAC) justificando la decisión del Tribunal de someter a control toda una dimensión de un proyecto de ley que no le había sido sometida (todo el régimen de la potestad sancionatoria del nuevo SERNAC).

Lo que vemos en estos dos casos es cómo dos doctrinas que fueron introducidas en casos en que ellas parecían inofensivas se desarrollaron hasta permitir una exagerada ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional. A mi juicio, la responsabilidad fundamental de la reflexión constitucional es estar alerta ante doctrinas de este tipo, que surgen en casos en que parecen inofensivas pero que implican un rediseño de la máquina, introduciendo un principio que es apto para desarrollarse de modo inaceptable. Ello porque el sentido de la reflexión constitucional es mirar las reglas del texto constitucional bajo el prisma de que ellas pretenden configurar un régimen institucional fundado en el principio democrático. Pero la reflexión constitucional se contenta con comentar conceptos y reglas, y no se pregunta cómo determinadas doctrinas pueden erosionar las condiciones de actuación del Tribunal. Porque el Tribunal es un tribunal y decide conforme a derecho, porque hay una regla que ordena que debe decidir conforme a derecho. Porque es el punto ciego.

§ 18. *La segunda característica: una doctrina hecha por abogados litigantes... ante el Tribunal Constitucional.* Esta segunda característica muestra que la primera no cae del cielo, sino es una manifestación de las condiciones materiales de existencia de la reflexión constitucional: la doctrina constitucional es formulada, en su mayor parte, por profesores que al mismo tiempo litigan ante el Tribunal. Con esto no quiero, por cierto, levantar un dedo acusador; no hay de mi parte insinuación de impropiedad en la actuación de nadie. Solo estoy observando una característica de la profesión y de la academia en Chile, que es parte de las condiciones bajo las cuales el Tribunal Constitucional existe. Como la doctrina constitucional se formula por profesores-litigantes, ella carece de la distancia necesaria para poder evaluar críticamente lo que el Tribunal hace o no hace, y otras cuestiones relevantes. Esto es especialmente notorio en el caso de las designaciones para el Tribunal: no puede esperarse de profesores que litigan que usen su juicio experto para emitir opinión sobre la idoneidad o falta de ella de posibles candidatos a ministros del Tribunal, porque es posible (probable, de hecho) que esas mismas personas estén poco después decidiendo los casos que ellos mismos litigan. La posibilidad del escrutinio público, entonces, se reduce dramáticamente si quienes saben

derecho constitucional están inhibidos de participar. Y por cierto, lo que se dice de las designaciones vale con más razón aún respecto del contenido de las decisiones del Tribunal Constitucional.

El hecho de que los profesores de derecho constitucional sean al mismo tiempo abogados litigantes tiene una consecuencia altamente problemática: confunde la posición del que, como abogado, defiende intereses ajenos sin estar personalmente involucrados en esa defensa, con la posición del que, como participante del debate público, defiende una postura por convicción política. La confusión entre estos dos roles es tan grave que debería ser vista como un conflicto de interés (de modo que debería ser impropio que quienes litigan participaran en la discusión pública constitucional). El conflicto al que me refiero no es (solo) el caso obvio (un abogado que defiende como ciudadano una posición que conviene a su cliente, porque conviene a su cliente), sino formas más sutiles y por eso más invisibles: el de la empresa que lucha contra una regulación que se discute en el mercado y para eso contrata a un abogado de izquierda, o el abogado constitucionalista que para tener éxito en su práctica profesional necesita ser visto como “imparcial”, como alguien que opina más allá de partidismos políticos, y que entonces para acreditar esa imparcialidad le resulta útil defender posiciones contrarias a “su sector” político, etc. Sabiendo que estas son las condiciones de éxito del ejercicio profesional, las posiciones que un abogado constitucionalista defiende en el debate público pueden ser las que corresponden a sus convicciones o las que corresponden a los intereses de sus clientes (el caso obvio de conflicto de interés) o incluso a sus propios intereses de establecer la reputación que le permitirá una práctica exitosa (el caso menos obvio)⁶¹.

