

MINUTA DE PRESENTACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, REALIZADA EL
18 DE ABRIL DE 2018

Fernando Atria

SOBRE DIVERSAS ADECUACIONES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

En lo que sigue se harán observaciones a algunas de las reformas que se discuten en este proyecto de reforma constitucional. No se hará referencia a todas ellas.

SOBRE EL DEBIDO PROCESO

b) Sustitúyese su número 3° por el siguiente:

“3°. La igual protección en el ejercicio de sus derechos y el debido proceso.

... El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales, administrativas o de cualquier otro carácter (inc. 1° in fine).

Garantizar constitucionalmente el debido proceso “en toda clase de actuaciones judiciales, administrativas o de cualquier otro carácter” es a mi juicio un error categorial. Es decir, confunde la garantía del debido proceso, que es una garantía típicamente jurisdiccional, con otras garantías, en particular con la prohibición de la discriminación arbitraria. El Estado no tiene el deber de actuar conforme a las exigencias del debido proceso en toda circunstancia, lo que tiene es el deber de no actuar arbitrariamente. El debido proceso supone, como su nombre lo dice, un proceso, que es un procedimiento jurisdiccional. A mi juicio la reforma propuesta implicará una de dos soluciones, ambas inconvenientes: o tenderá a interpretar como si fuera ejercicio de jurisdicción todo acto administrativo que se refiera individualizadamente a un persona o llevará a una devaluación del debido proceso que disminuirá la garantía que

significa en los procesos judiciales en general. La primera solución, más probable, radicalizará la idea contenida en la decisión del tribunal constitucional rol 4012, que declaró inconstitucional la potestad sancionatoria del Servicio Nacional del Consumidor, con el argumento de que sancionar es necesariamente jurisdiccional. Si lo que se quiere es asegurar al administrado que tendrá la posibilidad de reclamar de cualquier acto administrativo ante un juez, debería garantizarse derechamente lo que se conoce como el derecho al juez natural. Una garantía genérica de debido proceso en toda actuación estatal es por eso inconveniente.

SOBRE EL DERECHO DE REUNIÓN

8.- Sustitúyese en el párrafo segundo del numeral 13 del artículo 19 la oración "se regirán por las disposiciones generales de policía" por la siguiente: "se regirán por la ley respectiva".

Esta reforma es consecuencia de una mala comprensión de la regla actual. Lo que suele interpretarse es que, a diferencia de otros derechos, el derecho a reunión puede ser regulado por normas de rango inferior a la ley. Pero la disposición del actual N° 13 del artículo 19 debe ser leída a la luz del N° 26, que dispone que los derechos solo pueden ser "regulados o complementados" por ley. Esta habilitación al legislador falta en el N° 13. Es decir, el derecho a reunión no puede ser regulado ni complementado. Y por eso lo dispuesto en el mismo N° 13: solo puede estar sujeto a las disposiciones generales de policía. Nótese que son disposiciones generales, es decir disposiciones que no regulan especialmente el derecho a reunión, sino contienen reglas ordenadas a hacer posible y beneficioso el uso

ordenado de los bienes nacionales de uso público por todos los ciudadanos.

En los hechos, sin embargo, se ha entendido que en vez de reforzar el derecho a reunión, el N° 134 lo debilita, permitiendo su regulación por ordenanzas. De hecho, el derecho de reunión en la vía pública hoy está regulado especialmente, en el DS 1086, de 1983. De acuerdo al texto de la constitución, este decreto, que contiene una regulación especial del derecho a reunión en la vía pública, es manifiestamente inconstitucional. Pero como no se ha entendido así, quizás la reforma en comento es adecuada. Pero es importante tener presente que lo que la llevado a esta situación es una incapacidad de la reflexión constitucional para dejarse interpelar por las palabras del texto constitucional, para pensar sus disposición en un sentido más allá del inmediatamente lingüístico, como disposiciones que están ordenadas a configurar un régimen que responde al principio democrático.

SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA DESTITUCIÓN

9. En su artículo 53:

a) Sustitúyese el párrafo cuarto del número 1) por el siguiente:

“Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá ser designado por el Presidente de la República en un cargo de su exclusiva confianza por el plazo propuesto en el libelo, el que no podrá exceder de tres años.”.

