

## SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DOCTRINA TRADICIONAL (II): PROPUESTAS FINALES

Fernando Atria

*Profesor, Universidad de Chile*

*Resumen.* Esta segunda parte de la serie sobre el Tribunal Constitucional y la doctrina tradicional comenta con detención la propuesta más completa que ha surgido respecto de las reformas que el Tribunal requiere, las elaboradas por una Comisión de académicos convocados por el Centro de Estudios Públicos y que fuera dada a conocer durante 2019. En esta parte el Informe de esa Comisión es discutido porque él ilustra de modo especialmente claro la manera en que la doctrina constitucional tradicional entiende el Tribunal Constitucional.

*Palabras clave:* Tribunal Constitucional, doctrina tradicional, conceptualismo.

Cítese como: Atria, F. (2020) “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”, en *Derecho y Crítica Social* 6(1) 163-217. 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](mailto: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 (II): FINAL PROPOSALS

Fernando Atria

*Professor, Universidad de Chile*

*Abstract.* This second paper about the Constitutional Court and doctrinal thinking about it in Chile discusses in detail the proposals to reform the Court by a Commission of academics convened by the Centro de Estudios Públicos and released during 2019. The Commission's Report illustrates in a particularly clear way the conceptualism with which traditional constitutional doctrine understands the Constitutional Court.

*Keywords:* Constitutional Court, traditional doctrine, conceptualism.

Cite as: Atria, F. (2020) "Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales", en *Derecho y Crítica Social* 6(1) 163-217. ISSN 0719-5680. Received on May 13, 2020 and approved for its publication on July 14, 2020. Corresponding author contact: [fatria@derecho.uchile.cl](mailto:fatria@derecho.uchile.cl). Thanks to Rocío Lingua for her invaluable help.

## INTRODUCCIÓN

§ 21. *El Informe del Grupo de Estudio como Manifiesto disciplinar: “doing what comes naturally”*. El impulso original para escribir lo que terminó convirtiéndose en esta serie de dos artículos sobre el Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional chilena fue una invitación del investigador del Centro de Estudios Públicos, Lucas Sierra, a comentar el *Informe* preparado por el Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional en el contexto del seminario “¿*Qué hacer con el Tribunal Constitucional?*”, organizado por el mismo CEP el 9 de septiembre de 2019.

El Grupo de Estudios se presenta a sí mismo como

16 personas, académicos constitucionalistas pertenecientes a diversas facultades de derecho del país, académicos de otras disciplinas vinculados a los asuntos públicos, e investigadores de centros de estudio, plural en cuanto a sus orientaciones intelectuales, jurídicas y políticas.

En lo que a profesores de derecho constitucional se refiere, el Grupo de Estudios fue efectivamente plural: lo integraban profesores y profesoras de diversas universidades, públicas y privadas, confesionales y no, con afiliaciones políticas desde la UDI hasta el Partido Comunista y el Frente Amplio, incluyendo por cierto la Democracia Cristiana, el Partido Socialista y Renovación Nacional (aunque estaba compuesto por 4 mujeres y 12 hombres). En virtud de esto, el *Informe* de este grupo no puede ser considerado como el reporte de un sector o posicionamiento político, sino más bien como lo que ya llamamos (*supra*, §7<sup>1</sup>) un “Manifiesto disciplinario”: como una declaración en la hora postrera de la Constitución tramposa, de la reflexión constitucional que ella creó, a su imagen y semejanza. Esto lo que a mi juicio hace interesante discutirlo, a pesar de que el 18 de octubre redujo sus propuestas concretas de reforma a la irrelevancia. Al discutirlo, entonces, estaremos discutiendo la autocomprensión de la Constitución de 1980, lo que llamaremos un “paradigma constitucional”<sup>2</sup>. La razón por la que esto es de

---

<sup>1</sup> Las referencias a los §§ 1-20 refieren a “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional, I: conceptualismo constitucional”, la primera parte de este texto.

<sup>2</sup> En otras palabras, el *Informe* es una instancia especialmente cándida de la doctrina constitucional dominante “doing what comes naturally”, en términos del profesor Stanley Fish. Con esta idea Fish se refiere a “la acción irreflexiva que ocurre en el contexto de una práctica. Este tipo de acción [...] no es natural en el sentido de que surja con independencia de su contexto social e histórico; pero dados esos contextos, lo que cada uno hace no será el resultado de un cálculo reflexivo sino resultará tan natural como respirar” (Fish (1989) ix). Lo que veremos al considerar el *Informe* es precisamente que la perspectiva con la cual

una importancia extraordinaria para todas las discusiones constitucionales que vienen porque esa autocomprensión es en buena medida parte de nuestro problema constitucional, por razones a ser explicadas. Uno de los efectos benéficos que es razonable esperar de la nueva Constitución es que ella produzca un quiebre con ese paradigma y sus consecuencias y exigencias.

## I. SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

§ 22. *Los problemas actuales, según el Informe.* Según el *Informe*, hoy existe un problema respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Este consistiría en que los efectos de las sentencias quedan entregadas a órganos distintos del Tribunal Constitucional, que entonces han de decidir si acatarlas o no, o al menos el modo preciso de su acatamiento. Este problema se manifestaría tanto respecto de las resoluciones del Tribunal en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como en control preventivo.

Respecto de las sentencias dictadas en control abstracto, el *Informe* sugiere insertar al inciso final del artículo 94 del texto constitucional una frase final conforme a la cual “las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley [...] obligarán a todo órgano del Estado sin excepción alguna”. Esta idea aparece en los comentarios a la propuesta 3 (p. 21), donde el *Informe* sostiene que “La sentencia dictada por el TC debe ser robustecida para que vincule a todos los poderes públicos (lo que no acontece hoy)”. El *Informe* no es explícito respecto de por qué este es el caso.

Por su parte, el déficit de los mecanismos de aseguramiento de los efectos de las sentencias dictadas en requerimientos de inaplicabilidad, es el primero de una lista de los “problemas más agudos que evidencia la inaplicabilidad en los años que lleva en funcionamiento” (p. 25):

Los efectos de una sentencia de inaplicabilidad pueden ser burlados por los tribunales ordinarios, ya que la última palabra (por decirlo simplemente) en la interpretación y aplicación del derecho, la tienen los tribunales. Sabemos que la sentencia, en ocasiones, es ignorada, en otras sencillamente es desconocida. Los Ministros del TC parecen tener la idea de que sus sentencias no son respetadas por los tribunales del fondo (p. 26).

La solución para este problema es simple:

---

discute la Constitución y el Tribunal Constitucional resulta tan natural para la doctrina constitucionalista dominante que ésta no se detiene a pensarla y justificarla.

Creación de un recurso extraordinario ante el TC, única y exclusivamente contra una sentencia que desconoce los efectos de la sentencia de inaplicabilidad dictada por el TC (propuesta 7.v, p. 32).

§ 23. *Discusión durante la tramitación de la ley 20381.* Respecto de los efectos de las sentencias de control abstracto, es digno de ser notado que la cuestión de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional fue muy discutida cuando la ley 17997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, fue reformada por la ley 20381, después de la reforma constitucional de 2005.

El *Mensaje* del proyecto que se convertiría en la ley 20381 contenía una regla que disponía, primero, que “El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad” y, segundo, que “los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”. Por indicación del Ejecutivo, la primera regla fue reemplazada en la Cámara de Diputados por otra que disponía que “toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta”<sup>3</sup>. Este artículo fue eliminado en la Comisión mixta, con el argumento de que era “innecesario, porque es obvio que toda sentencia debe expresar sus fundamentos”<sup>4</sup>.

La segunda regla, por su parte, que contenía la idea que ahora es reiterada por el *Informe*, fue eliminada en el primer trámite constitucional, porque “es redundante con los principios generales del derecho público, que evidentemente rigen estas materias”<sup>5</sup>. En el segundo trámite la misma idea volvió a ser intentada, en una indicación de la senadora Soledad Alvear, conforme a la cual

los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Los tribunales ordinarios y especiales interpretan y aplican toda norma de rango de ley, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> HL 20381, *Informe complementario* de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, 7 de abril de 2006.

<sup>4</sup> HL 20381, *Informe* Comisión mixta (13 de septiembre de 2008).

<sup>5</sup> *Ibid.* n. 3.

<sup>6</sup> *Ibid.*

Esta indicación fue rechazada: en lo que respecta a la primera oración, por las mismas consideraciones tenidas a la vista en la Cámara de Diputados; en lo que respecta a la segunda, porque

ella no es compatible con nuestro sistema jurídico, en el cual todos los jueces interpretan y aplican la Constitución, no sólo el Tribunal Constitucional. Apartarse de este criterio implicaría otorgar a las sentencias de este último un poder vinculante que no tienen, salvo el caso excepcionalísimo de la declaración de inconstitucionalidad del número 7° del artículo 93, ya que la regla general es que los fallos judiciales sólo surtan efectos entre las partes en contienda<sup>7</sup>.

§ 24. *Sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.* El Informe no explica en qué sentido hoy “no acontece” que las sentencias del Tribunal “vinculen a todos los poderes públicos”. Esta es una afirmación que debe ser cuestionada, y no solo porque, como lo hemos visto, durante la tramitación de la ley 20381 un efecto similar fue desechado porque sería “redundante”. Es que, como ahí también se observó, eso “les daría a esas sentencias un poder vinculante que no tienen”. Estas dos observaciones parecen contradictorias. Pero a mi juicio hay algo extraordinariamente decidor aquí. Porque estrictamente, el efecto de la sentencia dictada hoy en control preventivo está precisamente especificado en el artículo 94 del texto constitucional:

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

Esto por cierto “acontece” hoy: las disposiciones (en realidad, palabras o “frases impeditivas”) que el Tribunal declara inconstitucionales no se convierten en ley en el proyecto respectivo. Como el Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, no resulta claro qué podría significar que vincule a todos los órganos del Estado. En este sentido la idea es “redundante”: las sentencias vinculan a todos los órganos del Estado que necesitan vincular, que son el Congreso y el Presidente de la república en lo que se refiere a la tramitación o promulgación de un proyecto de ley.

¿Por qué, entonces, podría pensarse que esta regla daría a las sentencias un poder vinculante que no tienen? ¿Cuál es, precisamente, el efecto vinculante que les daría? La respuesta es sorprendente: implicaría tratar a las sentencias del Tribunal Constitucional como si no fueran sentencias, es decir, como si no fueran decisiones de asuntos precisamente sometidos a su conocimiento,

---

<sup>7</sup> HL 20381, *Segundo Informe* de la Comisión de Constitución del Senado, 15 de enero de 2007.

sino como si fueran decisiones generales sobre la correcta solución en abstracto de cuestiones constitucionales; es decir, como leyes<sup>8</sup>. La ironía es que, como lo vio la Comisión del Senado, esto implicaría tratar las sentencias no como sentencias, sino como decisiones de una tercera cámara, que valen mientras no hayan sido modificadas por ella misma, y obligan a todos los demás órganos del Estado a dar a las disposiciones constitucionales la interpretación que cuenta con el favor de una mayoría (tan “circunstancial” como cualquier otra mayoría) del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

Y no es claro qué es lo que podría significar. En la sentencia rol 3729 (aborto en tres causales), por ejemplo, el Tribunal Constitucional decidió que la constitución contenía un derecho constitucional a la objeción de conciencia. Se trata, según el Tribunal, de un “derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley” (c. 125) o, como el Tribunal dice más adelante, “el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de una persona” (c. 133). Este derecho sería una “manifestación precisa” de la libertad de conciencia, que a su vez “importa la libertad de creer en lo que se desee” (*ibíd.*). Adicionalmente, el Tribunal se encargó de indicar que

Es inconcuso que la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales; tanto más cuanto la Carta Fundamental asegura expresamente a todas las personas la libertad de conciencia [...]. Misma libertad que el texto constitucional no autoriza a limitar (c. 134).

¿Qué efecto tiene esta sentencia? En tanto sentencia judicial, eso está claro: la parte resolutive de la sentencia dispone que ciertas palabras son

---

<sup>8</sup> Nótese que aquí estamos considerando la propuesta de una regla que declare que las sentencias “obligan a todos los poderes públicos” en un sentido adicional al que se sigue del art. 94 del texto constitucional. La cuestión de si debe obligar al juez que conoce de la gestión pendiente en el contexto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y de cómo se asegura que la decisión del Tribunal tenga efecto en esa gestión, es una cuestión distinta que será tratada *infra*, §25.

<sup>9</sup> Lo sostiene explícitamente Humberto Nogueira (2004): “En nuestra opinión, debiera establecerse que la ‘*ratio decidendi*’ o parte motiva [*sic*] del fallo [...] debieran al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional”. Es decir, que las decisiones del Tribunal Constitucional sean interpretadas como si fueran leyes interpretativas que obligan a todos, más allá del caso particular. No deja de ser peculiar una doctrina que niega categóricamente que el Tribunal sea una tercera cámara pero que al mismo tiempo reclama para sus decisiones los efectos que ellas deberían tener si lo fueran: validez general, mientras no sean modificados por el propio órgano que las dicta.

inconstitucionales y la sentencia tuvo el efecto correspondiente: el proyecto fue promulgado con la omisión de esas palabras. El resultado fue, por cierto, que una regla que excluía la objeción de conciencia institucional fue transformada en una que la permitía genéricamente, sin especificar sus condiciones, requisitos o consecuencias.

Pero esto no es suficiente; no es suficiente que el Tribunal pueda legislar del modo que le parezca en la medida que tenga suficiente imaginación como para poder armar las normas que desea manipulando las marcas en el papel que serán declaradas inconstitucionales. Los profesores ahora quieren que el Tribunal tenga todavía más poder, y para eso insisten en la idea de efectos generales. Pero aquí también, su demanda es solo teórica, es decir, solo se basa en los conceptos, en el hecho de que si el Tribunal es el supremo intérprete todos los otros intérpretes han de quedar sometidos a él. Es una exigencia puramente conceptualista que se desentiende de si ella puede tener sentido en la realidad real de los órganos políticos. En efecto, ¿qué podría implicar que esa sentencia adicionalmente “vincule a todos los poderes públicos”, como quiere el *Informe*? ¿Quiere decir que todos los poderes públicos estarán obligados a reconocer la existencia de un derecho constitucional a la objeción de conciencia, “mismo que la ley no puede limitar”? ¿Deberían reconocer todos los poderes públicos, tratándose de cualquier obligación legal, “el derecho constitucional de cualquier persona de no ser obligado a cumplir por razones de conciencia, las imposiciones de la ley”? Nótese la diferencia entre ambos efectos, y lo acertado de la observación del Senado: en cuanto decisión de la cuestión de constitucionalidad planteada respecto del proyecto de aborto en tres causales, la decisión del Tribunal es la palabra final. Pero sería absurdo que las consideraciones del Tribunal, que en este caso fueron evidentemente fruto de un acuerdo político al interior de mismo (al punto que la sentencia fue en parte redactada por una bancada y en parte por la otra) vincularan inmediatamente a todos los poderes públicos.

En el caso del proyecto de ley del Servicio Nacional del Consumidor (rol 4012) se puso en evidencia la inconveniencia de esta idea, en atención al modo displicente en que el Tribunal ejerce su ministerio. En efecto, en dicha sentencia el Tribunal anunció, en la parte considerativa, que “se declararán inconstitucionales”, entre otros, “el art. 1º, N° 34 del proyecto, en la parte que agrega los artículos: 50H, 50I, 50J, 50K, 50L, 50M, 50P” (c. 44).

Estas disposiciones no fueron declaradas inconstitucionales en la parte resolutive de la sentencia. Es digno de ser mencionando que este fue un error

cometido a sabiendas por el Tribunal Constitucional, que fue advertido de esto en el voto de minoría del ministro Pozo<sup>10</sup>.

La Cámara de Diputados notó el problema, y solicitó al Tribunal, el 29 de enero de 2018, que aclarara su decisión. El Tribunal resolvió “no ha lugar”.

El Presidente de la república elaboró entonces el decreto promulgatorio incluyendo el texto aprobado por el Congreso y removiendo del mismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 94 del texto constitucional, las disposiciones que sí fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Los artículos cuya inconstitucionalidad había sido *anunciada*, pero no *declarada*, fueron correctamente incluidos en el texto contenido en el decreto. La Contraloría General de la República representó el decreto, por haber incluido esas disposiciones<sup>11</sup>. Esta decisión a mi juicio fue desacertada: el error había sido del Tribunal Constitucional, no del Presidente, y por eso el Contralor debió haber tomado razón. Eso habría implicado una ley incoherente, es verdad. Pero era una incoherencia que había sido hecha inevitable por la negligencia del Tribunal Constitucional.