§ 19. *La tercera característica: dadas las condiciones, cualquier cosa, absurda o no, que declare el Tribunal será celebrada.* Como decía Gramsci, siempre que se hace algo se hace el juego de alguien. Toda decisión, justificada o injustificada, razonable o irrazonable, favorece a alguien. Y cuando se trata de cuestiones políticas ese favorecimiento no es (solo) privado (es decir: no es (solo) que sirva los intereses particulares de alguien) sino le da la razón a alguien en un conflicto político que ha alcanzado relevancia. Aquél cuyo juicio político ha sido

⁶¹ Hay una generación emergente de profesores de derecho público que no litiga. Pero es todavía una generación que es mirada, desde la doctrina tradicional, con cierta condescendencia, cuya producción todavía es vista como la de “profesores jóvenes” [...] en ese peculiar sentido que “joven” tiene en Chile, que significa cualquiera menor de 50 años. Se trata de una generación que, si no es atraída por la litigación, bien puede cambiar el derecho público chileno y a la que afortunadamente corresponderá construir el paradigma interpretativo de la nueva Constitución. Véase las referencias citadas supra, nota 13.

favorecido, entonces, ignorará los detalles argumentales de la decisión y celebrará su parte resolutive. Esto quiere decir que en los hechos, lo que decida el Tribunal *siempre será celebrado*. En esto las decisiones en cuestiones políticas del Tribunal Constitucional se diferencian notoriamente de los litigios que decide la justicia ordinaria, en los que cada decisión siempre sirve los intereses particulares de alguien, pero no necesariamente involucra los intereses políticos de quienes comentan sus decisiones. De ese modo en casos de la justicia ordinaria (y también en caso de inaplicabilidad) hay más espacio para una crítica y comentario que mantiene, respecto del contenido de la decisión, algún grado de independencia.

§ 20. *Dadas estas tres condiciones, la politización es inevitable*. Las consideraciones anteriores, presentadas con sujeción a los límites de un texto como este, son a mi juicio importantes porque configuran las condiciones de actuación del Tribunal Constitucional. Mientras esas condiciones se mantengan, el resultado de creciente politización, de ampliación cada vez que sea necesario de las competencias del Tribunal por sus propias decisiones, es a mi juicio probable. No estoy (ahora) diciendo que esas condiciones sugieren eliminar el Tribunal Constitucional, porque lo que (ahora) me interesa es mostrar que las características del contexto académico-político-cultural en que el Tribunal Constitucional debe actuar erosionan todos los límites que podrían contener al Tribunal Constitucional, y que esta es una situación invisible para una doctrina conceptualista.

Si uno abandonara esa óptica conceptualista, y mirara al Tribunal Constitucional como si fuera un órgano político cuya acción debe ser también debe ser disciplinada, como la de los demás órganos, quizás encontraría reformas institucionales que pudieran enfrentar esas condiciones del contexto que hemos identificado, y así contribuir a crear artificialmente la distancia crítica que no puede darse por sentada (algunas sugerencias tentativas en este sentido se ofrecen oportunamente en la segunda parte de este texto). Pero para pensar en ese tipo de reformas es necesario ver el problema del Tribunal a la luz de sus condiciones concretas de actuación, no de los conceptos. Y para eso es necesario una doctrina que vea en el Tribunal Constitucional un (otro) órgano que ejerce poderes públicos, no una realidad conceptualmente asegurada.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abramovich, V. y C. Curtis (2002) *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta.

