

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

Segunda época año IV, N°2-2016

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal
Corrección de texto y estilo:
Eduardo Guerrero

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1509
(56-2) 2420 7100
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año IV, N°2-2016

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Santiago de Chile

Año 2016

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 11 Ana María García Barzelatto
LA RENOVACIÓN PERIÓDICA DE LOS GOBERNANTES, COMO CONTROL
DEL EJERCICIO DEL PODER
- 25 María Pía Silva Gallinato
EL CONTROL DEL FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS Y DE LAS
CAMPAÑAS ELECTORALES: LA EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN EN CHILE
- 43 Alejandra Zúñiga-Fajuri
EL CONTROL DEL PODER Y DISTRIBUCIÓN DE ÓRGANOS PARA
TRASPLANTES EN CHILE
- 51 Viviana Ponce de León Solís
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y REGLA DE LA
MAYORÍA: ¿QUÉ MAYORÍA DEFIENDE LA CONSTITUCIÓN CHILENA?
- 65 Miriam Henríquez Viñas
EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD ES IMPROCEDENTE PARA RESOLVER
LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA
- 77 Sandra Ponce de León Salucci
EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

- 101 Cecilia Rosales Rigol
LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE: ¿UN PREOCUPANTE E INCIERTO PROCESO DE DISPERSIÓN JURISPRUDENCIAL?
- 119 Tania Busch Venthur
CONTROL Y RESPONSABILIDAD EN EL ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CHILENO: ANÁLISIS COMPARATIVO A LA LUZ DEL ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA
- 143 Catalina Salem Gesell
¿QUIÉN CONTROLA AL INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN?: UNA PROPUESTA A PARTIR DE LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO
- 167 Claudia Heiss Bendersky
CONTRAPESOS INSTITUCIONALES EN EL CAMBIO CONSTITUCIONAL RECIENTE EN AMÉRICA LATINA
- 185 Andrea Lucas Garín
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UN CONTEXTO DE LÍMITES PARA EL ESTADO
- 203 ACTIVIDADES 2016
- 213 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE NORMAS DE PUBLICACIÓN

EDITORIAL

Por sexto año consecutivo se vienen realizando los seminarios de profesoras de Derecho Público, que reúne a académicas de Derecho Constitucional y Administrativo de distintas universidades del país. En esta versión, el tema tratado fue el de “Mecanismos de control del Poder”. El seminario, realizado el 4 de octubre del 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, contó con el patrocinio del Tribunal Constitucional y de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

La clase magistral estuvo a cargo de la Ministra de la Excma. Corte Suprema, María Eugenia Sandoval, quien expuso sobre “El control de la Administración por los jueces”, que corresponde –por lo demás– a lo que diariamente debe resolver la Sala Constitucional, como consecuencia de las diversas acciones que se presentan en contra de la Administración, ya sea a nivel constitucional (como es el caso del recurso de protección) o a través de los innumerables contenciosos administrativos regulados por leyes especiales (que se acercan a los 200).

A continuación, se efectuaron cuatro paneles en los que se abordaron diversas temáticas vinculados al tema y que son recogidos en la presente publicación.

Así, en primer lugar, se incluyen las ponencias sobre “Renovación periódica de los gobernantes, como mecanismo de control del ejercicio del poder” (a cargo de la presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Ana María García Barzelatto); “El control del financiamiento de los partidos y las campañas electorales: la evolución de su regulación en Chile” (efectuado por la profesora María Pía Silva Gallinato) y “El control del poder y distribución de órganos para trasplantes en Chile” (de la académica Alejandra Zúñiga-Fajuri).

Sabido es que todo régimen republicano supone la responsabilidad de las autoridades que ejercen los cargos, a la vez que en el último tiempo mucho se ha debatido acerca de la conveniencia de la existencia de reelecciones indefinidas, mal endémico en nuestras tierras americanas. Para qué

decir respecto del financiamiento de la política, situación crítica que ha motivado la dictación de una nueva legislación en nuestro país, con causales de cesación en caso de infracción.

La segunda mesa se centró en el control de constitucionalidad de las leyes y las atribuciones del Tribunal Constitucional en relación a la revisión de los actos administrativos. Dichas temáticas estuvieron a cargo de las profesoras Viviana Ponce de León (“Control de constitucionalidad de las leyes y regla de la mayoría: ¿qué mayoría defiende la Constitución chilena?”), Miriam Henríquez (“El recurso de inaplicabilidad es improcedente para resolver los vicios de inconstitucionalidad de forma”) y Sandra Ponce de León (“El control de la Administración del Estado por el Tribunal Constitucional”).

La reforma constitucional del 2005 concentró el control de constitucionalidad de las leyes en el Tribunal Constitucional, tanto preventivo como a posteriori. Este último, materializado especialmente a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, que representa en la actualidad cerca del 85% de los ingresos de dicha judicatura. A ello debe agregarse que hoy los jueces también pueden requerir, solicitando la no aplicación de determinados preceptos legales. Para qué decir de la acción de inconstitucionalidad, que supone una declaración previa de inaplicabilidad, que produce la expulsión del ordenamiento jurídico de una ley, sin efecto retroactivo, y que a la fecha se ha materializado en cuatro oportunidades (delegación de la jurisdicción tributaria, consignación previa frente a sanción administrativa, gratuidad del turno de abogados y la tabla de factores en los contratos de salud).

La tercera mesa se centró en la función del Estado Juez, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, el estatuto de los jueces constitucionales y la composición del Tribunal Constitucional, las que se expusieron por las profesoras Cecilia Rosales (“La tutela jurisdiccional diferenciada de los derechos fundamentales en Chile: ¿un preocupante e incierto proceso de dispersión jurisprudencial?”); Tania Busch (“Control y responsabilidad en el Estatuto del Juez Constitucional chileno: análisis comparativo a la luz del estatuto del Juez constitucional de los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica”); y Catalina Salem (“¿Quién controla al intérprete de la Constitución?, una propuesta a partir de la integración del Tribunal Constitucional chileno”).

No cabe duda de que también se trata de una materia muy relevante, dado que los jueces del Tribunal Constitucional son los intérpretes finales de la

Carta Fundamental, pero que del mismo modo resuelven los conflictos entre los legisladores. La reforma del 2005 fijó un plazo de nueve años a dichos magistrados, siendo designados por los diversos órganos estatales, tal como el modelo italiano –Presidente, Congreso y Corte Suprema– y prohibiendo su reelección. En todo caso, la doctrina siempre ha aludido al principio de ingratitud, en virtud del cual designado el juez, este se independiza de quien lo nominó.

El cuarto panel tuvo una connotación supranacional. Así, se disertó acerca de los contrapesos institucionales en el cambio constitucional reciente en América Latina y algunas reflexiones sobre el principio de división de poderes frente al control de convencionalidad en un contexto de límites para el Estado. Sus expositoras fueron las profesoras Claudia Heiss y Andrea Lucas, respectivamente.

Como puede observarse, se trata de once profesoras que abordaron los principales aspectos referidos a los diversos mecanismos de control jurídico.

Este año celebramos los cuarenta y cinco años del establecimiento del Tribunal Constitucional en Chile. Como ha dicho un autor, el mejor instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de Derecho es la respetabilidad y estabilidad de que gozan los Tribunales Constitucionales de un país.

Y es que, como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreu, el Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático.

Como ha precisado el propio TC en uno de sus pronunciamientos, su “jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”.

El tema entonces del control del poder es esencial en todo Estado de Derecho. Puesto que, como lo recalca el maestro Karl Loewenstein, “La Constitución

se ha convertido en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

A lo anterior, debe añadirse el aseguramiento y protección de los derechos fundamentales. Y es que, como lo afirma la vieja y sabia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

LA RENOVACIÓN PERIÓDICA DE LOS GOBERNANTES, COMO CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER

THE PERIODIC RENEWAL OF THE RULERS AS CONTROL OF THE EXERCISE OF POWER

ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO¹

Resumen: Este estudio tiene por objeto analizar algunas formas de control vertical del ejercicio del poder, como son aquellas que ejerce la ciudadanía a través del sufragio y de las instituciones de democracia semi-directa, enfocando el estudio preferentemente a los ordenamientos constitucionales de América Latina. Se otorga especial atención a la reelección del órgano ejecutivo y a la posibilidad de limitar la reelección indefinida de los parlamentarios. Se examina la institución del referéndum revocatorio en Colombia, Perú, Bolivia y Venezuela. Finaliza el estudio con un conjunto de conclusiones sobre la materia expuesta.

Abstract: This study examines some forms of vertical control of the exercise of power, such as those exercised by citizenship through suffrage and institutions of semi-direct democracy, focusing the study preferentially to the constitutional laws of Latin America. Special attention is given to the re-election of the executive body and to the possibility of limiting the indefinite re-election of parliamentarians. It examines the institution of the recall referendum in Colombia, Peru, Bolivia and Venezuela. The study concludes with a set of conclusions on the subject matter.

Palabras clave: Reelección. Reelección de parlamentarios. Referéndum revocatorio. Renovación de gobernantes.

Keywords: Re-election. Rre-election of parliamentarians, recall referendum, renewal of rulers

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y directora de la *Revista de Derecho Público*. Correo electrónico: agarcia@derecho.uchile.cl

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de mecanismos de control del poder generalmente pensamos en mecanismos de control horizontal o inter órganos, es decir, cómo controla el órgano legislativo al ejecutivo o, viceversa, o cuáles son los órganos contralores del correcto ejercicio del poder.

En esta oportunidad, nos referiremos a algunas formas de control vertical del ejercicio del poder, es decir, aquellas que ejerce la ciudadanía, desde la base, de abajo hacia arriba.

En este sentido, la renovación periódica de los gobernantes ha sido desde los inicios del constitucionalismo una importante forma de limitación y de control del poder. Tanto, que todas las cartas fundamentales del siglo XIX contemplaron desde muy temprano diversos mecanismos para elegir periódicamente al detentador del poder ejecutivo y a los miembros del órgano legislativo.

Los plazos de duración en el cargo han sido variables en las distintas constituciones, pero siempre considerando que los períodos no deben exceder de un cierto tiempo, estimándose contrario a los principios democráticos establecer períodos muy extensos, por ejemplo de más de siete u ocho años².

En lo que se refiere al órgano ejecutivo, Chile no ha sido la excepción y así puede constatarse del estudio sistemático de sus Cartas, que han variado entre los cinco años, con reelección o sin ella, bajo la vigencia de la Constitución de 1833, y los seis años sin reelección, bajo la Constitución de 1925³. El plazo que originalmente dispuso la Constitución de 1980 –de ocho años– fue modificado por la reforma constitucional de 1989, que estableció la excepción para que el primer período presidencial fuera solo de cuatro años. Posteriormente, mediante la reforma constitucional de 1994 (Ley N° 19.295 de 04.03.1994) se reestableció el período de seis años sin

² En general, el derecho comparado indica que cualquiera sea la forma de gobierno imperante, el Jefe de Estado dura en el cargo un período que oscila entre cuatro y siete años, véase García Barzelatto, Ana María (2002). “Duración del mandato presidencial, reelección y simultaneidad de elecciones presidenciales y parlamentarias”, *Revista Ius Et Praxis*, Santiago, vol.8, N° 1, p. 549.

³ Constitución de 1925, art. 62: “El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de seis años y no podrá ser reelegido para el período siguiente”.

reelección. Finalmente, la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050 de 26.08.2005) dispuso un período de cuatro años sin reelección.

En lo que respecta a la extensión del período parlamentario, también entre nosotros han existido discrepancias, de lo que se dará cuenta en esta exposición. Hoy incluso se considera por parlamentarios y académicos la posibilidad de limitar la reelección indefinida de los miembros del Congreso, circunstancia que es del todo debatible en una democracia, con fundamentos en favor y en contra.

En relación con esta materia, varias constituciones de América Latina han incorporado el mecanismo de democracia semi-directa, conocido como *referéndum revocatorio*, para los efectos de poner término anticipado al mandato de un gobernante, abriendo a los ciudadanos la posibilidad de participación directa para decidir en una materia fundamental. Resulta interesante, entonces, conocer la forma como esta institución se ha regulado en aquellas Cartas que la reconocen, sus modalidades, causales y, finalmente, el resultado de su aplicación práctica.

La renovación periódica de los gobernantes, sus plazos y modalidades, constituye una forma de control del ejercicio del poder. Hoy esta materia es objeto de discusión. Así, por ejemplo, en Chile se encuentra actualmente en trámite un proyecto de ley para limitar la reelección indefinida de parlamentarios.

Igualmente, se ha planteado que los mecanismos de democracia semi-directa deben tener reconocimiento constitucional, particularmente una institución que implica un fuerte control por parte de la ciudadanía, como es el referendo revocatorio.

Un breve análisis de tales instituciones será el objeto de esta exposición.

II. LA REELECCIÓN

El principio de la elección de los gobernantes por el cuerpo electoral y la periodicidad de las elecciones es un principio inherente al régimen democrático y, sin duda, es en sí mismo una forma de control y de limitación del ejercicio del poder.

Sin embargo, en la década de los años 90 y siguientes, el tema de la alternancia en el poder y, en consecuencia, el principio de la no reelección adquirió gran importancia para la teoría democrática. Especialmente en América Latina, circunstancias concretas de continuismo en el poder justificaron esta previsión constitucional.

Como bien señala Nohlen, la no reelección “tiene una larga tradición histórica y su más sólida fundamentación es la propia experiencia histórica-política de América Latina”. A su juicio, “son dos fenómenos los que confluyen en el origen de la no reelección como previsión constitucional muy extendida en América Latina: el presidencialismo latinoamericano y la tentación de los presidentes de perpetuarse en el poder, por un lado, y la coacción y el fraude en los procesos electorales, por otro”⁴.

1. Reelección del Ejecutivo

Así, la tesis de la no reelección del Ejecutivo aparece como un instrumento necesario de control del ejercicio del poder, dirigido a evitar el continuismo y a asegurar la renovación periódica de los gobernantes.

Si bien la no reelección ha imperado en la gran mayoría de los regímenes de América Latina, últimamente se observa una mayor flexibilidad en numerosas constituciones.

Por ejemplo, las Cartas de Bolivia (2009) y Colombia (1991) pasaron de la no reelección absoluta a permitir la reelección inmediata del Presidente de la República por un período⁵. Así, en Colombia, Álvaro Uribe fue elegido en el 2002 y reelegido en el 2006; y José Santos, fue elegido en el 2010 y reelegido en el 2014. En otros casos, se permite la reelección no consecutiva o mediata, como son los casos de Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú y Uruguay.

⁴ Nohlen, Dieter (1998). “La reelección”, en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 140.

⁵ Véase en particular Zúñiga Urbina, Francisco, “(Re) Elección Presidencial. Algunas notas acerca del presidencialismo en Chile y América Latina”. Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional, 4 y 5 de mayo 2016, Santiago, Chile, p. 5 (sin publicar). Esa investigación, da cuenta de catorce cambios constitucionales en América Latina que permiten la reelección (indefinida o consecutiva o no consecutiva).

En Colombia, al término del segundo mandato del presidente Uribe, el año 2010, hubo un intento de avanzar a una segunda reelección presidencial; sin embargo, el proyecto de ley que se tramitaba para tal efecto fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia, lo que significó una importante forma de control. Como la duración del período es de cuatro años, de haber sido aprobado el proyecto, el presidente habría permanecido doce años en funciones⁶.

Así, hoy la regla de la no reelección presidencial se ha invertido, es la excepción, quedando algunos casos como México, Honduras, Guatemala y Paraguay⁷.

2. Reelección de parlamentarios

En general, el debate acerca de la reelección o no reelección de los gobernantes se observa respecto del cargo de Presidente de la República; sin embargo, en algunos países, el debate se ha ido extendiendo también al órgano legislativo. Así, actualmente, se prohíbe la reelección de los parlamentarios en Costa Rica y en México⁸.

En Chile, desde 1992 en adelante se han presentado mociones parlamentarias para reformar la Constitución en este sentido. La más reciente se presentó

⁶ En un interesante fallo, la Corte Constitucional de Colombia se refiere a “los límites del poder de reforma de la Constitución, en el sentido que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformarla mas no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformativo. No proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructuradores o elementos definitorios de la Constitución de 1991, como el principio de la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la regla de la alternancia y períodos preestablecidos, el derecho a la igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes”, Sentencia C-141 del 2010.

⁷ Zúñiga, op. cit.

⁸ El artículo 107 de la Constitución de Costa Rica de 1949 –que posee un régimen unicameral– establece: “Los diputados durarán en sus cargos cuatro años y no podrán ser reelectos en forma sucesiva”. A su vez, el artículo 50 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “Los senadores podrán ser electos hasta por dos períodos consecutivos y los diputados al Congreso de la Unión hasta por cuatro períodos consecutivos. La postulación solo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que los hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato”.

el 2015 por un grupo transversal de diputados para poner fin a la reelección indefinida de los parlamentarios. Hoy se encuentra en lenta tramitación⁹.

Los fundamentos contenidos en el proyecto de ley para justificar la fórmula de no reelección de los parlamentarios son los siguientes:

- a) El creciente desprestigio de la política y de quienes actúan en ella, lo que crea desconfianza e impide que gente valiosa, preparada y con vocación de servicio público, pero ajenos a la carrera política, se postulen por estimar que esas actividades estarían reservadas para quienes hacen carrera política y solo excepcionalmente a alguien que provenga del mundo privado podría desplazarlos.
- b) Los largos períodos en los cargos atentan contra la renovación de ideas, propuestas, eficiencia e independencia de la función parlamentaria, sin perjuicio que pueda constituirse en una fuente de corrupción.
- c) Desde la restauración democrática se han presentado diversos proyectos de reforma constitucional destinados a limitar el número de reelecciones de los parlamentarios todos los cuales han quedado paralizados, en circunstancias que es una materia que interesa de sobremanera a la opinión pública, lo que hace aumentar el desprestigio de la política.
- d) Es menester evitar que los cargos de elección popular se conviertan en oficios o trabajos que se mantienen indefinidamente, limitando nuevos aportes e impidiendo que lleguen al servicio público los mejores compitiendo sin trabas.
- e) La reelección indefinida en los cargos de elección popular es riesgosa para la democracia porque limita la renovación, el acceso de nuevas personas e impide la verdadera alternancia en el poder, propio de una democracia moderna más cerca de la gente y de sus necesidades.

El proyecto de ley en actual tramitación se compone de un artículo único que introduce las siguientes modificaciones en la Constitución Política:

1.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 52 por el siguiente:

⁹ Boletín 8221-07, presentado el 2007, posteriormente reiterado y actualmente en 2° trámite constitucional. Moción de los diputados Jorge Burgos, Alberto Cardemil, Guillermo Cerani, Marcelo Díaz y Edmundo Eluchans.

“Las elecciones de diputados y de senadores se efectuarán conjuntamente. Los senadores podrán ser reelegidos sucesivamente en el cargo solo por una vez; los diputados, en cambio, podrán ser reelegidos sucesivamente en el cargo por dos períodos”.

2.- Agrégase la siguiente disposición transitoria:

“Vigésima primera: Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 51, tendrá aplicación solo a partir de las elecciones parlamentarias del año 2013”.

En los proyectos que precedieron se agregaba en la disposición transitoria que esta normativa sería aplicable a partir de las próximas elecciones parlamentarias (2017), pero considerando el actual período como el primero. Si bien no entraremos al análisis de las consecuencias que pueden derivarse de la disposición transitoria, cabe señalar que ella abre la polémica acerca de si correspondería o no aplicar la norma a los parlamentarios en funciones dando efecto retroactivo a la disposición.

En síntesis, entre las razones esgrimidas en favor de poner término a la reelección indefinida, se considera que es una forma de ejercer mayor control del ejercicio del poder, evitando que élites determinadas permanezcan por años en él, lo que reduce las posibilidades de corrupción. Asimismo, es una forma de favorecer el acceso de nuevas personas y propuestas, sin tener que vencer los obstáculos que se generan ante representantes que por años han establecido redes y vínculos en sus circunscripciones.

Entre las razones existentes en contra de la propuesta, se estima que la no reelección “restringe el derecho del elector de votar con libertad por candidatos de su preferencia”¹⁰. Incluso, cabe plantearse que esta prohibición podría significar una limitación a la soberanía popular, ya que reduce la capacidad del ciudadano de decidir por sí mismo y enjuiciar la labor parlamentaria, negando su voto a la reelección del parlamentario cuando corresponda.

Otra razón para cuestionar la conveniencia de este cambio es la necesaria continuidad del trabajo parlamentario y del proceso legislativo, proceso

¹⁰ Nohlen, op. cit., p. 143.

que por lo general se extiende a más de un período parlamentario y la experiencia acumulada se pierde frente a la imposibilidad de ser reelegido.

Considerando estos fundamentos, cabe plantearse que quizás sería más conveniente dejar que sea el electorado quien decida por la continuación o cese del parlamentario en sus funciones, según el mérito de su gestión.

III. REFERENDO REVOCATORIO:

Casos de Colombia, Perú, Bolivia y Venezuela

Otra institución de control del ejercicio del poder que hoy se abre paso en varias Constituciones de América Latina es el referendo revocatorio, el que forma parte de los denominados mecanismos de democracia semi-directa.