Habiendo sido representado el decreto promulgatorio, el Presidente de la república solo tenía una opción: la de recurrir al propio Tribunal Constitucional (art. 93 N°8). El Tribunal Constitucional debió haber resuelto que la representación del Contralor era un error, que el Presidente tenía el deber de promulgar la Ley 21081 con el mismo texto que fue aprobado por el Congreso, con la única sustracción de las disposiciones que en su propia sentencia el Tribunal había declarado inconstitucionales, dado que eso es lo dispuesto por el artículo 94. Pero esto habría obligado al Tribunal a reconocer su error, y el poder arbitrario nunca está dispuesto a reconocer su error. Y entonces el Tribunal dictó una larga sentencia (rol 4727, de 5 de julio de 2018) llena de divagaciones que no tenían relación con la cuestión (sobre la naturaleza jurídica de la promulgación y sobre la comisión redactora de la Constitución de 1980 y sobre otras cuestiones y satélites), sino pretendían ocultar la fuente del problema, su propio error cometido a sabiendas. Respecto de éste, el Tribunal simplemente dijo

---

<sup>10</sup> Véase la concurrencia en la disidencia del ministro Pozo, en el N° 174 de las disidencias, contenidas en la sentencia rol 4012.

<sup>11</sup> Dictamen 10856N18, de 27 de abril de 2018.

que las disposiciones declaradas inconstitucionales por esta Magistratura en la sentencia rol N° 4012, y que sirven de base al pronunciamiento del órgano contralor, se encuentran en los considerandos 40° y 44° y en su parte resolutive (c. 29).

La declaración es insólita. En efecto, ¿qué quiere decir “considerandos” y “resolutive” en esa frase? Uno habría pensado que los *considerandos* contienen *consideraciones*, y que la parte *resolutive*, antecedida como está por la fórmula “se declara”, contiene las *resoluciones* del Tribunal, lo que éste *declara*. Y las consecuencias posibles de esto son graves. Porque la decisión el Tribunal afecta un momento especialmente sensible del proceso legislativo: cuando el proyecto ya ha sido totalmente aprobado y debe fijarse su texto. Consideraciones obvias de responsabilidad institucional explican que este momento debe ser puramente mecánico, sin que haya espacio para diversas interpretaciones. Y así era, hasta la intervención del Tribunal Constitucional. Ahora, sin embargo, el Presidente deberá interpretar los considerandos de las sentencias del Tribunal Constitucional buscando disposiciones que, aunque no hayan sido formalmente declaradas inconstitucionales, hayan sido objetadas en las reflexiones considerativas. Y, de aceptarse la propuesta del *Informe*, esto deberá hacerlo cada “poder público” en cada momento de aplicación de una ley. El potencial para conflictos institucionales que esto crea es enorme.

Por cierto, se trata de un “potencial”. En el caso de la ley 21081 la cuestión al final se solucionó; no de la mejor manera, y no con mucho respeto por la idea de que las leyes las dicta el poder legislativo, es verdad, pero se solucionó sin que se creara un conflicto significativo. Pero el caso dejó sentado un principio que introduce discrecionalidad (en el sentido preciso de: espacio para resolver una cuestión que puede ser en principio discutible, que no se soluciona mecánicamente) en un momento en que se había excluido esa discrecionalidad. Y lo que uno esperaría de la reflexión constitucional es que ella esté atenta a las consecuencias posibles de decisiones que sientan principios problemáticos, aunque lo hacen en casos en que las cosas parecen claras.

Por cierto, nada de lo anterior niega que la situación ideal sería que el Tribunal Constitucional se limitara a cumplir con diligencia sus funciones, y que de ese modo se asentara una práctica de interpretación del texto constitucional que fuera uniforme entre todos los poderes del Estado, etc. Pero de nuevo, *hunger is not bread*: el hecho de que sería bueno que las cosas fueran así no implica que sean así. Una regla como la que propone el *Informe* es apta para introducir

inestabilidad en general en el sistema jurídico, y por eso es manifiestamente inconveniente. Si las decisiones del Tribunal no son reconocidas y respetadas por los otros poderes públicos, es en buena parte porque no pueden serlo. El Tribunal, por el modo en que él mismo ha ejercido su potestad, no tiene una *auctoritas* considerable. Pretender compensar ese déficit mediante reglas que le entreguen *potestas* es la peor solución imaginable.

§ 25. *Sobre los efectos de la sentencia de inaplicabilidad.* Como puede observarse, el *Informe* no se hace cargo de que el desempeño del Tribunal Constitucional haya causado en esta materia problema alguno. De acuerdo al diagnóstico implícito, si en la regulación actual hay un problema, es que el Tribunal Constitucional se ha visto impedido de realizar su función por la interferencia de otros órganos, en particular por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que son competentes para decidir el fondo del asunto, que pueden “burlar” los efectos de una declaración de inaplicabilidad (p. 25). No hay reflexión alguna sobre el significado que tiene el que cuando se le traspasó la competencia de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional se hizo teniendo a la vista que ellos “suman unos 100 al año”, y que hoy el ingreso sea de 1600<sup>12</sup>. El *Informe*, por otra parte, hace una referencia genérica a “los ministros del TC” que “parecen tener la idea de que sus sentencias no son respetadas por los tribunales del fondo” (p. 26)<sup>13</sup>.

En vez de preguntarse qué podría significar esto (comenzando por cuán real es: ¿Qué diría uno de un problema que se justificara solamente sobre la base de la observación de que “los diputados parecen tener la idea de que la ley no es respetada por todos?”), el *Informe* simplemente asume que la única dimensión relevante de esto es que “los efectos de una sentencia de inaplicabilidad pueden ser burlados” (p. 25). Pero quizás hay algo mucho más significativo, desde el punto de vista de la máquina constitucional, que está ocurriendo. Quizás las decisiones del Tribunal Constitucional son consideradas injustificadas o impracticables por los jueces del fondo, quizás el Tribunal ha fallado en identificar correctamente las reglas aplicables al caso,

---

<sup>12</sup> Los “100 al año” fue la opinión del ministro Eugenio Valenzuela; (véase *Primer Informe de Comisión de Constitución*, 6 de noviembre de 2001, en *Historia de la ley 20050*); los 1600 son la cifra del *Informe* (p. 21).

<sup>13</sup> Para una cuidadosa discusión de este asunto, véase Nuñez (2012). Aunque Nuñez hace un análisis estrictamente normativo del problema de los efectos de la sentencia de inaplicabilidad que se beneficiaría de mirar a las relaciones entre Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios menos desde el punto de vista de la satisfacción de una exigencia de “recíproca lealtad constitucional” (e.g. p. 45) y más desde el punto de vista de la máquina constitucional (de “checks and balances”), este artículo es notable por su claridad y perspicacia.

quizás el Tribunal Constitucional ha decidido el caso no atendiendo a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal determinado, sino llevado por su deseo de ejercer una competencia que no tiene, la de decidir el caso en el fondo. Estas posibilidades no merecen siquiera una consideración por el *Informe*. Es que la óptica que guía al *Informe* es la que ya hemos identificado; no la de preguntarse cómo hacer probable que en las circunstancias concretas de su acción el Tribunal desempeñe la función (recuérdese: “ineludible”) que le corresponde, sino por referencia a conceptos: si el Tribunal Constitucional, que después de todo se llama “Tribunal Constitucional”, es un tribunal constitucional, entonces debe tener la última palabra en todas las cuestiones constitucionales. La posibilidad de que el Tribunal Constitucional desarrolle patologías y busque ampliar sus facultades es algo que el *Informe* no considera seriamente; porque si lo hiciera, entonces se preguntaría por qué en algunos casos los tribunales del fondo se resisten a seguir las instrucciones del Tribunal Constitucional, y no aceptaría tan cándidamente la idea que “parecen tener” “algunos ministros del TC”, porque eso bien podría deberse a que se trata de casos de extralimitación. Esta es, después de todo, la idea misma de *checks and balances*, una idea que tratándose del Tribunal Constitucional, el punto ciego de una doctrina conceptualista, queda suspendida.

## II. SOBRE EL CONTROL PREVENTIVO

§ 26. *El Informe no explica por qué el control preventivo debe ser eliminado.* Como se sabe, el control preventivo tiene dos versiones: el control preventivo forzoso y el ocasional. En virtud del primero el Tribunal Constitucional tiene competencia para pronunciarse de todo proyecto de ley interpretativa de la constitución, de ley orgánica constitucional y de tratados internacionales que versen sobre materias propias de estas últimas antes de su promulgación, sin necesidad de que su intervención sea requerida de modo alguno (art. 93 N°1). Es un control de oficio. El control preventivo ocasional es el que es requerido por el Presidente de la república, por cualquiera de las cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (art. 93 inc. 4°).

El *Informe* dice sugerir “eliminar el control preventivo”, tanto el forzoso como el ocasional. Pero el *Informe* no hace esfuerzo alguno por identificar las razones por las que el control preventivo es problemático; al contrario, cuando se refiere a él lo trata como algo marginal. En efecto, sostiene que “aunque la evidencia demuestra que las causas de control preventivo son marginales”, la relevancia cualitativa y simbólica de estas ha hecho que “se haya asentado la

crítica” de que el tribunal “actuaría como un órgano partidista” (p. 15). Sobre cuán justificada es esta crítica que se ha asentado, el *Informe* calla. Luego hace alusión a una “creciente y transversal” literatura que enfatiza la tensión entre el principio democrático y el control preventivo (p. 16). Y por último, pese a que observa que la evidencia empírica es “más bien escasa en este ámbito” (y tendería a mostrar que el control preventivo es una forma de control de “escaso impacto y relevancia”: p. 16n11), afirma luego que “la existente no resulta favorable a la mantención de las atribuciones preventivas”. Esto último lo respaldan con una referencia a un texto publicado en [...] 2001<sup>14</sup>.

En suma, aquí el *Informe* parece ser el resultado de una negociación política más que de una discusión académica, en que las propuestas no son el resultado de un diagnóstico común sino de transacciones que precisamente carecen de un diagnóstico común. Esto por cierto, no sería un problema, salvo en la medida en que el *Informe* es presentado precisamente como “un diagnóstico y una propuesta común” de “profesores e investigadores” (p. 5). Si se trata de negociar intereses, uno pensaría que no hay nada en los profesores e investigadores que los deje en una posición privilegiada para hacerlo; si se trata de argumentar y formular diagnósticos y propuestas en sus áreas de especialidad, uno esperaría de ellos un estándar algo más alto del que ellos mismos se ponen.

§ 27. *La relevancia del control preventivo forzoso.* Todo lo anterior no es por cierto para defender el control preventivo. A mi juicio, esa competencia, y especialmente la posibilidad del control preventivo forzoso, es la mejor manifestación de que el Tribunal Constitucional de 1980 es, pese a las apariencias, una realidad institucional radicalmente distinto que el de 1970 (adicionalmente sobre esto *infra*, §32). Pero a pesar de esto el control preventivo forzoso no ha sido especialmente discutido por la doctrina<sup>15</sup>. Primero porque la idea de un control de oficio, sin requerimiento alguno, choca con la idea de función jurisdiccional<sup>16</sup>, lo que tiene considerables

---

<sup>14</sup> Vargas, Peña *et al.* (2001).

<sup>15</sup> Lo que, por cierto, dice mucho acerca del modo en que ésta se entiende a sí misma. Sergio Verdugo observa con sorpresa “la escasez de literatura nacional en esta materia [control preventivo forzoso], sobre todo si se considera que el control preventivo es una excepción en el derecho comparado” (Verdugo (2010) 203).

<sup>16</sup> A veces la doctrina ve este problema pero luego lo ignora. Como el profesor Alejandro Silva Bascuñán, que cuando está hablando de “la polémica” sobre el constitucionalismo trata de caracterizar, desde un punto de vista “puramente doctrinario” el “ámbito de la justicia constitucional”, para lo que identifica ciertos “elementos” que, según él mismo explica, servirán más tarde para “reconocer cuáles de las actuales facultades del Tribunal

consecuencias para la “autocomprensión” del Tribunal Constitucional, como veremos. Porque el hecho de que el Tribunal tenga competencia para pronunciarse sin requerimiento alguno muestra que no se trata de una institución que, como la de 1970, existe para arbitrar los conflictos entre el Presidente de la república y el Congreso. Cuando ese era el caso, la condición necesaria para la competencia del Tribunal era la existencia de un conflicto, que quedaba asegurada por el correspondiente requerimiento. Si el Tribunal puede conocer sin conflicto entre órganos, entonces es claro que no se trata de proteger la integridad constitucional de un órgano frente al intento de otro órgano de erosionar o negar sus facultades, sino que se trata de defender algo de su posible erosión por la acción conjunta de *todos los órganos con legitimación democrática directa*, el Presidente y el Congreso. ¿Y qué podría estar necesitado de protección frente a una voluntad convergente y sin reparos de los órganos con legitimación democrática? La respuesta es: la constitución misma. Pero entonces resulta que la constitución es algo que se impone a la política desde fuera, algo que no descansa en el principio democrático sino debe ser protegido del principio democrático. Esta es la idea que en su momento se llamó “democracia protegida”, que por cierto era protegida de ella misma, es decir, negada. Es la constitución tramposa<sup>17</sup>.

Ese argumento, por cierto, no alcanza al control preventivo ocasional. Es efectivo que esta competencia sí la tenía el órgano que con el nombre

---

Constitucional concuerdan con tal noción”. Uno de estos elementos es que se trate de un control que no se ejerza de oficio, sino que sea planteado por los órganos de cuya conducta constitucional se trata: “la generación, concreta y específica, de una controversia o discrepancia sobre un punto que presente los rasgos recién indicados, trabada entre quienes deben actuar ajustándose a la recta interpretación del texto ya la fiel expresión del valor constitucional que lo inspira” (Silva Bascañán (2003) 20). Es claro que esta exigencia excluye el control de oficio, porque en ese caso no hay una controversia plantada por los órganos que deben actuar ateniéndose al texto constitucional. De hecho, el control de oficio implica que el Tribunal tiene competencia incluso cuando no haya controversia. Pero a pesar de que el profesor Silva ha anunciado que el esfuerzo de caracterización de la noción de justicia constitucional conforme a estos elementos estaba orientada a reconocer cuáles de las actuales competencias del Tribunal Constitucional corresponden a una función jurisdiccional, cuando llega el momento de exponer la competencia de conocer de oficio sobre la constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales (Silva Bascañán (2003) 58-65) esta insistencia en la existencia de una controversia concreta planteada por los órganos obligados a cumplir la constitución es olvidada. Véase adicionalmente Aldunate (2005), quien acertadamente identifica esta como una dificultad “insalvable”, porque implica que “falta la nota de imparcialidad consustancial al concepto de función jurisdiccional” (p. 123).

<sup>17</sup> Atria (2013). En el mismo sentido, véase Bassa (2015) 260: “la sola existencia de esta competencia [preventiva forzosa] da cuenta de cómo el sistema constitucional se ha construido desde la desconfianza a la ciudadanía y sus representantes políticos”.

“Tribunal Constitucional” fue creado en 1970<sup>18</sup>. Pero aunque no lo alcanza, si lo afecta: como el *Informe* enfatiza (p. 15), parte del problema es la “autocomprensión” que el Tribunal Constitucional ha ido desarrollando acerca de su función. Y es evidente que el hecho de que el Tribunal tenga competencia para pronunciarse en casos en que no hay conflicto entre poderes democráticos en defensa de la Constitución afecta el modo en que el control preventivo es entendido: no se trata de que solo porque hay conflicto tiene competencia el Tribunal, se trata de que el conflicto es un indicio de que la Constitución está en peligro. Por eso es importante eliminar radicalmente el control forzoso. Un paso que el *Informe* no se atreve a dar.

Para apreciar el modo en que el control preventivo forzoso redefine al propio Tribunal Constitucional, considérese la siguiente cuestión: si conociendo de un requerimiento el Tribunal Constitucional cree encontrar una infracción a la Constitución que no fue alegada por los parlamentarios requirentes, ¿puede arrogarse competencia para pronunciarse sobre él? En la lógica de 1970, la respuesta negativa es clara: como el Tribunal existe para arbitrar conflictos entre órganos democráticos, el hecho de que no haya conflicto al respecto implica que el Tribunal no tiene razón ni competencia para interferir (véase la sentencia rol 2, comentada *infra*, §32). Pero en la lógica de 1980 la cuestión es distinta: como se trata de proteger a la Constitución de su erosión por la acción individual o conjunta de los órganos democráticos, el solo hecho de que no haya habido un conflicto no muestra que la Constitución esté a salvo, y negarse a protegerla por el solo hecho de que no ha habido reclamo parecería un mero formalismo.

§ 28. *El control (conceptualmente) preventivo y el control preventivo.* Más allá del argumento anterior contra el control preventivo forzoso, hay un argumento (distinto) contra toda forma de control preventivo. Se trata de un argumento que en el contexto político chileno es especialmente fuerte: es que arrastrar a un tribunal que funciona sujeto a las tres condiciones de operación identificadas más arriba<sup>19</sup> a decidir cuestiones en el momento de mayor controversia política es una manera de hacer en los hechos inevitable que

---

<sup>18</sup> Aunque la exigencia para el requerimiento era superior: un tercio de los diputados o senadores en ejercicio, conforme a lo dispuesto en el art. 78b inc. 2º de la Constitución de 1925, en la redacción con la que quedó después de la ley 17284.