- Aguilar, G. (Ed): (2017) Book Los Profesores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Santiago: Triángulo/Universidad de Talca.
- Alvarado, C. (2013) "Fernando Atria y el 'problema constitucional': discutamos en serio" en 29 de mayo.
- Alvarado, C. (2016) *La Ilusión Constitucional*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Andrade, C. (1996) "Tribunal Constitucional" en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 31 277-309.
- Atria, F. (2010) "Jurimprudencia constitucional" en Marshall, P. (Ed): *Jurisprudencia Constitucional Destacada, 2008-9*. Santiago: Legal Publishing 151-160.
- Atria, F. (2013a) *La Constitución Tramposa*. Santiago: Lom.
- Atria, F. (2013b) Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano. Santiago: Catalonia.
- Atria, F. (2015) "Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente" en Fuentes, C. y A. Joignant (Eds) *La Solución Constitucional*. Santiago: Catalonia 41-69.
- Atria, F. (2016) *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Atria, F. (2017) "Extremismo de centro en la cuestión constitucional" en *Pleyade. Revista de humanidades y ciencias sociales* 20(julio-diciembre) 163-191.
- Atria, F. (2020) "Constituent moment, constituted powers in Chile" en *Law and Critique* 31 51-58.
- Atria, F. y C. Salgado (2015) "El TC como tercera Cámara (serie)", en *El Mostrador*, disponible online en: <https://bit.ly/2MoW77e>.
- Atria, F. y C. Salgado (2018) "El tribunal constitucional desatado" en Cárdenas, H. (Ed): *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*. Santiago: Rubicon.
- Atria, F., C. Salgado *et al.* (2017) Democracia y Neutralización. Sobre el origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional. Santiago: Lom.
- Ayala, L. (2020) "María Luisa Brahm, presidenta del TC: 'Antes de que yo llegara había causas detenidas en el TC por mucho tiempo, al límite de la corrupción'" en *La Tercera*.
- Bachelet, M. (2013) "Programa de Gobierno 2014-2018", disponible online en: <http://michellebachelet.cl/programa/>.
- Bassa, J., J. C. Ferrada *et al.* (Eds) (2015) *Book La Constitución Chilena*. Santiago: Lom.

- Bellei, C., D. Contreras *et al.* (2010) *Ecos De La Revolución Pingüina: Avances, Debates Y Silencios En La Reforma Educacional*. Santiago de Chile: Universidad de Chile : UNICEF.
- Bentham, J. (1843) *Anarchical Fallacies*, en *The Works of Jeremy Bentham* (ed. por J Bowring), vol. 2. Edinburgh: William Tait.
- Böckenförde, E. W. (2000) "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho" en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta 17-45.
- Brunet, M. (2006) "Admisibilidad en materias constitucionales: Principio in dubio pro admitere" en *Jornadas Chilenas de Derecho Público XXXVI*.
- Carmona, C. (2001) "El principio pro requirente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Chilena de Derecho* 28 165-190.
- Cazor, K. (2001) "La Jurisdicción Constitucional en Chile" en *Revista de derecho (Valdivia)* 12 91-106.
- Cea, J. L. (2001) "La justicia constitucional y el tribunal de la constitución en Chile" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 12(1) 107-118.
- Cea, J. L. (2005) "¡Finalmente, la Constitución fue reformada!" en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 14 43-56.
- Cea, J. L. (2014) "Nueva Constitución o Reforma Constitucional. ¿Refundación del Estado o progreso institucional?" en *Documentos de Trabajo CLAPES UC* 12.
- Contreras, P. y C. Salgado (2018) *Manual sobre Derechos Fundamentales*. Santiago: Lom.
- Correa Sutil, J. (2011) *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Correa Sutil, J. (2013) "¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?" en Couso, J. (Ed): *Anuario de Derecho Público 2013*. Santiago: Editorial Universidad Diego Portales.
- Dworkin, R. M. (2008) *The Supreme Court Phallanx: The Court's new right-wing block*. New York, NY: New Yor Review Books.
- El Mostrador (2016) "Ignacio Walker: 'Yo no firmé ni suscribí ningún programa y si dije que lo hacíamos propio fue como un acto de lealtad'" en *El Mostrador* 17 de agosto.
- Figueroa, R. (2009) "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica" en *Revista Chilena de Derecho* 36 587-620.
- Figueroa, R. (2013) "El derecho a la salud" en *Estudios Constitucionales* 11(2) 283-332.