Debe volverse a la regla del artículo 42 N° 1 inciso 4° de la constitución de 1925, que no implicaba la inhabilidad que contiene ahora el artículo 53 N° 1 inciso 4°. Esta inhabilidad se introdujo como consecuencia de la práctica de “enroques” especialmente durante la administración de Salvador Allende. Pero distorsiona el sentido de la acusación

constitucional, juridificándola. En la medida en que se justifica la acusación constitucional como un juicio político, no debe tener consecuencias personales, sino solo políticas. En la medida en que es un juicio de responsabilidad jurídicamente determinada, debe corresponder a un tribunal. La situación actual es claramente incoherente. La reforma pretende disminuir esta incoherencia, pero no lo hace del modo correcto. Después de todo, quien decide sobre la culpabilidad debe poder decidir sobre la inhabilidad, y la reforma propuesta implica que la decisión sobre la inhabilidad corresponde a los acusadores. Esto no tiene sentido. La solución más adecuada es simplemente eliminar la inhabilidad, y entender que el problema generado por un "enroque" es un conflicto político.

SOBRE LA CALIFICACIÓN DE PROYECTOS DE LEY

19. Reemplázase el inciso segundo del artículo 93 por el siguiente:

"En el caso del número 1º, la cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso, señalándole las normas específicas sobre las cuales deberá ejercer el control de constitucionalidad, sin que pueda dicho tribunal, en caso alguno, extender su conocimiento a otras disposiciones del referido proyecto de ley."

Esta cuestión será comentada más abajo, al referirme al Tribunal Constitucional.

SOBRE EL FUERO

12. Incorpórase en el artículo 61 el siguiente inciso quinto:

"Lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes no será aplicable tratándose de los delitos de injuria y calumnia."

El artículo 61 se refiere a dos cuestiones: la inviolabilidad parlamentaria y el fuero. Conforme al inciso 1° de ese artículo, "Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión".

La reforma no afecta al inciso 1° del artículo 61, por lo que no se refiere a la inviolabilidad. Conforme a ella, los diputados y senadores seguirán siendo inviolables por las opiniones que emitan en sesiones de sala y comisión. Esa inviolabilidad continuará extendiéndose a alegaciones de injurias y calumnias.

La reforma pretende quitar a senadores y diputados el fuero cuando enfrenten una acusación de injurias o calumnias, respecto de las cuales no son inviolables (es decir, por opiniones no emitidas en sesiones de sala o comisión)

La reforma a mi juicio es manifiestamente inconveniente.

El sentido del fuero es proteger a los diputados y senadores de las acciones temerarias que tuvieran la finalidad de inhibirlos en sus labores de representación política. El fuero no es un beneficio que mira al interés del representante, sino al del representado, para evitar esta eventual causa de inhibición. Es decir, la decisión que desafora al parlamentario solo implica que la acusación no es temeraria, y en ese sentido no es un antejuicio. En rigor, no implica siquiera que hay presunciones fundadas de responsabilidad.

Pero el hecho de que la consecuencia del desafuero sea suspensión del parlamentario desaforado (art. 61 actual inc. final), y de ese modo la eventual alteración de los equilibrios en el Congreso, ha implicado una elevación del estándar exigido para desaforar y la consiguiente

transformación del desafuero en un antejuicio. Esto es ciertamente un problema.

De nuevo, la solución no es dispensar del desafuero para algunos casos, porque entonces el problema de las acciones temerarias que buscan inhibir al parlamentario resurgiría. La solución es entender que el desafuero es solo eso: una declaración e que la acusación reviste caracteres de seriedad que excluyen que sea temeraria, y eliminar la suspensión como consecuencia.

La reforma adecuada en este caso es volver a la regla del artículo 33 de la constitución de 1925, que exigía el desafuero para la formación de causa en contra del parlamentario, sin que ello acarrearla la suspensión.

SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La discusión sobre el Tribunal Constitucional se ha agudizado en el último tiempo, por una seguidilla de decisiones que muestran que ese Tribunal entiende de manera especialmente laxa las reglas legales y constitucionales que regulan su actividad. Para entender las propuestas que están ahora en discusión, es útil repasar algunas de estas decisiones y los problemas que genera.

En la causa rol 3729, el tribunal redujo a un formalismo absurdo la limitación más obvia que enfrenta, en tanto tribunal: la de ser un legislador negativo. En efecto, mediante la eliminación de lo que llamó "la frase impeditiva 'en ningún caso'" transformó una regla que prohibía la objeción de conciencia institucional en otra que la autorizaba genéricamente.