Si bien la participación y la capacidad ciudadana para autogobernarse se ha ejercido tradicionalmente mediante la elección de representantes que actúan como mandatarios del pueblo, hoy el mandato representativo va resultando insuficiente frente a las crecientes demandas y necesidades que requieren ser satisfechas en un mundo cada vez más globalizado, en el que los avances de la tecnología han producido un “achicamiento” del mundo y la posibilidad de comunicaciones casi instantáneas.

De modo que los regímenes democráticos transitan hoy desde una democracia representativa hacia una democracia participativa, en la que la figura de la representación se ve complementada por la participación y por la creciente necesidad de los ciudadanos de deliberar en torno a las políticas públicas que les afectan directamente¹¹.

Y esto no es de extrañar porque este tránsito emana del concepto mismo de la institución del sufragio. En efecto, debe recordarse que el sufragio consiste en una manifestación de la voluntad del ciudadano tanto para *elegir* a los representantes como para *participar* en las decisiones políticas.

¹¹ García Barzelatto, Ana María (2015). “De la Democracia representativa a la democracia participativa”, en *Las Bases de la Institucionalidad. Realidad y Desafíos* (Humberto Nogueira, coord.), Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Librotecnia, pp. 45-64.

Entre los mecanismos participativos de democracia directa, se encuentra el referendo revocatorio, llamado también destitución popular o *recall*, en su denominación anglosajona.

El referendo revocatorio es la “facultad del cuerpo electoral para solicitar que se someta a la consulta de la ciudadanía la expiración del mandato de un gobernante antes del término de su período. Si el resultado de la consulta resulta adverso al gobernante, este debe cesar en sus funciones de inmediato”¹². También se define como “el derecho de una facción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario que ocupa un cargo electivo antes que expire el mandato”¹³.

Si bien todas las formas de democracia directa constituyen una limitación del poder, el referendo revocatorio cumple un papel especial como “contralor de los gobernantes y se ubica entre los medios de limitación y moderación del poder”¹⁴. Sin duda, es un importante mecanismo de control político del ejercicio del poder de los gobernantes.

Numerosas Constituciones originadas en el período posterior a la segunda pos guerra contemplan esta institución. En América Latina, cabe destacar las Constituciones de los siguientes países: Uruguay (art. 79), Venezuela (art. 74), Colombia (art. 170), Ecuador (art. 105), Perú (art.2), Bolivia (art. 240)¹⁵.

¹² Verdugo, M. y García B., Ana María (2011). *Manual de Derecho Político*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, p. 115.

¹³ Soto Barrientos, Francisco (2013). *El desafío de la participación: Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa*, Santiago, Editorial LOM.

¹⁴ Bidart Campos, Germán (1967). *Derecho Político*, Madrid, Editorial Aguilar, p. 388.

¹⁵ Así, por ejemplo, la *Constitución de Ecuador del 2008* dispone: Artículo 105: “Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el período de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral”. La *Constitución de Perú de 1993* establece: Artículo 2: “Toda persona tiene derecho a: N° 17: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. Por su parte, la *Constitución de Bolivia del 2009* dispone en el Artículo 240 “I. Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley. II. La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del período del mandato. La revocatoria del mandato no

El alcance de la revocación en cada país es diferente. En la mayoría alcanza solo a las autoridades elegidas en el nivel regional o local, y en algunos tiene un alcance nacional (Bolivia, Perú, Venezuela).

Veamos a continuación algunos casos.

1.- Colombia

En Colombia, el referendo revocatorio tiene alcance regional. El artículo 103 de la Constitución de 1991 incorporó esta institución junto a numerosas formas de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía (voto, plebiscito, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa, veedurías ciudadanas, la tutela y el derecho de petición), remitiendo al legislador su regulación.

En 1994 se dictó la ley reglamentaria N°134, que definió la revocatoria como “un acto político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o un alcalde” (art.6) y admite su procedencia cumpliendo determinados requisitos, a saber, a) que haya transcurrido no menos de un año desde la posesión del cargo; b) que la solicitud de convocatoria indique la motivación correspondiente y cuente con los porcentajes de firmas requeridos. Las razones que la fundamenten pueden ser la insatisfacción general de la ciudadanía o el incumplimiento del programa de gobierno, razones que indican que mediante este control se hace efectiva la responsabilidad política del gobernante.

2.- Perú

En Perú, el mecanismo de la revocación se introduce en la Constitución de 1993, aprobándose en 1994 la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, en la que se incorporaron diversos mecanismos de participación y de control ciudadano. Entre estos últimos se contempló

podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo. III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público. IV. La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a Ley. V. Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley. VI. La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo”.

la Revocatoria de Autoridades, Remoción de Autoridades y Demanda de Rendición de Cuentas.

Sin embargo, la institución no ha tenido el resultado esperado, transformándose en un mecanismo de canalización de la insatisfacción ciudadana y de intimidación de los gobiernos locales más que de control ciudadano. La causa se advierte en la amplitud de la regulación legal, en el sentido, por ejemplo, de que la ley no exige que la solicitud sea probada, sino solo fundada.

Del mismo modo que en el caso colombiano, las causales en que se funda la solicitud son muy amplias, con el inconveniente de que la institución puede prestarse a fines indeseados y ajenos al propósito de la institución, cual es permitir un control efectivo del ejercicio del poder por parte de la ciudadanía.

3.- Bolivia

El caso de la Constitución de Bolivia del 2009 es similar al anterior, en cuanto también cuenta con una ley complementaria regulatoria del proceso revocatorio del mandato (Ley N° 026 del 2010) y, además, con un reglamento dictado por el Tribunal Supremo Electoral, de modo que la revocatoria se puede solicitar cuando haya transcurrido al menos la mitad del período del mandato, no pudiendo tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo, y procede solo una vez en cada mandato (art. 240 II).

4.- Venezuela

Reconocida en el artículo 72 de la Constitución de 1999, la revocatoria se contempla para todos los cargos y magistraturas de elección popular.

Una vez que haya transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, podrá solicitar la convocatoria a un referendo para revocar el mandato un número no inferior al 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral.

Se considera revocado el mandato cuando igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubiere votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referéndum un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos.

Si prospera la revocatoria, se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a la Constitución y la ley.

Si no prospera la revocatoria no se puede convocar a otro proceso durante el período de gobierno del funcionario en cuestión.

La sustitución del funcionario revocado tiene lugar en una votación separada del referendo revocatorio.

Los diputados cuyo mandato haya sido revocado quedan inhabilitados para optar a cargos de elección popular para el período siguiente.

Si se revoca el mandato del Presidente de la República después de cumplido el cuarto año de gobierno, la vacancia es suplida por el vicepresidente y no por elección popular.

De todos los casos expuestos, nos parece que este es el que parece mejor regulado, tanto desde el punto de vista de las modalidades establecidas como de los requisitos exigidos, que orientan la institución en términos de mantener la necesaria objetividad en su aplicación.

IV. CONCLUSIONES

1.- Avanzamos hacia una etapa en la que la participación ciudadana, a través de los mecanismos de democracia semi-directa, como son los plebiscitos, referéndums e iniciativa popular, constituyen instituciones que se han incorporado en la mayoría de las Cartas Fundamentales de América Latina.

2.- Se observa una necesidad de complementar la representación política con la participación de la ciudadanía a través de los referidos mecanismos.

3.- El descrédito actual de la política, de los partidos políticos y de los órganos legislativos puede, en parte considerable, superarse mediante la creación de fórmulas que permitan al ciudadano expresarse y ejercer un control directo en el ejercicio del poder de los gobernantes.

4.- Sin embargo, la experiencia indica que nuevos mecanismos, como el referendo revocatorio al que se ha hecho referencia, deben ser minuciosamente regulados para que cumplan un objetivo eficiente y de control por parte de la ciudadanía, y no se desnaturalicen hacia otros fines.

5.- La limitación de la reelección de parlamentarios debe ser considerada reflexivamente en cuanto a sus ventajas y desventajas, ya que es una fórmula ajena a nuestra tradición republicana.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bidart Campos, Germán (1967). *Derecho Político*, primera edición, Madrid, Editorial Aguilar.
- García Barzelatto, Ana María (2002). “Duración del mandato presidencial, reelección y simultaneidad de elecciones presidenciales y parlamentarias”, *Revista Ius Et Praxis*, Santiago, vol.8, N° 1.
- García Barzelatto, Ana María (2015). “De la democracia representativa a la democracia participativa”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*, Santiago, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Librotecnia.
- Nohlen, Dieter (1998). “La reelección”, en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, primera edición, México, Fondo de Cultura Económica.
- Soto Barrientos, Francisco (2013). *El desafío de la participación: Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa*, primera edición, Santiago, Editorial LOM.
- Verdugo, M. y García B., Ana María (2011). *Manual de Derecho Político*, Tomo II, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga Urbina, Francisco (2016). *(Re) Elección Presidencial. Algunas notas acerca del presidencialismo en Chile y América Latina*, Santiago, Chile, Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional, 4 y 5 mayo del 2016, en prensa.

Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile de 1925.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Constitución Política de Costa Rica de 1949.
- Constitución Política de Ecuador del 2008.
- Constitución Política de los Estados Unidos de México de 1917 (última modificación 29.01.2016).
- Constitución Política de Perú de 1993.

Ana María García Barzelatto | La renovación periódica de los gobernantes, como control del ejercicio del poder

Boletín legislativo chileno 8221-2007.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 del 2010.

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

EL CONTROL DEL FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS Y DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES: LA EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN EN CHILE

CONTROL OF THE FINANCING OF PARTIES AND ELECTORAL CAMPAIGNS: EVOLUTION OF THEIR REGULATION IN CHILE

MARÍA PÍA SILVA GALLINATO¹

Resumen: Este trabajo busca destacar las falencias que existían en nuestro ordenamiento jurídico sobre el financiamiento político y su control; cómo ese silencio no se llenó oportunamente en el texto original de la Constitución de 1980 al no reconocer decididamente el rol público de los partidos; cómo los primeros indicios de corrupción llevaron a elevar los principios de probidad y transparencia a la Carta; para en fin dar cuenta de cómo recientemente la Constitución y diversas leyes han diseñado un sistema para que el Servicio Electoral realice un eficaz control del financiamiento político que esperamos conduzca a elevar los niveles de confianza ciudadana en los partidos y en sus candidatos a cargos electivos.

Abstract: This paper seeks to highlight the shortcomings that existed in our legal system on political financing and its control; as that silence was not promptly in the original text of the 1980 Constitution by not recognizing decidedly the public role of the parties; how the first signs of corruption lead to the raising of the principles of probity and transparency to the Constitution; in order to give an account of how recently the Constitution and various laws have designed a system for the Electoral Service may form an effective control of the political financing which we hope will lead to raise the levels of citizens confidence in the parties and their candidates for elective positions.

Palabras clave: Partidos políticos. Financiamiento de la política. Probidad. Control.

Key words: Political parties. Political financing. Probity. Control.

¹ Abogado. Magíster LLM-UC y profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. E-mail: mpiasilvag@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

1.- El historiador nacional Ricardo Donoso cuenta que don Diego Barros Arana, pasando frente a la enorme casa ubicada en plena Alameda que adquirió Arturo Alessandri Palma mientras era diputado en 1902 y en cuya fachada hizo esculpir las iniciales de su nombre, alzando el bastón severamente expresó a sus acompañantes: “A A: Audacia Administrativa”. Es que, aunque Alessandri afirmaba que esa mansión la había adquirido con sus ingresos profesionales de abogado, se sospechaba que la había obtenido al influir en la adjudicación de contratos de obras públicas².

Si ello ocurría bajo la vigencia de la Constitución de 1833, durante la de 1925 situaciones parecidas también manifestaron una perniciosa relación entre el dinero y la política. La falta de conciencia de lo impropio de muchas de esas conductas llevó incluso a que, invocando como argumento que era necesario hacer más efectiva la facultad fiscalizadora del Parlamento, se dictara la ley 8.707, de 1946 –llamada la “ley de las pegas”–, que dispuso que en cada consejo directivo de los organismos fiscales hubiesen representantes de la Cámara y del Senado, con lo cual estos tendían a actuar en favor del Ejecutivo, afectándose de este modo gravemente la independencia de tales parlamentarios respecto de ese poder del Estado³.

También desde que se dictara la Constitución de 1980 se han ido sucediendo diversos hechos de corrupción o conflictos de interés, conocidos por una sociedad cada vez más informada, que opina a través de las redes digitales, exige a sus autoridades y a los políticos coherencia entre su discurso y su vida personal, tiene interés en controlar a los agentes públicos para comprobar que actúen íntegramente y conforme a derecho.

Destaca así en este último tiempo la divulgación –por el periodismo investigativo– de diversos nexos existentes entre la política y el mundo empresarial como consecuencia del financiamiento irregular de campañas políticas realizada a través de boletas ideológicamente falsas, de asesorías parlamentarias ejercidas sin control, de pagos efectuados a parlamentarios o a integrantes del Poder Ejecutivo para influir en la votación de proyectos de ley, de aportes de origen extranjero para aprovechar en una campaña presidencial los servicios de un avión privado, del rol ejercido por diversos

² Donoso (1951), pp. 65-66.

³ Silva Bascuñán (2000), pp. 102-104.

operadores políticos en campañas parlamentarias de representantes del Gobierno, etcétera.

Durante mucho tiempo se sostuvo que en Chile no existía el fenómeno de la corrupción, que este era ajeno a nuestra idiosincrasia, porque nos considerábamos un país serio muy diferente a otros de nuestro continente. Por ello, diversas situaciones que ponían en riesgo la debida relación que debe existir entre el poder y los intereses económicos no fueron oportunamente previstas por el orden jurídico con miras a impedir su ocurrencia.

Lo preocupante es que, al salir a la luz los hechos que hemos dado cuenta, la ciudadanía ha reaccionado manifestando una desconfianza generalizada hacia todos quienes detentan cargos públicos y a nuestras instituciones en general y, entre estas, especialmente, hacia los partidos políticos y sus representantes, como lo refleja la IV Encuesta Auditoría a la Democracia de 9 de septiembre del 2016 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁴.

La situación es grave si se tiene presente que la corrupción socava la democracia y el Estado de Derecho, porque, al debilitar fuertemente sus instituciones, lleva a la tentación de soluciones demagógicas que lo único que hacen es agudizar el problema.

2.- Al detenernos ahora en lo que nos interesa específicamente acá en materia de control del financiamiento de la política, no puede olvidarse, en primer lugar, que la función estatal de control vela porque las autoridades que integran la estructura del Estado sujeten su actuación al orden jurídico y respondan de las consecuencias de los actos realizados fuera de él. Tal función es ineludible en un Estado Democrático de Derecho, porque asegura que los diversos órganos se ajustarán, entre otros, a los principios de juridicidad, responsabilidad y eficiencia.

Pero el control no solo debe juzgar la regularidad de los actos estatales, sino asimismo la actividad de ciertas personas o grupos que, por sus características propias, también ejercen tareas que inciden en importantes valores colectivos, como ocurre tanto respecto de los partidos y de sus candidatos –quienes, no hay duda, ejercen poder político– como de los diversos agentes económicos que pueden actuar financiando a los primeros.

⁴ PNUD (2016), pp. 17, 22.

Por otra parte, las leyes que se dicten sobre el control del financiamiento de la política han de ajustarse a lo dispuesto en diversos preceptos de nuestra Constitución, como son los que consagran el derecho de toda persona a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, los principios de probidad y transparencia y también la norma constitucional que dispone que la Ley orgánica sobre sistema electoral debe regular el financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral.

Por lo tanto, una correcta regulación del financiamiento político debe garantizar la competitividad de las elecciones, de manera de lograr, por una parte, que el nivel y origen del gasto en las campañas no afecte la igualdad de condiciones para los candidatos que compiten en ellas y, por otra, que no ponga en riesgo la independencia con que actuarán durante el desempeño de sus cargos quienes en definitiva resulten elegidos. Es por ello que debe existir un adecuado control de tal financiamiento, para así evitar que este provenga de recursos cuya fuente sea ilícita e impedir que las autoridades electas sean capturadas por quienes hayan hecho tales aportes.

II. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y LAS INSTITUCIONES DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL QUE BUSCAN CONCRETARLO

3.- Todo lo que venimos diciendo se vincula con el principio de probidad, el cual no solo se aplica a los agentes públicos, sino también a los partidos políticos y a sus candidatos.

En cuanto a este principio, recordemos que los titulares de los órganos del Estado integran cuerpos cuya voluntad o voluntades, debidamente expresadas, valen como si fueran la manifestación directa y propia del querer del Estado. Es decir, sus decisiones se imputan al Estado, de modo que las consecuencias favorables o adversas son experimentadas por la sociedad civil en cuyo nombre actúan⁵. Como el Estado está al servicio de la persona humana (art. 1º, inciso 4º), entonces quienes ejercen una función pública –que es la actividad que desarrolla el Estado para conseguir su fin– lo deben hacer en aras del interés general y no de uno particular suyo.

⁵ Silva Bascuñán (1983), pp. 57-58.

Por lo dicho, los servidores públicos están sujetos al principio de probidad, concepto que, según nuestro ordenamiento jurídico, consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular (art. 54 inciso 2° de la Ley 19.653, del 14 de diciembre de 1999 y art. 1° de la Ley 20.880, del 5 de enero del 2016).

La necesidad de que los agentes públicos se ajusten al principio de probidad se vincula al fenómeno de la modernización del Estado, que suele asociarse con el grado de gobernabilidad y con el fortalecimiento de la democracia participativa en un determinado país, pero que también comprende la ordenación de la actuación estatal hacia el bien común, lo cual implica un marcado acento en el servicio de la comunidad⁶.

La contrapartida a la probidad es la corrupción, que, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “en las organizaciones, especialmente en las públicas, la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole de sus gestores”.

Se trata, entonces, de promover la debida actuación de los agentes públicos porque, si priman sus intereses personales, se puede ver alterada, eventualmente, la objetividad e imparcialidad para el desarrollo de la función pública a que han sido llamados. Esos intereses particulares se relacionan, de manera eminente –pero no exclusiva– con aspectos de carácter patrimonial o pecuniario.

Ahora bien, en este contexto es donde pueden surgir tanto los conflictos de interés –cuando concurren a la vez el interés general propio del desempeño de las funciones con un interés particular de quien ejerce dichas funciones– como el tráfico de influencias, que implica ejercer la potestad o la influencia que el cargo otorga en beneficio personal, de su familia o amigos, en lugar de aspirar a servir los intereses colectivos. Ello es sin perjuicio de los delitos que puedan acompañar estas figuras.

4.- Revisemos ahora cómo nuestra institucionalidad –y en especial la Constitución– se preocupa de velar porque en la actuación de quienes ejercen funciones públicas exista preeminencia del interés público por sobre el privado.

⁶ Barra (2007), p. 16.

Recordemos, en primer lugar, que de diversos preceptos de la actual Carta se pueden deducir los fundamentos del principio de *probidad*, puesto que su texto establece que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es el bien común” (art. 1 inc. 4°), los órganos del Estado deben sujetarse a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes (art. 6), se establecen los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado y el principio de legalidad (art. 7) y se consagran los principios en que debe basarse la carrera funcionaria y el de responsabilidad (art. 38).

Si no puede olvidarse que la primera función de la Constitución es hacer posible, como una expectativa, la existencia del interés general⁷, y por ello la probidad es un principio constitucional que –como ya vimos– puede deducirse de sus normas, tal postulado adquiere mayor certeza, en cuanto a su existencia y cumplimiento, si está expresamente consagrado en la Carta.

Pues bien, como consecuencia del trabajo hecho por la Comisión de Ética Pública creada por el presidente Frei Ruiz Tagle –que fuera el primer organismo estatal preocupado por el problema de la corrupción en Chile y cuyo informe se dio a conocer en 1994–, se dictó la Ley 19.653 de Probidad Administrativa, de diciembre de 1999, incorporada a la LOC de Bases de la Administración del Estado.

Ese antecedente llevó a que la ley de reforma constitucional N° 20.050 del 2005 incorpora en el capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, el siguiente art. 8°: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones” (art. 8 inc. 1°).

Además, el constituyente del 2005 buscó establecer un sistema de “control social” a través de la vigilancia y evaluación, en un proceso continuo, de las actividades de los agentes e instituciones públicas. Es por eso que incorporó también al art. 8° un inciso 2° que dispone: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de

⁷ Núñez (2015), p. 164.

dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

A partir del carácter público de los actos estatales, el nuevo art. 8° impone también a los órganos del Estado el deber de permitir y promover el conocimiento de las decisiones públicas, así como de los fundamentos en que se apoyan y de los procedimientos conforme a los cuales se han adoptado, haciendo realidad la obligación –que se deduce de norma constitucional– de obrar con transparencia. El mismo precepto se completó luego a través de una reforma constitucional que obligó a ciertas autoridades a hacer declaración de su patrimonio e intereses y estableció la figura del fideicomiso ciego (Ley N° 20.414, del 4 de enero del 2010).

Otras instituciones contenidas en la Carta de 1980 –muchas de ellas recogidas de textos constitucionales anteriores–, se fundan asimismo en el principio de probidad y en el de la debida autonomía con que deben actuar quienes ejercen funciones públicas. Así, por ejemplo, se establece el privilegio de la dieta, las prohibiciones parlamentarias, las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara, la acusación constitucional, el rol fiscalizador de la Contraloría del ingreso e inversión de los fondos en organismos estatales y el examen de las cuentas, etcétera.