- Gargarella, R. (2015) *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Barcelona: Katz Editores.
- Garretón, M. A. (2012) *Neoliberalismo Corregido y Progresismo Limitado: los gobiernos de la Concertación en Chile 1990-2010*. Santiago: Editorial Arcis, CLACSO.
- Grupo de los 24 (1981) "Las Críticas del Grupo de los 24" en *APSI* 94 9-23.
- Guzmán, J. (1979) "El Camino Político" en *Realidad* 7 13-23.
- Hamilton, A., J. Madison *et al.* (2008) *The Federalist Papers*. New York, NY: Oxford University Press.
- Jefferson, T. (1958) "Thomas Jefferson to James Madison" en Boyd, J. F. (Ed): *The Papers of Thomas Jefferson*. Princeton, NJ: Princeton University Press 392-398.
- Jordán, T. (2006) *La protección de los Derechos Sociales: Modelos comparados de tutela jurisprudencial (España-Chile)*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- Lagos, R. (2005) "Una Constitución para el Chile del bicentenario" en Zúñiga, F. (Ed): *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis 1-18.
- Libertad y Desarrollo (2018) "Tribunal Constitucional: las cosas en su lugar" en *Temas Públicos* 1345 1-5.
- Lovera, D. (2010) "El TC y las Isapres: a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980" en Marshall, P. (Ed): *Jurisprudencia Constitucional Destacada, 2008-9*. Santiago: Legal Publishing 151-160.
- Nogueira, H. (2009) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, vol. iii. Los derechos sociales fundamentales. Santiago: Librotecnia.
- Nogueira, H. (2010) "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile. Análisis y reflexiones jurídicas" en *Estudios constitucionales* 8(1) 79-116.
- Nogueira, H. (2019) *Temas de Jurisdicción Constitucional Chilena y Sudamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pardow, D. y S. Verdugo (2015) "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 28(1) 123-144.
- Paredes, F. I. (2011) "Justicia constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el control preventivo obligatorio (Tribunal Constitucional)" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 24(1) 165-172.
- Peña, C. (2020) *Pensar el Malestar*. Santiago Taurus.

- Peña, M. (2013) "Alcances sobre las reservas de constitucionalidad" en Henríquez, M. y M. P. Silva (Eds) *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*. Santiago: Thomson Reuters.
- Pfeffer, E. (1998) "Algunos problemas que se derivan del control obligatorio de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas constitucionales" en *Ius et Praxis* 4(1) 259-268.
- Pfeffer, E. (2001) "Constitución y Código Procesal Penal" en *Revista de Derecho Público* 63 625-641.
- Pfeffer Urquiaga, E. (2014) "Las sentencias del Tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común, de Gastón Gómez" en Couso, J. (Ed): *Anuario de Derecho Público* 201. Santiago: Editorial Universidad Diego Portales 619-626.
- Ribera, T. (1986) "Función y composición del Tribunal Constitucional de 1980" en *Estudios Públicos* 27 77-112.
- Silva Bascuñán, A. y M. P. Silva Gallinato (2007) "Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Público* 69 347-378.
- Silva, M. P. y M. Henríquez (Eds) (2014) *Book Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Soto, E. (1982) *El Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Troper, M. (1999) "La máquina y la norma. Dos modelos de constitución" en *Doxa* 22 331-347.
- Vega, F. y F. Zúñiga (2006) "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. teoría y práctica" en *Estudios Constitucionales* 4(2) 135-174.
- Verdugo, S. (2008) "La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto" en *Revista Actualidad Jurídica* 18 247-297.
- Verdugo, S. (2011) "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático" en *Revista de derecho (Coquimbo)* 18(2) 217-272.
- Viera Gallo, J. A. (2014) *El Compromiso*. Santiago: El Mercurio-Aguilar.
- Vivanco, Á. (2014) *Curso de Derecho Constitucional*, vol. iii. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Santiago: Ediciones de la Universidad Católica.
- Vodanovic, A. (2018) "Fallo reforma educación superior (2018): potestad del TC para calificar el carácter orgánico constitucional de las leyes ¿un poder ilimitado?" en *Sentencias destacadas 2018*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Zapata, P. (2002) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Universidad Andrés Bello.

- Zapata, P. (2006) "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCH)" en *Estudios Constitucionales* 4(2) 175-187.
- Zapata, P. (2008) *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, F. (2009) "El principio pro requirente en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional" en *Estudios constitucionales* 7(2) 369-388.