<sup>19</sup> *Supra*, §§17-19. Puede ser útil reiterar esas tres condiciones: una doctrina conceptualista para la cual el Tribunal Constitucional es el punto ciego, la inexistencia de una academia constitucional independiente, y especialmente que el Tribunal debe pronunciarse en un momento en que el conflicto político al respecto es más agudo, por lo que su decisión será celebrada en todo caso, diga lo que diga, como una “contundente sentencia”.

actúe como una tercera cámara, porque ese es precisamente el momento en que esas condiciones se hacen sentir con máximo efecto. Es ingenuo, a mi juicio, pensar que en esas condiciones quienes deciden no tomarán partido; y por eso es también ingenuo pensar que quienes tienen poder para decidir sobre la integración del Tribunal no van a tomar en consideración la lealtad política de los eventuales ministros; y el hecho de que haya reglas elaboradas para fomentar la “ingratitude” de los ministros a quienes los nombraron no decide la cuestión, sino solo pone más peso en el juicio de lealtad de los candidatos, porque obliga al que nombra a elegir a candidatos que aseguren esa lealtad incluso en la presencia de reglas que buscan lo contrario<sup>20</sup>.

La propuesta del *Informe* es anunciada, como está dicho, como la eliminación del control preventivo (aunque se propone mantener el control preventivo forzoso para los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional). Pero es la eliminación del control preventivo en sentido puramente *conceptual*, de diccionario, no en sentido *político*, que es el sentido que origina el problema. Porque el *Informe* propone que dicho control sea reemplazado por lo que llama “un control represivo y facultativo racionalizado”, que solo puede intentarse dentro de los 10 días siguientes a la promulgación de la ley, sujeta a las mismas reglas actuales de legitimación activa (un cuarto de los miembros de cualquiera de las cámaras o el Presidente de la república).

Desde el punto de vista de crear condiciones para que el Tribunal no deba pronunciarse en el momento de mayor controversia política, la propuesta es enteramente gatopardista. Es decir, dice buscar algo que parece importante (eliminar el control preventivo) pero deja en pie el hecho de que el Tribunal deberá pronunciarse en condiciones de mayor conflicto político. Claro, si la reforma fuera adoptada los manuales de derecho constitucional dirían que ya

---

<sup>20</sup> Véase Atria (2016) 340-341. En esto lo que Dworkin dice respecto de la derecha norteamericana (véase *supra*, § 15.) es aplicable, *mutatis mutandis*, al caso chileno: es la derecha la que entendió más rápidamente la importancia de asegurar la lealtad de los nombrados. Por eso entre los nombramientos presidenciales y parlamentarios de la derecha hay personas que no tenían antecedentes que los habilitaran especialmente para el cargo, salvo en la medida en que ellos acreditaran disposición a la lealtad política: la jefa de asesores del Presidente Piñera, un ex director del centro de estudios de Renovación Nacional, un ex diputado de la UDI con el cual su partido estaba en deuda porque le había negado su repostulación a la Cámara para hacer espacio al hijo del presidente del partido, etc. No estoy con esto diciendo que las otras fuerzas políticas no hayan buscado lealtad. Pero por alguna razón (que sería interesante investigar), la encontraron (o creyeron encontrarla) en candidatos que tenía adicionalmente antecedentes académicos suficientes que al menos hacían más presentable la designación.

no existe control preventivo, sino represivo, porque ocurre después de la promulgación de la ley. Pero que se trate “conceptualmente” de un control represivo no significa que logra el efecto institucional de permitir que el Tribunal considere la cuestión cuando hay mejores condiciones para una decisión racional del asunto, conforme al “razonamiento jurídico”. Es que el problema con el control preventivo no es conceptual. No es que el control preventivo deba eliminarse porque él implica que el Tribunal debe pronunciarse sobre “leyes” antes de que sean leyes, etc. Es que el control preventivo tiene consecuencias indeseables para el funcionamiento de la máquina constitucional. Por eso una doctrina que se niega sistemáticamente a ver en la constitución una máquina, y que entiende que la constitución no es sino un texto legal, y que entonces lo que el intérprete debe hacer es simplemente especificar el significado de ese texto, no es capaz de empezar a ver las dificultades que el control preventivo significa. Pero claro, reconocer que no entiende el problema es reconocer demasiado; por consiguiente, pretende que lo entiende, y para eso usa el diccionario, y entonces asume que eliminar el control que el diccionario califica de “preventivo” es suficiente. Si la eliminación del control que conforme al diccionario es “preventivo” restablece el funcionamiento adecuado de la máquina, por cierto, es un problema que nunca aparece.

§ 29. *Cómo se eliminaría genuinamente el control preventivo.* La finalidad que el *Informe* busca lograr se logra espontáneamente, por ejemplo, en el caso del sistema de control de constitucionalidad norteamericano. Ahí no es posible requerir directamente el pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la inconstitucionalidad de una ley; es necesario recorrer el camino procesal completo, que va desde un juicio iniciado en primera instancia hasta que la decisión llega hasta la Corte Suprema. Por cierto, dadas las características institucionales del Tribunal Constitucional esta solución no puede ser replicada tal cual en Chile, pero produce el efecto de que en Estados Unidos no hay control preventivo; y el control represivo que existe no es solo represivo en términos conceptuales, sino que toma tiempo, y permite que la cuestión sea discutida en distintos contextos, a partir de casos particulares, etc. Quizás podría considerarse una solución análoga en lo que puede ser analogado. En Chile desde 2005 existe, al menos formalmente, el control represivo de constitucionalidad en abstracto, que requiere que previamente se haya acogido algún recurso de inaplicabilidad. En términos conceptuales, la solución es poco elegante, porque en principio el juicio de inaplicabilidad no es un juicio abstracto sobre la constitucionalidad de la ley sino sobre su

aplicación<sup>21</sup>. Pero la práctica ha transformado al control concreto en una forma oblicua de control abstracto<sup>22</sup> (lo que se discute en los casos de inaplicabilidad, al menos en muchos de ellos, no es que la aplicación de una regla cuya constitucionalidad no es objetada produzca en un caso un resultado inconstitucional, sino la inconstitucionalidad de la regla usando el caso como una sola oportunidad procesal), idea que por lo demás resulta fortalecida por la vinculación interna que el artículo 93 N° 7 del texto constitucional ya hace entre la declaración de inaplicabilidad y la habilitación para la declaración de inconstitucionalidad. Dado que en nuestra cultura jurídica estas dos cuestiones están vinculadas aunque conceptualmente son diferenciables, este hecho puede ser aprovechado de modo de eliminar genuinamente el control preventivo y permitir el control represivo solo después de una o varias declaraciones de inaplicabilidad. Esta solución se vería fortalecida en su intento de crear condiciones para evitar la “politización” de las decisiones del Tribunal Constitucional si el control concreto en términos de inaplicabilidad volviera a la competencia de la Corte Suprema, porque entonces se lograría que la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley llegara al Tribunal Constitucional solo después de que ha debido ser discutida en otros foros, en otros contextos, y adicionalmente después de que la legislación ya ha estado en efecto, de modo que la cuestión ya no surge en el momento políticamente más conflictivo.

### III. ¿CÓMO SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS ENTRE EL PRESIDENTE Y EL CONGRESO SIN CONTROL PREVENTIVO?

§ 30. *Varias cuestiones confluyen aquí.* En su respuesta en el seminario del Centro de Estudios Públicos en el cual la versión inicial de este texto se presentó, Gastón Gómez explicaba que la referencia a “las constantes de nuestra historia” que hace el *Informe* (p. 7) se refiere a que un órgano llamado “Tribunal Constitucional” fue creado en 1970 con la finalidad de solucionar los problemas que surgían durante la tramitación de las leyes entre el Presidente de la república y el Congreso, porque había una conciencia creciente de que esos problemas podían causar un impasse político que desde el punto de vista institucional era indeseable. Si el control preventivo del Tribunal Constitucional fuera reemplazado por un control (genuinamente) represivo el Tribunal dejaría de ser un órgano con competencia para

---

<sup>21</sup> Véase Atria (2001).

<sup>22</sup> Por razones que exceden a la regulación constitucional chilena: véase Atria (2016) 292-300.

solucionar estos conflictos, y entonces la pregunta a la que el Tribunal de 1970 pretendió dar respuesta volvería a quedar abierta.

Este punto merece ser tratado con cierto detalle porque varias cuestiones importantes confluyen en él. En particular, quiero aprovechar esta cuestión para referirme a dos cuestiones. La primera es la enorme diferencia que media entre lo que se discutía hace décadas respecto de la justificación o no de la jurisdicción constitucional y lo que hoy entendemos por eso. En esta primera aproximación no me refiero a la doctrina constitucional chilena, sino a la teoría constitucional en general. Si en este punto algo se le puede reprochar a la doctrina tradicional nacional, es que ella no note esta diferencia y asuma que los argumentos que justificaban una determinada respuesta en 1931 a la pregunta por la justificación de la jurisdicción constitucional se aplican a lo que hoy se designa con esos términos. Esto es particularmente notorio respecto de la manera en que la posición de Hans Kelsen (en su famosa controversia con Carl Schmitt) es invocada en respaldo de una institución como la que hoy existe en Chile, haciendo, como veremos en la sección siguiente, una lectura totalmente anacrónica de Kelsen. La cuestión se conecta con el problema chileno de los conflictos entre el Presidente y el Congreso (por eso se justifica discutirla aquí). En efecto, los conflictos acerca de la interpretación de reglas acerca de las atribuciones del Presidente y el Congreso son el equivalente chileno del tipo de cuestiones que el tribunal constitucional inventado por Kelsen había de decidir<sup>23</sup>. Hoy, sin embargo, lo que se discute al hablar de un tribunal constitucional es su competencia para hacer pronunciamientos en defensa de la “parte dogmática” de la constitución, es decir, los derechos y principios constitucionales, más que las reglas precisas de distribución de competencia (*infra*, §31). Lo que hoy se denomina “tribunal constitucional” suscita por eso problemas que fueron perfectamente visibles para Kelsen, y su defensa de lo que él llamaba “tribunal constitucional” radicaba, en parte, en sostener que no se trataba de lo que hoy conocemos. Esto quiere decir que la solución defendida por Kelsen (un tribunal competente para decidir sobre la correcta interpretación de reglas, no de principios, constitucionales) no está disponible para nosotros, porque en nuestro contexto actual cualquier órgano que se piense a sí mismo como tribunal constitucional reclamará progresivamente competencia sobre la parte dogmática y sus principios. Habiendo llegado a este punto, estaremos en condiciones de pensar un modo alternativo al del *Informe* (y la doctrina

---

<sup>23</sup> Véase Kelsen (1935) 33-34, pasajes que serán discutidos más abajo.

tradicional) de enfrentar esos conflictos, un modo que dé cuenta de las diferencias entre nuestra situación actual y la de Carl Schmitt y Hans Kelsen en 1931 o quienes promovieron la reforma constitucional de 1970 en Chile.

Ya hemos visto que la doctrina tradicional da por hecho que el Tribunal Constitucional en Chile es una institución que no fue creada por la constitución de 1980, sino por la reforma constitucional de 1970 (*supra*, §8). Esto es algo que es tomado como obvio, sin necesidad de mayor argumentación. Y también hemos observado que, efectivamente, un órgano con ese nombre se creó en 1970. Hemos también notado que la competencia preventiva forzosa transforma considerablemente la función y la autocomprensión del órgano homónimo creado en 1980 (*supra*, §28). Pero aquí hay algo más que decir, algo que se conecta con la tendencia general, que excede al caso chileno, que también hemos observado (*supra*, §15). Y esta es otra razón para volver, aunque solo sea rápidamente, sobre el intercambio entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre la garantía de la Constitución<sup>24</sup>. Es que es habitual hacer referencia a la posición de Hans Kelsen en esa disputa, como un defensor de la idea de jurisdicción constitucional<sup>25</sup>. Y por cierto, algo de verdad hay en eso. Pero la cuestión es mucho menos obvia de lo que parece.

§ 31. “*Un poder insoportable*”. Las referencias habituales que los defensores de la jurisdicción constitucional hacen a la posición de Hans Kelsen en esta discusión omiten especificar lo que Kelsen entendía por un tribunal constitucional. Es decir, destacan que se refería al “modelo europeo”, por oposición al modelo norteamericano<sup>26</sup>, pero ignoran las prevenciones del propio Kelsen.

---

<sup>24</sup> Los textos fundamentales aquí son Schmitt (1998), y en respuesta Kelsen (1935).

<sup>25</sup> Se trata de una referencia habitual al punto de ser en los hechos una suerte de lugar común. Y suele ser tan habitual como incidental, es decir, dicha puramente al pasar. Esto la hace más, no menos interesante, porque ilustra de mejor manera que el punto ciego incluye también a las propias palabras de Kelsen que comentaremos a continuación. Véase, por ejemplo: Ruiz Tagle (1999) 81, quien afirma que “el planteamiento de Kelsen sobre el lugar de los jueces en el control constitucional resulta bastante pacífico porque desde hace tiempo no se plantean dudas relevantes respecto del mismo”; Nogueira: “La polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debía ser el defensor de la Constitución, ha sido superada por el amplio triunfo de la propuesta kelseniana” ((2019b) 25). Referencias incidentales también en, entre otros, Nogueira (2003) 58-59; con detención, pero ignorando el punto ahora en cuestión, Zapata (2008) 104-117; nota la diferencia Kazor (2001) 94n16.

<sup>26</sup> Véase Cea (2001) 110-111, que se detiene a destacar los “dos rasgos capitales” del control de constitucionalidad que defendía Kelsen (que estaba a cargo de un tribunal ajeno al poder judicial y que era un legislador negativo). También Peña (2013) 23: “Como se sabe, Hans

Porque, a diferencia de la doctrina conceptualista hoy habitual, para Kelsen un tribunal constitucional no constituía un punto ciego, lo que le permitía ver sus problemas y que éstos no se solucionaban en el nivel de los conceptos, apelando a definiciones y al diccionario. Al explicar la solución a ese problema Kelsen muestra que lo que tienen en vista quienes hoy defienden la idea de un tribunal constitucional es algo radicalmente distinto de lo que él defendía. Tratándose de lo que hoy se denomina “tribunal constitucional”, Kelsen y Schmitt habrían estado del mismo lado. Citar entonces a Kelsen en defensa de la idea actual de un tribunal constitucional es, entonces, totalmente anacrónico.

Lo que Kelsen tenía en mente era un tribunal similar al creado en 1970 en Chile: uno que estuviera fundamentalmente orientado a solucionar conflictos relativos al procedimiento de formación de la ley, referidos a la infracción (o no) de reglas que especifican las competencias o atribuciones de los órganos involucrados. Es decir, un tribunal encargado de aplicar reglas de rango constitucional. Pero esa no es la descripción que darían quienes hoy hablan (aprobatoriamente o no) de jurisdicción constitucional. Hoy la función principal de un tribunal constitucional es proteger lo que suele llamarse la “parte dogmática” de la constitución, es decir, sus declaraciones generales de derechos o de otros principios de ese tipo.

Se trata de dos instituciones radicalmente diversas salvo en su nombre. Y la diversidad de ambas era especialmente clara para Kelsen, que defendía la existencia de un tribunal que pudiera aplicar reglas de rango constitucional pero rechazaba que un órgano jurisdiccional aplicara principios constitucionales. El hecho de que la doctrina constitucional ignore esta

---

Kelsen postuló que la garantía de la Constitución debe estar radicada en un órgano jurisdiccional del más alto nivel”; y asimismo Vega y Zúñiga (2006) 349: “El sistema de control de constitucionalidad por un órgano especial, también conocido como sistema o modelo concentrado o kelseniano. En este modelo, la labor de control está en manos de un órgano determinado –generalmente denominado Corte o Tribunal Constitucional–, cuya competencia específica consiste en conocer y resolver todos los aspectos relativos a la constitucionalidad de las leyes, tema vedado de la competencia de los Jueces Ordinarios”. Con la reforma constitucional de 2005, explican, “se consagra así un sistema de control de constitucionalidad concentrado y único” y el Tribunal Constitucional “queda constituido como el supremo intérprete y custodio de la supremacía de la Constitución” (Vega y Zúñiga (2006) 146). Los autores sostienen, como la mayoría de la doctrina chilena, que los tribunales constitucionales latinoamericanos como el chileno siguen el modelo de magistratura impulsado por Kelsen. Este análisis parece tener como único criterio la pertenencia o no del Tribunal Constitucional a la estructura de los tribunales ordinarios de justicia, ignorando totalmente su competencia.

diferencia solo muestra el grado de conceptualismo que la caracteriza, en la que basta que dos cosas se llamen del mismo modo para asumir que se trata de la misma cosa. Vale la pena reproducir aquí las expresiones de Kelsen al respecto, para notar la vehemencia con la cual él rechazaba lo que hoy se llama “tribunal constitucional”.

Si se desea restringir el poder de los tribunales, y con ello el carácter político de su función [...], entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento<sup>27</sup>.

Nada de lo anterior, por cierto, es un problema para la doctrina tradicional, para la que el desplazamiento de poder que advertía Kelsen es un problema del que no merece siquiera preocuparse, más allá de declaraciones protocolares que son luego desatendidas<sup>28</sup>. Las declaraciones constitucionales de derechos, cuya aplicación son hoy la función principal de lo que se llama “tribunal constitucional”, son para Kelsen enumeraciones de principios que “se formulan para que sean asumidos por los órganos encargados de la creación del Derecho”<sup>29</sup>. Eso es así incluso cuando

---

<sup>27</sup> Kelsen (1935) 33-34.