En las causas rol 3958 (sobre la DGA) y 4012 (sobre el SERNAC) el tribunal se arrogó sin reconocer límites

competencia para recalificar como leyes orgánicas constitucionales proyectos que habían sido calificados en el Congreso de ley ordinaria, en decisiones que no había suscitado requerimiento alguno.

El 29 de septiembre de 2017 el Presidente del Tribunal se arrogó competencia para hacer un "comunicado público" sobre la constitucionalidad de la actuación del Banco del Estado, sin forma de juicio.

Parte del problema del Tribunal Constitucional es que sus declaraciones son celebradas por sea quien sea que es beneficiado por ella. A pesar de que las tres decisiones anteriores son evidentemente improcedentes, quienes estaban sustancialmente de acuerdo con lo decidido (quienes objetaban la ley de aborto en tres causales, en el primer caso; quienes objetaban la potestad sancionatoria del SERNAC, en el segundo, los parlamentarios candidatos y los candidatos a parlamentario, en el tercero) las celebraron. Esto muestra que la posición del Tribunal Constitucional es análoga a la de una cámara política, en que lo que importa para todos no es el razonamiento que justifica su decisión, sino la decisión misma.

Puede también observarse que las dos primeras decisiones mencionadas más arriba continuaban, aunque exagerándolas, líneas jurisprudenciales que ya habían sido afirmadas en el pasado: la doctrina de que el tribunal estaba autorizado para remover no "disposiciones" legales a las que se refiere el art. 94 sino palabras u oraciones, por una parte, y la doctrina de que el tribunal podía revisar la calificación que un proyecto de ley había recibido en el Congreso. Pero ahora estados dos doctrinas se llevan hasta el extremo. El peligro de que esto ocurriera habría sido evidente para un observador preocupado de la evolución de las instituciones

constitucionales chilenas, y debería haber llevado a la crítica de esas doctrinas anticipando su peligro. Sin embargo, muchos comentaristas del Tribunal Constitucional no se hicieron cargo de esto, y las justificaban o aceptaban sobre la base de consideraciones de conveniencia. Así, por ejemplo, el profesor Patricio Zapata las califica de "intervenciones quirúrgicas", y las justifica sobre la base de que en muchos casos la solución de "manipular los significados de las normas" es una solución "menos drástica" que la inconstitucionalidad (Justicia Constitucional, p. 324). Esto puede parecer en uno o varios casos razonable y prudente, pero una doctrina constitucional atenta a las posibilidades que abren estas intervenciones "quirúrgicas" habría notado que ellas permitían al Tribunal Constitucional eliminar palabras para crear normas enteramente nuevas, como lo hizo en el caso de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Algo similar puede decirse respecto de la segunda doctrina identificada, la de que el tribunal puede recalificar proyectos como de ley orgánica constitucional que han sido calificados y tramitados como leyes ordinarias. En los primeros casos en que esto se planteó la cuestión parecía inocente, y se refería solamente a incisos declarados por el congreso de ley ordinaria que aparecían en el mismo artículo junto a otros incisos que habían sido declarados de ley orgánica constitucional. El argumento entonces era que por razones sistemáticas no se podían controlar los incisos de ley orgánica constitucional sin atender a los otros incisos. Esta arrogación por parte del Tribunal Constitucional se defendía diciendo, por ejemplo, como lo ha hecho el profesor Zapata, diciendo que si el Tribunal no pudiera recalificar "queda abierta la posibilidad para que una determinada

mayoría parlamentaria legisle en el ámbito de lo orgánico constitucional con abierta infracción de la Carta Fundamental” (Justicia Constitucional, p. 435). Esto, por cierto, ignora que un cuarto de los miembros de cualquiera de las cámaras puede en todo caso requerir la intervención del Tribunal en virtud del N°3 del artículo 93. Pero en todo caso lo que empezó como una tímida doctrina que pretendía identificar al artículo, no al inciso, como la unidad básica para el control de constitucionalidad, terminó (por ejemplo, en el caso del SERNAC) justificando la decisión del Tribunal de someter a control toda una dimensión de un proyecto de ley que no le había sido sometida (la potestad sancionatoria del nuevo SERNAC).

Lo que hoy estamos viendo, en estos dos casos, es cómo dos doctrinas que fueron introducidas en casos en que ellas parecían razonables y adecuadas se han desarrollado hasta permitir una exagerada ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional. A mi juicio, la responsabilidad fundamental de la reflexión constitucional es estar alerta ante doctrinas de este tipo, que pueden justificarse en un caso pero que introducen un principio que después es apto para desarrollarse de modo inaceptable. Ello porque el sentido de la reflexión constitucional es mirar las reglas del texto constitucional bajo el prisma de que ellas pretenden configurar un régimen institucional fundado en el principio democrático. Pero como ya lo hemos visto a propósito del derecho de reunión, esto no ha sido el caso.