III. FINANCIAMIENTO DE LA POLÍTICA Y RECONOCIMIENTO DE LOS PARTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1925 Y LA DE 1980

5.- La consagración del nuevo art. 8, y de otros vinculados al control de la actuación de quienes ejercen funciones públicas, no basta sin embargo para aplicar el principio de probidad al financiamiento de los partidos debido a las particularidades que estos revisten.

En efecto, los partidos políticos constituyen tanto grupos intermedios como instituciones de naturaleza política porque son asociaciones de personas que, compartiendo un ideal común, persiguen alcanzar el poder del Estado para influir en él. Por ello no tienen un carácter estrictamente privado, porque contribuyen a formar la voluntad política del pueblo y son esenciales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa, ya que sus personeros son llamados a acceder a los cargos de elección popular con miras a servir al interés nacional.

Ahora bien, para ejercer sus funciones propias, resulta indispensable que los partidos cuenten con recursos económicos.

El financiamiento de los partidos y de sus gastos electorales dice relación, por una parte, con las características y actividades que ejercen los partidos políticos y, por otra parte, específicamente, tanto con la forma en que sus candidatos a cargos de elección popular obtienen fondos para desplegar sus campañas, como con los medios económicos de que deben disponer los propios partidos para su adecuado funcionamiento.

Entonces si no puede haber democracia representativa sin partidos, tampoco puede haber partidos sin los recursos necesarios para mantenerlos. Para ello deben gozar de personalidad jurídica, a fin de poder disponer de un patrimonio y de administrarlo. Por lo tanto, la relación de los partidos con el dinero resulta evidente.

Como se trata de organizaciones ciudadanas y no de entes propiamente públicos, en este plano no están sujetos a los mismos resortes de control y fiscalización que afectan a los órganos estatales como consecuencia de la aplicación del principio de juridicidad (art. 7 de la Carta Fundamental), el cual constituye una de las bases esenciales de un Estado de Derecho. De allí que, por la importancia que reviste su rol en una democracia y porque sus candidatos integrarán cargos públicos de elección popular, se hace necesario establecer un estatuto especial que regule su financiamiento, el que debe hacer extensivo a los partidos los principios de probidad y de transparencia.

De no ocurrir aquello, el primer problema que se plantea es el de la desigualdad económica que puede surgir entre los diferentes partidos y sus candidatos, contrapuesto al principio de la igualdad de oportunidades, afectando la competitividad de las elecciones, amenazando la estabilidad y la legitimidad del sistema de partidos. El segundo problema es que, si el financiamiento de las campañas y de los partidos proviene de fuentes y actividades ilícitas, tanto los partidos como las autoridades electas pueden ser capturados por sus donantes, perdiendo su autonomía y su inclinación a perseguir el bien común, cayendo entonces en la corrupción⁸.

Para impedir que los partidos queden expuestos a presiones externas de grupos de interés o de dineros provenientes de fuentes ajenas al interés

⁸ Santano (2015), p. 277.

público que debe guiar su actuación, los ordenamientos jurídicos emplean diferentes mecanismos como, por ejemplo, la entrega de subsidios públicos, la imposición de límites a los gastos electorales, el control estatal de dichos gastos, la prohibición de recibir donaciones de ciertos entes privados⁹.

Lo importante en cualquier legislación que se establezca al respecto es que debe encontrar un punto de equilibrio entre el financiamiento público y el privado porque, si se privilegia el primero, puede existir una posible dependencia respecto del Estado (abriendo un peligroso camino de “estatalización” de los partidos), que se traduce en un alejamiento de los partidos de la sociedad, pero, si se privilegia el financiamiento privado, puede producirse una desmesurada influencia de los particulares sobre los partidos¹⁰.

6.- Ahora bien, con el fin de comprender cómo se ha regulado el financiamiento de los partidos políticos en Chile, me parece necesario analizar primero la forma en que estos fueron reconocidos y regulados durante la vigencia de la Constitución de 1925 y luego también durante la actual.

a) Los partidos políticos en la mirada de la Constitución de 1925

En su texto original, la Carta de 1925 mencionaba a los partidos solo cuando, al aludir a las elecciones parlamentarias, disponía que en ellas debía emplearse un procedimiento que diera “por resultado una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos” (art. 25). No es raro que la primera referencia que se hizo a los partidos se vinculara a una de sus funciones más típicas, como es la de participar en los procesos electorales.

Durante la vigencia del texto primitivo de la Carta de 1925 se dictó la Ley 14.851 de 1962, la cual, por primera vez, reconoció personalidad jurídica a los partidos desde el momento en que registraran sus estatutos ante el Director del Registro Electoral, beneficio de que no gozaban con anterioridad. Esto último les había impedido formar, manejar y disponer de un patrimonio propio, por lo que, para poder cumplir con sus objetivos, los partidos debieron recurrir a todo tipo de subterfugios –como la creación

⁹ PNUD (2014), p. 410.

¹⁰ Santano (2015), p. 278.

de corporaciones o fundaciones con objetos más o menos amplios, clubes sociales o colocación de bienes a nombre de personas naturales– y sin adecuados sistemas de control y de responsabilidad¹¹.

Posteriormente, la ley de reforma N° 17.398, de 1971, llamada “Estatuto de Garantías”, mediante una norma especial aseguró el derecho de los chilenos de agruparse en partidos y señaló que sus objetivos eran concurrir a determinar la política nacional (art. 9); les reconoció personalidad jurídica de derecho público, por lo que su calificación no dependería de la autoridad ni serían disueltos por ella; les garantizó libertad para darse la organización que estimaren conveniente, pudiendo la ley fijar normas que reglamentaran la intervención de los partidos en la generación de los poderes públicos. Con esto último, según expresara Alejandro Silva en su Tratado¹², se estableció la obligación de proporcionar los medios indispensables para que los partidos pudieran cumplir sus objetivos propios, dando pie para que la ley regulara el tema del financiamiento público o privado de los partidos y el control del gasto electoral. Sin embargo, tal ley no fue dictada mientras rigió la Constitución de 1925, con lo cual siguió la falta de regulación en esta materia.

b) Los partidos bajo la Carta de 1980

La intervención de 1973 trajo una mirada crítica hacia los partidos, a quienes se hizo en gran parte responsables de la crisis institucional que la antecedió. El diagnóstico del régimen militar fue que los partidos habían sido los grandes responsables del quiebre institucional al haberse excedido en su marco natural, lo que había llevado a una hiperinflación de desarrollo político, por lo que se hacía necesario limitar la política¹³. Consecuentemente no solo se adoptaron una serie de medidas para impedir la actividad partidaria durante los primeros años del gobierno militar, sino que la Constitución de 1980 buscó reducir al máximo la participación de los partidos en la vida nacional, desconociendo que son uno de los instrumentos más fundamentales para lograr una efectiva participación democrática del pueblo.

¹¹ Silva Bascuñán (2010), p. 115.

¹² Silva Bascuñán (2010), p. 112.

¹³ Zapata (2015), p. 476.

Así, mientras se elaboraba la Constitución, los partidos primero estuvieron en receso, luego fueron disueltos y además proscrita su actividad hasta muy avanzado el régimen militar. Además, la mirada reticente hacia los partidos políticos se expresó de diversos modos en los antecedentes que fundaron el texto constitucional, al punto que incluso se propuso no reconocerlos, considerándose en definitiva que por razones prácticas y de realismo político no podía la Carta prescindir de su existencia¹⁴.

Esa desconfianza hacia los partidos y la visión sesgada que tuvo el constituyente se aprecia en la forma en que los regula en el art. 19 N° 15. Dicha norma –incluida dentro de la que asegura en forma amplia el derecho de asociación– si bien se refiere a los partidos, no los define ni les señala cuál es su función propia, no los considera personas jurídicas de derecho público, ni les reconoce derechos –como sí lo hacía el Estatuto de Garantías de 1970–, aludiendo a ellos solo para imponerles obligaciones y restricciones en su actuación^{15 16}.

Ocurrió que, como los partidos políticos son asociaciones voluntarias de ciudadanos que reflejan el pluralismo de las distintas miradas que la sociedad tiene acerca de la idea de bien común con miras a competir democráticamente para alcanzar el poder, esas diversas visiones resultaban contrarias a la política hegemónica del régimen encargado de elaborar una

¹⁴ Puede verse al respecto el oficio del general Pinochet dirigido a la Comisión Ortúzar de 1977, en el que le da a conocer algunas ideas que debería recoger el texto constitucional, y el informe de la Comisión Ortúzar que acompaña el anteproyecto de nueva Constitución, de 16 de agosto de 1978, denominado “Proposiciones e Ideas Precisas” (N° 15). También pueden consultarse en ese sentido las opiniones contrarias a su reconocimiento, expresadas en la sesión 373 de la Comisión Ortúzar por Jaime Guzmán (p. 2613), Enrique Ortúzar (p. 2614) y Raúl Bertelsen (p. 2615).

¹⁵ Silva Gallinato (2007), pp. 320-322.

¹⁶ Solo recientemente la Ley 20.915, del 15 de abril del 2016, modificó la ley 18.603, de 1987, orgánica constitucional de Partidos Políticos, y que contemplaba una definición poco precisa acerca del rol de los partidos; incorporó el siguiente nuevo art. 1°:

“Los partidos políticos son asociaciones autónomas y voluntarias organizadas democráticamente, dotadas de personalidad jurídica de derecho público, integradas por personas naturales que comparten unos mismos principios ideológicos y políticos, cuya finalidad es contribuir al funcionamiento del sistema democrático y ejercer influencia en la conducción del Estado, para alcanzar el bien común y servir al interés nacional. Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y expresión de la voluntad popular, son instrumento fundamental para la participación política democrática, contribuyen a la integración de la representación nacional y son mediadores entre las personas y el Estado. Los partidos políticos deberán contribuir al fortalecimiento de la democracia y al respeto, garantía y promoción de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, y en las leyes”.

nueva Carta Fundamental, lo que explica entonces la reticencia que ella expresa a esa forma asociativa.

Por otra parte, del texto parece deducirse una mirada individualista y de derecho privado respecto de estas asociaciones. En efecto, al no consagrarlas en una regla separada a la del derecho de asociación, al no ponerse énfasis en su rol público y al no definirse sus finalidades dentro de la democracia, el constituyente trata de minimizar su rol considerándolos simplemente un cuerpo intermedio, sujeta además su actividad a una serie de limitaciones y prohibiciones.

Llama la atención que, habiendo transcurrido más de veinticinco años desde el retorno a la democracia en Chile, solo se haya modificado el precepto constitucional del art. 19 N° 15 para permitir a los partidos convocar a elecciones primarias para elegir a sus candidatos a cargos de elección popular¹⁷, pero que no se haya incorporado una reforma constitucional que los profile adecuadamente y les confíe las herramientas adecuadas para lograr cumplir con su finalidad propia.

IV. LA REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO POLÍTICO

8.- Entre las restricciones que impone la Constitución de 1980 a los partidos, aparte de afirmar que estos no pueden tener privilegio alguno de la participación ciudadana, el art. 19 N° 15 inc. 5° dispone que “su contabilidad deberá ser pública y que las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero”.

Por su parte, la Ley orgánica constitucional de Partidos Políticos N° 18.603, del 23 de marzo de 1987 –promulgada en las postrimerías del régimen militar y que fuera la primera que en nuestra historia organizara su actividad¹⁸, los definió como asociaciones voluntarias de ciudadanos dotadas de personalidad jurídica, aunque no de derecho público (art. 1), reprodujo y desarrolló en su texto varias de las restricciones que les impusiera el constituyente e incorporó incluso nuevas limitaciones. En relación a las actividades propias de los partidos les reconoce, entre otras,

¹⁷ Ley de reforma constitucional N° 20.414, del 4 de enero del 2010.

¹⁸ Ribera (2008), p. 127.

las conducentes para obtener para sus candidatos el acceso constitucional a los cargos de elección popular (art. 2).

En relación al patrimonio de los partidos, la Ley orgánica solo estableció que le corresponde a su Directiva Central administrarlo, rindiendo cuenta anual al Consejo General (art. 25 b), el cual puede aceptar o rechazar el balance (art. 26), para luego, en el Título V, tratar “Del financiamiento de los partidos políticos”, aludiendo a que los ingresos de los partidos estarán constituidos por las cotizaciones de sus afiliados, por donaciones, por asignaciones testamentarias y por los frutos de sus bienes (art. 33); y, por último, repitiendo la regla constitucional, expresa que solo pueden tener ingresos de origen nacional.

Las reglas tan escuetas que contemplaba la Ley orgánica sobre los recursos de los partidos, no cambiaron el panorama anterior y evidenciaban una falta de preocupación por el tema de un legislador que estuvo más interesado en imponer restricciones a los partidos que en entregarles las herramientas necesarias para funcionar adecuadamente.

Además, si bien la Ley N° 18.603 fue objeto de diversas modificaciones menores por las Leyes Nos. 18.799, de 1989; 18.905, 18.963, 19.527 y 19.806, ninguna de ellas modificó las reglas de financiamiento que, como puede observarse, eran pocas.

9.- Tuvieron que pasar varios años desde la dictación de la ley orgánica de partidos y del retorno de la democracia en Chile para que, recién el 5 de agosto del 2003, se regulara expresamente el financiamiento de la política, tanto a través de la Ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, como de la Ley N° 19.885. Este último cuerpo normativo permitió rebajar como gasto necesario para producir la renta parte de las donaciones efectuadas a los partidos políticos, a los institutos de formación política y a los candidatos a ocupar cargos de elección popular que autorizó efectuar la Ley 19.884¹⁹.

El país había cambiado: si bien la actividad política-partidista, por una parte, se había legitimado en su ejercicio y había adquirido la importancia que tiene para el fortalecimiento de la democracia, también

¹⁹ En su sentencia rol 377, el Tribunal Constitucional, al conocer del proyecto de ley sobre donaciones a entidades políticas, sostuvo que sus normas forman parte, por su propio contenido, de las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren los arts. 18 y 19 N°15 inc. 5°.

habían comenzado a conocerse nuevos hechos de corrupción que – como ya recordamos– llevaron a la dictación primero, en 1999, de la Ley N° 19.653 sobre Probidad y Transparencia, aplicable a quienes actúan en la Administración del Estado, y luego a elevar a nivel constitucional esos mismos principios en el 2005.

Asimismo, como da cuenta el informe del PNUD, si hasta el 2014 los chilenos no subestimaban el papel que, en abstracto, cumplen los partidos en una democracia²⁰, también empezó a expresarse una tendencia en la opinión pública que veía cada vez con mayor escepticismo la forma en que financiaban sus campañas, sospechándose que algunos lo hacían, por ejemplo, a través de fondos fiscales. Era indispensable, entonces, regular el origen de los recursos que financiaban la política, asegurando la probidad, la transparencia y un adecuado control, como ocurría ya con respecto a la actuación de los funcionarios públicos.

Fue la Ley N° 19.884, del 5 de agosto del 2003 y dictada durante el mandato del presidente Ricardo Lagos, la primera que reguló en Chile lo relacionado con el financiamiento de las campañas políticas, los límites, el control y las medidas de publicidad de los gastos que realizaran los partidos y candidatos vinculados a las elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales.

A esa legislación se sumó posteriormente la reforma constitucional que terminó con el silencio que guardaba la Carta en relación a los gastos de las campañas electorales y que se contuvo en la Ley N° 20.337, del 4 de abril del 2009, la cual, modificando su art. 18, en lo relativo a la ley orgánica constitucional que debe regular el sistema electoral, agregó la siguiente oración: “Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral”.

La elevación a rango constitucional de la materia –como dijo don Alejandro Silva en su Tratado– “garantiza a los partidos y a la sociedad entera la existencia de un sistema legal que controla el gasto electoral, con el objeto de que las contiendas electorales se desarrollen bajo condiciones igualitarias entre las distintas tiendas partidistas”, pero también constituye un medio de transparentar y controlar la licitud de los fondos destinados a ese objetivo, evitando así malas prácticas que dieran pie a actos de corrupción²¹.

²⁰ PNUD (2014), p. 291.

²¹ Silva Bascuñán (2010), p. 165.

Entre otras reglas, la Ley N° 19.884 definió lo que entiende por gasto electoral (art. 2); cuál es el período de campaña electoral (art. 3); los límites que impone a los gastos electorales (Título I, párrafo 2), fijando valores diferentes dependiendo del tipo de candidatura; indicó el límite de gastos que podrá efectuar cada partido (art. 5), imponiendo sanciones si se exceden esos límites; distingue entre financiamiento privado y público, permitiendo que el privado provenga no solo de personas naturales sino también de personas jurídicas con fines de lucro y disponiendo que el Estado debía financiar y reembolsar los gastos en las cantidades, proporciones y formas que señalaba la ley (art. 13); precisa que los aportes son anónimos, reservados o públicos (art. 17 a 23); prohíbe los aportes de origen extranjero, con la excepción de los provenientes de extranjeros habilitados para ejercer el derecho a sufragio en Chile (art. 24); prohíbe a los partidos recibir aportes de los órganos estatales (art. 25) y de personas jurídicas públicas o privadas sin fines de lucro con excepción de los partidos.

10.- Sin embargo, el objetivo de la Ley 19.884 no se cumplió satisfactoriamente. En la práctica, hubo amplios espacios para la transgresión del principio de transparencia por los donantes a las campañas, partidos y candidatos, evitándose el escrutinio público y generándose dudas en relación a la independencia de los actores políticos respecto de los intereses particulares. Entre las críticas formuladas a la ley estuvieron que permitió el aporte de empresas y que el Servicio Electoral no poseía suficientes competencias para perseguir y sancionar a sus infractores.

En ese clima, la presidenta Bachelet creó, en marzo del 2015, un Consejo Asesor, presidido por el economista Eduardo Engel, que elaboró un completo informe dirigido a impulsar una agenda legislativa para combatir la corrupción en Chile. Es así como durante el 2016 se dictaron las siguientes leyes: la N° 20.880, del 5 de enero, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los conflictos de interés; la N° 20.900, del 14 de abril, sobre Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia, y la Ley N° 20.915, del 15 de abril, que modificó la Ley 18.603 orgánica constitucional de Partidos Políticos.

Una de las proposiciones de la Comisión Engel consistió en confiar al Servicio Electoral el control y fiscalización de las regulaciones sobre gasto electoral y financiamiento de los partidos, para lo cual resultaba indispensable reconocerle autonomía constitucional. Consecuentemente, mediante la Ley N° 20.860, del 10 de octubre del 2015, se agregó a la Carta Fundamental un nuevo artículo (art. 94 bis) que constituye al Servel

como *un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios*, encargado de ejercer la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios; del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; de las normas sobre los partidos políticos. Su dirección superior corresponde a un Consejo Directivo, integrado por cinco miembros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, que duran diez años en sus cargos y están sujetos a un régimen que asegura su independencia y responsabilidad.

Por poseer autonomía constitucional, el Servicio Electoral se somete solo a la Ley Fundamental y a la ley orgánica que lo regula, conservando autodeterminación funcional y administrativa. Tal autonomía resulta fundamental para que ejerza adecuadamente sus facultades de supervigilancia y control para el cumplimiento de las leyes sobre la materia, como son las ya mencionadas leyes de Probidad en la Función Pública y Prevención de los conflictos de interés; de Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia y modificatoria de la ley orgánica constitucional de Partidos.

Se intenta así que el órgano de control –como dicen Urcullo y Moya– tenga la “voluntad política para actuar y ser eficiente e imparcial. Para ello es importante que sea un ente independiente y que cuente con recursos económicos y humanos suficientes para desempeñar sus tareas, disponer de infraestructura adecuada, tener personal capacitado y tener equipamiento y sistemas de información efectivos”²².

El nuevo marco legal da cuenta de un cambio sustancial en la forma en que hasta ahora habíamos enfrentado el tema del financiamiento de la política. Teniendo presente los problemas que surgieron durante la aplicación de la ley N° 19.884, se ha hecho un enorme esfuerzo porque el nuevo sistema impida la práctica de conductas corruptas tanto por parte de los agentes públicos como de los privados, de manera de garantizar la libre competitividad de las elecciones y la estabilidad y legitimidad del sistema de partidos.

²² Urcullo y Moya (2009), p. 9.