<sup>28</sup> Por cierto, los comentaristas afirman una y otra vez lo importante que es que el Tribunal Constitucional respete la autonomía del legislador, en declaraciones sin embargo que se quedan solo en eso. La cuestión suele presentarse como importante (importante, es decir, que el Tribunal Constitucional respete la autonomía de otros órganos) pero el desarrollo posterior, que suele no examinar si este es de hecho el caso, muestra que es una importancia solo aparente. Se trata de más casos de ‘hambre es pan’. Así, “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” (Peña (2013) 24). Análogamente: el tribunal “actúa en forma republicana, con miras a deliberar y obtener consenso sobre la aplicación de una regla jurídica que se impone sobre todas las demás cual es la Constitución” (Silva (2013) 51).

<sup>29</sup> Kelsen (1935) 34n.

la propia Constitución se refiere a estos principios al invocar los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar al menos la forma en que deben entenderse<sup>30</sup>.

En la medida en que la especificación de estas fórmulas queda entregada al proceso de creación de derecho, ellas “no tienen, pues, en general, gran significación”. “Sin embargo”, continua Kelsen, “estas mismas fórmulas pueden desempeñar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la Justicia constitucional”, porque entonces podrían ser entendidas como “directivas relativas al contenido de las leyes”,

y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de la ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo *simplemente insoportable*<sup>31</sup>.

Evidentemente esta es una consecuencia constitucionalmente insostenible (se refiere a una constitución que descansa en el principio democrático, a diferencia de la constitución tramposa), porque

Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político<sup>32</sup>.

La solución recomendada por Kelsen es simple:

Para evitar un desplazamiento semejante, ciertamente no querido por la constitución y contraindicado políticamente, del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Kelsen (1935) 35n.

<sup>31</sup> Kelsen (1935) 36n (destacado agregado).

<sup>32</sup> Kelsen (1935) 36n.

<sup>33</sup> Kelsen (1935) 37n.

Por cierto, no estoy citando *in extenso* estos pasajes de Kelsen para invocarlos como argumento de autoridad en contra de lo que hoy se denomina “Tribunal Constitucional”. Probablemente quienes hoy lo defienden dirán que es un problema que las declaraciones generales de la constitución no sean más que directivas a ser discrecionalmente seguidas, y que es precisamente para evitar que la constitución devenga solo una declaración de buenas intenciones y sea jurídicamente vinculante es imperiosa la necesidad de un tribunal constitucional. A esto mi respuesta sería, con Kelsen, que lo que se hace de ese modo vinculante no es “la constitución”, sino lo que la bancada mayoritaria del órgano llamado “tribunal constitucional” quiere (Kelsen: “el simple capricho de un órgano compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político”). Pero el punto que *ahora* me interesa no es ese, porque *ahora* no estamos discutiendo sobre si debe existir o no un tribunal constitucional, estamos comentando el modo en que la doctrina tradicional entiende las cosas. Y lo que me interesa *ahora* es notar que lo que Kelsen estaba defendiendo en su intercambio con Carl Schmitt es algo totalmente distinto a lo que hoy existe. Y la diferencia es que hoy se entiende que una parte fundamental, no marginal, de la actividad de un “tribunal constitucional” es la declaración de inconstitucionalidad de una ley en abstracto por estar en contradicción con las fórmulas generales de la constitución, incluidas las formulaciones generales a modo de “principio” de los derechos constitucionales.

Al reclamar para sus propios fines la defensa de Kelsen en su disputa con Schmitt, la doctrina constitucional actual muestra su conceptualismo. Porque es verdad que Kelsen estaba con ella si se trata de defender la existencia de un órgano llamado “tribunal constitucional”. Pero si se trataba de un órgano que pudiera declarar la inconstitucionalidad de una ley o proyecto de ley porque no respeta la “igualdad” o la “libertad”, la situación habría sido la contraria. El hecho de que la misma doctrina que celebra un órgano con estas competencias apele en su respaldo a la posición de Kelsen, para quien un órgano de ese tipo sería un “poder insostenible”, algo que Kelsen dice *en el mismo texto que ella cita con entusiasmo*, muestra su propio conceptualismo: no habla de órganos definidos por sus atribuciones, habla de *nombres*.

§ 32. *Sobre el tribunal de 1970*. La cuestión anterior es relevante porque la diferencia entre lo que Kelsen designaba con la expresión “tribunal constitucional” y el órgano homónimo que hoy es objeto de la discusión es análoga a la diferencia entre el tribunal creado en 1970 y el actual. Porque es hoy evidente que la función principalísima que se le asigna, la razón por la que

un tribunal constitucional es considerado necesario es la protección de derechos constitucionales o, en general, el aseguramiento de los principios constitucionales. Cualquiera que esté familiarizado con la literatura nacional y comparada al respecto puede darse cuenta inmediatamente de esto. La cuestión suele ser pasada por alto porque es verdad que cuando se creó un tribunal constitucional en 1970 hubo alusiones, tanto en la discusión parlamentaria como en los textos académicos contemporáneos, a que el control que se le encomendaba sería de forma y fondo. Como explica el profesor Alejandro Silva Bascuñán, comentando la creación del Tribunal Constitucional,

La competencia del Tribunal Constitucional no comprende todas las discrepancias que surjan en la tramitación de los proyectos de ley, sino de aquellas que versen sobre su constitucionalidad. Deben, a nuestro juicio, entenderse por tales las que nazcan de la necesidad de conformar su gestación y contenido a las reglas procesales y a la sustancia ordenativa de la Carta Fundamental<sup>34</sup>.

Nótese la referencia a “reglas procesales y sustancia ordenativa”. Es el hecho de que el control sustantivo no haya sido explícitamente excluido, sino incluido en la caracterización del Tribunal Constitucional de 1970 lo que sugiere que lo que ellos entendían que habían creado es suficientemente parecido a lo que nosotros tenemos. Pero cuando se hacía referencia a los problemas que el Tribunal habría de solucionar, o a lo que en el pasado mostraba la necesidad de su creación, las cuestiones sustantivas desaparecen de la vista o quedan en segundo lugar frente a las cuestiones de aplicación de reglas (constitucionales). Esto es aparente en el texto del propio Silva Bascuñán, que al enumerar “algunas cuestiones en las cuales surgió con mayor elocuencia la sensación” de la necesidad de un tribunal constitucional, si hubiere existido, menciona un conjunto de cuestiones sobre las atribuciones de los miembros del Congreso o del Presidente de la república<sup>35</sup> y solo una cuestión que hoy sería reconocida como sustantiva<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Silva Bascuñán (1970) 274.

<sup>35</sup> Silva Bascuñán (1970) 201: la cuestión de la cesación o continuidad del estado de sitio, en receso del Congreso (p. 201), el estatuto de los parlamentarios, la delegación de facultades legislativas al Presidente de la república, el concepto de legislatura, su contenido y cierre, cuestiones vinculadas al veto (p. 203).

<sup>36</sup> El caso es el de la ley 8987, de defensa de la democracia, cuyos “reparos más hondos se refirieron a que [...] importaba el establecimiento de causales de suspensión y de privación de la ciudadanía y de inhabilidades parlamentarias no consideradas en la letra de la constitución” (Silva Bascuñán (1970) 202-203).

Algo similar es evidente en los comentarios del Presidente Eduardo Frei Montalva en explicación de la reforma:

Mediante la reforma se establece un Tribunal Constitucional destinado a resolver los conflictos de carácter jurídico que surjan entre el Ejecutivo y el Congreso, a propósito de la dictación de las leyes, cuando existan dudas respecto a la constitucionalidad de preceptos contenidos en los proyectos de leyes que se encuentran en tramitación parlamentaria.

Muchos de los conflictos que crean crisis entre los Poderes Públicos, algunas de las cuales suelen revestir enorme gravedad, *nacen de diferencias de interpretación sobre los textos constitucionales que delimitan las atribuciones y el modo de proceder de cada Poder Público*. En nuestro régimen no existe ningún mecanismo para resolver tales conflictos, los cuales quedan entregados al juego de las fuerzas políticas<sup>37</sup>.

Como hay en estos dos casos una referencia indiferenciada al control de constitucionalidad (en el caso de Frei) o una referencia explícita al control substantivo (Silva Bascuñán), la diferencia es pasada por alto. Pero como suele ocurrir en las cosas políticas, diferencias cuantitativas hacen una diferencia cualitativa. El tribunal creado en 1970 era, como el que defendía Kelsen, uno que era pensado *principalmente* como competente para pronunciarse sobre las atribuciones del Presidente y el Congreso durante la tramitación de la ley; no es que se le *negara* competencia para pronunciarse sobre eventuales inconstitucionalidades de fondo; es que estas no eran la razón principal de su existencia, y en el contexto cultural de la época eso iba de suyo. Esto resulta claro al considerar la jurisprudencia de dicho tribunal<sup>38</sup>. De las 16 sentencias alcanzó a dictar (los roles 16 y 17 se acumularon), en cuatro de ellos no hubo pronunciamiento (por inadmisibilidad en los roles 10 y 11, porque los proyectos cuestionados fueron retirados en el rol 13, por incompetencia en el rol 15). De las doce sentencias restantes, tres fueron sobre diversas cuestiones durante la tramitación y promulgación de la ley de presupuestos (roles 1, 4 y 12), dos sobre el ejercicio por el Presidente del veto (roles 2, 6), dos por infracción de las reglas sobre iniciativa exclusiva (roles 7 y 14), dos sobre promulgación de la ley (roles 8 y 16-17, acumulados), uno sobre ideas matrices (rol 9) y uno sobre potestad legislativa delegada por ejercerla el Presidente fuera de plazo (rol 5)<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Frei (1970) 48, destacado agregado.

<sup>38</sup> Recopiladas en Tribunal Constitucional de Chile (2014), disponible en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl).

<sup>39</sup> La sentencia rol 3 no es considerada aquí, porque se refería a la inhabilidad del ministro del interior, conforme al art. 78 B d.

Nótese cuidadosamente: en un momento en que se buscaba producir una transformación radical, construyendo la “vía chilena al socialismo”, no hubo ningún pronunciamiento puro o principalmente sobre cuestiones constitucionales substantivas; no hubo siquiera decisiones en las que las cuestiones de substancia fueran significativas.

En particular, es interesante atender a lo discutido por el Tribunal en la sentencia rol 2, porque muestra qué es lo que en la época era entendido como una cuestión “de fondo” y cuánta relevancia se le asignaba a ellas en la autocomprensión del Tribunal.

Se trataba de un requerimiento en contra del Congreso que había rechazado un veto que el Congreso había calificado de “aditivo”. Dada esa calificación, el veto había sido desechado y el proyecto, sin esa “adición”, había sido dado por “aprobado” por el Presidente y enviado a éste para su promulgación. El Presidente alegaba que era un veto sustitutivo, y por consiguiente que el rechazo del veto no implicaba aprobación de la disposición en la que el veto incidía (art. 53 inc. 1º). La disposición aprobada por el Congreso disponía “y de su fallo podrá recurrirse de queja ante la Corte Suprema”, y el veto presidencial insertaba la palabra “no” entre “fallo” y “podrá”.

El Tribunal decidió que el veto era sustitutivo, y por consiguiente que rechazado el veto el Congreso no podía dar por aprobada la disposición original sin insistir por los 2/3 de sus miembros presentes (art. 54 inc. 2º). Una de las alegaciones del Senado fue que el contenido del veto era inconstitucional “por quebrantamiento del artículo 86 de la Constitución que se produciría al negarse el recurso de queja ante la Corte Suprema”<sup>40</sup>, pero este argumento fue rápidamente desechado por el Tribunal:

Pues, aparte de ser esta eventual inconstitucionalidad ajena a la materia del presente requerimiento, no sería un medio lógico ni jurídico incurrir en inconstitucionalidades de procedimiento o forma para resguardar inconstitucionalidades de fondo o substantivas (rol 2, c. 25).

Como puede verse, hay una diferencia considerable en la autocomprensión del Tribunal Constitucional de 1970 y el de 1980. El primero entendía que lo que aseguraba su sujeción al derecho era más o menos lo que Kelsen recomendaba, es decir, que las disposiciones constitucionales que debía aplicar eran disposiciones suficientemente especificadas como para hacer

---

<sup>40</sup> El art. 86 disponía que “la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación”.

probable el razonamiento jurídico. El Tribunal de 1980 ignora esto; asume que la sola apelación a conceptos constitucionales es suficiente para que su razonamiento deba ser reconocido como “jurídico”, y en su conceptualismo, la doctrina constitucional lo sigue con entusiasmo. Lo que ahora me importa no es emitir un juicio acerca de cuál de estas dos maneras de entender un tribunal constitucional es correcta (aunque a mi juicio es claro que la primera tiene conciencia de los problemas que la segunda simplemente ignora), sino solo mostrar la enorme diferencia en el modo de entender su función y sus atribuciones que hay entre ambos contextos. Apelar al hecho de que ambos se designan de la misma manera para concluir que son lo mismo sin detenerse siquiera a considerar cuestiones políticamente tan fundamentales como esta, es en sí mismo una demostración de que la reflexión constitucional a la que ahora estamos acostumbrados es ciega a la dimensión política de las instituciones constitucionales<sup>41</sup>.

§ 33. *Una sugerencia a partir de lo propuesto por el Informe.* Todo lo anterior es digno de ser discutido precisamente aquí porque la eliminación del control (políticamente) preventivo y su reemplazo por un control (genuinamente) represivo dejaría sin solución los problemas fundamentales para los cuales fue creado el tribunal de 1970. Este es el punto ya aludido en el *Informe* (*supra*, §8), que con alguna exageración sostiene que el Tribunal (hablando, con la indiferenciación que ya hemos notado, del de 1980) responde a “constantes de nuestra historia”. Estas constantes serían los conflictos de procedimiento durante la tramitación de la ley.

---

<sup>41</sup> Aunque no es lo que ahora mismo me interesa mostrar al destacar las dos comprensiones de la jurisdicción constitucional que estamos revisando, hay por cierto mucho más que decir aquí. La diferencia no es solo imputable a la constitución tramposa (aunque ella, por cierto, no ayuda). Es evidente que en esta dimensión precisa ha habido, desde principios de 1970 a nuestros días, una transformación de la jurisdicción constitucional no solo en Chile sino en el mundo, que de hecho ha servido para vestir con un ropaje democrático la función tramposa del Tribunal Constitucional de 1980. A mi juicio, esa transformación da la razón a Schmitt en su debate con Kelsen. Porque uno de los puntos de Schmitt era precisamente que la idea misma de jurisdicción constitucional llevaría a una disolución de la frontera entre lo jurídico y lo político: “Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un estado de derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso ya no es justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir [...], la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politización de la Justicia” (Schmitt (1998) 57). La tendencia general que ya hemos observado (*véase supra*, § 15.) no es sino la realización de esta idea, a medida que las limitaciones que culturalmente contenían la expansión de la jurisdicción constitucional fueron desapareciendo con el tiempo.

En este punto, como ya observábamos, hay que tener cuidado en asumir que los problemas de 1970 son los problemas de hoy (uno de esos problemas, que además fue muy relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 1970, fue el de conflictos relativos a la promulgación de la ley, que hoy han quedado al menos potencialmente abiertos por la intervención del Tribunal Constitucional, como vemos visto *supra*, §24); pero por otro lado tampoco puede asumirse que ellos ya no existen.

La evolución desde 1970 de la idea de un tribunal constitucional hace hoy imposible, a mi juicio, que un órgano que se entienda a sí mismo como tal pueda contener su acción solo a cuestiones procedimentales de tramitación. Las cuestiones de forma y las de sustancia pueden en algún nivel separarse, pero es una separación que, presionada por las circunstancias, tiende a ceder (como Kelsen observó, en algún sentido toda inconstitucionalidad de sustancia es una inconstitucionalidad de forma, porque la decisión substantivamente inconstitucional que se adopta mediante una ley debió haberse adoptado mediante una reforma constitucional<sup>42</sup>). Y el contexto cultural actual, que es ciego al problema que representa un tribunal constitucional que no enfrenta ninguna restricción institucional eficaz, es uno que tenderá a disolver la distinción entre forma y contenido.