Y el mismo proceso ahora comentado está de nuevo en marcha. En efecto, con la declaración respecto de la decisión del Banco del Estado de negar créditos electorales a los parlamentarios y candidatos al parlamento se ha introducido un principio igualmente subversivo de la ordenación

democrática de competencias. Como está dicho, en ese caso el Presidente del Tribunal, mediante un comunicado y sin forma de juicio, se permitió opinar sobre la constitucionalidad de la decisión del Banco del Estado. En el caso en que el Presidente dio este comunicado, él benefició a todos los parlamentarios que eran candidatos y a los candidatos al parlamento, y por eso no produjo el rechazo total y categórico que a mi juicio se justificaba, dado que era una abierta infracción a las reglas más básicas que limitan la competencia del Tribunal. Y cuando, en el futuro, el Presidente se permita emitir otro comunicado sobre algún tema constitucional que esté en la discusión pública (por ejemplo, ¿sobre la constitucionalidad del cierre de Punta Peuco?) lo que se nos dirá será que la crítica es extemporánea, porque ella ignora que se trata de una doctrina "ya establecida".

Esto explica en parte importante el camino que el Tribunal Constitucional ha seguido para transformarse en el Tribunal Desatado que hoy está en discusión.

Ese camino ha estado además abonado por otras dos características: los que comentan las decisiones del Tribunal son los mismos que litigan ante él, y la naturaleza política de esas decisiones hacen que lo importante no sea el argumento que el tribunal ofrece, sino el contenido de la decisión. Estas son las condiciones para un tribunal "desatado", como lo tenemos.

Esta reflexión es importante aquí porque mientras las condiciones que llevaron a un tribunal desatado se mantengan, ello seguirá ocurriendo. Es cierto, quizás no con la radicalidad que lo observamos ahora, en los tres casos indicados. Pero la tendencia a un Tribunal que acapara para sí más y más competencias que no le corresponden no es una anomalía, es lo que se hace previsible dadas la configuración

institucional del Tribunal y las condiciones en las que deben operar. Esas condiciones incluyen una reflexión constitucional considerablemente miope en el sentido ya indicado, en parte porque quienes la hacen deben mantener el favor del Tribunal que constituye el supuesto de su práctica profesional, y un contexto en el que es llamado a intervenir en los momentos menos conducentes a la reflexión desapasionada de modo que sus decisiones son celebradas por quienes obtienen lo que desean con independencia de los argumentos que ofrece. Al comentar los proyectos de reforma constitucional en tabla es importante tener esto a la vista, y preguntarse si ellos identifican correctamente y solucionan las causas institucionales del problema que identifican.

¿DE QUÉ PROBLEMAS SUFRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En la discusión pública, se han apuntado a diversos problemas en la configuración del Tribunal Constitucional. Conviene repasar los más notorios.

El problema de la composición del tribunal

Este problema tiene dos dimensiones: en primer lugar, el tribunal se acusa como cuoteado políticamente; en segundo lugar, las designaciones han tendido a alejarse del ideal de calificación académica.

A mi juicio, la primera característica de la integración actual (que está "cuoteada") no es problemática ni tiene sentido buscar maneras de evitarla. Si el tribunal constitucional decide las cuestiones más importantes es evidentemente inapropiado pensar que los poderes políticos democráticamente legitimados no han de tener decisión sobre quiénes conforman ese tribunal. Y si quienes tienen

legitimación democrática tienen influencia en el proceso de designación es irrealista e inapropiado esperar que no van a buscar que sus interpretaciones constitucionales sean dominantes, en la medida en que puedan. Como todos los grupos políticos relevantes buscaran hacer lo mismo, el resultado será un tribunal cuya integración reflejará, de un modo u otro, correlaciones de fuerza fuera del tribunal. Eso quiere decir "cuoteado".

La segunda dimensión problemática de la integración actual (que algunos de sus integrantes no tienen siquiera las condiciones académicas mínimas y que son designados por razones de lealtad política es algo que, dentro de ciertos márgenes, puede ser tematizado con la finalidad de evitarlo. Uno de los proyectos de ley discutidos hoy se mueve en esta dirección, al exigir a los integrantes del tribunal el grado de doctor en ciencias jurídicas. A mi juicio, estas son reformas que pueden intentarse y que podrían mejorar en los casos más extremos algunos problemas especialmente notorios, pero no de un modo especialmente relevante.