V. PALABRAS FINALES

No es esta la ocasión para analizar con detalle las nuevas reglas sobre el financiamiento político y su control. Aquí solo quise destacar principalmente la importancia que reviste para el sistema de partidos la regulación de esta materia y la forma en que nuestra institucional había abordado la relación entre la política y el dinero. Como ya vimos, si bien bajo la Carta de 1925 se hicieron los primeros avances, la mirada del constituyente de 1980 hacia los partidos no favoreció una preocupación real por el tema. Solo desde el retorno de la democracia en Chile, y como consecuencia de los primeros indicios de corrupción que se dieron a conocer, primero fueron elevados los principios de probidad y transparencia al texto constitucional, para luego hacerlos extensivos al financiamiento político tanto a través de la Ley de reforma constitucional N° 20.337 como de la Ley N° 19.884. Tal regulación, sin embargo, hubo de ajustarse en este último tiempo con miras a establecer un sistema más eficaz de control, el cual se puso por primera vez a prueba con motivo de las elecciones municipales que se desarrollaron el día 23 de octubre del 2016.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Barra Gallardo, Nancy (2007). *Probidad Administrativa*, tercera edición, Santiago, Thomson Reuters.
- Donoso, Ricardo (1952). *Alessandri: agitador y demoleador*, Tomo I, México, Fondo de Cultura Económica.
- Núñez Poblete, Manuel (2015). *Probidad como principio rector de rango constitucional*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, en http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion_web, 2015.pdf, pp. 163-192.
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (2014). *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*, Santiago, Edito Lom.
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (2016). *IV Encuesta Auditoría a la Democracia*, en http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/gobernabilidad/undp_cl_gobernabilidad_PPTencuesta_final_2016.pdf
- Ribera Neuman, Teodoro (2008). “Estatuto jurídico de los partidos políticos en Chile. Veinte años de la ley orgánica constitucionales de los partidos políticos”, en Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Navarrete, Jorge y Walker, Ignacio, *Reforma de los partidos políticos en Chile*, Santiago, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, ProjectAmérica y CIEPLAN.

- Santano, Ana Claudia (2015). “Partidos políticos, campañas electorales y mecanismos de financiación en el derecho comparado”, *Revista de Derecho Público*, N° 82, primer semestre, pp. 275-298.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1980). *Derecho Político, ensayo de una síntesis*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Silva Gallinato, María Pía (2007). “Las órdenes de partido”, en *XXXVII Jornadas de Derecho Público*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. I, pp. 317-330.
- Urcullo Cosío, Luis Gonzalo y Moya Díaz, Emilio José (2009). *Control del financiamiento y gasto electoral en Chile*, Santiago, Ed. Andros.
- Zapata Larraín, Patricio (2015). *Partidos políticos y participación ciudadana*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, en http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion_web, 2015.pdf, pp. 473-502.

Normas citadas

- Ley 8.707, de 1946.
- Ley 14.851, de 1962.
- Ley 17.398, de 1971.
- Ley 18.603, del 23 de marzo de 1987.
- Ley 19.653, del 14 de diciembre de 1999.
- Ley 19.884, del 5 de agosto del 2003.
- Ley 19.885, del 5 de agosto del 2003.
- Ley 20.050, del 26 de agosto del 2005.
- Ley 20.337, del 4 de abril del 2009.
- Ley 20.414, del 4 de enero del 2010.
- Ley 20.860, del 10 de octubre del 2015.
- Ley 20.880, del 5 de enero del 2016.
- Ley 20.900, del 14 de abril del 2016.
- Ley 20.915, del 15 de abril del 2016.

EL CONTROL DEL PODER Y DISTRIBUCIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTES EN CHILE

ACCOUNTABILITY AND ORGAN ADJUDICATION TO TRANSPLANT IN CHILE

ALEJANDRA ZÚÑIGA-FAJURI¹

Resumen: Recientes estudios muestran que la gran mayoría de las personas en Chile manifiestan su rechazo a la donación de órganos debido a lo “oscuro” del sistema de procuramiento y adjudicación. La consecuencia de esta desconfianza mantiene nuestros índices de donación muy por debajo de la media de los países de la OCDE y, por ello, el número de muertes de pacientes en listas de espera sigue aumentando. Mejorar el control y transparencia de los órganos a cargo del sistema resulta fundamental para cambiar, en el corto plazo, este oscuro panorama.

Abstract: Studies show that the majority of Chilean people reject organ donation because of the opacity of the procurement and adjudication system. The consequence of this mistrust keeps our donation rates well below the average of the OECD countries and, therefore, the number of deaths of patients waiting for an organ. Improve accountability of system’s organs is essential to change this current situation.

Palabras clave: Control. Donación de órganos. Transparencia.

Key words: Accountability. Organ donation. Transparency.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Académica de Derecho Constitucional, Teoría Política y Bioética de la Universidad de Valparaíso, Chile. Miembro del Comité Institucional de Ética Científica (CEC-UIV) para la Investigación en Seres Humanos de la Universidad de Valparaíso.

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.
Rawls, *A Theory of Justice*²

1. ¿Qué poder es el que se busca controlar cuando se estudian los mecanismos de control del poder del Estado? El poder de determinar distintos arreglos sociales que fijan la división de las ventajas y los mecanismos de participación distributiva. Dicho de otro modo, el poder del Estado que determina tanto el modo de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas como la distribución apropiada de los beneficios y cargas en la cooperación social. Luego, el poder que requiere control es el poder de distribuir bienes escasos. De regular el qué, cómo y quién distribuirá esos bienes escasos, teniendo presente que las personas en sociedad se caracterizan tanto por el conflicto como por la identidad de intereses.

Podríamos preguntarnos, entonces, ¿es el Estado el principal distribuidor de bienes? ¿No se supone que esa es tarea del mercado? Sin duda, gran parte de los bienes o recursos sociales son distribuidos por el mercado, utilizando el mecanismo de los precios y las reglas de oferta y demanda. Con todo, hay bienes sociales que, por su naturaleza, requieren una distribución mixta, tanto por el mercado como por el Estado. Es el caso de aquellos bienes básicos fundamentales para garantizar la justa igualdad de oportunidades en la que se sustentan las sociedades democráticas modernas. El cuidado sanitario, la educación, la previsión, son algunos de los bienes que, reconocidos constitucionalmente como derechos, requieren de especial fiscalización al momento de su adjudicación, sea por el Estado o por el mercado.

Ahora, hay esferas en las cuales la falta de control, la mala comunicación de los mecanismos de distribución y la sospecha ciudadana puede ser fatal. Y no uso aquí el término “fatal” en un sentido metafórico, pues estoy hablando de la adjudicación del bien “órgano” para trasplante. Sabemos que la falta de información sobre cómo se administran las listas de espera y se distribuyen recursos escasos es frecuente en todas las áreas de la medicina. Sin embargo, es en materia de trasplantes de órganos donde la ausencia de transparencia y percepción de injusticia derivada genera mayores

² Rawls (1973), p. 3.

perjuicios, pues los estudios evidencian una estrecha relación entre la negativa a donar órganos y la desconfianza en el sistema. Es en materia de donación de órganos donde la ausencia de control y *accountability* de parte de los órganos del Estado encargados de distribuir el recurso escaso “órgano”, resulta en la muerte diaria de personas.

2. En Chile, la desconfianza en la justicia del sistema de adjudicación de órganos es la principal causa esgrimida por la población para no ser donante. Distintos casos de notoriedad pública en los últimos años (como los trasplantes en tiempo récord para el exministro del Interior Edmundo Pérez Yoma o para la esposa del exministro de Salud Jaime Mañalich) no han hecho más que afianzar dicha percepción³. Recientes estudios muestran que casi el 70% de las personas encuestadas manifiestan su rechazo a la donación debido a lo “oscuro” del sistema de adjudicación de órganos. La consecuencia de estos casos, sumado a la desconfianza general en el sistema de salud, hizo caer drásticamente los índices de donación y, con ello, el número de muertes de pacientes⁴.

Estas son las consecuencias de la aparente falta de control del Estado (en este caso, del MINSAL) en su tarea de distribuir uno de los bienes sociales más escasos que existen: los órganos. Pero, ¿cómo funciona el sistema? ¿Quiénes son los encargados de hacer esta distribución de recursos? ¿Quiénes son los encargados de ejercer el control de este proceso?

3. Para más de 1.700 pacientes que se encuentran a la espera de un trasplante, la donación oportuna es la única alternativa para mantenerse con vida⁵. Este es un *proceso* que contempla desde la detección del donante hasta la extracción, procuramiento y trasplante del órgano con equipos y técnicas de alta complejidad y costo elevado. En Chile, Fonasa (y algunas Isapres) financian los trasplantes de órganos y tejidos de aquellos beneficiarios que se encuentran ingresados en la Lista Única de Espera Nacional, manejada

³ Universidad Diego Portales (2011). *Estudio donación de órganos para trasplantes: conocimiento y disposición de la población*, Santiago.

⁴ Zúñiga-Fajuri, Alejandra (2015). “Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile”, *Bulletin of the World Health Organization*, N° 93, pp. 199-202.

⁵ ¿Qué órganos se pueden trasplantar? Los órganos y tejidos que pueden ser trasplantados desde un donante en muerte cerebral son: corazón, pulmones, hígado, páncreas, riñones, intestino, córneas, huesos y piel. En el caso de donantes en parada cardio-respiratoria, actualmente en nuestro país solo existe programa para extraer las córneas. En el caso del donante vivo, se pueden trasplantar riñón, pulmón, hígado, intestino y páncreas.

por el Instituto de Salud Pública (ISP) bajo la *Coordinación Nacional de Procuramiento y Trasplante de Órganos y Tejidos* del Ministerio de Salud.

Todo este sistema, por cierto, es nuevo. Fue creado recién con la reforma a la ley de trasplantes del año 2010 y comenzó a funcionar el año 2012. Si nos seguimos preguntando por quién controla el poder en este tema, podremos constatar una red de órganos y personas cuya regulación y fiscalización es, en principio, desconocida. Así, en principio, si usted llegara a necesitar un órgano lo primero que debiera hacer es gestionar su ingreso en la lista de espera del ISP. Ese ingreso es realizado por los médicos y/o coordinadores de los centros de trasplante en base, según dispone la ley, a la necesidad médica:

Artículo 2 bis: “Las personas cuyo estado de salud lo requiera tendrán derecho a ser receptoras de órganos”⁶.

Luego, en principio, el único criterio que se exige para ser ingresado a la lista de espera es la *necesidad sanitaria* que puede ser constatada, al parecer, por cualquier médico. Ahora, que usted logre ingresar en la lista de espera no significa que pueda ser receptora de un órgano, pues la lista de espera está organizada por criterios de costo-eficiencia definidos por la economía de la salud y que buscan garantizar que el órgano no se desperdicie. Los factores son definidos por el Ministerio de Salud e incluyen datos sobre la compatibilidad (histocompatibilidad) entre donante y receptor (como grupo sanguíneo, talla, peso) y factores que permiten predecir el éxito del trasplante, como la salud del paciente –sus adicciones, por ejemplo– y la edad.

El trabajo de la Coordinación Nacional de Procuramiento de Órganos y Tejidos incluye dos niveles operativos. Primero, la coordinación de procuramiento que existiría en todos los hospitales del país con capacidad de generar donantes (que son, en esencia, los de alta complejidad). Estas unidades estarían conformadas mayoritariamente por enfermeras con dedicación exclusiva a la pesquisa de potenciales donantes.

Luego, está la Coordinación Central que se encarga de gestionar todos los procesos asociados a la generación, validación y asignación de órganos a pacientes en lista de espera. De este modo, si un paciente apto para

⁶ Ley 20673 “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos”, del 7 de junio del 2013.

ser donante muere en uno de estos hospitales y la enfermera a cargo del procuramiento logra pesquisar ese hecho y convencer a la familia, entonces notificará a la Coordinación Central para que gestione la coordinación entre el Laboratorio de Histocompatibilidad y el ISP, que es quien mantiene al día la famosa “lista de espera”⁷, que se encontraría priorizada por gravedad y antigüedad del paciente en la lista.

Con todo, el lugar del procuramiento y del domicilio del paciente también es muy importante. Debido a que el tiempo de isquemia (lo que dura un órgano) es muy breve (solo unas horas), se prioriza el trasplante en el lugar donde se obtuvo el órgano. Esto, en la práctica, supone graves problemas de equidad pues, ante la falta de infraestructura hospitalaria en Chile, y aunque todas las regiones aportan con órganos, más del 90% de los trasplantes se realizan en la RM y la V región⁸.

Es así que la gran cantidad de factores que influyen en la adjudicación de un órgano y el secretismo (“confidencialidad”) casi absoluto en torno a quién y por qué se llega a recibir un órgano, hace que la gente, muy justificadamente en mi opinión, no confíe en el sistema. El poder, en el caso de los trasplantes de órganos en Chile, no solo está dividido, sino que carece de controles serios, externos, capaces de dar a la población seguridad sobre la justicia del sistema. Por ello, la falta de donantes.

Norman Daniels y James Sabin, al revisar el déficit de transparencia en el sistema de trasplantes en los Estados Unidos, proponen cuatro posibles criterios de transparencia:

- (i) Transparentar el algoritmo de asignación (disponible públicamente en algunos sistemas actuales).
- (ii) Transparentar las listas de espera (que abarca la eliminación del anonimato).

⁷ En el caso de la lista de espera para trasplante renal de donante fallecido, la priorización e identificación del receptor se realiza una vez procurado el órgano, ya que se requieren estudios de histocompatibilidad del donante y de pruebas cruzadas entre este y potenciales receptores.

⁸ Según la información oficial del MINSAL, existen seis hospitales en Santiago que funcionan como “centros de procuramiento y trasplante” y otros seis para el sur del país (Valparaíso, Talca, Concepción, Talcahuano, Temuco y Valdivia). Esto significa que en el resto del país –todo el norte de Chile– no existen hospitales capaces de captar órganos o realizar trasplantes. <http://www.minsal.cl/centros-de-procuramiento-y-trasplante/>

(iii) Permitir la participación del público en la definición de los criterios destinados a formar el algoritmo de asignación, y

(iv) Permitir que los potenciales beneficiarios puedan impugnar las decisiones de asignación⁹.

Los autores buscan generar una ética en la asignación de órganos fundada en la idea de que no basta con explicar a los pacientes cuáles son los criterios de selección de la lista de espera, sino que es necesario que la transparencia se mantenga durante todo el proceso. De lo contrario, sin procedimientos claros, criterios públicamente consensuados y mecanismos de fiscalización (*accountability*), los índices de donación de órganos no van a mejorar sustancialmente.

Mi propuesta en estas líneas es, por tanto, transparentar el sistema chileno con sus falencias y desafíos, aun cuando con ello se deba reconocer que el procedimiento hoy no es más que un conjunto de reglas que no permiten dar 100% de garantías de racionalidad y justicia, sino que todavía se trata de un sistema que depende, mucho más de lo deseable, de la voluntad de las personas, y de la suerte.

Reconociendo las faltas, se puede iniciar un camino de diálogo con la ciudadanía que proponga definiciones y acuerdos que logren aumentar la confianza en la justicia del sistema y el control real del poder de adjudicación de bienes escasos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Daniels, Norman y Sabin, James E. (2002). *Setting Limits Fairly*, New York, Oxford University Press.

Rawls, John (1973). *A Theory of Justice*, UK, Oxford University Press.

Universidad Diego Portales (2011). *Estudio donación de órganos para trasplantes: Conocimiento y disposición de la población*, Santiago.

Zúñiga-Fajuri, Alejandra (2015). "Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile", *Bulletin of the World Health Organization*, N°93, pp. 199-202.

⁹ Daniels, Norman y Sabin, James E. (2002). *Setting Limits Fairly*, New York, Oxford University Press.

Normas citadas

Ley 20673 “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos”, del 7 de junio del 2013.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y REGLA DE LA MAYORÍA: ¿QUÉ MAYORÍA DEFIENDE LA CONSTITUCIÓN CHILENA?

JUDICIAL REVIEW OF LAWS AND MAJORITY RULE: WHICH MAJORITY UPHOLDS THE CHILEAN CONSTITUTION?

VIVIANA PONCE DE LEÓN SOLÍS¹

Resumen: El presente estudio analiza críticamente el empleo de la regla de la mayoría como regla general de toma de decisiones del Tribunal Constitucional chileno. Al efecto, comienza por plantear que tal práctica no se condice con el recelo típico del constitucionalismo contemporáneo a las mayorías electorales. Luego, se expone el modo en que el incremento de las disidencias en los fallos del Tribunal desde el año 2005 ha contribuido a disminuir la legitimidad de sus decisiones. Finalmente, se discute la cuestión acerca de quién está en mejor posición para defender la Constitución, considerando que la regla de la mayoría aplica tanto a la toma de decisiones legislativas como judiciales.

Abstract: The present study critically analyzes the use of majority rule as a general decision-making rule in the Chilean Constitutional Tribunal. To that effect, it starts by asserting that such practice is not consistent with the apprehensions towards majority rule that underlie contemporary constitutionalism. Then, it exposes the way in which the increase in dissents in the Tribunal's rulings since the year 2005 has contributed to decreasing the legitimacy of its decisions. Finally, it addresses the question of who is in a better position to uphold the constitution, considering that majority rule applies both to legislative and judicial decision-making.

Palabras clave: Control de constitucionalidad de las leyes. Regla de la mayoría. Votos disidentes. Desacuerdos morales.

Key words: Judicial review of laws. Majority rule. Dissenting opinions. Moral disagreements.

¹ Abogada. Profesora Asistente de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Candidata a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: vponcedeleon@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad de las leyes típicamente se funda en la necesidad de poner freno a eventuales mayorías tiránicas, capaces de avasallar a la minoría política y arrasar con sus derechos. Sin embargo, pocas veces se repara en el hecho de que los órganos encargados de realizar ese control, sean tribunales ordinarios o especializados, también suelen emplear la regla de la mayoría como mecanismo general de toma de decisiones. Así ocurre, por ejemplo, en numerosos Estados europeos como Alemania, España, Estados Unidos, Grecia, Portugal, el Reino Unido y Suecia. Otro tanto puede predicarse de países latinoamericanos como Chile, Colombia, Ecuador, Perú y República Dominicana, entre otros.

En este contexto, las páginas que siguen se destinarán a un análisis crítico del uso de la regla de la mayoría en la adopción de las resoluciones del Tribunal Constitucional chileno. Concretamente, el estudio se centrará en el ejercicio de las atribuciones de control de constitucionalidad de las leyes de esta magistratura y no en otras de sus funciones, aun cuando el ejercicio de las mismas quede también sujeto a la regla de la mayoría. En consecuencia, la pregunta que se abordará en esta oportunidad es ¿qué mayoría está en mejor posición de defender la Constitución chilena?, ¿la mayoría legislativa o la mayoría judicial?

A fin de dar respuesta a esta interrogante, se comenzará por exponer algunas de las principales justificaciones doctrinarias a la regla de la mayoría judicial, así como algunos de los más importantes cuestionamientos que se dirigen contra ella. Luego, se proseguirá analizando la práctica de incorporar votos disidentes en las resoluciones de los tribunales constitucionales y el modo en que dicha práctica incide en las percepciones acerca de la legitimidad de estos órganos. Para terminar, se discute bajo qué condiciones un tribunal constitucional cuyas decisiones se encuentran fragmentadas podría legítimamente ejercer el control de constitucionalidad de la producción normativa de las mayorías legislativas.

La última parte del texto se destina a la exposición de las principales conclusiones de este estudio.

II. ¿DIFICULTAD CONTRA-MAYORITARIA O CONTRA-DEMOCRÁTICA?

La historia nos provee numerosos ejemplos de mayorías tiránicas. A modo de ejemplo, pueden mencionarse las leyes segregacionistas dictadas durante el siglo XIX en Estados Unidos y las leyes de Núremberg dictadas durante la primera mitad del siglo XX en la Alemania nazi. De ahí que se justificaría complementar la regla de la mayoría como mecanismo de adopción de decisiones democráticas con instituciones contramayoritarias, como el control de constitucionalidad de las leyes. Después de todo, si la Constitución misma es un instrumento contramayoritario, ¿no sería razonable que se vele por su efectiva vigencia mediante instituciones y procedimientos de igual naturaleza? ¿No implicaría lo contrario entregar al propio órgano legislativo, cuyo poder se pretende limitar, la determinación del alcance de tal limitación?

Ocurre, sin embargo, que los tribunales son órganos colegiados, cuyos integrantes pueden perfectamente discrepar entre sí y tener posiciones irreconciliables. Ante semejante eventualidad, no es inusual que se acepte la regla de la mayoría como mecanismo de adopción de decisiones colectivas al interior de los órganos jurisdiccionales. De hecho, tal es el caso de prominentes tribunales constitucionales, como el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Suprema de Estados Unidos, cuyas decisiones *pueden* ser adoptadas por la simple mayoría de sus miembros.

Idéntica situación se presenta, por regla general, en Chile. De acuerdo con el texto constitucional, “[e]l Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente” (art. 92 inc. 5° CPR). El primer supuesto en que se exige tal quórum diferente corresponde al de la acción de inaplicabilidad, que debe ser resuelta por la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal (art. 93 n° 6 CPR). Con todo, en este caso, no hay un apartamiento de la regla de la mayoría, sino únicamente una variación respecto del universo de sujetos del que resultará la mayoría. El segundo supuesto es el de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, cuya resolución requiere de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio de esta judicatura (art. 93 N° 7 CPR).

Así las cosas, resulta paradójico que las objeciones a la regla de la mayoría valgan para un tipo de procedimiento de toma de decisión colectiva, pero

no para otro que igualmente reviste un carácter colectivo. Efectivamente, ¿qué diferencia habría entre la decisión colectiva de los miembros del Tribunal en orden a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o la inconstitucionalidad de un proyecto de ley y la decisión colectiva de los miembros del Congreso en orden a adoptar una ley? O, más todavía, ¿qué haría más justa la regla de la mayoría aplicada a un panel de jueces que no han sido elegidos democráticamente, que la misma regla aplicada a los representantes de los ciudadanos, elegidos democráticamente?