Por eso a mi juicio, como está explicado, se justifica pensar en abolir realmente el control preventivo de constitucionalidad. Y entonces es necesario encontrar una solución al problema de cómo solucionar los conflictos de procedimiento durante la tramitación de la ley, de modo que no se transformen en un resurgimiento del control preventivo de

---

<sup>42</sup> Kelsen (1935) 25. Sobre la inestabilidad de la distinción, para efectos de fijación de competencia, entre infracciones formales y substantivas a la constitución, véase adicionalmente Dworkin (1985) 57-69. Aquí Dworkin discute la idea defendida por John H. Ely (1980), conforme a la cual la jurisdicción constitucional no debe elegir “valores políticos substantivos”, sino proteger “la operación de los procesos políticos en cuya operación es posible descansar para proteger a las minorías”. Dworkin ve en esto un intento de construir un programa apolítico para decidir casos constitucionales ((1985) 33). Y lo desecha, correctamente a mi juicio, porque “the flight from substance must end on substance” ((1985) 69). Esta idea de que la huida de la sustancia ha de terminar en la sustancia adquiere su articulación más completa con la tesis dworkiniana de la “lectura moral de la constitución”, defendida en Dworkin (1996) 1-38. Con ella Dworkin ha elaborado, irónicamente y a su pesar, el argumento más radical contra la jurisdicción constitucional. Para la explicación de esta última idea, implausible como puede parecer, véase Atria (2016) 318-328.

constitucionalidad. Y quizás la solución puede construirse a partir de una de las propuestas del *Informe*.

En efecto, el Informe propone

a modo de lineamiento general, crear legalmente (en la LOC del Congreso Nacional) una comisión autónoma de 5 especialistas en derecho constitucional, que incluya académicos, ex ministros del TC, abogados constitucionalistas, entre otros, de dedicación part-time, con periodos de 6 años sin posibilidad de renovación, que tenga por objeto entregar dictámenes de constitucionalidad, no vinculantes, a las comisiones de Constitución de las cámaras, a solicitud de cualquiera de sus miembros, en los casos que la LOC del Congreso Nacional determine y de acuerdo al procedimiento que también regule (propuesta 16, p. 20).

En nuestras condiciones actuales, un órgano que se llame “tribunal constitucional”, y que entonces se sienta llamado a cumplir la función de asegurar la supremacía de la constitución por sobre toda otra consideración, y que tienda a mirar con recelo la acción los órganos políticos, siempre sospechando de que están dispuestos a violar las normas con la finalidad de salirse con la suya, no será capaz de limitar su control a cuestiones procedimentales y empezará a desarrollar doctrinas, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que tenderán a la erosión de sus limitaciones institucionales. Por otro lado, una comisión como la que el *Informe* sugiere puede desempeñar una función de racionalización del conflicto político en materias de tramitación de la ley. El hecho de que sus decisiones no sean vinculantes, que desde el punto de vista de la constitución como norma sería visto como absurdo, puede tener un efecto benéfico precisamente en hacer probable que las decisiones de esa comisión “abran espacios para el razonamiento jurídico”: si las decisiones de esa comisión son vistas como puramente partisanas, habitualmente ordenadas conforme al posicionamiento político de cada uno de sus miembros, entonces para el Congreso será fácil y poco costoso ignorarlas; para que ellas no sean simplemente ignoradas de este modo, la comisión se verá obligada a dar a sus decisiones un peso jurídico que opere *a través*, no *en reemplazo* de la discusión y decisión pública. Dicho de otro modo: si la comisión carece de *potestas*, entonces o decide de modo de lograr *auctoritas* o devendrá totalmente irrelevante.

Por cierto lo dicho aquí, como las demás sugerencias de este texto, tiene el sentido no de ofrecer propuestas detalladas y completamente afinadas, sino mostrar la posibilidad de pensar en los problemas a los que se refiere el *Informe* de un modo que esté libre del conceptualismo que caracteriza a la doctrina

constitucional tradicional, y que esté dispuesto a asumir el problema, sin puntos ciegos, de organizar las instituciones políticas de modo de hacer probable una mayor racionalización del conflicto político y su solución.

#### IV. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD ACTUALMENTE EXISTENTE

§ 34. *Sobre la inconstitucionalidad.* El nuevo control (conceptualmente) represivo que el *Informe* sugiere crear ha de convivir con la posibilidad hoy contemplada en el artículo 93 N° 7 de declarar inconstitucional una ley con efectos *erga omnes* (“derogatorios”). Respecto de esta facultad, el *Informe* solo propone reducir el quórum de 4/5 de sus miembros que hoy exige el texto constitucional (art. 93 N° 7) a la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio (propuesta 4, p. 31), manteniendo la regulación actual en lo demás.

La cuestión de la regla de decisión para el Tribunal Constitucional, que hoy es diferente para la inaplicabilidad, el control preventivo y la inconstitucionalidad, será tratada conjuntamente más abajo (*infra*, §§37-39).

#### V. SOBRE LA INAPLICABILIDAD

§ 35. *Propuestas del Informe sobre la inaplicabilidad.* Respecto de la inaplicabilidad, el *Informe* en lo relevante sugiere:

(1) Que sea conocida y fallada por el Tribunal en sala, dejando para el pleno solo un recurso de unificación de jurisprudencia cuando haya habido decisiones contradictorias en las dos salas (propuesta 6, p. 31).

(2) Que la oportunidad para presentar un requerimiento de inaplicabilidad surja solo una vez que en la gestión pendiente se ha dictado sentencia, al menos de primera instancia (propuesta 7, p. 31); y

(3) Crear un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional cuando en la gestión pendiente el juez que conoce haya “desconocido” la sentencia de inaplicabilidad (propuesta 7, p. 32).

§ 36. *Sobre el conocimiento del requerimiento de inaplicabilidad.* Cuando se decidió, con la ley 20050, pasar el conocimiento y fallo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, el principal argumento fue, como corresponde a una doctrina conceptualista, uno de lógica, independiente de la experiencia y lo que en concreto era previsible que se produjera. Así, por ejemplo, “la primera gran reforma” que propuso el ministro Eugenio Valenzuela fue precisamente esta, “con el objeto de

concentrar el principio de supremacía constitucional en un solo organismo”<sup>43</sup>. Nótese cómo la idea de *checks and balances* vuelve a aparecer suspendida.

El traspaso de esa competencia de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional ha transformado enteramente la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esto ha tenido una dimensión problemática que nunca fue advertida: cuando se trata de la designación de miembros del Tribunal Constitucional por el Presidente de la república o el Congreso, lo que estos órganos tienen a la vista es evidentemente lo que desde su punto de vista es la función central del Tribunal, el control preventivo abstracto. Por razones evidentes para quien mire a la constitución como una máquina, esto lleva a un Tribunal compuesto en parte considerable al menos por ministros que ocupan cargos en virtud de su afiliación o cercanía a un determinado partido o “sector” político. En la medida en que las cuestiones que esos ministros deben resolver sean cuestiones de relevancia política, uno podría decir que esto no es especialmente problemático (véase *infra*, §43, sobre el “cuoteo”). Es decir, de lo que se trataría entonces es que la composición del Tribunal refleje adecuadamente una determinada correlación de fuerzas. Pero el mismo Tribunal debe resolver también las inaplicabilidades, lo que implica que un órgano en parte importante compuesto por personas que están ahí para reflejar una correlación política de fuerzas tiene competencia para pronunciarse, usualmente de modo decisivo, respecto de cualquier causa que se siga ante un tribunal de la república. Esto afecta uno de los elementos más fundamentales del Estado de derecho, la idea de que las causas judiciales deben ser resueltas por jueces independientes y no por órganos políticos (terceras cámaras, diría yo, pero dejemos eso a un lado y digamos algo que es innegable: por órganos cuya integración pretende explícitamente reflejar una determinada correlación de fuerzas). Esto por sí solo aconsejaría separar las competencias y devolver a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, de modo que las cuestiones abstractas sean conocidas por un órgano políticamente integrado y los litigios sean decididos por jueces independientes.

El *Informe* discurre en otra dirección. Sin dar mayor consideración al asunto, propone crear un recurso especial para los casos en los que la decisión de inaplicabilidad no lleva a decidir el caso del modo previsto por los ministros que la dictaron (propuesta 7e, p. 31), y propone que el Tribunal Constitucional conozca en sala del requerimiento de inaplicabilidad, lo que agravaría la

---

<sup>43</sup> Historia de la ley 20050, p. 304.

situación actual: el requerimiento no sería fallado ni por un tribunal compuesto con criterios judiciales ni por un órgano cuya composición refleja una determinada de fuerzas, sino por una sala compuesta en buena parte por integrantes que pretenden reflejar esa correlación pero cuya correlación (en la sala misma) sería un resultado del azar. La integración en sala es razonable cuando todos los integrantes responden a la misma lógica de designación (como en la Corte Suprema) o cuando las decisiones de las salas son instrumentales para las decisiones del pleno (como actualmente ocurre con las admisibilidades de requerimientos en el Tribunal Constitucional)

## VI. EL PROBLEMA DE LA REGLA DE DECISIÓN

§ 37. *Irracionalidad de la pluralidad actual de reglas de decisión.* Actualmente para declarar la inconstitucionalidad de una ley vigente el Tribunal requiere el voto conforme de 4/5 de sus miembros en ejercicio (art. 93 N° 7).

Para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, con efectos solo en el caso respecto del cual se obtiene la declaración, el Tribunal requiere de mayoría de sus miembros en ejercicio (art. 93 N° 6).

Para declarar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, es suficiente un empate, en la medida en que por la inconstitucionalidad vote el presidente, que dirime el empate (art. 8.g L 17997).

Esta situación es manifiestamente incoherente. El hecho de que sin siquiera mayoría un proyecto de ley pueda ser declarado inconstitucional muestra una subvaloración de los procedimientos democráticos de decisión que en términos democráticos es totalmente inaceptable.

Vale la pena notar que las exigencias agravadas de los números 6 y 7 del artículo 93 fueron agregados en el texto constitucional en 2005, mediante la reforma contenida en la ley 20050. La regla que rige para la competencia preventiva es la regla original. De esto puede colegirse que el espíritu original de la constitución negaba relevancia a los procedimientos democráticos de decisión. Esa valoración solo aparece con las reformas constitucionales dictadas en democracia.

El *Informe* propone exigir mayoría absoluta para la inconstitucionalidad del artículo 93 N°7 (propuesta 4, p. 31); para el nuevo control (conceptualmente) represivo, el *Informe* no se pronuncia, aunque corresponderá asumir que se aplicaría la misma regla, atendido que se propone eliminar el voto dirimente del presidente del Tribunal (propuesta 15, p. 60).

§ 38. *El quórum calificado para el Tribunal no es lo mismo que el quórum calificado para una cámara política.* El Informe se pronuncia respecto de la exigencia de quórum calificado para la inconstitucionalidad, desechándola:

No se ve por qué el procedimiento de control preventivo, obligatorio o facultativo, sea por mayoría y éste lo sea por 4/5, cuando ambos juicios, sentencias y demás tienen la misma lógica. Si se traslada el control preventivo a uno a posteriori, como se propone, sucederá lo mismo. Desde un punto de vista de teoría de la democracia, el juicio de 3 ministros no puede bloquear el parecer técnico de 7; este último, por sobre la mayoría. Ello equivale a pensar que 3 constituyen, en esta materia, la mayoría (p. 23).

Esta afirmación es insólita, aunque a esta altura esperable dado que estamos hablando del punto ciego de una doctrina conceptualista. En primer lugar, es evidente que las razones por las cuales la “teoría de la democracia” prefiere la regla de mayoría (razones que, hay que decirlo al menos al pasar, son negadas por la regulación constitucional del proceso de formación de la ley y en general de nombramientos, también en el propio Informe<sup>44</sup>) son inaplicables al Tribunal Constitucional, al menos en la medida en que se quiera preservar la diferencia entre el Tribunal Constitucional y una cámara política. Una cámara política es un elemento en un procedimiento que, a través de mecanismos de discusión pública y decisión por mayoría, está orientado a formar una *voluntad política*, una voluntad que luego se le imputa al pueblo de Chile. El deber institucionalmente reconocido de una cámara política no es dar una solución que sea “correcta” en derecho, sino decidir entre varias posibilidades jurídicamente indiferentes (es decir, todas jurídicamente posibles) cuál es la que *será* derecho. En este sentido y por eso la discusión en una cámara política no es técnica sino política, y por eso los miembros de esas cámaras no requieren certificación técnica alguna<sup>45</sup>. Pero como el propio Informe lo indica,

---

<sup>44</sup> Es más bien pintoresco que el Informe se preocupe de atacar las mayorías calificadas “desde el punto de vista de la teoría democrática” exactamente ahí donde ese argumento no es aplicable (por las consideraciones que serán explicadas en el texto principal) y no considere siquiera digno de ser notado el hecho de que en una decisión para la que ese argumento sí es aplicable (la designación por el Congreso de los miembros del Tribunal Constitucional) la constitución exija mayorías muy calificadas (2/3).

<sup>45</sup> Esto puede ser entendido en sentido inverso: cuando la constitución entrega a una cámara política una determinada competencia que puede ser entendida como técnica o política, el tipo de órgano que tiene la competencia debe decidir el tipo de competencia que es. Por ejemplo, en el contexto de las acusaciones constitucionales suele discutirse si se trata de un juicio jurídico o político. En esta discusión, el hecho de que el juicio sea encomendado a la Cámara de Diputados y al Senado, cámaras políticas por excelencia, muestra que no puede ser entendido como un juicio jurídico. Decir que es un juicio jurídico, en el que se supone

la función del Tribunal Constitucional es decidir conforme a “el razonamiento jurídico”, que es, o al menos el *Informe* supone que es, una forma de razonamiento que no reproduce el desacuerdo político, que es diferenciable de él y que, en parte al menos, es manejado preferentemente por quienes tienen conocimientos de derecho; correspondientemente, para ser miembro del Tribunal Constitucional es necesario no solo tener “al menos 15 años de título de abogado”, sino adicionalmente “haberse destacado en el ejercicio de la actividad profesional, universitaria o pública” (art. 92 inc. 2º; la propuesta N° 20, p. 63 del *Informe* es aumentar la primera exigencia a 20 años y eliminar de la segunda la referencia a la “actividad pública”, haciendo el punto más notorio).

Es en estas condiciones, y no solo como un ejercicio conceptual de contar, que debe discutirse el asunto de la regla de decisión. Una regla de mayoría calificada para el Tribunal Constitucional tiene un sentido claro, aunque explícitamente invisible para el *Informe*, tratándose de un Tribunal respecto del cual “se ha asentado la crítica, por parte de algunos sectores políticos y académicos, de que actuaría como un órgano partidista” (p. 15): si esa crítica es injustificada, es porque el Tribunal decide los casos conforme al razonamiento jurídico, esa forma de razonamiento que los abogados destacados conocen especialmente. Pero si se trata de un razonamiento técnico y especializado, uno esperaría que para los que manejan esa forma especial de razonamiento, para los “expertos” en el tema, sea más fácil converger en qué es lo que, desde el punto de vista del razonamiento jurídico,

---

que deben salvaguardarse las exigencias de debido proceso y de independencia e imparcialidad del juzgador, y que para lograr eso la Constitución entrega la competencia a los órganos menos aptos para actuar con independencia e imparcialidad política, es absurdo, es el tipo de cosas que una doctrina conceptualista puede decir porque no mira a las instituciones existentes como instituciones políticas. En la discusión sobre la acusación del ex- ministro Jaime Mañalich, por ejemplo, el profesor Carlos Peña sostuvo (en un informe disponible en el sitio de la comisión acusadora, en [camara.cl](http://camara.cl)) que se trataba de un juicio jurídico, lo que exigía que diputados y senadores, al pronunciarse sobre ella, lo hicieran “poniendo entre paréntesis las preferencias políticas y atendiendo nada más que a la lealtad que todos los miembros de la comunidad deben a las reglas”. Es por cierto absurdo que la constitución entregue a los senadores y diputados una competencia que podría haber sido entregada a otros órganos y que la entregue en la confianza de que los senadores y diputados sabrán poner entre paréntesis sus convicciones y posicionamientos políticos, tratándose, como suele además ser el caso, de cuestiones de alta importancia política. Una reflexión no conceptualista procedería al revés: del absurdo de esperar que en esos casos los senadores y diputados pongan entre paréntesis sus convicciones políticas y olviden que pertenecen al gobierno o a la oposición se puede colegir que no se espera eso de ellos, y que por eso el juicio no es un juicio jurídico, sino uno político, etc.

corresponde decidir en un caso. Si los expertos se muestran divididos, *tan divididos como los ciudadanos*, entonces tiene sentido decir que desde el punto de vista del razonamiento jurídico no hay una solución clara al respecto, y que el desacuerdo de los expertos es en realidad desacuerdo de ciudadanos que además son expertos. Dicho en breve: una regla de quórum calificado sería una manera de mostrar compromiso con la idea, más allá del nombre de las cosas, de que la decisión del Tribunal reclama una autoridad especial porque es el resultado de un razonamiento jurídico, no un ejercicio de política partisana escondido dentro de algo que se denomina “sentencia”. Si el razonamiento jurídico no es capaz de producir, entre un grupo de expertos, un acuerdo mayor que la mínima mayoría, eso es porque el juicio de los expertos no decide la cuestión. Y si eso es así, la decisión que está políticamente validada es la que ha de prevalecer. Por eso la regla de quórum calificado para el Tribunal Constitucional tiene una justificación de la que carecen enteramente los mismos quóruns calificados cuando se trata de la decisión legislativa. Todo esto, por cierto, es invisible para una doctrina conceptualista, que entiende “teoría democrática” toscamente, solo como “decisión por mayoría”, sin atender ni al tipo de decisión de que se trata, ni al órgano que debe decidir, y que por eso se permite apelar a ella exactamente allí donde no es aplicable.