Aquí de nuevo es importante destacar lo que la posición constitucional dominante solía decir respecto de la exigencia actual de 2/3 de los senadores en ejercicio para aprobar las cuatro designaciones del Congreso y lo que terminó efectivamente ocurriendo. La explicación era que esa exigencia 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. La realidad fue exactamente la contraria: dada la forma harto más prosaica en que opera el Congreso, 2/3 de los votos no pueden ser obtenidos sobre la base del simple reconocimiento espontáneo a la sabiduría jurídica del

postulante. La manera de lograrlo es dividiéndose los cupos. Como está dicho, el problema de esto no es el cuoteo, es la idea de que cada cupo se entendió pertenecer a cada partido, de modo que hecha la designación por el "dueño" del cupo el resto de los senadores simplemente se ordenaba dado el acuerdo. Una regla de mayoría simple para la ratificación haría más probable que las cuestiones que aparecieran durante el procedimiento de designación tuvieran efecto en afectar las posibilidades del candidato.

El problema de la competencia preventiva

Cuando la ley de inclusión se tramitaba en el Congreso, la discusión sobre ella alcanzó un nivel de intensidad inusualmente alto. La derecha, de hecho, votó en contra de ella y, no conforme con su derrota en las dos primeras cámaras, fue hasta el Tribunal Constitucional alegando que ella violaba los derechos fundamentales de los chilenos. En empate dirimido por el Presidente del tribunal, a la sazón el Ministro Carlos Carmona, el Tribunal rechazó el requerimiento de la derecha. Y hoy los tres temas fundamentales de la ley de inclusión son aceptados transversalmente. Aunque se han oído voces anunciando algún tipo de "perfeccionamiento" aquí o allá, las ideas fundamentales de la ley de inclusión, que excluye el copago, la selección y la provisión con fines de lucro en la educación escolar, son hoy aceptadas incluso por quienes se opusieron a ella. Y algo similar puede decirse respecto de otras decisiones muy controvertidas, desde el divorcio hasta el aborto: El momento de mayor conflictividad, en que el conflicto es más intenso, suele ser el momento de la tramitación legislativa.

Reconocer al Tribunal Constitucional competencia preventiva es llamar al Tribunal a pronunciarse sobre

cuestiones importantes precisamente en el momento de máxima conflictividad, y dejarlo a disposición de grupos parlamentarios para que sea utilizado como amenaza durante el proceso legislativo. Cuando esto es así, es a mi juicio irreal pensar que el Tribunal no evolucionará hasta comportarse como una cámara política. La reforma más importante que puede considerarse hoy es la de eliminar la competencia preventiva. Esto no solucionaría todos los problemas, pero permitiría que los asuntos llegaran al tribunal en momentos que sean más conducentes a la reflexión y al análisis de argumentos.

El problema de la regla de decisión

Actualmente, conforme a lo dispuesto en el número 7 del artículo 93 del texto constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de una ley vigente el Tribunal requiere el voto conforme de 4/5 de sus miembros en ejercicio.

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 alguna 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, porque esas competencias fueron introducidas con esa reforma. 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. De los proyectos en discusión, el Bol. 11656-07, de los senadores Goic et al., propone establecer la regla actualmente contenida en el N° 7 (4/5 de los miembros en ejercicio) para los casos de control obligatorio por requerimiento, pero no para los demás casos de control preventivo. Esto es también incoherente. La distinción importante es entre el control abstracto que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efecto general y el control concreto que puede declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso particular con efectos solo para ese caso. Para los primeros, la regla adecuada es una en el espíritu de la del N° 7, que exige una mayoría especialmente calificada. Esta exigencia de mayoría calificada mostraría la valoración de la decisión democrática que es invalidada por el Tribunal.