Frente a estas interrogantes, Waldron discute el mérito de una serie de posibles justificaciones para la adopción de la regla de la mayoría en las decisiones judiciales. Así, primeramente, descarta los argumentos basados en la eficiencia, en razón de la especial relevancia que cobran las decisiones de los jueces cuando recaen sobre una expresión de la voluntad democrática del pueblo². Del mismo modo, desecha los argumentos epistemológicos basados en la experticia de los jueces, ya que la fuerza de semejantes argumentos se debilita considerablemente cuando prevalece el juicio de una mayoría muy estrecha de expertos³. También desestima los argumentos basados en la igualdad política de los jueces, toda vez que ellos explicarían por qué la minoría de los jueces debería acatar la decisión de la mayoría, mas no por qué la ciudadanía debería hacerlo⁴. Por último, rechaza los argumentos fundados en la igual deferencia que debemos a los jueces, en su calidad de expertos en el derecho, dado que no explican por qué debemos mayor deferencia a la simple mayoría de los jueces, que a la minoría⁵.

En fin, cualquiera sea la justificación que se estime más adecuada –o incluso si ninguna se estimase adecuada– la duda subsiste: ¿qué sentido tiene reemplazar una regla de la mayoría por otra regla de la mayoría? Nagel, en este sentido, concluye que el verdadero problema que subyace al control jurisdiccional de las leyes no es el de si las mayorías deben o no resolver las controversias acerca de la justicia y los derechos. Más bien, la verdadera cuestión es la de cuál ha de ser el grupo cuya mayoría resuelva

² Waldron (2014), pp. 1710-1712.

³ Efectivamente, un típico argumento contra la exigencia de unanimidad en las decisiones judiciales dice relación con el mayor tiempo que sería necesario para que todos los jueces lleguen a una resolución de consenso. Si bien tales argumentos pueden ser correctos, desde la sola perspectiva de la eficiencia, no se hacen cargo adecuadamente de los problemas de legitimidad que resultan de la regla de la mayoría judicial, aplicada al control de constitucionalidad de las leyes. *Ibíd.*, pp. 1712-1718.

⁴ *Ibíd.*, pp. 1718-1723.

⁵ *Ibíd.*, pp. 1723-1725.

tales controversias y la de cómo han de ser seleccionados los miembros de ese grupo⁶. En consecuencia, el control de constitucionalidad de las leyes no entrañaría una dificultad genuinamente contra-mayoritaria, sino, en realidad, una dificultad contra-democrática⁷.

III. ¿POR QUÉ LA FALTA DE UNANIMIDAD IMPORTA?

La falta de unanimidad en las decisiones de los tribunales constitucionales no es, por sí sola, problemática. De hecho, en la literatura sobre el tópico, se esgrime una serie de razones a favor de la práctica de emitir votos de minoría. Por ejemplo, se afirma que la incorporación de voces disidentes incrementaría la eficiencia del tribunal, en cuanto disminuiría el tiempo de deliberación de los jueces⁸. Del mismo modo, se plantea que reduciría una eventual frustración de los jueces de minoría, en la medida que sus votos podrían convertirse a futuro en la posición mayoritaria⁹. Otra consideración relevante es la necesidad de preservar la independencia de los jueces constitucionales¹⁰ y de asegurar la transparencia en la adopción de sus decisiones¹¹.

De otro lado, se ha sostenido que la práctica de emitir votos disidentes en los tribunales constitucionales es reflejo de que su carácter no es enteramente judicial, sino, al menos en parte, político¹². En efecto, el hecho de que estas magistraturas revelen no tener 'la' respuesta correcta mediante decisiones divididas, puede conllevar el costo de pérdida de legitimidad a ojos de otros tribunales o del público en general¹³. A la inversa, la unanimidad o consenso en las decisiones de los tribunales constitucionales, tiende a reflejar una mayor 'judicialización' y una menor politización de su función¹⁴. En

⁶ Nagel (2002), p. 141.

⁷ *Ibid.*, pp. 141 ss.

⁸ Cfr. Raffaelli (2012), p. 16.

⁹ Cfr. Grimm (2008), pp. I-4; L'Heureux-Dubé (2000), pp. 509 ss.

¹⁰ Cfr. L'Heureux-Dubé (2000), pp. 512 ss.; Brennan (1985), pp. 427-438.

¹¹ Cfr. Lécuyer (2004), pp. 219-221.

¹² Ferreres (2004), pp. 1729-1730.

¹³ Garoupa y Ginsburg (2011), p. 547.

¹⁴ *Ibid.*

cualquier caso, es importante aclarar que la ausencia de votos disidentes no evidencia, por sí sola, la existencia de un verdadero consenso¹⁵.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuya tasa de disenso fue de aproximadamente un 6% entre los años 1971 y 2002¹⁶ y de aproximadamente un 7,6% entre los años 1971 y 2011¹⁷. Lo anterior no fue fruto de una genuina ausencia de discrepancias entre los miembros del tribunal, sino que se funda en una preferencia consciente por la adopción de decisiones unánimes¹⁸. Las disidencias, por tanto, se suelen reservar solo para casos en que derechamente no es posible llegar a un acuerdo, a fin de dar a los perdedores políticos una señal de que sus argumentos han tenido alguna resonancia en la decisión¹⁹. Así ocurre respecto de asuntos particularmente sensibles desde un punto de vista político o jurídicamente complejos, como los relativos a la prohibición de fumar en espacios públicos, al aborto o al uso de crucifijos en escuelas²⁰.

Ahora bien, la unanimidad tiene importantes costos. Si bien no existe un deber ni una presión por alcanzarla, los jueces deben realizar importantes esfuerzos en orden a hacer concesiones y llegar un consenso²¹. Lo anterior implica la elaboración de reportes individuales por cada juez, así como extensos procesos de deliberación y discusión. Pero, por sobre todo, la aspiración a la unanimidad implica un compromiso institucional de los jueces con la labor del Tribunal, especialmente cuando se trata de asuntos respecto de los que existen profundas discrepancias en la sociedad²².

Véase a continuación el caso del Tribunal Constitucional chileno. Entre los años 1990 y 2005, las resoluciones de esta judicatura tuvieron una tasa de disenso de tan solo 17%²³. Luego, tras la reforma constitucional

¹⁵ Por ejemplo, tanto en el Consejo Constitucional francés como la Corte Constitucional italiana rige el principio del secreto de las deliberaciones y de las opiniones particulares de cada uno de los jueces, de modo que no la emisión de votos disidentes no es admisible. Sin perjuicio de lo anterior, en uno y otro caso, es sabido que existen oportunidades para exhibir el disenso. Garoupa; Ginsburg (2011), p. 548.

¹⁶ Vanberg (2005), p. 91.

¹⁷ Raffaelli (2008), p. 47.

¹⁸ Grimm (2008), pp. I-1 ss.

¹⁹ *Ibid.*, p. I-3.

²⁰ Walters (2000); Rörig (2009), p. 4.

²¹ Grimm (2008), p. I-3.

²² *Ibid.*

²³ Tiede (2015), p. 392. Por otro lado, el patrón de votación de los grupos de ministros disidentes exhibe un patrón regular de votación consistente que lo que se esperaría de una votación

del 2005, la situación varió. Así, entre los años 2005 y 2010 la tasa de disenso aumentó al 44%²⁴, cifra que incluye tanto disensos en cuanto a aspectos conceptuales o ideológicos, como disensos en cuanto a aspectos formales o procedimentales. Tal aumento se explicaría en razón de dos factores²⁵: la sustitución de jueces provenientes del poder judicial por individuos del mundo académico y político²⁶ y la modificación al sistema de nombramientos de los integrantes del Tribunal²⁷.

Este incremento en los desacuerdos ha conducido a fuertes críticas a la jurisdicción constitucional, particularmente cuando ellos se producen en el marco del control preventivo de constitucionalidad de leyes de alto impacto mediático. Ilustran este punto, entre otros, los fallos sobre financiamiento de la educación²⁸ o sobre modernización de las relaciones laborales²⁹.

ideológica. Cfr. Carroll; Tiede (2012), p. 86.

El patrón de votación de los grupos de ministros disidentes exhibe un patrón regular de votación consistente que lo que se esperaría de una votación ideológica.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, pp. 377 y ss.

²⁶ De acuerdo con el texto original del art. 81 letra a) de la Constitución de 1980, el Tribunal Constitucional estaba integrado por siete miembros de los cuales tres correspondían a ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas. Actualmente, el art. 92 letra b) de la Constitución dispone que tres de los diez miembros del Tribunal Constitucional serán elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada al efecto. El inciso 2º del mismo art. 92 expresamente dispone que los miembros del Tribunal Constitucional no podrán ejercer la judicatura.

²⁷ El texto original del artículo 81 de la Constitución disponía:

“Artículo 81.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma:

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;
- d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio”.

El texto del art. 92 de la Constitución vigente, en contraste, prescribe:

“Artículo 92.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto”.

²⁸ STC Rol N° 2935-15.

²⁹ STC Rol N° 3016 (3026)-16.

Considerando que en este caso el Tribunal ejerce una auténtica función legislativa³⁰, no se explica por qué una simple mayoría de jueces no electos democráticamente está facultada para dejar sin efecto la decisión de otra simple mayoría de representantes populares electos democráticamente.

Otras formas de control tampoco están exentas de cuestionamientos. Por ejemplo, en el ámbito del control represivo de constitucionalidad, pueden mencionarse los requerimientos de inaplicabilidad del art. 365 del Código Penal³¹ o del artículo 54, n° 4 de la Ley de Matrimonio Civil³². Aunque aquí se trata de una función más bien de naturaleza jurisdiccional³³, la división del Tribunal da cuenta de la inexistencia de un único y decisivo juicio experto que resuelva las discrepancias en torno a la interpretación de la Constitución.

IV. ¿QUIÉN ESTÁ EN MEJOR POSICIÓN PARA DEFENDER LA CONSTITUCIÓN?

Entonces, si hay fallos del Tribunal Constitucional que no hacen más que replicar los desacuerdos que ya existen en el órgano legislativo y en la

³⁰ Cfr. Carroll y Tiede (2012), p. 85; Garoupa y Ginsburg (2011), p. 550; Waldron (2006), p. 1359.

³¹ STC Rol N° 1683-10. En este caso, el Tribunal validó la penalización de las relaciones sexuales homosexuales consentidas entre hombres mayores de 18 años y hombres menores de 18 pero mayores de 14 años. El fallo se fundó, en esencia, en el “impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones” (considerando 33°). Este específico argumento fue atacado en el voto de minoría redactado por los ministros Vodanovic, Carmona y Viera-Gallo. Para ellos, el voto de mayoría “manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual” (V.D., considerando 47°).

³² STC Rol N° 2435-13. En este caso, el Tribunal desestimó el requerimiento de inaplicabilidad del art. 54, n° 4 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece como causal de divorcio culpable la circunstancia de incurrir alguno de los cónyuges en conducta homosexual. La decisión se sustentó en el hecho de que la legislación chilena sobre matrimonio y divorcio “no considera como causal de divorcio culpable la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo, y únicamente considera transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio la conducta” (considerando 18°). Sin embargo, de acuerdo con los disidentes, la mera conducta homosexual como causal de divorcio resultaba abiertamente desproporcionada, considerando que “todas las demás tienen un estándar exigente” (V.D., considerando 18°).

³³ Garoupa; Ginsburg (2011), pp. 549 y ss.

sociedad, ¿cómo se podría fundamentar en esos casos su mejor posición para defender la Constitución? No sería razonable afirmar su supuesta mejor posición basada en su experticia, ya que, como se ha apuntado previamente, el valor de su juicio experto se relativizaría considerablemente si es que entre los propios expertos existen discrepancias importantes. No en balde los publicistas recurren a fórmulas del tipo “cuatro de cada cinco expertos lo recomienda”, y no “tres de cada cinco expertos lo recomienda”.

Adicionalmente, debe recordarse que la Constitución y los derechos fundamentales no tienen un significado inequívoco y la mayoría de las veces no resulta evidente si han sido violados o no³⁴. Efectivamente, no existe ningún procedimiento epistemológico universalmente aceptado que permita determinar el exacto alcance de un derecho ni de un precepto jurídico³⁵. Es más, de existir semejante procedimiento, legisladores y jueces no serían necesarios en primer lugar. Bastaría, en su reemplazo, con un panel de especialistas en lógica o una suerte de súper computadora que pudiera procesar los datos del caso y llegar a ‘la’ solución correcta. Por consiguiente, cualquier eventual defensa del control de constitucionalidad de las leyes no podría fundarse únicamente en el supuesto carácter técnico de los jueces.

¿Implica esto que se salvaría la objeción democrática que pesa sobre esta clase de control si se exigiera la unanimidad en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales? Una mirada a la experiencia comparada sobre el punto sugiere que la respuesta a esta pregunta es negativa. En efecto, la regla de secreto de las deliberaciones judiciales que rige en ciertos ordenamientos –asegurando la unanimidad formal de todas las decisiones de sus tribunales constitucionales– no ha sido por sí sola suficiente para salvar tal objeción³⁶. Ello se debe a que, en la práctica, a pesar de la fachada de la unanimidad, existen diversos métodos que permiten identificar la divergencia de posiciones entre los jueces³⁷.

Siendo así, ¿cuál debería ser el camino a seguir si el Tribunal Constitucional sigue dando señales de fragmentación entre sus integrantes en parte importante de los asuntos sometidos a su decisión? Una primera alternativa sería prescindir enteramente del control de constitucionalidad de las leyes,

³⁴ Cfr. Fallon (2008), pp. 1718 y 1725; Waldron (2006), p. 1373.

³⁵ Hutchinson (2008), p. 61; Spadizer (2012), p. 31.

³⁶ Raffaelli (2008), pp. 13 y ss.

³⁷ Por ejemplo, a propósito de Francia, consúltese Goutal (1976), pp. 59 y ss.

alternativa que ha sido abiertamente promovida por diversos autores³⁸. No obstante, en democracias poco saludables como la chilena, esta no parece ser la solución más adecuada³⁹. Ciertamente, mejorar los procesos democráticos para hacerlos más inclusivos e integrar efectivamente a todos los grupos sociales para evitar eventuales episodios de comportamiento tiránico de la mayoría es deseable y necesario. Mas, en tanto ello no ocurra, la existencia de *algún* mecanismo de control pudiera ser apropiado.

Otra opción frente a estrechas mayorías judiciales pudiera ser el recurso a mecanismos de control dialógicos o débiles. Algunas de las más robustas democracias contemporáneas, como Australia, Canadá y Nueva Zelanda, emplean este enfoque. De esta forma, la decisión del órgano de control (en este caso, de la mayoría de sus integrantes) no es simplemente impuesta al legislador⁴⁰, sino que, en su lugar, se entabla un diálogo permanente con este. En consecuencia, a falta de consenso entre los ‘expertos’, se respetaría la mayoría parlamentaria, sin perjuicio de hacer notar una eventual disconformidad entre su decisión y la Constitución.

Una tercera opción podría ser extender el quórum supramayoritario exigido para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, al menos al control preventivo. Una exigencia de este tipo sería más consistente con los quóruns supramayoritarios establecidos para ciertas materias. Una mejor solución todavía sería derechamente eliminar el control preventivo de constitucionalidad y mantener el control represivo en abstracto y concreto, con un quórum de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal. A nivel comparado, tal solución no es inédita. La Constitución de Nebraska (art. V, párr. 2) requiere el voto favorable de cinco de siete jueces para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Por su parte, la Constitución de Dakota del Norte (art. V, párr. 4), exige el voto favorable de cuatro de cinco jueces para el mismo efecto.

³⁸ Véanse, en este línea de pensamiento, Bellamy (2007), Tushnet (2009), Tushnet (1999), y Waldron (2006). A nivel nacional, esta posición puede encontrarse en Atria (2016).

³⁹ De acuerdo con el índice de democracia 2015 elaborado por *The Economist*, Chile figura dentro del grupo de las denominadas “democracias defectuosas”, en lugar treinta a nivel mundial. *The Economist Intelligence Unit* (2016). Este dato es importante, ya que, incluso algunos de los más prominentes detractores del control de constitucionalidad de las leyes, consideran que la existencia de instituciones democráticas que funcionen razonablemente es una de las condiciones indispensables para prescindir de aquel. Cfr. Waldron (2006), pp. 1361 y ss.

⁴⁰ Sin importar si tal imposición es definitiva o no.

En fin, el objetivo último de estas líneas no es el de proponer una reforma al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción constitucional. Antes bien, el sentido de este estudio es invitar a un análisis crítico de la institucionalidad nacional, a objeto de identificar algunas de sus falencias y mejorar su funcionamiento. El que la tasa de unanimidad alcance a un poco más de la mitad de los fallos de esta magistratura (56%) no puede ser considerado como evidencia de una verdadera crisis ideológica entre sus jueces. Mas, como contrapartida, el que la tasa de disenso no sea equivalente o cercana al 100% tampoco debe conducir al autoengaño. Una sola decisión de la simple mayoría judicial que deje sin efecto una decisión de la simple mayoría legislativa, debe ser vista como una señal de alerta y de potencial fracaso del sistema, a la luz del principio republicano y democrático establecido en la Constitución.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de todo lo expuesto es posible concluir lo siguiente:

1. El control de constitucionalidad de las leyes se sustenta en la necesidad históricamente demostrada de poner frenos al poder del legislador y a una eventual tiranía de la mayoría. De esta forma, se resguardarían los derechos de minorías potencialmente excluidas y avasalladas por el proceso político. Paradójicamente, en las democracias constitucionales contemporáneas, dicho control queda en manos de órganos jurisdiccionales que también adoptan sus decisiones en base a la regla de la mayoría. En este contexto, cabría preguntarse por qué una simple mayoría judicial habría de prevalecer por sobre una simple mayoría legislativa.
2. Pese a que existen diversas posibles justificaciones para el uso de esta regla en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, ninguna de ellas resulta plenamente satisfactoria. Lo cierto es que el efecto práctico que se sigue de la aplicación de esta regla no es otro que el de la sustitución de la mayoría popular por una mayoría selecta de especialistas, en contravención con el principio democrático. De ahí que se afirme que el control de constitucionalidad de las leyes no encierra tan solo una dificultad contramayoritaria, sino más bien una dificultad contra-democrática.
3. La dificultad contra-democrática antes referida no debe estimarse como una cuestión meramente teórica. Habida cuenta de la creciente tasa de

decisiones disidentes de esta magistratura (de 17% entre 1990 y 2005 a 44% entre 2005 y 2010), debe considerarse como peligro real. Otras judicaturas, conscientes de esta amenaza, privilegian la auto-restricción judicial y el consenso en la toma de decisiones, aun cuando existan discrepancias entre sus miembros y estos cuenten con la posibilidad de emitir votos disidentes. Algunos ejemplos relativamente recientes, demuestran que este muchas veces no es el camino seguido por el Tribunal Constitucional chileno.

4. A falta de auto-restricción judicial, la experiencia comparada da cuenta de la existencia de distintos mecanismos que, presumiblemente, permitirían superar esta dificultad. Las opciones van desde eliminar el control de constitucionalidad de las leyes, hasta elevar el quórum de decisión judicial para todas las formas de control. Igualmente se considera el tránsito hacia formas de control dialógico o débil de constitucionalidad, que impidan que la decisión de la simple mayoría de los jueces se imponga lisa y llanamente a la de la simple mayoría legislativa.

5. Quizás sería exagerado sostener que en Chile existe una total crisis ideológica entre los jueces del Tribunal Constitucional. De hecho, poco más de la mitad de los casos sometidos al conocimiento de esta magistratura son resueltos de manera unánime. Empero, no por ello se debe pasar por alto la notoria contradicción entre el empleo de la regla de la mayoría en el control de constitucionalidad de las leyes y el reconocimiento constitucional del principio de gobierno republicano y democrático.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Atria, Fernando (2016). *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Bellamy, Richard (2007). *Political constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Brennan, William J. (1985). “In defense of dissents”, *Hastings Law Journal*, vol. 37, pp. 427-438.
- Carroll, Royce Tiede, Lydia (2012). “Ideological Voting on Chile’s Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights”, *Journal of Human Rights*, vol. 11, N° 1, pp. 85-105.
- Fallon, Richard H. (2008). “The core of an uneasy case for judicial review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, N° 7, pp. 1694-1736.