§ 39. *Una propuesta en materia de quóruns para el Tribunal Constitucional.* Con esta consideración en mente, podemos volver a la irracionalidad actual en materia de quóruns. La finalidad de distinguir lo político y lo jurídico justifica, atendido lo dicho, que para las declaraciones en las que la probabilidad de confusión es más alta se exija al Tribunal un quórum más alto. Si los 4/5 del artículo 93 N°7 parecen exageradamente altos, yo sugeriría un quórum de 2/3. Una regla de este tipo implicaría que las declaraciones de inconstitucionalidad serían mucho más inusuales de lo que son actualmente, y obligaría al Tribunal a atender con cuidados a los fundamentos jurídicos de sus decisiones.

¿Vale lo mismo para la inaplicabilidad? A mi juicio, la respuesta es afirmativa, aunque las razones para ella son ligeramente distintas. Lo primero que hay que hacer para tratar este tema es detenerse, como no lo hace el *Informe*, en lo que significa el hecho de que la reforma de 2005 llevó a una explosión de las inaplicabilidades. A mi juicio, lo que esto significa es que, al dejar de conocer de inaplicabilidades un órgano con autocomprensión de tribunal sujeto a la ley y pasar a conocer de ella otro que carece de respeto por la ley (en el sentido de que no trata como un problema sino como el cumplimiento de su deber una decisión que niega validez o aplicabilidad a la ley), la inaplicabilidad pasó

a ser utilizada estratégicamente, como un medio de impugnar una ley no solo por razones constitucionales sino también porque resulta incómoda para una parte, o buscando solo el retraso causado por la suspensión que el Tribunal tiende a conceder sin mayor atención por las consecuencias que puede tener en la gestión pendiente<sup>46</sup>. Por estas razones, una mayor dificultad para el ejercicio exitoso de la acción de inaplicabilidad podría llevar a una contención de los ingresos, y a sentencias con más peso jurídico y constitucional.

En todo caso, a pesar de que, por las razones ya dichas, yo adoptaría el mismo quórum para las decisiones de inaplicabilidad que para las de inconstitucionalidad, es evidente que las razones son distintas. En efecto, lo que está principalmente en juego en el control abstracto es el respecto a la ley y el principio democrático, mientras que en la inaplicabilidad, aunque eso está también en juego, son decisivos los intereses particulares afectados por la aplicación o no de la ley. Por eso no habría irracionalidad en distinguir los dos casos y aceptar la inaplicabilidad por mayoría manteniendo un quórum calificado en el caso de la inconstitucionalidad (aunque sería irracional, o mostraría desprecio por el principio democrático, mantener la situación actual, en que para el control preventivo la regla es *menos* que la mayoría mientras que para la inaplicabilidad es de mayoría).

---

<sup>46</sup> Sin que la reflexión constitucional, ni menos el *Informe* ni sus autores, lo anticiparan, este problema estalló en 2020, y al momento de escribirse este artículo el asunto está en la fiscalía, sin que sea claro hasta donde llegará el escándalo. Durante la presidencia del ministro Aróstica hubo alegaciones de que en muchos casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura era práctica habitual requerir de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional con la finalidad de paralizar esas causas, y que el Tribunal constitucional se pronunciaba con especial agilidad sobre la admisibilidad y la suspensión solicitada, aunque después de suspendidas las causas esa agilidad mutaba en su opuesto. Esta acusación adquirió notoriedad y amenaza con transformarse en un escándalo de proporciones desde que la sucesora del ministro Aróstica en la presidencia del Tribunal, la ministra María Luisa Brahm, declaró en una entrevista a la prensa, preguntada precisamente por “esa demora, sobre todo en causas de derechos humanos”, que “Cuando llegué a la presidencia había causas que llevaban más de ocho meses en que no había pasado nada con ellas, estaban en una especie de limbo. Estaban listas y no se veían [...]. Antes de que yo llegara, había causas detenidas en el TC por mucho tiempo y eso llevó a una situación que, yo diría, estuvo al límite de la corrupción” (en *La Tervera*, 18 de abril de 2020). Las declaraciones de Brahm llevaron al Ministerio Público a abrir una investigación contra del Tribunal Constitucional por cohecho y prevaricación en la tramitación de causas sobre derechos humanos conocidas por el Tribunal durante la presidencia del Ministro Aróstica. Las causas, sobre investigación fiscal y denuncias, se agrupan bajo el RIT 6327-2020, en el 7° Juzgado de Garantía de Santiago.

## VII. SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 40. *La composición del Tribunal.* El Tribunal Constitucional está hoy compuesto por 10 miembros: 3 nombrados por la Corte Suprema, 3 nombrados por el Presidente de la república, y 4 nombrados por el Senado, dos de los cuales han de ser a proposición de la Cámara de Diputados. Esta es la composición del Tribunal desde 2005; antes de esa reforma constitucional estaba compuesto por 3 ministros de la Corte Suprema designados por ésta, 2 abogados nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la república y otro por el Senado.

La composición actualmente vigente, en cuanto incluye ministros nombrados por la Corte Suprema, el Presidente de la república y el Senado, fue introducida en el primer trámite de lo que sería la ley 20050. En la discusión que llevó a esa idea, no aparecieron las razones para esta composición múltiple en cuanto a los órganos que nombran ministros<sup>47</sup>. Esto es una señal bastante inequívoca de la existencia de un acuerdo cuyo fundamento permaneció en reserva. Y uno esperaría de la doctrina, que viene después del legislador comentando lo que éste hizo, llamara la atención sobre la necesidad de una explicación para eso. Pero la doctrina no se detiene en este punto. Cuando la pregunta es formulada, ella se satisface con un argumento, de nuevo, puramente conceptualista: es que de ese modo se logra “una participación equilibrada de los tres poderes del Estado”<sup>48</sup>.

La cuestión por cierto merece un tratamiento más detallado. La idea detrás de que la Corte Suprema nombre ministros es que la actividad que ha de desempeñar el Tribunal Constitucional es suficientemente análoga a la que realiza la Corte Suprema; los nombramientos del Senado suponen que la composición del Tribunal Constitucional debe reflejar en alguna medida una determinada correlación de fuerzas. Los del Presidente de la república suponen que en un régimen presidencialista el Presidente debe tener incidencia en la composición del Tribunal.

A mi juicio, se trata de una composición que requiere ser reexaminada, pero por referencia a consideraciones algo más políticamente relevantes que el

---

<sup>47</sup> Se discutieron otras cuestiones, como si debía ser un tribunal compuesto únicamente por jueces, o si la Corte Suprema debía designar miembros de ella misma, etc. Véase el *Primer Informe* de la Comisión de Constitución del Senado en primer trámite (6 de noviembre de 2101), en *Historia de la ley 20050* (disponible en bcn.cl).

<sup>48</sup> Véase el *Primer Informe* de la Comisión de Constitución de la Cámara en segundo trámite (16 de marzo de 2105), en *Historia de la ley 20050* (disponible en bcn.cl).

número de “poderes del Estado” que existen. Si el Congreso participa de la designación de ministros del Tribunal, es porque el Tribunal requiere reflejar una determinada correlación de fuerzas. Pero el hecho de que nombre solo a 4 de 10 miembros (en la propuesta del *Informe* 6 de 12) hace que ese reflejo sea necesariamente incompleto. Por su parte, la designación presidencial busca dar al Presidente una voz en la integración del Tribunal, pero eso se logra solo por casualidad en la medida en que los ministros duran en sus cargos por 9 años, más del doble del período presidencial. La designación de la Corte Suprema, por último, no pretende reflejar correlación de fuerzas alguna, pero tendrá impacto en la correlación que en definitiva se obtenga en el Tribunal. Esto implica que una decisión de la Corte Suprema puede en principio alterar una correlación de fuerzas preexistente, lo que tenderá a crear condiciones para arrastrar a la Corte Suprema a decisiones de nombramiento que pueden decidir la distribución del poder político. Esto es claramente contraindicado desde el punto de vista de crear condiciones para su autonomía e independencia.

La idea de que un buen mecanismo de designación debe permitir la participación equilibrada de los tres poderes del Estado es enteramente gratuita. No hay razón para que participen los tres solo porque ellos son tres. En particular, juntar ministros de designación judicial con ministros de designación partisana y ministros de designación unilateral por el Presidente de la República es una receta para tener una integración que no refleja nada relevante, que enfatiza el carácter política y jurídicamente caprichoso de la integración. Esta es una variable que tiene una relevancia considerable, pero a la que una doctrina como la nuestra no le presta atención. La integración del Tribunal debe precisamente evitar tener el significado público de que las decisiones son el equivalente institucional de una moneda al aire. Por consiguiente, la integración debe reflejar alguna racionalidad. Unos podrían decir, por ejemplo, que debe reflejar una racionalidad judicial. Si esto es así, las designaciones deberían ser todas por la Corte Suprema, o de ternas o quinas conformadas por la Corte Suprema, etc. Esto por cierto, aunque implicaría una integración que no sería caprichosa, no necesariamente sería la integración adecuada. A mi juicio, en este punto la solución debería ser exactamente la contraria: que los integrantes sean todos nombrados por el Congreso, de modo que la integración no sea caprichosa en el sentido de que refleje una determinada correlación de fuerzas reconducible por su parte a una manifestación popular en elecciones. Este reflejo no necesita ser inmediato: si no todos los miembros del Tribunal son designados al mismo

tiempo, entonces la composición del Tribunal reflejará, aunque con cierto retraso, la correlación de fuerzas que emerge de las elecciones populares.

§ 41. *La finalidad de un sistema de integración del Tribunal, y el resultado exactamente contrario que las reglas vigentes hacen probable.* En la discusión de la reforma constitucional de 2005, el profesor Juan Colombo explicaba la finalidad de los mecanismos de designación de integrantes del Tribunal Constitucional de este modo:

El juez constitucional nombrado tiene que desligarse absolutamente del que lo nombra, porque en la medida en que él se considere representante del que lo nombra o el que lo nombra crea que es su mandatario, no va a existir nunca justicia constitucional<sup>49</sup>.

Por cierto, por cierto. Lo que uno esperaría de una reflexión académica sobre estas cuestiones es precisamente cómo transformar finalidades como éstas en instituciones que hacen probable que las cosas sean así. Pero la dirección es la contraria, es la de hacer afirmaciones normativas como la del profesor Colombo y luego desentenderse. Esto es lo que ocurrió en el caso de la reforma de 2005, que aumentó a cuatro los miembros designados por el Senado (dos a propuesta de la Cámara de Diputados) y modificó el quórum del Senado para esas designaciones, de mayoría absoluta a dos tercios. ¿Qué efectos produce la regla de dos tercios?<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> *loc. cit. supra*, n. 47.

<sup>50</sup> Antes de la reforma de 2005, el Senado nombraba a un miembro del Tribunal Constitucional; después de ella, nombra a 4 (dos de ellos a proposición de la Cámara). Pero lo que cambió en 2005 no es solo el número de nombrados, sino también el quórum: antes de 2005 el nombrado lo era por mayoría de los senadores en ejercicio, después del 2005 los cuatro nombrados lo son por pares y por 2/3. En la historia de la ley no hay discusión de lo que justifica este quórum exagerado. Los comentarios académicos celebratorios de la reforma tampoco notan la significación de esto, y de hecho no consideraron oportuno siquiera tematizarlo. No creen oportuno analizar la nueva regulación, más allá de notar que ahora los que participan son los tres poderes, y asumiendo que esa sola participación, con independencia del modo en que cada poder designa, legitimará: “el nuevo sistema de designación permite la participación equilibrada y equitativa de los principales órganos del Estado, permitiendo que quienes sean elegidos ministros del Tribunal posean un título de legitimidad indiscutido y los atributos indispensables para desempeñarse en un organismo cuyo criterio habrá de imponerse muchas veces sobre el de los demás órganos” (Silva Bascañán y Silva Gallinato (2007) 354; en el mismo sentido Vivanco (2014) 309ss). La idea de que la sola participación del Congreso, por ser un “órgano democrático” producirá inmediatamente legitimación democrática, sin necesidad de atender al modo en que el Congreso designa sus integrantes, es afirmada como una obviedad, reiteradamente: “para incrementar la legitimidad democrática del TC es habitual – en jurisdicciones constitucionales exitosas – que los integrantes de dichos órganos sean designados o elegidos

La explicación habitual era que de ese modo se lograba la finalidad de Colombo. Un quórum tan elevado, se decía, garantizaría la preparación académica y la calidad técnica de quienes accedieran al Tribunal Constitucional, porque solo los más eximios juristas podrían obtener el reconocimiento transversal de 2/3 de los senadores en ejercicio<sup>51</sup>. La realidad fue exactamente la contraria: dada la forma harto más prosaica en que opera algo como el Congreso, no es razonable esperar la concurrencia espontánea de 2/3 de los votos causada por el simple reconocimiento igualmente espontáneo a la sabiduría jurídica del postulante, especialmente cuando todos saben que los designados tendrán un poder considerable. La manera de lograrlo es dividiéndose los cupos. Bancadas que en su conjunto reúnen dos tercios de los votos se ponen de acuerdo entre sí para repartirse entre ellas los cupos disponibles, de modo que cada uno nombra al que según el acuerdo le corresponde. Cuando llega el momento de votar, los miembros de cada una

---

por órganos que posean, a su vez, legitimidad democrática directa. Con ello se atenúa la crítica de que esos tribunales son antidemocráticos por su origen. En este sentido, el TC que crea la reforma posee un 70% de ministros elegidos o designados por órganos cuyos integrantes han sido elegidos directamente por votación popular” (Gómez (2005) 657). Nótese cómo para Gómez no es siquiera digno de ser mencionado que los miembros designados por el Senado lo son por pares y requieren 2/3 de los votos en una sola votación. El solo hecho de que el “70%” sea designado por órganos democráticamente legitimados es suficiente. La actitud de Gómez es normal. La reflexión constitucional no se ha preguntado ni por el sentido ni por el efecto de las nuevas reglas sobre integración, más allá de hacer apreciaciones generales sobre la participación de órganos democráticos. Así, por ejemplo, Nogueira: “en la inmensa mayoría de las constituciones que establecen tribunales constitucionales, los integrantes de ellos son nombrados por órganos políticos (Parlamento y Gobierno), lo que determina que la magistratura constitucional tenga una adecuada representatividad y legitimidad tanto jurídica como política” (Nogueira (2019a) 93). Nogueira, por cierto, procede a hacer algunas propuestas para “mejorar” la integración del tribunal. Pero sus propuestas (preselección por una comisión, más escrutinio público) tienen el mismo defecto que las de la comisión (véase la sección siguiente): son puramente normativas, y no se pregunta siquiera cómo las reglas que existen o sus propuestas hacen probable una u otra consecuencia. Por esto último, precisamente, no discute siquiera la in/conveniencia de la regla actual de 2/3 de los senadores en ejercicio (Nogueira (2019a) 56-58). Vivanco, por su parte, revisa los órganos que designan a los miembros del tribunal constitucional, pero la regla de 2/3 no le merece comentario alguno (Vivanco (2014) 309ss).

<sup>51</sup> La idea la expresó la diputada Pía Guzmán, al presentar a la sala de la Cámara el informe complementario de la Comisión de Constitución al final del primer trámite, el acuerdo que se había alcanzado respecto de la designación por el Congreso de 4 miembros del Tribunal Constitucional con un quórum de 2/3: “Tal vez podría pensarse que esto producirá una politización del Tribunal Constitucional; pero será al revés, porque obligará a buscar acuerdos respecto de los abogados que deberán tener los méritos suficientes para integrar el Tribunal Constitucional” (Sesión 10, 353a Legislatura, 22 de junio de 2005, en la Historia de la ley 20050, disponible en bcn.cl).

de esas bancadas están vinculados por el acuerdo, de modo que cada designado lo es en un cupo que tiene, por así decirlo, “dueño” (esta es de hecho, la jerga periodística/parlamentaria; tal o cual cupo “es de” la UDI, el PS, la DC, RN)<sup>52</sup>. Así el ministro Nelson Pozo ocupó el cupo PS que dejó vacante el ministro Hernán Vodanovic, el ministro Cristián Letelier ocupó el cupo UDI que había previamente desocupado el ministro Raúl Bertelsen, el ministro Gonzalo García ocupó el cupo DC del ministro Mario Fernández y el ministro Juan José Romero ocupó el cupo RN desocupado previamente por el ministro Marcelo Venegas. Es decir, la designación de un ministro tiene el significado *exactamente contrario* al esperado por el profesor Colombo: cada nominado comparece ante la Cámara o el Senado como el representante de uno de los grupos políticos, no como un postulante a representar algo común. Y cada Senador vota por el nominado no porque haya llegado al convencimiento de que es la persona adecuada, sino porque la designación de quién habrá de actuar como abogado de una parte es naturalmente un problema de esa parte, en el que la opinión de la contraparte es en principio irrelevante<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Observando el mismo efecto: Bassa (2015) 266.