Es importante destacar que las exigencias de quórum calificados para declaraciones del Tribunal Constitucional tiene un sentido totalmente distinto a las exigencias de quórum calificado para las decisiones legislativas. En el segundo caso, el quórum calificado, salvo en cuestiones relativas a la reforma constitucional, es incompatible con el principio democrático, que supone que cada voto vale lo mismo. El quórum calificado implica que el voto a favor del statu quo vale más que el voto a favor de modificarlo, y eso viola el contenido más obvio del principio democrático. Pero

en el caso de la decisión del Tribunal Constitucional la cuestión es distinta. La justificación teórica de la competencia de un tribunal constitucional está dada por la pretensión de que éste decide la cuestión desde el punto de vista jurídico, y de ese modo se pretende que la decisión del Tribunal Constitucional no es la decisión de una tercera cámara. Pero en los hechos la situación actual, tratándose de control preventivo, toma incluso menos resguardos de los que la constitución aplica a las propias cámaras, permitiendo decidir contra el Congreso incluso cuando el Tribunal está dividido. En este caso la marca institucional de que hay contra un determinado proyecto de ley una objeción jurídicamente fundada es que ella pueda convencer a más de la mayoría de un tribunal compuesto por especialistas en derecho. Si el argumento no logra convencer a una mayoría calificada, entonces habrá que decir que se trata de una diferencia política entre los miembros del Tribunal, no de un argumento político. Esto por cierto, implicaría darle contenido institucional a la pretensión hoy puramente teórica de que el tribunal decide conforme a criterios jurídicos y no políticos. Ya es hora de que esta idea tenga un correlato institucional.

Por estas razones la regla que el proyecto de los senadores Goic y otros propone incluir para los casos de control preventivo obligatorio debe ser la regla para todos los casos de control abstracto, preventivo o represivo, voluntario u obligatorio: el Tribunal solo puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o proyecto de ley con el voto conforme de al menos 4/5 de sus miembros en ejercicio.

Por cierto, esto significaría una drástica reducción en los casos de inconstitucionalidad. Pero es claro que esto debería verse como un paso en la dirección correcta. En

efecto, los profesores de derecho constitucional enfatizan que la necesidad de la jurisdicción constitucional se hizo evidente después de la segunda guerra mundial, como consecuencia del aprendizaje de que decisiones democráticas (es decir, tomadas con el respaldo de la mayoría) podían violar derechos. Es indudable que la protección más eficaz de los derechos de las personas es el propio sistema democrático. El Tribunal Constitucional existe para ejercer un control excepcional, en los casos en que los mecanismos institucionales propios de la democracia no hayan sido suficientes para asegurar los derechos. La práctica del Tribunal Constitucional ha llevado a trivializar la idea de vulneración de derechos. En efecto, un órgano que en su origen fue una reacción al Holocausto en que fueron asesinadas millones de personas termina declarando la inconstitucionalidad de una ley que, por ejemplo, prohíbe a las personas jurídicas con fines de lucro ser controladores de universidades, o que no permite a las instituciones eximirse de su deber de cumplir la ley apelando a su (inexistente) conciencia. Asumir como regla general para el control abstracto la de 4/5 de los miembros en ejercicio del tribunal implicaría restituir esta dimensión de importancia y de excepcionalidad a las declaraciones de inconstitucionalidad.

A menos, por cierto (y esta es probablemente la explicación para el hecho de que en 2005 el control preventivo no quedó sometido a la misma regla que el control abstracto represivo) que la justificación del tribunal constitucional en la constitución de 1980 no sea el lugar común que suele citarse a su favor, el de proteger derechos de minorías excluidas del proceso político, sino la de

constituir un cerrojo que protege a la constitución tramposa. En ese caso todo es distinto, por cierto.

COMENTARIOS ESPECIALES

El proyecto Bol. 11560-07 (Moción de los Honorables Senadores señora Allende, y señores De Urresti y Letelier)

Este proyecto propone modificar la regulación del Tribunal Constitucional, en el siguiente sentido:

1. Susceptibilidad de los ministros del tribunal constitucional de acusación, "por infringir la constitución";
2. Reducción del período de los ministros a cinco años:
3. Eliminación de los números 1 y 3 del art. 93 (control preventivo);
4. Artículo transitorio, los ministros nombrados para nueve años completarán ese período.

A mi juicio, este proyecto acierta en identificar el problema principal del Tribunal Constitucional, la razón por la que es irrealista esperar que no se convertirá en una tercera cámara: el control preventivo. La eliminación del control preventivo es a mi juicio conditio sine qua non de un tribunal compatible con el principio democrático, que pueda resistir la tentación de expandir de modo inorgánico sus competencias como lo ha hecho el actual.