- Ferreres Comella, Víctor (2004). "The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism", *Texas Law Review*, vol. 82, p. 1703.
- Garoupa, Nuno (2011). "Empirical legal studies and constitutional courts", *Indian Journal of Constitutional Law*, N° 5, pp. 26-54.
- Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom (2011). "Building reputation in constitutional courts: political and judicial audiences", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, N° 3, pp. 539-568.
- Goutal, Jean Louis (1976). "Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, N° 1, pp. 43-72.
- Grimm, Dieter (2008). *Some remarks on the use of dissenting opinions in continental Europe*, *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-1.
- Hutchinson, Allan C. (2008). "A 'hard core' case against judicial review", *Harvard Law Review Forum*, N° 121, pp. 57-64.
- Lécuyer, Yannick (2004). "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 57, pp. 197-223.
- L'Heureux-Dubé, Claire (2000). "The dissenting opinion: voice of the future?", *Osgode Hall Law Journal*, vol. 38, N° 3, pp. 495-516.
- Macedo, Stephen (2010). "Against majoritarianism: democratic values and institutional design", *Boston University Law Review*, vol. 90, pp. 1029-1042.
- Nagel, Thomas (2002). "Waldron on law and politics", en Nagel, Thomas, *Concealment and exposure and other essays*, pp. 141-146.
- Raffaelli, Rosa (2012). *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*, Bruselas, Unión Europea. Disponible online en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- Rörig, Maria Theresia (2009). *L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht (1994-2009)*. Disponible online en: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegna_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf
- Spadizer, Steven (2012). "A hardcore case against (strong) judicial review of direct democracy", *University of Queensland Law Journal*, vol. 31, N° 1, pp. 55-99.
- The Economist Intelligence Unit (2016). *Democracy Index 2015: democracy in an age of anxiety*. Disponible online en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>

- Tiede, Lydia B. (2016). “The Political Determinants of Judicial Dissent. Evidence from the Chilean Constitutional Tribunal”, *European Political Science Review*, vol. 8, N° 3, pp. 377-403.
- Tushnet, Mark (2009). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press.
- Tushnet, Mark (1999). *Taking the Constitution away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press.
- Vanberg, Georg (2005). *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press.
- Waldron, Jeremy (2014). “Five to four: why do bare majorities rule on courts?”, *The Yale Law Journal*, N° 123, pp. 1692-1730.
- Waldron, Jeremy (2006). “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, N° 115, pp. 1346-1406.
- Walter, Christian (2000). “La pratique des opinions dissidentes en Allemagne”, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 8. Disponible online en: www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-desopinions-dissidentes-en-allemande.52541.html

EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD ES IMPROCEDENTE PARA RESOLVER LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA

INADMISSIBILITY OF THE ACTION OF INAPPLICABILITY TO SOLVE VICES OF UNCONSTITUTIONALY OF FORM

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS¹

Resumen: El artículo trata sobre la improcedencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver los vicios de forma o las infracciones constitucionales propias que afectan a los preceptos legales y propone para este tipo de vicios un control normativo abstracto. Lo anterior, fundado en la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, que controla la aplicación de una norma legal en un caso concreto a partir de los efectos inconstitucionales que dicha aplicación puede producir.

Abstract: The paper is about the inadmissibility of the action of inapplicability to control the vices of form and proposes that this type of vices requires an abstract normative control. This is based in the nature of the action of inapplicability which controls the application of a legal precept in a specific case from the unconstitutional effects of such application can produce.

Palabras clave: Infracciones constitucionales. Vicios de forma. Control de constitucionalidad. Acción de inaplicabilidad.

Key words: Constitutional violations. Vices of form. Constitutionality control. Action of inapplicability.

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado. Email mhenriqu@uahurtado.cl – miriamhenriquez@yahoo.es

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIONES CONCEPTUALES

En el presente trabajo, pretendo cuestionar la procedencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver sobre los vicios de forma que afectan a los preceptos legales, en adelante de las infracciones constitucionales propias, considerando la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que controla la aplicación de una norma legal en un caso concreto a partir de los efectos inconstitucionales que dicha aplicación puede producir. En tal sentido, afirmo la improcedencia de la acción de inaplicabilidad para conocer de este tipo de vicios y propongo un control normativo abstracto.

Para la consecución de lo anterior, seguiré el siguiente plan de análisis. En primer término, distinguiré brevemente entre infracciones y contradicciones normativas, entre infracciones propias e impropias, y las ejemplificaré. Luego, analizaré la particular naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como un control de la aplicación de un precepto legal al caso concreto. En tercer término, daré cuenta de la opinión de la doctrina constitucional chilena sobre la procedencia de la acción de inaplicabilidad respecto las infracciones constitucionales propias. Por último, propondré una conclusión general e interrogantes finales.

Para comenzar, corresponde señalar que el conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son material o formalmente incompatibles². A propósito de los conflictos normativos, corresponde distinguir entre contradicción e infracción. Si la incompatibilidad normativa es material hablamos de contradicción normativa, lo que generalmente se produce por contradicción en el carácter de la norma (contradicción deóntica) o en su contenido (contradicción lógica). La infracción, por su parte, se produce cuando la incompatibilidad es formal, es decir, cuando no se han cumplido debidamente las normas procedimentales o existen vicios de competencia³.

Los vicios de competencia suceden toda vez que una materia es regulada por una norma contenida en una fuente del Derecho distinta a la señalada por la norma superior y/o por un procedimiento diferente, abstracción hecha de cuál sea su contenido⁴.

² Huerta Ochoa, Carla (2007). *Conflictos normativos*, México, UNAM, p. 52.

³ Huerta, pp. 52-58.

⁴ De Otto, Ignacio (2008). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, pp. 87 y ss.

La infracción constitucional ocurre, por ejemplo, cuando: a) una fuente del Derecho regula una materia que le está vedada por la Constitución, invadiendo la materia reservada a otra fuente del derecho; y b) un órgano sigue un procedimiento distinto del establecido por la norma constitucional. A estos casos, les denominaré infracción constitucional propia.

Siguiendo estas definiciones y tipología, constituirían ejemplos de preceptos legales que incurren en infracciones constitucionales propias, por vicios de competencia, aquellos en que: a) una ley ordinaria regula materia que la Constitución reservó a la ley orgánica constitucional; b) un reglamento autónomo regula materias de ley; c) un decreto con fuerza de ley regula materias excepcionadas por la Constitución en el artículo 64.

Constituirían ejemplos de preceptos legales que incurren en infracciones constitucionales propias, por vicios de procedimiento, aquellos en que: a) se aprueba una norma de ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia sin oír previamente a la Corte Suprema, según lo que dispone el artículo 77; y b) una cuestión de iniciativa exclusiva del Presidente de la República se ingresó a trámite por moción, entre otras.

Atención aparte merecen aquellos casos en que los derechos constitucionales son regulados o limitados por una autoridad distinta del legislador, quien tiene atribuida constitucionalmente tal facultad. Por ejemplo, cuando el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, y en ausencia de ley o excediéndola, regula o limita un derecho constitucional. En estos supuestos, se torna compleja la diferenciación entre infracción y contradicción constitucional, atendida que tal reserva legal constituye, a juicio de algunos, parte del contenido protectivo del derecho. A estos casos les denominaré infracción constitucional impropia y quedan excluidos de la hipótesis de este trabajo y de este análisis.

II. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

A. La posición de la Corte Suprema sobre su competencia para resolver sobre infracciones constitucionales a través del recurso de inaplicabilidad

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925, el recurso de inaplicabilidad significó el control posterior de las normas legales, que se ejercía mientras hubiera un juicio pendiente, cuyo objeto de control era un precepto legal aplicable al proceso en perjuicio del solicitante. Para que el recurso prosperara era necesario que entre el precepto legal y la Constitución hubiera una “completa y perfecta contradicción”⁵.

Respecto de los vicios que podían conocerse por esta vía, en esta etapa nunca se dudó sobre la procedencia del recurso de inaplicabilidad por vicios de fondo; lo que se discutía era su procedencia por inconstitucionalidad de forma o vicios de forma. La Corte Suprema sostuvo de manera uniforme que el recurso de inaplicabilidad solo procedía cuando los preceptos legales se contraponían a los contenidos de la Constitución. Con respecto a la inconstitucionalidad de forma, afirmó que al tratarse de una declaración dictada de una forma distinta que lo prescrito por la Constitución para la creación de las leyes, no era tal y todo tribunal podía dejar de aplicarla, criterio que se desprende desde el fallo del máximo tribunal del 1º de marzo de 1876. Esta tesis asimilaría la invalidez a la inexistencia de la norma dictada con infracción a la Constitución.

Por su parte, la Constitución de 1980 consagró –de modo semejante a su predecesora reformada en 1970– un sistema complejo de control de constitucionalidad de las normas jurídicas, confiándolo a la Corte Suprema de Justicia en el artículo 80 y al Tribunal Constitucional en el Capítulo VII. El control represivo y concreto de constitucionalidad de los preceptos legales fue ejercido de manera exclusiva por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En este contexto, la Corte siguió el criterio inaugurado bajo la vigencia de la Carta de 1925 sobre la improcedencia del recurso de inaplicabilidad fundado

⁵ Fallo de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1934. En igual sentido, fallo de la Corte Suprema de fecha 8 de mayo de 1950.

en vicios de forma. Tal posición es confirmada por Navarro Beltrán, quien extracta algunos fallos que dan cuenta de la misma: “Invariablemente la Corte Suprema sustentó que a través del recurso de inaplicabilidad no se podía entrar a conocer vicios de forma que invalidaran la ley. Así, se sentenció que “La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, solo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que solo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que este interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos”⁶.

Luego de la reforma constitucional del 2005 a la Constitución de 1980, aprobada el 26 de agosto por la ley N° 20.050, la jurisdicción constitucional en Chile se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional. Esta reforma introdujo relevantes novedades funcionales a propósito del control de constitucionalidad de los preceptos legales vigentes: a) radicó en el Tribunal Constitucional el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antes conocido por la Corte Suprema, con modificaciones a su naturaleza; b) atribuyó legitimación activa a los jueces para solicitar la inaplicabilidad respecto de los preceptos legales que fueran decisivos para la resolución de los casos que están conociendo; y c) facultó la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente con efectos generales y *ex nunc*.

B. La naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la procedencia para conocer infracciones constitucionales

La principal diferencia cualitativa entre el recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema y la actual acción de inaplicabilidad radicada en el Tribunal Constitucional, es que esta última supone un control de la aplicación del precepto legal en un caso determinado a fin de verificar si tal

⁶ Navarro, Enrique (2011). “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)”, *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, N° 43, pp. 40-41. La jurisprudencia citada puede encontrarse en Corte Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5ª, p. 86.

aplicación resulta contraria a la Constitución. Este examen se diferencia del control abstracto de constitucionalidad, que es un control normativo que opone una norma constitucional con una norma infraconstitucional, con independencia de toda situación fáctica.

Como expresa Gómez Bernaldes: “Mientras en el antiguo artículo 80 bastaba la constatación de que la ley contrariaba la Constitución, el artículo 93.6 exige que el precepto legal sea contrario a la Constitución, pero en su aplicación a un caso. (...) De este modo, la valoración que efectúe el TC de los hechos del caso o de las condiciones de aplicación del precepto influyen en la sentencia”⁷. Podría ocurrir, entonces, que un precepto legal sea constitucional en abstracto pero que sea inconstitucional en su aplicación a un caso, produciendo efectos inconstitucionales.

Entonces, en la acción de inaplicabilidad, no se controla la constitucionalidad de un precepto legal, sino la constitucionalidad de su aplicación en un caso concreto⁸. En un sentido coincidente, expresa Atria Lemaitre: “Lo que se examina a través de un recurso de inaplicabilidad no es la constitucionalidad de la ley; no hay examen de norma a norma. Al contrario, lo que se examina es la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto”⁹.

La naturaleza de la acción de inaplicabilidad descrita se explicitó tras la reforma constitucional del 2005 –casi con un sentido propedéutico– por el Tribunal Constitucional, principalmente en las sentencias del año 2006, señalando que el examen que debe practicarse en sede de inaplicabilidad “versa sobre los efectos o resultados contrarios o no a la Constitución que el precepto legal produce en la gestión judicial pendiente”¹⁰.

En virtud de lo afirmado, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es procedente para controlar las infracciones

⁷ Gómez Bernaldes, Gastón (2013). *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 36.

⁸ Lubbert, Valeria (2014). “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76, p. 381.

⁹ Fernando Atria explicó la distinción entre el control normativo y control de aplicación a propósito del recurso de inaplicabilidad radicado en la Corte Suprema, pero sus conclusiones son predicables de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 6. Atria, Fernando (2001). “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XII, p. 150.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 480 y 541 del 2006.

constitucionales propias. Lo anterior fundado en las siguientes razones que atienden a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad:

1. La infracción constitucional propia, como un vicio de origen, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal y no su aplicación.
2. La infracción constitucional propia afecta la validez de la norma legal y tal invalidez es verificable en un control abstracto de constitucionalidad en el que se contrasta la norma contenida en el precepto legal y su conformidad con la norma constitucional, con independencia de cualquier situación fáctica concreta. Por el contrario, el objetivo de la acción de inaplicabilidad no es resolver en abstracto si un precepto legal es o no conforme a la Constitución, es decir, no busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación se ajusta a la Carta Fundamental en un caso concreto.
3. La declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes*, lo que no es coherente con un pronunciamiento sobre un vicio que afecta la validez del precepto legal, cuyos efectos debieran ser generales.
4. Difícilmente un precepto legal aplicable y decisivo para la resolución de un caso puede producir efectos contrarios a la Constitución por tratar materias que le están vedadas constitucionalmente o no haber sido dictado conforme a la Carta Fundamental.

De esta forma, considerando el concepto, la tipología y las características de la infracción constitucional propia, así como la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no procede controlar las infracciones constitucionales propias por esta vía. El control de las infracciones constitucionales propias de los preceptos legales vigentes exige un control normativo abstracto, tal como se realiza en la acción de inconstitucionalidad por mandato del artículo 93 N° 7 de la Constitución.

Como se sabe, la acción de inconstitucionalidad supone un control normativo abstracto y exige una completa contradicción entre el precepto legal y la norma constitucional. El artículo 93 N° 7 de la Carta dispone que el Tribunal Constitucional, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable, lo que podrá efectuarse de oficio o a petición, existiendo al

efecto acción pública. Surge así un problema, toda vez que, en nuestro régimen de invalidación de los preceptos legales vigentes, la acción de inconstitucionalidad tiene como causa necesaria para su admisibilidad la previa declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En tal sentido, de conformidad con el actual diseño constitucional, si no procede la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver las infracciones constitucionales propias, tampoco podría la acción de inconstitucionalidad pronunciarse sobre el mismo tipo de vicios.

Entonces, ¿cuáles la vía idónea para resolver los vicios de forma o infracciones constitucionales que afectan a los preceptos legales? ¿Es necesario mantener las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad ligadas, máxime cuando son controles constitucionales con una naturaleza distinta?

III. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD PARA CONTROLAR LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES PROPIAS SEGÚN LA DOCTRINA NACIONAL

La doctrina mayoritaria parece aceptar la procedencia de la acción de inaplicabilidad, tanto por vicios de fondo como de forma, fundada principalmente en que:

1. El artículo 93 N° 6 y 7 de la Constitución Política no distingue entre contradicciones o infracciones constitucionales o en vicios de fondo y forma.
2. La reforma constitucional del 2005 habría superado la doctrina sostenida por la Corte Suprema hasta el 2005, quien se negó a declarar la inaplicabilidad por vicios de forma.

Sin embargo, ciertos autores sostienen su improcedencia o aducen que las características de la acción de inaplicabilidad se pierden o se relativizan cuando se trata de una infracción constitucional.

1. Lübbert Álvarez explica que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias

del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general¹¹.

2. Verdugo Ramírez expresa que un control demasiado cercano a la causa particular y a la aplicación judicial del precepto impugnado no se condice con la naturaleza de los vicios de forma, que se acerca más a la historia legislativa de la ley y se aleja del contenido normativo que el juez del caso está llamado a aplicar¹².
3. Atria Lemaitre, en relación con el recurso de inaplicabilidad conocido por la Corte Suprema, pero con argumentos predicables de la actual acción de inaplicabilidad, afirma la improcedencia de este tipo de acción para conocer los vicios de forma, aludiendo a la naturaleza jurisdiccional de la acción de inaplicabilidad y expone: “La controversia sobre la procedencia del llamado ‘recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma’ es un espléndido ejemplo de esto. La inaplicabilidad de forma no puede ser acogida sin hacer un examen de la ley, que es precisamente el objeto que el modo canónico imputa al recurso. Pero la Corte se negó a acoger estos recursos. El problema es que se negó mientras aceptaba una versión u otra del modo canónico, con lo cual su negativa aparecía oportunista y arbitraria. Si desechando el modo canónico, la Corte hubiera razonado sobre la base de que el recurso de inaplicabilidad le entregaba la determinación de la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto, entonces su negativa a ejercer su potestad en el caso de las leyes cuya forma se objetaba no habría aparecido oportunista sino solo la consecuencia de la correcta comprensión del recurso”¹³.
4. Núñez Poblete constata, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la acción de inaplicabilidad deja de ser un control concreto cuando examina un vicio de forma. El mismo autor expresa: “Durante el 2007 el Tribunal también se hizo cargo de los vicios de forma como sustento del requerimiento de inaplicabilidad. Además de declarar expresamente que el vicio de constitucionalidad que se revisa en sede de inaplicabilidad puede obedecer a “razones de fondo

¹¹ Lubbert, op. cit., p. 383.

¹² Verdugo, Sergio (2010). “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 23, N°2, p. 109.

¹³ Atria, op. cit., p. 155.

o forma”, el Tribunal se pronunció sobre la distinta relevancia de la sentencia de inaplicabilidad cuando el vicio es formal”. Luego, Núñez Poblete expone la doctrina que el Tribunal Constitucional sentó en el 2007 sobre la menor incidencia que el caso concreto tiene cuando conoce de las infracciones constitucionales de los preceptos legales y como se generaliza el efecto de su sentencia: “En las sentencias roles núms. 588-2006 (26 de julio de 2007), 589-2006 (21 de agosto de 2007) y 741-2007 (30 de octubre de 2007), se lee: “el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general””¹⁴.

La constatación jurisprudencial sobre cómo cambia la forma en que el Tribunal Constitucional conoce de las infracciones constitucionales propias y cómo se generalizan sus efectos, permite confirmar que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea –salvo su desnaturalización o incoherencia– para controlar las infracciones constitucionales propias.

Por su parte, algunos autores han señalado otras razones, más generales, sobre la inconveniencia de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre los vicios de forma, y son fundamentalmente:

1. El problema de definir cuáles serán los trámites cuyo incumplimiento justifica la sanción de inconstitucionalidad.
2. La deferencia por la autonomía parlamentaria, la separación de poderes y las cuestiones políticas no justiciables.

¹⁴ Núñez, Manuel (2007). “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, p. 129.

IV. CONCLUSIONES E INTERROGANTES FINALES

Para concluir, corresponde reiterar que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como un control que versa sobre los efectos o resultados contrarios a la Constitución que el precepto legal produce en la gestión judicial pendiente, es improcedente para ejercer el control de las infracciones constitucionales propias. El control de las infracciones constitucionales propias de los preceptos legales exige un control normativo abstracto.

Para finalizar, quisiera dejar planteadas una serie de interrogantes respecto de este asunto que desafíen el debate:

¿Todos los vicios de procedimiento dan lugar a una infracción constitucional? ¿Cuáles serán los trámites cuyo incumplimiento justifica la sanción de invalidez-inconstitucionalidad?

¿Es idónea la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para conocer de las infracciones constitucionales impropias?

Si la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea para conocer las infracciones constitucionales puras, ¿cuál es la vía? ¿La acción de nulidad de derecho público por cualquier juez?

¿Será conveniente, en el actual contexto de cambio constitucional, considerar la limitación o eliminación del control previo y obligatorio de los proyectos de ley? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿no será conveniente mantener tal control circunscrito a los aspectos procedimentales a fin prevenir las infracciones constitucionales?

Por último, respecto del control posterior, ¿será conveniente, en el actual contexto de cambio constitucional, desligar la acción de inconstitucionalidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad? De esta forma se podría purgar la infracción constitucional de un precepto legal mediante un control normativo abstracto y *a posteriori* y con efectos generales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Atria, Fernando (2001). “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XII, pp. 119-156.
- De Otto, Ignacio (2008). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel.
- Gómez, Gastón (2013). *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- Huerta, Carla (2007). *Conflictos normativos*, México, UNAM.
- Lubbert, Valeria (2014). “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 373-391.
- Navarro, Enrique (2011). “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)”, *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, N° 43.
- Núñez, Manuel (2007). “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, pp. 123-161.
- Verdugo, Sergio (2010). “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 23, N°2, pp. 83-112.
- Zapata, Patricio (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

- Rol 480, del 2006: Tribunal Constitucional.
- Rol 541, del 2006: Tribunal Constitucional.
- Rol 588, del 26 de julio del 2007: Tribunal Constitucional.
- Rol 589, del 21 de agosto del 2007: Tribunal Constitucional.
- Rol 741, del 30 de octubre del 2007: Tribunal Constitucional.

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE CONTROL OF THE STATE ADMINISTRATION FOR THE CONSTITUTIONAL COURT

SANDRA PONCE DE LEÓN SALUCCI¹

Resumen: En el contexto institucional en el que se inserta la Justicia Constitucional, el trabajo analiza las atribuciones que se le han encomendado al Tribunal Constitucional para resolver conflictos de constitucionalidad vinculados al ejercicio de determinadas actuaciones administrativas, principalmente, emanadas del Presidente de la República, citando los principales casos y los efectos de la respectiva sentencia.

Abstract: In the institutional context in which the Constitutional Justice is inserted, the paper analyzes the attributions that have been entrusted to the Constitutional Court to resolve constitutional conflicts related to the exercise of certain administrative actions, mainly emanating from the President of the Republic, referring the main cases and the effects of the respective judgment.

Palabras clave: Tribunal Constitucional. Control de la Administración. Control constitucional de reglamentos. Control de decreto promulgatorio de ley. Contienda de competencia.