<sup>53</sup> El hecho de que el efecto real de la forma de designación sea exactamente el contrario al principio indicado por Colombo no es para el conceptualismo razón para criticarlo, ni siquiera para notar que aquí hay un problema. El *Informe*, por cierto, omite toda referencia a los quórums de designación, y a la práctica parlamentaria descrita que ellos han hecho inevitable. Y la academia no lo hace mejor. Véase la opinión del profesor Arturo Fermandois, que después de manifestarse favorable al procedimiento actualmente existente y de admitir, por cierto, que como todo procedimiento podría ser modificado, añade que lo que realmente importa son los principios que se deben realizar: “que el mecanismo produzca — o siga produciendo — ministros con alto grado de independencia política, probado conocimiento constitucional, idealmente académico o legislativo [...]. Después de la reforma de 2005, ya no es aceptable recurrir a personalidades, aun destacadas, que no provengan del mundo constitucional” (en *El Mercurio*, 25 de febrero de 2013; destacado agregado). Esto es, por cierto, exactamente lo contrario a lo que el “mecanismo” está produciendo. Pero como el Tribunal Constitucional es el punto ciego para una doctrina conceptualista, ella está como hemos observado incapacitada para distinguir lo normal de lo patológico, y entonces *nada* de lo que pueda efectivamente ocurrir puede mostrarle que hay un problema. Cuando, escasamente un mes después, un grupo de profesores de derecho constitucional (no litigantes ante el Tribunal Constitucional) cuestionó la aptitud de la Sra. María Luisa Brahm (actualmente presidenta del Tribunal) para desempeñar el cargo (en carta a *El Mercurio*, 23 de marzo de 2013), el mismo profesor Fermandois se dio por satisfecho respecto de su propia exigencia de que los ministros “provengan del mundo constitucional” recordando que cuando la designada “prestaba asesoría legislativa desde el Instituto Libertad” ella “estudiaba con rigor los temas del derecho público” (en carta a *El Mercurio*, 24 de marzo). Ya lo saben todos los asesores legislativos que estudian con rigor los temas de derecho

Pese a esto, el *Informe* dice no encontrar aquí mayores problemas. “La arquitectura global en materia de integración y selección de jueces del Tribunal Constitucional parece ser razonablemente bien evaluada por la doctrina”, dice (p. 46), y después de enumerar los principios que esa arquitectura debe lograr (“independencia; imparcialidad; excelencia o idoneidad técnica; insularidad política; y legitimidad democrática”), afirma que

del examen de la doctrina nacional a nuestro diseño institucional y sus consecuencias, la mayoría de estos principios parecen estar operando en niveles razonables, quedando espacio para fortalecer los de insularidad política y excelencia o idoneidad técnica (p. 57).

¿Cómo podría haber dicho otra cosa un *Informe* firmado, entre otros, por abogados litigantes que al día siguiente de presentarlo pueden encontrarse alegando frente a los mismos ministros a los que esa opinión se refiere?

§ 42. *Propuestas del Informe en materia de integración y designación de ministros.* Como la “arquitectura global” es, a juicio del *Informe*, razonable, sus recomendaciones son correspondientemente marginales. En lo que ahora nos interesa, son las siguientes:

(1) Pasar de 10 a 12 ministros (“eventualmente a 15”), aumentando las designaciones de cada cámara e independizando las designaciones de la Cámara respecto de las del Senado. A la Cámara, entonces, corresponderá elegir directamente tres miembros, lo que hará por los mismos dos tercios que hoy corresponden al Senado. Las designaciones serían siempre singulares, “para minimizar el denominado ‘cuoteo’ político” (propuesta 13, p. 60);

(2) Aumentar los estándares de transparencia y participación en el proceso de nominación de los ministros, para lo cual la ley orgánica respectiva creará procedimientos de concurso, audiencias y evaluación pública de los candidatos (propuesta 18, p. 61-62).

(3) Creación de una “comisión autónoma de nombramientos” (propuesta 16, p. 61). Al parecer, no hay mayor especificación en el *Informe* de los caracteres

---

público: con eso ya pueden acreditar su alto grado de independencia política y probado conocimiento constitucional.

Por otro lado, debe notarse que la misma exigencia de 2/3 se aplica a las designaciones a la Corte Suprema. Eso ha tendido a producir un efecto similar, aunque atemperado por las diferencias culturales e institucionales ente el Tribunal Constitucional y La Corte Suprema.

de esta comisión autónoma<sup>54</sup>. Tampoco si esta debe elaborar una terna, o una quina, etc. En el texto sugerido solo aparece, en el artículo 92a propuesto, que el Presidente de la república debe designarlos “de una nómina elaborada por la comisión autónoma que determine la ley”.

(4) Aumentar las condiciones para poder acceder al cargo de ministro: 20 años de título profesional en vez de los actuales 15, eliminación de la referencia a la “actividad pública” (propuesta 20, p. 64).

(5) Nuevas y más exigentes reglas sobre inhabilidades, reglas de post-empleo, fortalecer estatuto de implicancias y recusaciones, etc. (propuestas 21, 22 y 23, pp. 63-64).

(6) “Robustecer el estatuto de responsabilidad de los ministros”, autorizando al pleno a destituir a un ministro. No recomienda el *Informe* que los ministros sean acusables por la Cámara de diputados, aunque en caso de que eso se decidiera así, se sugiere que a dicha acusación les sean aplicables las reglas hoy contenidas para el Presidente de la república (64n99) o un procedimiento distinto, de que conozca y decida la Corte Suprema (propuesta 24, p. 64).

El *Informe* manifiesta adicionalmente que los cambios sugeridos en cuanto a la eliminación del control (conceptualmente) preventivo acaba con “los incentivos perversos en términos de idoneidad e independencia de los integrantes”, de modo que este problema (que ya se había declarado inexistente, porque recuérdese que el principio de independencia estaba “operando en niveles razonables” y el de idoneidad técnica también aunque a su respecto reconocía que “queda espacio para mejorar”), por lo que el *Informe* celebra que, con sus sugerencias, “hay, en sí mismo, un diseño institucional que aborda endógenamente la cuestión”.

Por cierto, ya he explicado las razones por las cuales las sugerencias del *Informe* eliminan lo que he llamado el control (conceptualmente) preventivo, pero precisamente no eliminan el control preventivo en el sentido que éste crea lo que el *Informe* llama “incentivos perversos” (solo aquí y de este modo aparece la idea de constitución como máquina. Nótese, en todo caso, que los “incentivos perversos” son para la Cámara y el Senado, nunca para el Tribunal Constitucional).

---

<sup>54</sup> No es claro si esta comisión es la misma que se propone crear en la Propuesta 16, p. 61 (comentada *supra*, §33): ésta es caracterizada como “comisión autónoma de nombramiento de altos magistrados”, y no hay más referencia, en particular no hay referencia a las otras funciones que el *Informe*, antes, le ha asignado a esa comisión.

Como el *Informe* no puede hacer un diagnóstico descarnado del asunto (dado que muchos de sus firmantes son litigantes, que entonces no pueden decir que, más que “espacio para mejorar” en lo que se refiere a la independencia o la idoneidad técnica de los ministros hay un *serio déficit*), las medidas que sugiere no enfrentan el problema que hoy existe. En algunos casos esas sugerencias son benéficas aunque no especialmente significativas (como la referida a concursos, audiencias públicas y evaluaciones, o las referidas a inhabilidades, implicaciones y post-empleo), otras veces son opinables pero sin que en ese eventual desacuerdo se juegue nada especialmente importante (20 años de título profesional en vez de 15), otras veces son incompletas de modo que es difícil dar una opinión al respecto (como la sugerida “comisión autónoma”), y en fin, en otros casos son medidas que parecen significar un cambio aunque dejarán, a mi juicio, todo como estaba. El problema, de nuevo, es precisamente que no hay atención a la genuina fuente del problema y entonces no hay reflexión sobre el modo en que efectivamente ellos puedan ser enfrentados de modo “endógeno”. Quiero aquí comentar una de las sugerencias y ofrecer un par de sugerencias alternativas.

§ 43. “Lo que se denomina ‘cuoteo’” no es un problema [...] La idea de que nombramientos singulares minimizarían el efecto del llamado ‘cuoteo político’ identifica erróneamente el problema, a mi juicio, y no le da solución. Entender estas dos observaciones es útil para comprender las características de una reforma que efectivamente se hiciera cargo del problema que existe.

*Entiende erróneamente el problema*, porque lo que se llama “cuoteo” no es un problema. Es curioso que el *Informe* no intente siquiera caracterizar “lo que se denomina ‘cuoteo’” ni discuta por qué es problemático<sup>55</sup>. Si lo hiciera, creo que encontraría que lo que así se denomina es la manera en que *otro* problema se manifiesta. Es decir, no es un problema que las designaciones al Tribunal Constitucional reflejen las correlaciones de fuerzas que existen en las cámaras parlamentarias. Esto, por cierto, arroja dudas sobre la posibilidad de que el Tribunal cumpla la “finalidad ineludible” que el *Informe* le asigna, porque

---

<sup>55</sup> De hecho, ni siquiera se refiere a él con una denominación propia. La palabra aparece tres veces en el *Informe*. En la primera (p. 46), aparece con comillas, lo que muestra que el *Informe* no hace suya la expresión, sino solo la menciona. En la segunda aparece sin comillas, pero es en una tabla resumen (p. 58). En la tercera, la referencia es a “el denominado ‘cuoteo’ político”. Pero ¿qué es, y por qué es problemático, “el denominado ‘cuoteo’ político”? No hay una reflexión al respecto en el *Informe*. Pero a pesar de que no hay tal reflexión el *Informe* busca disminuir la relevancia del “cuoteo”. Esto muestra que el *Informe* aquí no tiene un diagnóstico académico del problema, y simplemente asume que hay un problema porque la discusión que aparece en las redes sociales dice que hay un problema.

muestra que el razonamiento jurídico no es suficientemente autónomo del criterio político en las cuestiones importantes, por marginales que sean cuantitativamente. Pero muchos profesores creen que pueden mantener las dos cosas al mismo tiempo, sin ver en ellas contradicción alguna: que el Tribunal debe decidir conforme a un criterio jurídico, políticamente independiente, pero que la interpretación constitucional es dependiente de las “filosofías interpretativas” de los ministros (*filosofía interpretativa* es el eufemismo habitual usado en Estados Unidos para no decir “ideología (o posicionamiento) político”). Yo creo que aquí hay una contradicción, pero sigamos el razonamiento de quienes creen lo contrario y aceptemos que estas dos cosas pueden ser verdaderas al mismo tiempo. Es esa idea la que explica que, en Chile y usualmente en los demás países, en la designación de ministros participen activamente las cámaras políticas y/o el presidente de la república o su equivalente funcional. Es decir, que participen activamente órganos que se sabe y se espera y corresponde que decidan movidos por sus criterios políticos, de modo que su decisión reflejará la correlación de fuerzas existente en el momento (en el caso de las cámaras parlamentarias) o su orientación política (en el caso del Presidente). Si “lo que se denomina ‘cuoteo’” fuera un problema, entonces habría que remover de la generación del Tribunal Constitucional a órganos que van a decidir con criterios de cercanía o lealtad política.

§ 44. *Pero es la designación de algo que sí es un problema.* Esto, sin embargo, no es el fin de la cuestión. Porque a mi juicio el problema que se designa con la expresión “cuoteo” no es el cuoteo, es algo distinto, a lo que ya hemos hecho referencia. Es que el sistema actual de designaciones obliga a las fuerzas políticas a llegar a acuerdo para distribuirse los cupos, y eso tiene la consecuencia ya observada de que cuando un postulante es promovido por el “dueño” del cupo los demás partidos políticos o bancadas honran el acuerdo y votan a favor del postulante respectivo *no porque a su juicio sea la persona adecuada, sino porque es la persona designada por el “dueño” del cupo.* Eso ha llevado a un problema que el *Informe* no puede tematizar, y debe mencionar con eufemismos, como que “queda espacio para mejorar” en lo que se refiere al “principio” de idoneidad técnica: el nombramiento, con abrumadoras mayorías (por definición, con dos tercios de los votos de los senadores en ejercicio o más) de ministros cuya trayectoria anterior no constituía antecedente alguno para considerarlos (si se me permite ahora a mí un eufemismo) especialmente capacitados para desempeñar adecuadamente el cargo.

§ 45. *Como el Informe entiende erróneamente el problema, la solución es anodina.* Eso nos lleva a la segunda observación. Como el problema no es el llamado “cuoteo” en el sentido de designaciones que reflejen la correlación de fuerzas en el Congreso, sino que las exigencias de nominación hacen inevitable el acuerdo parlamentario para distribuirse los cupos, el hecho de que las nominaciones sean “singulares” no va a cambiar nada. Ya hemos visto que la distribución nominativa de cupos no requiere para ocurrir que esos cupos se llenen todos simultáneamente. Hoy las designaciones son en pares y lo distribuido son los cuatro cupos. Mañana, si la sugerencia del *Informe* es acogida, las designaciones serán singulares y lo distribuido serán los seis cupos (porque llegar a un acuerdo de “hoy por ti, mañana por mí” es la única manera de lograr el quórum de 2/3). Y cuando llegue el momento de votar, la votación responderá a la misma lógica: cada uno votando por el candidato propuesto por el “dueño” del cupo, porque esa es la manera de asegurar que los demás harán lo propio con el cupo de uno cuando llegue el momento<sup>56</sup>.

§ 46. *Dos sugerencias tentativas al respecto.* ¿Cómo enfrentar este problema? No es claro que haya una solución, porque es parte de la lógica parlamentaria que una situación de designaciones sucesivas que siempre tendrán nuevas designaciones en el futuro constituye un contexto en el cual evitar pactos que se distribuyan los cupos es difícil. Pero al menos sabemos qué es lo que debe ser evitado: un contexto en que las nominaciones se votan en atención a quién es el “dueño” del cupo. Tentativamente, yo sugeriría dos cosas:

(1) En primer lugar, una prohibición expresa de pactos parlamentarios cuando se trata de designaciones para ministros del Tribunal Constitucional (y probablemente de la Corte Suprema también), junto a un deber igualmente explícito de votar por el candidato más idóneo. Me apresuro a indicar que el sentido de una regla como esta no yace en que el problema se solucionará por la sola vía de declarar jurídicamente que está solucionado. Eso sería, por

---

<sup>56</sup> El hecho de que los nombramientos sean singulares y no por pares puede tener un efecto, pero es marginal. Lo que es relevante es el quórum de designación. Un quórum de dos tercios obligará a los grupos parlamentarios a llegar a un acuerdo de distribución de cupos, con lo que se logrará la finalidad precisamente contraria a la indicada por Colombo, por las razones ya explicadas. Si la designación es por mayoría, entonces es irrelevante que los nombramientos sean singulares o no: si son singulares, la mayoría nombrará al ministro en cuestión; si el nombramiento es por pares en una sola votación, la primera mayoría nombrará uno y la segunda otro. Si es en votaciones sucesivas, la mayoría nombrará dos ministros. En la conversación posterior al seminario del CEP (véase *supra*, §21), algunos miembros de la comisión aceptaron la idea de que las dos cosas son importantes: el quórum de aprobación y el hecho de que las designaciones sean singulares. Por las razones ya explicadas, lo primero es central, y lo segundo en el mejor de los casos marginal. Pero el *Informe* sugiere lo segundo, no lo primero. Y no da razón alguna para mantener la regla actual sobre quórum.

cierto, una ingenuidad. Pero una regla como esta tendría consecuencias en la máquina constitucional. En efecto, impediría o al menos dificultaría la existencia de pactos parlamentarios que llevan a que los cupos tengan “dueño”, porque significaría que cuando un parlamentario es interpelado en público por su voto no podrá apelar al acuerdo, deberá explicar cuál es su opinión sobre el candidato. Es decir, una regla que prohibiera explícitamente esos acuerdos y que impusiera a cada parlamentario la obligación de votar solo por quien cree que es el más adecuado para el cargo obligaría a cada diputado o senador que vota por un candidato a *asumir ante el público su responsabilidad por el voto que emitió*; lo obligaría a formarse una opinión y a defenderla en caso de que su voto sea impugnado en la discusión pública. Hoy ante la impugnación un senador está perfectamente legitimado para responder apelando al acuerdo entre partidos (al hecho de que los cupos tienen “dueño”). Así lo hizo (no hay crítica aquí, precisamente porque esos acuerdos son hoy “legítimos”) el senador Carlos Montes, que después de votar por el postulante Cristián Letelier, que había sostenido que los homosexuales son “desviados”, fue interpelado por su voto favorable por Luis Larraín, entonces presidente de la Fundación Iguales: “Senador Carlos Montes”, preguntó por Twitter Larraín, “¿por qué votó a favor del nombramiento de un ministro del TC que considera que los homosexuales somos ‘desviados?’”. La respuesta del senador Montes fue “Fue una propuesta partidaria. No lo conozco y solo sé lo que dice su CV”. Una prohibición explícita de pactos para estas votaciones y una obligación igualmente explícita de votar solo por el candidato que el senador o diputado considere adecuado para el cargo harían estas explicaciones imposibles.