El proyecto también, acertadamente a mi juicio, propone permitir la acusación de los ministros del Tribunal Constitucional por infringir la constitución. Contra esta idea se ha argumentado que si el Tribunal Constitucional controla los actos del poder legislativo no puede este controlarlo de vuelta. Esto es un argumento notoriamente débil, que ignora que los controles recíprocos son posibles y factibles. La compatibilidad entre la acusación y la independencia del órgano controlado es atestiguada por el

hecho de que los ministros de los tribunales superiores de justicia han sido susceptibles de acusación constitucional sin que ellos haya significado un sometimiento de la Corte Suprema a los pareceres de sea quien sea tiene la mayoría en el Congreso.

Una mención aparte merece el artículo transitorio que se pretende insertar. A mi juicio, él refleja una mala comprensión del sentido de una reforma constitucional como la que se trata: si la reforma es aprobada, ella tiene el sentido preciso de significar que el juicio del legislador es que desde el punto de vista de la realización del principio democrático la nueva configuración es necesaria. Si la nueva configuración es necesaria, entonces ella debe entrar a regir in actum. Las potestades públicas no miran al interés particular de quien las detenta, sino al interés general. Es contradictorio afirmar que el interés general requiere que los ministros tengan un período de cinco años pero que esa regla tendrá efectos solo una vez que los ministros actuales terminen sus períodos. La regla debe ser que la reforma hace caducar los nombramientos y debe procederse a designar el Tribunal completo, o que el período de los Ministros actuales se entenderá de pleno derecho reducido a cinco años, que podrán contarse desde el momento de su designación o desde el momento de entrada en vigencia de la ley de reforma constitucional. Cualquiera de estas soluciones es compatible con el sentido de la reforma; la regla propuesta es contradictoria con ella.

El proyecto Bol. 11656-07 (Moción de los Honorables Senadores señoras Goic y Muñoz, y señores Harboe, Huenchumilla e Insulza)

Este proyecto también propone modificar la regulación del Tribunal Constitucional, en el siguiente sentido:

1. Modifica el sistema de nombramiento de los ministros del tribunal constitucional. La Corte Suprema elabora por concurso público una terna, de la que el Presidente elige un nombre que somete a consideración de ambas cámaras, que por dos tercios de sus miembros en ejercicio deben aprobarlo. Los ministros deben tener el grado de doctor en ciencias jurídicas.
2. Autoriza al tribunal para remover, a requerimiento del Presidente de la república o de cualquiera de las cámaras por dos tercios de sus miembros en ejercicio, a un ministro del tribunal;
3. Impone a los ministros del tribunal responsabilidad penal por cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes les impongan;
4. Modifica el control preventivo obligatorio y lo hace depender de requerimiento conforme a las mismas reglas actuales para el N° 3. Exige especialmente en este caso una decisión por 4/5 de sus integrantes. Impone al Tribunal en este caso un deber especial de deferencia al legislador. Autoriza al Congreso para insistir, con los votos de dos tercios de sus miembros en ejercicio en cada cámara.
5. Elimina el control preventivo de los proyectos de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso;
6. Quita al Tribunal la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

A mi juicio, este proyecto no soluciona los problemas que existen actualmente en el Tribunal Constitucional, y hace la regulación del mismo en partes notoriamente incoherente.

En cuanto al nuevo sistema propuesto de designación, el nuevo sistema morigeraría el segundo problema identificado más arriba (el déficit de legitimación técnico-jurídica al que el actual sistema de designación ha llevado). El sistema propuesto, por cierto, no evitaría el que el Tribunal esté compuesto por personas de acuerdo a su afiliación política, porque la exigencia de 2/3 en ambas cámaras obligará a las fuerzas políticas con representación parlamentaria a llegar a

acuerdos que implicarán repartirse los cargos de acuerdo a la fuerza política de cada una. En este sentido, el sistema propuesto podría verse como una ligera mejora respecto del actual. Pero tiene un defecto importante, y es que da a la Corte Suprema un poder exagerado en la composición del Tribunal Constitucional. En efecto, como ella configura todas las ternas, en los hechos le da poder de veto sobre los miembros del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, deja entregado al Tribunal mismo la remoción de alguno de sus miembros, aunque exige requerimiento del Presidente de la República o de 2/3 de cualquiera de las Cámaras para ello. Sin embargo, dicho requerimiento no obliga al Tribunal, que podrá acceder o no él. Esto es evidentemente una solución inapropiada, porque permitiría, por ejemplo, a un presidente que tiene una mayoría pequeña en el Tribunal, transformarla en una mayoría considerable. Si se trata de crear mecanismos de responsabilidad política del Tribunal, la solución más adecuada es la de permitir la acusación constitucional de sus miembros por infracción de la constitución, como lo dispone el otro proyecto.