Key words: Constitutional Court. Control of the Administration. Constitutional control of regulations. Control of enactment decree of law. Competition contests.

¹ Abogado. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Finis Terrae y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora en diversos programas de Magíster y Diplomados, entre otros: LLM UC, Finis Terrae, UMayor Temuco, UCN, UCT.

I. INTRODUCCIÓN

En palabras del profesor español Luciano Parejo Alfonso², el Estado de Derecho es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho. En la suma de poderes constituidos, diferenciados y articulados, que es el Estado, a la Administración, como sistema, corresponde hoy un papel central, por exigirlo así la condición *social* de aquel, responsable universal de las condiciones de vida (lo que nada dice de la extensión e intensidad de su intervención efectiva en los procesos sociales concretos). Fácilmente se comprende, entonces, la importancia que la Constitución otorga al control del poder político (establece todo un sistema de controles diversos: externos e internos; jurídicos, políticos y de eficacia; y de alcance distinto) y, en particular, al control jurídico, pleno y externo, cumplido precisamente por el Poder Judicial, del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la actuación de la Administración Pública. Ese control es realizado desde la independencia de los jueces y tribunales, que es tal por consistir en una total y, por tanto, exclusiva dependencia o vinculación de estos al Derecho.

Si se aspira a que el Estado se inserte o se identifique dentro en un esquema de Estado Constitucional de Derecho, como afirma, entre nosotros, el maestro José Luis Cea Egaña, el acento se deberá poner en los valores, en el rol instrumental del Estado, en la tutela de los principios generales del derecho, como en la justicia, la igualdad, la certeza jurídica, la equidad, el origen y ejercicio del poder, los sistemas de control, la responsabilidad de los titulares del poder y en la protección y promoción de los derechos y garantías constitucionales³.

Sobre este mismo aspecto, el Estado Constitucional se presenta, desde sus orígenes, como una forma de organización cuya característica básica es la limitación y el control del poder mediante el Derecho con el objetivo de preservar la libertad. Bajo tales supuestos, la Constitución y el control resultan indisolubles. Con mayor razón aun cuando el Estado Constitucional ha ampliado su complejidad como consecuencia de su efectiva democratización y de un considerable aumento de sus funciones. Resulta claro, pues, como ha dicho Konrad Hesse, que para la efectividad normativa de la Constitución del Estado democrático se requiere,

² Parejo Alfonso, Luciano (2003), p. 1135.

³ Cea Egaña, José Luis (1994), pp. 63-70.

necesariamente, “que la cooperación, la responsabilidad y el control, queden asegurados”⁴.

Jorge Reyes Riveros nos ha enseñado que sobre la base de entender que al Estado le corresponde un papel de contralor en la sociedad nacional y del carácter difuso de la función de control, la organización de la actividad pública se encuentra dentro un *Sistema Nacional de Control*⁵. Se trata de un sistema, pues confluyen un conjunto de órganos públicos y diversos procedimientos y acciones de fiscalización con finalidad común, cual es la de velar por la vigencia y aplicación de la normativa y de los valores que integran el principio de juridicidad. Esto es, junto a las normas, los sub elementos del principio de juridicidad, que sin dejar de ser principios, se han integrado a la normativa: como la probidad, la racionalidad, la eficiencia, la subsidiariedad, la publicidad y la transparencia. Confirma que se está en presencia de un sistema la circunstancia de que, en la integridad de él, verdaderamente se configura una debida defensa de los principios y de los valores más trascendentes de la sociedad. La sola existencia de una clase de órgano de control, como son los tribunales de justicia, por importante que sean, no dan una absoluta o total seguridad, aparte de que por su propia naturaleza presentan debilidades que otros órganos de control suplen. En cambio, del conjunto de ellos, desde el que ejercen los ciudadanos y los medios de comunicación social hasta los políticos, administrativos y jurisdiccionales, incluido el Defensor del Pueblo, puede configurarse una más completa, eficaz y eficiente acción de control que garantice a los habitantes de un país la sujeción a la normativa y valores exigibles en tal realidad social.

Este fenómeno se presenta con especial relevancia tratándose del control de la actividad administrativa, el cual se encuentra bastante distribuido en nuestro país.

En efecto, no solo los tribunales que determine la ley –ordinarios o especiales (que se ubican dentro y fuera del Poder Judicial)⁶–, la Contraloría General de

⁴ Aragón Reyes, Manuel (1997), p. 43.

⁵ Reyes Riveros, Jorge (2013), pp. 127-128.

⁶ Según lo dispuesto en el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política; sobre el sistema de justicia administrativa en Chile ver, entre otros: Soto Kloss, Eduardo (1974), pp. 349-359; Pierry, Pedro (1975-1976), p. 497; Rubano Lapasta, Iris Mariela (1998), pp.361-366; Pantoja, Rolando (2005), pp. 93-127; Cordero V., Luis (2009), pp. 153-175; Ferrada, Juan Carlos (2000); Carmona, Carlos (2005), pp. 165-240; Vergara, Alejandro (2013), pp. 45-46.

la República⁷ y la Cámara de Diputados⁸ son llamados por la Constitución y la ley a controlar los actos que emite la autoridad administrativa en ejercicio de sus atribuciones y funciones, en diversos aspectos y ámbito de sus actuaciones. También cabe una importante intervención en tal función y pilar fundamental del Estado de Derecho, la de control de la administración, al Tribunal Constitucional.

En efecto, en los numerales 8°, 9°, 12° y 16° del artículo 93 constitucional se establecen las atribuciones que se le encomienda ejercer a la mencionada Magistratura y que se insertan dentro de lo que la doctrina especializada ha denominado como nuestro *Sistema Nacional de Control Gubernamental*⁹.

Este trabajo se dedicará a analizar aquel ámbito de competencia del Tribunal Constitucional haciendo especial referencia a algún caso emblemático que se haya resuelto dentro del respectivo proceso, haciendo referencias a las reglas o elementos básicos de procedimiento. Sin embargo, antes de enfocarnos en tal objetivo, creemos que para comprender a cabalidad las atribuciones de la Magistratura resulta ineludible hacer, aunque de forma breve, una referencia a la institucionalidad en la que aquella se encuentra inmersa.

II. NOTAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE Y CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER

Como hemos esbozado en la introducción, resulta ineludible en cualquier análisis acerca de las atribuciones del órgano de control de la supremacía constitucional en cualquier sistema (Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Sala especializada de la Corte Suprema, etcétera), tener claridad acerca del rol que cumple la Justicia Constitucional dentro de la evolución histórica del Estado de Derecho.

Pues bien, esa historia ha probado que, para ser efectivos, los controles de las ramas políticas del Estado difícilmente pueden llevarse a cabo desde

⁷ Artículos 98 y 99 de la Constitución Política.

⁸ Artículo 52 N°s 1 y 2 (en relación con artículo 53 N° 1) de la Constitución Política. En este tópico ver, entre otros: Zúñiga, Francisco (2005), pp. 275-318; Nogueira (2013), p. 249; Silva B., Alejandro, y Silva G., María Pía (2000), p. 211.

⁹ Reyes R., Jorge (1993); (2002), pp. 37-39.

dentro. Así, un Poder Ejecutivo eficiente está jerarquizado y en su nivel superior difícilmente permitirá un control interno independiente. Y esto no es menos cierto en el caso de un Poder Legislativo que se considera a sí mismo como supremo. Un control efectivo de los grupos políticos se debe llevar a cabo desde fuera y debe ser confiado a personas y órganos suficientemente independientes de aquellos a los que se controla. Esta idea es hoy un imperativo de cualquier Estado de Derecho.

En tal contexto, no solo la Administración puede cometer excesos, también puede hacerlo el Poder Legislativo. Una muestra de ello es que las dictaduras mayoritarias o legislativas pueden ser tan opresoras como una dictadura del Ejecutivo. Basta recordar cómo la legislación fascista privó a los judíos y otras minorías de sus derechos más fundamentales. Esta es la razón por la cual Italia, Austria y Alemania, al salir de la perversión política y moral vivida en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, se volvieron hacia la Justicia Constitucional, para crear un nuevo tipo de control que se sumase al más tradicional de la justicia administrativa.

En cuanto concierne a la legitimidad de la revisión judicial del legislador, para muchos estados el establecimiento del control jurisdiccional de la actividad de sus órganos ha sido, en primer lugar, el de una reacción contra pasados abusos gubernamentales. Así, la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley y de otras actuaciones del Estado, entre ellas las que emanan de órganos administrativos y políticos, tiene por lo menos el potencial de servir como instrumento para proteger a individuos y minorías.

Hay, además, un sentimiento generalizado en los países occidentales de que implica una relevante protección el control por un juez independiente de un legislador cada vez más omnipresente, cuyo papel en el Estado moderno ha crecido hasta dimensiones sin precedentes, y ello, ejecutando las cláusulas de reserva legal que se contienen en los textos constitucionales.

Por otra parte, es deber reconocer que en las democracias el legislador es el representante y el responsable de y ante el pueblo y que, además, corresponde a la naturaleza de la función judicial el que los jueces no sean responsables. Pero cabe añadir que uno de los principales efectos de nuestra libertad de expresión es el hecho de que también los jueces están expuestos día tras día a las críticas públicas, esto es, al control social, que suele ser, muchas veces, más eficaz para el sistema republicano que los de corte tradicional, por llamarlos de alguna manera simple.

En los países en los que se ha impuesto un control judicial de la constitucionalidad de la ley¹⁰, o bien, en los que se ha creado por el Constituyente un órgano ad-hoc, denominado Corte o Tribunal Constitucional¹¹, ha sido labor obligada la de reflexionar sobre la posición que ocuparán esos órganos de control dentro del sistema constitucional de división de poderes, esto es, su relación con los demás órganos del Estado. Dentro de ese análisis, visualizaremos tres dimensiones o cuestiones precisas¹²:

1ª. Las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado Constitucional; dicho de otro modo, hasta dónde se puede llevar la juridificación de la política cuando el Estado es la manifestación del poder político;

2ª. La posibilidad de que la decisión del órgano que ejerce el control de constitucionalidad sea tomada jurídica y no políticamente;

3ª. La legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que no lo está, o al menos, no lo está de manera tan inmediata o directa, y que, además, no es responsable política y jurídicamente ante nadie.

Partimos del supuesto, además, de que cuando se habla de separación de poderes hoy en día, no nos referimos a su sentido francés original; queremos decir, más bien, que existen conexiones recíprocas y control mutuo; o sistema de “frenos y contrapesos” en la terminología anglosajona.

Siguiendo a Cappelletti¹³, el “gran problema” de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier lugar y tiempo. Por supuesto, no existen esas soluciones universales. Si nuestros jueces fuesen iguales que aquellos que imperaban en la Francia prerrevolucionaria, sería muy difícil que se legitimase la revisión judicial. Pero en nuestro mundo occidental, en el que las funciones y las intervenciones de las ramas políticas han crecido

¹⁰ Como los casos de Argentina, Costa Rica, Uruguay y Brasil, entre otros, en América Latina. O como en Estados Unidos.

¹¹ Como es el caso de Chile, Colombia, Perú, Bolivia, Guatemala, entre otros, en América Latina, y en la mayoría de los países europeos, entre otros, en España, Francia, Italia, Alemania, Austria.

¹² En esto seguimos la tesis de Pérez Royo, Javier (2014), pp. 725-727, 750.

¹³ Cappelletti, Mauro (1985), pp. 40-41.

en tantas áreas de nuestra vida, sin duda la búsqueda de un poder judicial más “despegado”, aunque no literalmente “separado”, puede ser saludable. De esa manera, los individuos y los grupos que de otra manera serían marginados u oprimidos pueden ser mejor protegidos.

El principio democrático requiere que todo el mundo pueda tener “voz” en el proceso político y que la minoría de hoy pueda ser la mayoría de mañana. Si unos derechos fundamentales tales como las libertades de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos, por la mayoría de hoy, el mismo principio democrático se debilitaría; y esto no es menos verdad para los derechos de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho.

A su vez, lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y anti mayoritaria, la Justicia Constitucional aparece como un instrumento fundamental y efectivo para proteger el principio democrático del riesgo de la corrupción, que hoy azota a la mayoría de las sociedades, en menor o mayor medida y para advertir aquel fenómeno no es necesario ser un experto o estudioso en la materia.

Ahora bien, teniendo en consideración el razonamiento esbozado precedentemente y enfrentados a revisar la institucionalidad del control constitucional en nuestro país¹⁴, más que alterar los mecanismos de control que se le han conferido al Tribunal Constitucional hasta ahora, debiera preocuparnos la forma en que este ha de ejercer sus atribuciones, definiendo con minucioso cuidado las normas legales que regulen los procedimientos que han de orientar a cada uno de los procesos en los que intervenga el organismo. Al mismo tiempo, no se debe descuidar la determinación de a quiénes se confiará la misión fundamental de ejercer la jurisdicción constitucional. Y ello no solo en cuanto a su número, para velar por la mayor eficiencia de la función que se ejerce, sino que, fundamentalmente, debiera pensarse en una regulación que exija a los órganos públicos competentes desarrollar un procedimiento de designación de los ministros del Tribunal Constitucional que se encamine al nombramiento de personas que satisfagan en plenitud las diversas condiciones de idoneidad que la misma

¹⁴ A propósito de la idea que ha tenido el actual gobierno de la presidenta Bachelet de iniciar un proceso constituyente para dictar un nuevo texto constitucional, o bien, de desarrollar un proceso de reforma o cambio constitucional.

Constitución establece para integrar el organismo que tiene a su cargo velar por la Supremacía Constitucional¹⁵ y en ese mismo aspecto, debe cuidar la esencia del principio de división de poderes con pleno respeto por los derechos fundamentales¹⁶.

III. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ya expresamos, dentro del *Sistema Nacional de Control Gubernamental*, el Tribunal Constitucional tiene un rol trascendente que cumplir, fundamentalmente, examinando actos emitidos por la principal autoridad pública del Estado, como lo es el Presidente de la República¹⁷.

En este capítulo, abordaremos las atribuciones y funciones del Tribunal Constitucional, haciendo una breve referencia a la época en la que le fueron asignadas, para luego referirnos al tema central de este documento, esto es, a los elementos o condiciones procesales más relevantes que guían los respectivos procedimientos que sigue la Magistratura para el ejercicio de sus atribuciones vinculadas al control de la Administración, además de citar, cuando corresponda, algún caso emblemático o representativo en la materia de que se trate.

1. Algunos aspectos relevantes del contexto y evolución histórica del Tribunal Constitucional chileno¹⁸

El Tribunal Constitucional fue establecido en el año 1970, por la Ley N° 17.284, como órgano estatal, constitucional, jurisdiccional y

¹⁵ Estas ideas las expusimos en la Va. versión del Seminario de Profesoras de Derecho Público, del año 2015 (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), en la ponencia titulada “¿Límites y Control al Poder del Estado? El caso del Tribunal Constitucional”.

¹⁶ Lucas, Andrea (2013), pp. 20-21.

¹⁷ El artículo 24 de la Constitución Política.

¹⁸ La Ley de reforma constitucional N° 17.284 (D.O. 23.01.1970) introdujo el Tribunal Constitucional en el Capítulo VI de la Constitución Política de 1925 -artículos 78 a), 78 b) y 78 c)-. Según lo establecido en la 12ª disposición transitoria de la Constitución, agregada por la citada ley, la aludida enmienda entró en vigencia el día 4 de noviembre de 1970. No obstante, el Tribunal se constituyó en el mes de septiembre de 1971, una vez que quedó totalmente integrado. En la materia consultar Silva Cimma (2008), pp. 32-53.

autónomo¹⁹, transformándose en el más antiguo de Iberoamérica. Fue suprimido por “innecesario” por decreto ley dictado en 1973 y restablecido por la Constitución del año 1980.

En su evolución, es posible identificar tres etapas²⁰:



Figura 1

Etapas evolución histórica del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido una evolución marcada por el contexto institucional y político vivido por el país. Cada etapa de la Magistratura puede ser analizada teniendo en consideración las alteraciones que ha sufrido su composición. Los mecanismos de designación de sus miembros, el alcance y límites de su jurisdicción y el impacto jurídico y político de sus pronunciamientos, resultan ser cuestiones que cooperan para tener una mejor perspectiva del proceso histórico que ha tenido este importante órgano estatal²¹.

¹⁹ Evans de la Cuadra, Enrique (1973), p. 65; Silva Cimma, Enrique (2008), p.43. El mismo Tribunal ha tenido la oportunidad de ratificar estas condiciones que orientan su naturaleza orgánica, en su sentencia del 10 de julio del 2008, Rol 1051, Considerandos 44°, 46°, 48°, recaída en control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley sobre acceso a la información pública.

²⁰ Este acápite del trabajo es un resumen de un artículo preparado por la autora para posterior publicación.

²¹ 1970-1973: La Ley de reforma constitucional N° 17.284, (D.O. 23.01.1970), introdujo el Tribunal Constitucional. Hubo problemas para constituirse y funcionar, ver: Peña Torres, Marisol (2007), pp. 29-31; Silva Cimma (2008), pp. 114 y ss. El quiebre institucional del 11.09.1973 llevó a la disolución del Tribunal, atendido que desde esa fecha también se disuelve el Congreso Nacional. El DL N° 119 (D.O. 10.11.1973) consideró que el Tribunal Constitucional “tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que no pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional.” (...) Lo anterior “demuestra que la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”. 1981-2005: El Tribunal fue restablecido por la Constitución que comenzó a regir, solo parcialmente, el 11 de marzo de 1981. Dos meses después, se aprobó su Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 (D.O. 19.05.1981). Comparte el control constitucional con la Corte Suprema, e incluso los Ministros de esta forman parte del Tribunal. 2005-hoy: La Ley de reforma constitucional N° 20.050 eleva al Tribunal Constitucional a la máxima posición dentro del régimen institucional y marca el inicio de su tercera etapa, caracterizada

Para ser fieles al objetivo trazado y a la extensión que debe tener el presente trabajo, solo nos corresponderá poner de relieve que, a partir de su creación hasta el año 2005, el Tribunal comparte la jurisdicción constitucional con la Corte Suprema²², pero se le asignan competencias exclusivas, entre las que nos interesan: resolver reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando debe hacerlo o si promulga un texto diverso del que corresponde, y resolver las contiendas de competencia entre órganos del Estado que determinaran la Carta Fundamental: entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales, que no correspondan al Senado²³. Además, su control constitucional abarcará a los actos provenientes de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Ahora bien, a consecuencia de la reforma constitucional del año 2005, el organismo está dotado del mayor cúmulo de competencias que reconoce el Derecho Comparado²⁴.

2. Atribuciones del Tribunal Constitucional vinculadas al control de la Administración y elementos esenciales de cada proceso

Nos corresponde, a continuación, referirnos a la competencia que se le reconoce al Tribunal Constitucional para ejercer control hacia la Administración del Estado, en diversos aspectos.

1) Conflicto de constitucionalidad entre Contralor General de la República y el Presidente de la República durante tramitación de un acto administrativo sometido a toma de razón

por la mayor transformación que ha sufrido este órgano, destacando seis aspectos: 1) Alteración de las reglas de integración (art. 92, 10 ministros); 2) Modificación del régimen de funcionamiento (art. 92, en sala y en pleno); 3) Extensión de la esfera de competencias (art. 93, 16 atribuciones); 4) Regulación de los efectos de las sentencias (art. 94); 5) Regulación de la publicación de las sentencias (art. 94); 6) Adecuación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 92).

²² A la Corte Suprema le compete resolver la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, hasta la reforma constitucional del año 2005.

²³ El numeral 3° del artículo 53 constitucional asigna al Senado la resolución de contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas y administrativas y los tribunales superiores de justicia.

²⁴ Artículo 93 de la Constitución Política y Ley Orgánica Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por el DFL N° 5, del 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Elementos procesales básicos:

- Normativa aplicable: artículos 93 N° 9° y 99, inciso tercero, de la Constitución Política de la República; Artículos 31 N° 10 y 109 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Sujeto activo legitimado: Presidente de la República.
- Plazo de interposición del requerimiento: diez días siguientes a la notificación de la representación por parte del Contralor General de la República. La Ley precisa que este plazo se cuenta desde que el respectivo Ministerio recibe el oficio de representación del Contralor²⁵.
- Asunto de conocimiento del pleno: artículo 31 N° 10 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Conflicto a resolver: por expresa disposición constitucional, no procede la insistencia presidencial frente a la representación del Contralor General de la República fundada en la inconstitucionalidad del acto examinado²⁶. Por ende, si el Presidente de la República no concuerda con la opinión expresada por el Contralor General de la República en el respectivo oficio de representación, podrá plantear un requerimiento para que el Tribunal resuelva o se pronuncie sobre la constitucionalidad del respectivo decreto o resolución.
- El Tribunal oirá alegatos en la vista de la causa: artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Efecto de la sentencia: el Tribunal podrá declarar la constitucionalidad del acto administrativo (acoge la acción) y, en tal caso, la sentencia es comunicada directamente al Contralor General de la República para que proceda de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado. Cuando se resuelve la inconstitucionalidad del mismo acto administrativo (rechaza el requerimiento), la sentencia tiene efectos generales y directos sobre dicho acto, por cuanto aquel es eliminado del ordenamiento jurídico.

²⁵ Ingreso en la Oficina de Partes del Gabinete Presidencial o del respectivo Ministerio de origen del acto.