(2) En segundo lugar, designación por mayoría simple. Esto haría los pactos intertemporales más difíciles, porque habría menos garantías de que en el futuro fueran necesarios o que quien corresponda estará en posición de cumplir. Adicionalmente, crearía condiciones para que los acuerdos puedan ser afectados por la información del postulante que aparezca durante el proceso de nominación y su desempeño en las audiencias respectivas. En efecto, si la regla es de dos tercios, eso solo puede lograrse mediante acuerdos previos, y esos acuerdos tendrán que incluir reparto de cupos con los efectos ya indicados. Esos pactos, por regla general, serán normalmente resistentes a nuevas informaciones o a malos desempeños en las audiencias, especialmente si los demás senadores están legitimados para apelar a su deber de cumplir la palabra para justificar su voto, absteniéndose de pronunciarse sobre la aptitud del candidato. Si las nominaciones fueran por mayoría, eso aumentaría la

posibilidad de que una designación pactada fuera sensible a lo que ocurriera en las audiencias y en el proceso que media entre la nominación del candidato y su aprobación por el Senado<sup>57</sup>.

### VIII. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MINISTROS

§ 47. *Una observación final sobre la responsabilidad.* El Informe pretende “robustecer el estatuto de responsabilidad de los ministros”, permitiendo la destitución de ellos por el pleno del propio Tribunal. No cree adecuado permitir la acusación constitucional respecto de los ministros, y si se decide lo contrario, sugiere:

(a) Aplicar el estatuto de juicio político agravado del Presidente de la República (i.e., en materia de quórum y respecto del efecto de que se apruebe la acusación de la Cámara de Diputados); o bien, (b) diseñar un esquema regulatorio en la CPR especial, distinto, de naturaleza eminentemente jurídica, de que conozca y resuelva la Corte Suprema, en la lógica del procedimiento establecido en el art. 89 de la CPR (propuesta 24, p. 64).

---

<sup>57</sup> La crítica hoy se dirige en contra de la obscuridad y el “secretismo” de la designación, con la idea de que la solución está en dar más publicidad a los nombramientos (por cierto, en el *Informe*, pero también véase Bassa (2015) 274-278; Contreras (2014)). A mi juicio, esto es un error. No, desde luego, porque sea un problema que haya más publicidad, lo que sería bienvenido: claro que es que inaceptable que la designación de ministros por el Senado no aparezca siquiera en la tabla de la sesión respectiva de la sala del Senado (Contreras (2015)). En este sentido, las propuestas del informe son por cierto benéficas. Pero el solo hecho de que haya oportunidad para la discusión pública no es suficiente: el procedimiento debe ser tal que facilite el impacto de esa discusión pública. Después de todo, la designación en 2006 del ministro Bertelsen, uno de los principales ideólogos de la constitución tramposa que la reforma de 2005 pretendió (sin éxito) transformar, suscitó lo que Bassa llama un “interesante debate” académico; “sin embargo”, continua, “más allá de esto, no sirvió para nada” (Bassa (2015) 277). Bassa compara esta discusión con la ocurrida en Estados Unidos a propósito de la nominación de Robert Bork: “luego del arduo escrutinio público desencadenado por la prensa, y considerando que en el Senado se verifican audiencias públicas para escrutar los antecedentes de un magistrado previo a convertirse en juez de la Suprema Corte, la candidatura del cuestionado magistrado [Bork] fue rechazada en votación dividida” (*ibid*). Por cierto que es importante preguntarse por qué la discusión pública parece más apta en un caso que en otro para tener efecto en la designación. Y por cierto que el hecho de que haya audiencias públicas es relevante. Pero a mi juicio mucho más relevante es la exigencia de 2/3 y el inevitable acuerdo parlamentario que eso fuerza: dada la necesidad de un acuerdo de distribución de cupos para lograr los 2/3, que tiene la consecuencia evidente de que los parlamentarios que votan no están obligados a asumir responsabilidad por su voto (porque los cupos tienen, conforme a ese acuerdo, “dueño”), la posibilidad de que ese debate público tenga impacto, por “interesante” que sea, es reducida (en el caso norteamericano, la ratificación del Senado es por mayoría simple).

Es difícil esperar un reconocimiento más cándido de que para esta manera de entender el derecho constitucional el Tribunal Constitucional constituye una institución distinta de todo el resto, que no debe ser tratada como una institución política; que es, en otras palabras, su punto ciego. Por cierto que es un despropósito que un órgano compuesto para reflejar (parcialmente) una determinada correlación de fuerzas pueda por sí mismo destituir a uno de sus miembros; por cierto que es exagerado entender que la destitución de un ministro es comparable en términos de crisis institucional a la destitución del Presidente de la república; por cierto que si de responsabilidad política se trata es absurdo hacerla exigible a través de la Corte Suprema; por cierto que el hecho de que el Tribunal sea un órgano independiente que deberá tomar decisiones que pueden resultar incómodas para los otros poderes permite que estos otros usen su posibilidad de acusar “políticamente”, etc. Esto último es especialmente cándido. Porque muestra la asimetría de la reflexión conceptualista, para quien los otros poderes deben ser interpretados en términos de “incentivos” etc. (es decir, más o menos a la manera de máquinas, en tanto se relacionen con el Tribunal constitucional: al Tribunal Constitucional hay que protegerlo de la máquina); pero por cierto, como lo hemos notado reiteradamente en este comentario, no puede el Tribunal Constitucional ser analizado como una máquina.

#### **IX. PARA TERMINAR: UN NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL**

§ 48. *La necesidad de un nuevo paradigma constitucional.* Ahora, al terminar, podemos mirar atrás y tratar de entender el sentido de lo que hemos encontrado. ¿Por qué el conceptualismo? ¿Por qué la incapacidad de entender al Tribunal Constitucional como una institución política? ¿Qué explica la ingenuidad de creer que *hambre es pan*, pero solo tratándose del Tribunal Constitucional? ¿Qué explica la total suspensión de la idea de *check and balances* que ellos mismos defienden y promueven tratándose de todos los demás casos, salvo el Tribunal Constitucional? En definitiva, ¿Cuál es el sentido político de que la idea de Constitución como máquina haya sido completamente reemplazada por otra de Constitución como norma que ha tenido el efecto de esterilizar la reflexión constitucional?

Estas son preguntas especialmente relevantes ahora, que enfrentamos un proceso constituyente. Porque lo que viene naturalmente dado para la reflexión académica es lo que podríamos llamar un “paradigma constitucional”. Ese paradigma constitucional fija la manera en que el texto es comprendido, y constituye una suerte de trasfondo a cada interpretación

constitucional, por lo que media entre el texto y toda decisión constitucional<sup>58</sup>. En este sentido cumple una función que podríamos llamar integradora: suple y completa el texto mismo, incluso en contra de él. Y se trata de un trasfondo, lo que quiere decir que es un conjunto de proposiciones tan obvias que usualmente no se discuten ni tematizan (por eso Fish: *doing what comes naturally*).

Conforme al paradigma de la Constitución vigente, la constitución es una norma cuya función es imponer deberes para neutralizar la agencia política del pueblo. Por eso la reflexión académica constitucional no se entiende

---

<sup>58</sup> Un ejemplo puede ayudar aquí. Conforme al art. 19 N°16 inc. 5°, “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores”. Este texto es tradicionalmente entendido de modo que hace inconstitucional la negociación ramal. Así lo ha sostenido, aunque *obiter dictum*, el Tribunal Constitucional que, con el voto de sus miembros progresistas (entre ellos los ministros Carlos Carmona, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva), sostuvo en la sentencia rol 3016 (2016) que “de acuerdo al artículo 19 N °16, inciso quinto, la negociación colectiva es de los trabajadores ‘con la empresa en que laboren’ [...]. Por lo mismo, la ley no puede exceder ese ámbito [...]. La ley no tiene habilitación para exceder o sobrepasar dicha frontera, e imponer obligatoriamente una negociación colectiva que vaya más allá. No puede establecer una negociación colectiva con trabajadores de otra empresa” (voto por rechazar, c. 6).

Esto es por cierto absurdo, porque la Constitución asegura solo ciertos derechos, los que son fundamentales. El aseguramiento de un derecho por la Constitución no implica, por eso mismo, que la ley no pueda “exceder o sobrepasar dicha frontera” y reconocer derechos de rango legal. El reconocimiento de un derecho constitucional es para la ley una limitación: no puede negar un derecho constitucionalmente asegurado; pero es evidente que puede reconocer derechos adicionales a los que la constitución asegura. Por consiguiente, el hecho de que la Constitución asegure *a los trabajadores* el derecho a negociar colectivamente con la empresa en que laboren implica que la ley no puede negar ese derecho, pero no implica nada respecto de la inconstitucionalidad de la negociación ramal.

¿Cómo entonces afirmar tan fácilmente una conclusión tan absurda? La respuesta es simple: porque hay un supuesto implícito, que no se tematiza, que es parte del paradigma constitucional, y que por eso resulta tan obvio que no requiere siquiera ser formulado. Es que la frase inicial del inciso 5° no reconoce un derecho a los trabajadores, sino a los empleadores: son los empleadores los que tienen derecho a que la negociación colectiva sea solo con la empresa. Y claro, *dado ese supuesto*, si la Constitución asegura *a los empleadores* que la negociación colectiva no llegará más allá de la empresa, entonces la conclusión del Tribunal Constitucional es correcta: es inconstitucional que la ley establezca “una negociación colectiva con trabajadores de otra empresa”. Al cambiar el sentido con el que el texto es leído, las consecuencias constitucionales cambian. Y el paradigma constitucional es un conjunto de supuestos no explicitado (que la Constitución es una norma que existe para limitar el poder, no un conjunto de decisiones que buscar crear una máquina fundada en el principio democrático; que la Constitución es para proteger al capital de la democracia, no al revés, etc.) que determinan como se lee cada parte del texto, como se enseña cada cosa.

interpelada por el principio democrático, no cree que lo que ha de orientarla sea la realización del principio democrático. Por eso para ella nunca ha sido un problema significativo la interpretación amplísima que se ha hecho del ámbito de las leyes orgánicas constitucionales, o de las competencias del Tribunal Constitucional: esas amplísimas interpretaciones erosionan el principio democrático, pero aseguran la neutralización de la política; y el paradigma constitucional dominante es indiferente a lo primero y sensible a lo segundo. Por la misma razón es tan fácil para la reflexión constitucional dominante inventar inconstitucionalidades de diverso tipo: la de un plebiscito convocado de común acuerdo por todos los órganos con legitimación democrática directa<sup>59</sup>, la de una reforma constitucional (!) que autorizaba el retiro del 10% de los ahorros previsionales<sup>60</sup>, la del fondo solidario del AUGE<sup>61</sup>, la de una regla que reconoce la objeción de conciencia individual pero niega la institucional en el caso de aborto en tres causales (en la sentencia rol 3729 del Tribunal Constitucional), la de un proyecto que crea un Servicio del Consumidor que puede fiscalizar y sancionar empresas infractoras

---

<sup>59</sup> Atria (2013) 103-163.

<sup>60</sup> Véase Pardo (2020). Pardo busca argumentos para justificar la inconstitucionalidad de esta reforma constitucional, y concluye, correctamente, que ellos en realidad están en “la confusa situación espiritual en la que se encuentran los abogados de la inconstitucionalidad: el retiro del 10% sería inconstitucional porque no estuvo sometida al veto del 1/3 más 1 de los senadores o diputados en ejercicio. La reforma sería inconstitucional, entonces, porque su procedimiento fue en exceso democrático”.

<sup>61</sup> Véase el ininteligible argumento defendido por el profesor José Luis Cea, a propósito de la idea de crear un fondo solidario del AUGE, que se financiaría con una parte de las cotizaciones de salud de todos los cotizantes, tanto del sistema público como del sistema privado: “Procede precisar que las cotizaciones son, más que ahorros forzosos de quien las hace, verdaderos tributos o cargas públicas reales en su sentido amplio. Además, debe tenerse presente que ellas ceden a favor exclusivo del beneficiario y de sus familiares legalmente reconocidos. Consecuentemente afirmamos que el 7% de cotización obligatoria impuesta por la ley es patrimonio del cotizante respectivo, estando destinada a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares. Se trata, por consiguiente y sin duda, de un bien cuyo dominio o propiedad pertenece al cotizante. Por tal razón consideramos discutible el mérito constitucional de la idea, hasta hoy sólo tal y no articulada en un proyecto de ley, que destina 3% de ese guarismo [sic] a un fondo común y solidario para el propósito referido. El titular de esa cotización tiene, insistimos, dominio pleno sobre la integridad de ella, siendo suyo también el derecho a destinarla al sistema de salud que elija, con entera libertad” (Cea (2004) 212. El argumento es ininteligible porque si las cotizaciones son “verdaderos tributos o cargas públicas reales” no tiene sentido decir que una vez pagadas siguen siendo de propiedad del cotizante, y no habría razón para que la ley no pudiera disponer su destino. Para objetar la constitucionalidad del fondo solidario del AUGE era necesario decir que los cotizantes mantenían la propiedad sobre sus cotizaciones una vez pagadas, lo que es por cierto incompatible con decir que son verdaderos tributos.

(sentencia rol 4012), la de la titularidad sindical (sentencia roles acumulados 3016 y 3026), etc., etc.

Este paradigma constitucional, que no tiene compromiso alguno con el principio democrático, es el complemento doctrinario de la Constitución tramposa. La nueva Constitución necesita romper con este paradigma, para lo cual las condiciones están dadas: la Constitución vigente esta desacreditada, lo que implicará el descrédito de la doctrina más identificada con ella; y a diferencia de los '90, hoy hay una generación de constitucionalistas que se ha desarrollado criticando ese paradigma, y que por eso hasta ahora ha pagado el precio de la marginalidad forense y política, pero que por lo mismo no es alcanzada por el descrédito de la Constitución tramposa. Esa es la generación que, en condiciones de normalidad democrática y sin las universidades intervenidas, como en los años 80, deberá articular el paradigma constitucional que reemplazará al de la Constitución que fenece. El sentido de este texto ha sido hacer una contribución a la identificación de lo que necesitamos, para que desde este punto entonces otros continúen.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aldunate, E. (2005) "Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes" en *Estudios Constitucionales* 119-126.
- Atria, F. (2001) "Inaplicabilidad y coherencia" en *Revista de Derecho* 12 119-156.
- Atria, F. (2013) *La Constitución Tramposa*. Santiago: Lom.
- Atria, F. (2016) *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Bassa, J.: El Tribunal Constitucional en la Constitución Chilena vigente, (2015).
- 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. (2004) *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías*, vol. 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Contreras, P. (2014) "'Sandías caladas' para el Tribunal Constitucional" en *CIPER Chile*.
- Contreras, P. (2015) "Designación de dos nuevos ministros del TC: la cocina constitucional" en *CIPER Chile*.
- Dworkin, R. M. (1985) "The forum of principle" en *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press 33-71.
- Dworkin, R. M. (1996) *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1980) *Democracy and Distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Fish, S. (1989) *Doing What Comes Naturally*. New York, NY: Oxford University Press.
- Frei, E. (1970) "La reforma constitucional en su contexto histórico-político" en *La Reforma Constitucional de 1970*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile 19-52.
- Gómez, G. (2005) "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional" en Zúñiga, F. (Ed): *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis 651-684.
- Kazor, K. (2001) "La jurisdicción constitucional en Chile" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 12 91-106.
- Kelsen, H. (1935) *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Nogueira, H. (2003) "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 14 43-66.
- Nogueira, H. (2004) "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur" en *Ius et Praxis* 10 113-158.
- Nogueira, H. (2019a) *El Tribunal Constitucional Chileno*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Nogueira, H. (2019b) *Temas de Jurisdicción Constitucional Chilena y Sudamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez, M. A. (2012) "Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional" en *Estudios Constitucionales* 10(1) 15-64.
- Pardo, D. (2020) "Retiro del 10%: Un enigmático alegato de inconstitucionalidad", disponible online en: <https://diario.uach.cl/retiro-del-10-un-enigmatico-alegato-de-inconstitucionalidad/>.
- 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.
- Ruiz Tagle, P. (1999) "Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía ruinosa" en *Revista de Derecho Público* 61.
- Schmitt, C. (1998) *La Defensa de la Constitución*. Barcelona: Labor.
- Silva Bascuñán, A. (1970) "El Tribunal Constitucional" en *La Reforma Constitucional de 1970*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile 199-274.
- Silva Bascuñán, A. (2003) *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. ix. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 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. (2013) "Autonomía del Congreso y representación popular en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre prohibiciones parlamentarias" en Henríquez, M. y M. P. Silva (Eds) *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*. Santiago: Thomson Reuters 43-66.
- Tribunal Constitucional de Chile (2014) *Jurisprudencia Constitucional 1971-1973. Sentencias pronunciadas entre 1972 y 1973, roles 1-17*. Santiago: Tribunal Constitucional.
- Vargas, J. E., C. Peña *et al.* (2001) *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- 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. (2010) "Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador" en *Estudios Constitucionales* 8(1) 201-248.
- Vivanco, Á. (2014) *Curso de Derecho Constitucional*, vol. iii. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Santiago: Ediciones de la Universidad Católica.
- Zapata, P. (2008) *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.