En tercer lugar, el proyecto propone eliminar la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esto es un acierto, porque atañe a un efecto extraordinariamente negativo que la reforma de 2005 ha producido. Normalmente se critica al Tribunal Constitucional que funcione como una tercera cámara. Esta crítica es a mi juicio correcta. Pero mira el problema desde el punto de vista de los efectos de la operación del Tribunal hacia los procedimientos de formación de la voluntad política, fundamentalmente el procedimiento legislativo. Como en los hechos actúa como una tercera

cámara, su integración se decide con criterios propios de la integración de una cámara, es decir, con criterios explícitamente partisanos, en un proceso que es a mi juicio inevitable por las razones ya indicadas. El hecho de que el mismo Tribunal pueda conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene un efecto extraordinariamente preocupante desde el punto de vista de las exigencias mínimas del Estado de derecho. En efecto, significa que cualquier litigio que se suscite en el territorio de la república puede ser decidido por un órgano cuya integración es explícitamente política, afectando de ese modo el dogma fundamental del Estado de derecho, de que los litigios entre personas deben ser decididos por una judicatura independiente. Remover esta competencia del tribunal es a mi juicio necesario para restablecer esa garantía fundamental de los ciudadanos, de que los asuntos que se lleven ante tribunales serán decididos por un juez imparcial cuyo deber fundamental es dar a cada uno lo suyo. En efecto, hoy cualquier litigio puede ser decidido por una tercera cámara compuesta por ex diputados, ex jefes de asesores del segundo piso del Presidente de la República, ex directores de "think-tanks" de partidos políticos, etc.

Por último, la reforma propuesta al control preventivo obligatoria es claramente incoherente. Hoy el control preventivo tiene dos modalidades: la del N° 1 y la del N° 3 del artículo 93. Conforme al N°1, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de la constitucionalidad de los proyectos de ley orgánica constitucional sin necesidad de que sea requerido para ello. El Tribunal también tiene competencia para conocer de la constitucionalidad de cualquier proyecto de ley durante su tramitación (es decir, antes de su promulgación), siempre que sea requerido para

ello por el Presidente de la República o al menos 1/4 de los miembros de cualquiera de las cámaras. El proyecto propone mantener los dos números, el 1° y el 3°, pero condiciona la competencia del N°1 a que el Tribunal sea requerido por "cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de ellas". Es claro que esta última hipótesis está enteramente comprendida en la actual regulación del N°3. Por consiguiente, en la redacción propuesta por el proyecto, el N°3 contendría una competencia genérica para requerir respecto de cualquier proyecto, y el N°1 contendría una instancia de esa posibilidad genéricamente contenida en el N°3, solo la referida a las leyes orgánicas constitucionales, que ya están en todo caso incluidas en el N°3. Esto no tiene sentido. Si lo que se pretende es eliminar la competencia preventiva sin requerimiento, hoy contenida en el N°1, debe simplemente eliminarse este número.

Nótese que esto no es solo por ordenación del texto constitucional. La reforma produciría problemas sistemáticos. El proyecto exige, en el caso del N°1, la concurrencia de 4/5 de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional para acoger el requerimiento. Esta exigencia adicional no se aplicará al caso del N°3 (respecto del cual el proyecto no innova). Respecto del N°1, el proyecto impone al Tribunal un deber especial de deferencia que sin embargo no impone al mismo Tribunal en el caso del N°3. Ahora bien, la cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las cámaras puede podría elegir, cuando se tratara de una ley orgánica constitucional, si requerir en virtud del N°3 o del N°1, y estas exigencias especiales de quórum del Tribunal y el deber especial de deferencia serían aplicables solo si recurriera en virtud del N°1. Por su parte, el proyecto no permite recurrir en virtud del N°1 a Presidente de la

república, que sin embargo puede requerir en virtud del N°3, etc.

Es claro aquí cuál es el problema. Una vez que se ha decidido que la competencia del N°1 se podrá ejercer solo en virtud de requerimiento, deja de tener sentido distinguir entre el N°1 y el N°3. No tiene sentido sujetar la competencia del N°1 a condiciones especiales de deferencia o a un quórum especial, sin sujetar también a esas mismas condiciones la competencia del N° 3. Si lo que se quiere es eliminar el control preventivo sin requerimiento, debe simplemente derogarse el N°1.