²⁶ Artículo 99 de la Constitución Política.

No ahondaremos mayormente en esta atribución, ya que no se ha ejercido a la fecha.

2) Cuestión constitucional sobre el decreto promulgatorio de ley

El decreto promulgatorio es un tipo de Decreto Supremo de carácter especial, ya que se emite por el Presidente de la República dentro del procedimiento de formación de la ley. Su objeto, por ende, no dice relación directa con la función administrativa²⁷, sino que es dar sanción al proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y disponer su publicación para que entre en vigencia. Ese acto es enviado al control preventivo de juridicidad a la Contraloría General de la República, la que solo realizará un cotejo entre el texto del proyecto aprobado por el Congreso y el texto del decreto promulgatorio para tomar razón del mismo o representarlo, en su caso. Si coinciden los textos, se tomará razón y, de lo contrario, será representado el decreto por causa de su inconstitucionalidad. Básicamente se desarrolla un examen de forma y no de fondo.

El Presidente de la República tiene la obligación constitucional de dictar ese decreto en el plazo de diez días, contados desde la aprobación del Congreso, que se le notifica vía oficio a la autoridad²⁸. Por consiguiente, la Carta Fundamental prevé un sistema de control de la supremacía constitucional concreto en este caso respecto de la actuación u omisión del Jefe del Estado.

Elementos procesales básicos:

- Normativa aplicable: artículos 93 N° 8° e inciso decimotercero, 32 N° 1 y 75 de la Constitución Política de la República; artículos 31 N° 9 y 105 a 108 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Sujeto activo legitimado: cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.
- Plazo: dependerá de la causal invocada. Treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley.

²⁷ Satisfacer necesidades públicas en la forma y condiciones establecidas por la normativa vigente.

²⁸ Artículos 75 y 32 N° 1 de la Constitución Política.

- Asunto del que debe conocer el pleno del Tribunal: artículo 31 N° 9 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Conflicto a resolver:
 - Que el Presidente de la República se ha negado a dictar el decreto promulgatorio, incumpliendo la obligación constitucional de hacerlo.
 - Que el Presidente promulgue un texto diverso al proyecto de ley aprobado en el Congreso Nacional.
- El Tribunal oirá alegatos en la vista de la causa: artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Efecto de la sentencia: si se acoge el reclamo, el Tribunal procederá a promulgar la ley en la sentencia, o bien, rectificará la promulgación incorrecta, si es el caso.
- Jurisprudencia constitucional de interés: solo se ha resuelto un caso a la fecha. Se trata del proceso Rol 2253, iniciado por requerimiento parlamentario en contra de un decreto promulgatorio, fundado en la causal de haberse apartado del texto del proyecto de ley aprobado en el Congreso. El fundamento concreto fue que el decreto promulgatorio indicó un nombre para el proyecto de ley, en circunstancias que expresamente se había debatido durante su tramitación parlamentaria que *ese nombre* no correspondía al objeto de la iniciativa legal. Es el caso conocido como decreto promulgatorio proyecto de ley “Ingreso Ético Familiar”.

La decisión del Tribunal fue rechazar la acción deducida, considerando, en síntesis, que no hay inconstitucionalidad en el acto emitido por el Presidente, ya que ninguna norma constitucional se ha infringido; no existe en las normas constitucionales que regulan el *iter* legislativo una referencia concreta al nombre de los proyectos de ley; por ende, el haberle colocado un nombre al proyecto que se promulgó en este caso, no violenta requisito o condición constitucional alguna relativo al trámite de formación y entrada en vigencia de la ley²⁹. Lo que llama poderosamente la atención es que el Tribunal utiliza el recurso al exhorto a la autoridad pública a la que

²⁹ Los principales fundamentos del fallo, a nuestro juicio, deben buscarse en los considerandos 10, 11, 14, 15, 16, 18, 23, 25, 26 y 27.

controla, conminándola a futuro a no actuar de la misma manera, y ello, con el fin de resguardar o mantener la transparencia del proceso legislativo.

3) Contienda de competencia entre autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia que no correspondan al Senado

Esta competencia tiene relación con lo dispuesto en el artículo 53 N° 3° de la Constitución, pues en dicho precepto se señala en qué casos interviene el Senado: resuelve contiendas de competencia entre autoridades políticas y administrativas y los tribunales superiores de justicia.

Normalmente, las contiendas de competencia de que ha conocido el Tribunal se traban entre jueces de Policía Local o Tribunales de Familia con alguna Fiscalía del Ministerio Público y los procesos han concluido, en la gran mayoría de los casos, por sentencia que resuelve que la contienda no se verifica. Sin embargo, también han surgido estos procesos en otra clase de asuntos, como el que comentaremos en seguida.

Elementos procesales básicos:

- Normativa aplicable: artículo 93 N° 12 e inciso decimoséptimo, en relación con el artículo 53 N° 3° de la Constitución Política de la República. Artículos 32 N° 2° y 112 al 116 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Sujetos activos legitimados: los órganos en conflicto.
- Asunto radicado en una sala del Tribunal: por disposición del artículo 92, inciso quinto, de la Constitución, en relación con el artículo 32 N° 2° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional³⁰.
- La sala podrá oír alegatos en la vista de la causa: artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Efecto de la sentencia: mecanismo concreto de protección del principio de separación o división de poderes o funciones estatales. Determina la competencia del órgano conforme a las reglas legales vigentes.

³⁰ La sala será la que determine el Presidente del Tribunal al momento de resolver el ingreso del requerimiento y su distribución. No llega a conocimiento del pleno.

- Jurisprudencia constitucional de interés: en la STC Rol 2700, el Tribunal resolvió la contienda de competencia promovida por Universidad de Chile, representada por su Rector, en contra del Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana, en gestión “Nahum y otros con Junta Electoral Central de la Universidad de Chile”.

En síntesis, la requirente solicitó al Tribunal Constitucional declarar que el Primer Tribunal Electoral Regional de Santiago es incompetente para conocer el conflicto suscitado entre la mencionada Casa de Estudios Superiores y uno de los interesados en ocupar el cargo de decano de la Facultad de Derecho. Lo anterior se fundó básicamente en que la elección de la mencionada autoridad universitaria se decide mediante un procedimiento de naturaleza administrativa en el que ya se agotaron las vías de impugnación, no siendo una de ellas, la presentada ante el Tribunal Electoral referido.

El interesado en ser candidato a decano fue tenido como parte en el proceso constitucional e instó por el rechazo del requerimiento, por los siguientes razonamientos: no existe otra vía de impugnación ante órgano externo a la Universidad de Chile; procedimiento se agotó con reposición que presentó contra resolución de Junta Electoral Central que acogió impugnación a su candidatura; no habría real contienda de competencia que pueda resolver el Tribunal Constitucional. Se trata de conflicto de legalidad procesal que la Universidad de Chile debió alegar ante el tribunal electoral y no lo hizo; proceso de elección de decano es un acto electoral no sometido a reglas de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (N° 19.880). La Universidad de Chile no es servicio público.

Llamado a informar en el proceso constitucional, el Tribunal Electoral Regional se limitó a señalar que, por efecto de la suspensión del proceso decretada por la sala del Tribunal, se encontraba pendiente de resolver la excepción de incompetencia planteada por la Universidad de Chile.

Las principales consideraciones de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal para resolver el asunto son: existe contienda de competencia que debe ser resuelta por el Tribunal, ya que el Tribunal Electoral Regional se atribuye competencia en el caso; la acción intentada persigue el cambio de resolución del asunto desde la sede jurisdiccional especial (Tribunal Electoral Regional) a una administrativa (Universidad de Chile); el Tribunal Electoral Regional no es competente para conocer del asunto –elección

de decano, como cargo público directivo–, sino que lo es la Universidad de Chile, como órgano administrativo dotado de personalidad jurídica; la Universidad de Chile no es grupo intermedio de la sociedad; el Rector de la Universidad de Chile es autoridad administrativa y, como tal, posee legitimación activa ante el Tribunal Constitucional; el Tribunal Electoral Regional es un tribunal de justicia, por ende, posee legitimación pasiva en este procedimiento constitucional.

Por efecto de esta sentencia, siendo incompetente el Tribunal Electoral en el caso, el proceso de elección de decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile –como órgano administrativo– se desarrolla y concluye aplicando la normativa procedimental especial que rige al mismo órgano, sin perjuicio del control que puedan ejercer a petición del interesado, los tribunales y bajo los procedimientos que determine la ley³¹.

4) Control de constitucionalidad del Reglamento Supremo. Conflicto Ley V/S Reglamento de ejecución y autónomo

La potestad reglamentaria constituye una atribución especial del Presidente de la República, conforme al numeral 6º del artículo 32 de la Constitución. La máxima autoridad estatal está facultada para dictar decretos, reglamentos e instrucciones para la debida ejecución de las leyes y para el gobierno y administración del Estado y tiene como límite constitucional las materias reservadas a la ley (Artículo 63 – *dominio máximo legal*).

Coincidiendo con la profesora Ana María García³², resulta lógico que “junto con ampliar el marco de la potestad reglamentaria autónoma, independiente o extendida, el constituyente (del año 1980) haya buscado un equilibrio para asegurar que el Ejecutivo no se exceda en el ejercicio de sus facultades”, atribuyendo al Tribunal Constitucional la atribución de control de constitucionalidad, posterior y facultativo, de los Decretos Supremos³³.

³¹ Por aplicación de lo dispuesto, entre otras disposiciones, en los artículos 6º, 7º y 38, inciso segundo, de la Constitución Política y artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

³² García B., Ana María (2012), p. 153.

³³ La misma autora destaca que se trata de una facultad excepcional si se revisa el derecho comparado.

Elementos procesales básicos:

- Normativa aplicable: artículo 93 N° 16 e inciso decimonoveno, en relación con artículos 63 y 32 N° 6° de la Constitución Política de la República. Artículos 110, 111, 31 N° 11 y 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Sujeto legitimado activo: cualquiera de las cámaras del Congreso Nacional. Cuarta parte de miembros en ejercicio del Congreso cuando el vicio alegado no se refiera al ejercicio de la Potestad Reglamentaria Autónoma por exceder límite constitucional.
- Plazo: treinta días siguientes a publicación o notificación del acto administrativo impugnado.
- Asunto de conocimiento del pleno: artículo 31 N° 11 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- El Tribunal podrá oír alegatos en la vista de la causa: artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Efecto de la sentencia: si el requerimiento es acogido, el decreto supremo queda sin efecto con el mérito de la sentencia. Por el contrario, si es rechazado, el acto administrativo continuará rigiendo por causa de su constitucionalidad declarada por el mismo Tribunal.
- Jurisprudencia constitucional de interés (criterios de aplicación general): en diversos fallos, la Magistratura Constitucional ha abordado la problemática jurídica que genera la *reserva legal máxima* establecida en el artículo 63 del Texto Fundamental. Sobre todo, al tiempo de resolver cuestiones vinculadas al ejercicio de la potestad reglamentaria o cuando se examina la legitimidad de normas legales de atribución de facultades hacia la Administración, sobre todo, en el caso de la discrecionalidad administrativa. Atendida la extensión que debe tener este trabajo, solo aludiremos a algunos criterios generales que se extraen del análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal en la materia. Para finalizar, haremos referencia a un caso emblemático en el que fue resuelto un conflicto constitucional

concreto en ejercicio de la atribución conferida en el numeral 16 del artículo 93 constitucional³⁴.

- Dominio máximo legal (STC Roles 282, cc. 18-19): Principio restrictivo establecido en la Constitución que trae como consecuencia que la ley solo procede en los casos taxativamente señalados en el artículo 63 constitucional. La Constitución de 1980 alteró el sistema de *dominio mínimo legal* de la Constitución de 1925³⁵. Con la nueva fórmula, la ley ha de destinarse a resolver las problemáticas más importantes de la nación, esto es, limitada solo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar el dominio exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano Ejecutivo.
- Relación entre potestad reglamentaria y reserva legal (STC Roles 370, c. 19; 388, cc. 18-19; 480, cc 13-19): La ley debe respetar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa; de lo contrario, se produce un detrimento ostensible de la seguridad jurídica. Por ende, no resulta pertinente que la ley solo entregue enunciados globales plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea o no aduciendo que se trata de asuntos complejos, mutables o circunstanciales.

Si la ley habilita al reglamento para pormenorizar las restricciones a derechos fundamentales, en aras de un interés social superior, no será la norma reglamentaria la que autónomamente, y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinado derecho o garantía, sino que sigue siendo la ley la que cumple tal rol.

Afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia.

El principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la Constitución

³⁴ Para conocer más casos en los que le ha correspondido intervenir al Tribunal en la materia, ver: García B., Ana María (2012), pp. 155-164.

³⁵ Solo en virtud de la ley se puede (art. 44).

ha reservado solo a la ley disponer en todos sus detalles una determinada materia.

Uno de los casos en que no procede la potestad reglamentaria autónoma se da en materia de la actividad administrativa sancionadora. La ley es la que debe describir las conductas infractoras de deberes administrativos y no se entrega a la discrecionalidad administrativa la creación de tales deberes o la fijación de sus sanciones.

- Niveles de reserva legal en la Constitución (STC Rol 370, cc. 15-17; Rol 254, c. 26): Las regulaciones de algunas materias no requieren la misma amplitud y profundidad que otras. Cuando la fuerza de la reserva legal es *relativa*, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar solo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de la potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución usa los términos “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “en conformidad a la ley”.

Caso emblemático: STC Rol 740: Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, del 2007, del Ministerio de Salud.

En este caso, se discutió la constitucionalidad del Reglamento dictado por la entonces Presidenta de la República, en cuanto regulaba el uso de anticonceptivos que podían tener efecto abortivo, contrariando la garantía constitucional del derecho a la vida, que tiene su inicio al tiempo en que existe una persona³⁶. También se discutió la afectación del derecho de los padres de educar a los hijos menores, en tanto las normas reglamentarias permiten al menor acudir directamente a la unidad de atención de salud pública para requerir esos anticonceptivos, sin la autorización y/o conocimiento de sus padres.

El conflicto constitucional surge porque se estaba regulando el ejercicio de derechos fundamentales a través de una norma infralegal, lo que es prohibido por la Carta Política al regular las materias reservadas a la ley. Es decir, se trataba de un conflicto de ejercicio de la potestad reglamentaria violatorio de la norma de *reserva legal máxima* contemplada en la Constitución.

³⁶ Desde el inicio de la gestación, conforme a las normas civiles vigentes.

En definitiva, el Tribunal declaró inconstitucional los preceptos del Reglamento supremo impugnado que violentaban tal reserva legal. Y eso es lo que podía hacer el Tribunal, si se ciñe estrictamente a la atribución que le entrega la Carta Fundamental. No fue esa la ocasión, por consiguiente, de pronunciarse en el fondo y definitivamente sobre el carácter inconstitucional de los sistemas de regulación de la fertilidad, esto es, sobre el carácter abortivo o no abortivo de los mismos.

En el hecho, una vez que el Decreto quedó sin efecto por el mérito del fallo del Tribunal Constitucional la cuestión fue debatida en el Congreso Nacional y surgió el respectivo proyecto de ley “sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”³⁷, que dio lugar al control preventivo obligatorio de constitucionalidad de normas de carácter orgánico constitucional, individualizado con el Rol 1588. Entre las normas revisadas en ese proceso no se encontraban las que habían sido objeto de impugnación en el Rol 740, por la simple razón de que aquellas no tenían rango orgánico constitucional. En esta ocasión, ningún grupo de parlamentarios, ni siquiera los que requirieron la inconstitucionalidad del aludido reglamento, formuló requerimiento de inconstitucionalidad de las normas del proyecto de ley referidas a métodos de anticoncepción que podrían tener un efecto abortivo, según la opinión de algunos expertos, a pesar de que las normas legales en esa materia tenían una redacción, sino igual, muy similar a las incorporadas en el acto administrativo y que fueron declaradas inconstitucionales.

No fue esa, en definitiva, la oportunidad escogida por los parlamentarios para discutir ante la Justicia Constitucional el tema del aborto en nuestro país. Esa es una cuestión aún pendiente de pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional, a falta de requerimiento pertinente.

IV. CONCLUSIONES

En el Texto Fundamental vigente, el Tribunal Constitucional ha sido establecido como un mecanismo eficaz de control jurídico externo, no solo dirigido hacia el legislador, sino que también hacia la actividad

³⁷ Boletín N° 6582-11.Ley N° 20.418 (D.O: 28/01/10).

administrativa de la principal y máxima autoridad del Estado, como es el Presidente de la República.

Para el ejercicio de la función de control de constitucionalidad dirigido hacia el Presidente de la República, se han escogido los actos que dicta la autoridad que generan efectos generales o que provocan tensión con el Congreso Nacional o con otros organismos de control jurídico (Contraloría General de la República, tribunales). Nos referimos al decreto promulgatorio de la ley y a los decretos (incluimos las resoluciones), reglamentos e instrucciones que son emitidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucional.

El mérito de tal decisión constituyente se encuentra, a nuestro juicio y sin duda, en la necesidad de mantener la plena vigencia y respeto de los principios de supremacía constitucional y distribución equilibrada de funciones públicas (división de poderes o de funciones estatales).

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel (1997). “Estado y Democracia”, en *El Derecho Público de Fines de Siglo, una Perspectiva Iberoamericana*, Madrid, Fundación B.B.U., Editorial Cívitas.
- Cappelletti, Mauro (1985). *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”*, texto anotado de la conferencia anual “Papa Juan XXIII” pronunciada el 25 de abril de 1985 en la Universidad Católica de América. Traducción a cargo de Pablo De Luis Durán; consulta desde Internet 17.08.2015: file:///C:/Users/sandra/Downloads/REDC_017_009.pdf
- Carmona, Carlos (2005). “El Contencioso Administrativo entre 1990 y 2003”, en *La Justicia Administrativa, Actas I Jornadas de Derecho Administrativo*, coordinador Juan Carlos Ferrada, Santiago, Editorial LexisNexis.
- Cea Egaña, José Luis (1994). “La Regionalización de Chile y la Modernización de su sociedad estatal”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. V.
- Cordero V., Luis (2009). *El Control de la Administración del Estado*, segunda edición, Santiago, Editorial LegalPublishing.
- Evans de la Cuadra, Enrique (1973). *Chile hacia una Constitución Contemporánea*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- Ferrada, Juan Carlos (2000). “El principio del control en la Administración del Estado”, en Pantoja, Rolando (coordinador), *La Administración del Estado. Decenio 1990-2000*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.
- García B., Ana María (2012). “Control de Constitucionalidad de los Decretos Supremos”, en Henríquez, Miriam y Silva, María Pía (coordinadoras), *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional ¿Consolidación o Reforma?*, Santiago, Editorial LegalPublishing.
- Lucas, Andrea (2013). “Manifestaciones del principio de división de poderes en la arquitectura constitucional chilena con especial mención al Tribunal Constitucional”, en Henríquez, Miriam y Silva, María Pía (coordinadoras), *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*, Santiago, Editorial LegalPublishing.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2013). “Consideraciones sobre la Acusación Constitucional en la Carta Fundamental Vigente”, en Congreso Nacional, *Libro en Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Pantoja, Rolando (2005). “Justicia Administrativa: ¿Tribunales Ordinarios, Tribunales de Jurisdicción General o Tribunales Especiales de lo Contencioso Administrativo?”, en Ferrada, Juan Carlos (coordinador), *La Justicia Administrativa, Actas I Jornadas de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial LexisNexis.
- Parejo Alfonso, Luciano (2003). *Derecho Administrativo. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*, Barcelona, Ariel Derecho.
- Peña Torres, Marisol (2007). “Desafíos para la Justicia Constitucional Chilena a partir de la Reforma de 2005”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Nº 36, Cuatro Estudios de Justicia Constitucional.
- Pérez Royo, Javier (2014). *Curso de Derecho Constitucional*, decimocuarta edición, Madrid, Editorial Marcial Pons.
- Pierry, Pedro (1975/1976). “La responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de Derecho Público*, Anuario de Derecho Administrativo, T I.
- Reyes Riveros, Jorge (1993). “Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, comunicación presentada en las XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público.
- Reyes Riveros, Jorge (2002). *La Invalidación de los Actos Administrativos*, Santiago, Editorial LexisNexis-ConoSur.

- Reyes Riveros, Jorge (2013). *Introducción al derecho Administrativo General. Principios básicos que obligan a todo órgano estatal que desarrolla una función pública*, Colección de Tratados y Manuales, Santiago, Editorial Legalpublishing-Thomson Reuters.
- Rubano Lapasta e Iris, Mariela (1998). “Control Administrativo. Jurisdicción Contenciosa Administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. especial.
- Silva B., Alejandro y Silva G., María Pía (2000). *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Silva Cimma, Enrique (2008). “El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 38.
- Soto Kloss, Eduardo (1974). “La competencia contencioso-administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia”, *Revista Chilena de Derecho*, v. I.
- Vergara, Alejandro (2013). “Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección”, en Arancibia, Jaime; Martínez, José Ignacio y Romero, Alejandro (coordinadores), *Litigación Pública*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- Zúñiga, Francisco (2005). “Control Político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional”, en Nogueira, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Editorial Librotecnia.

Normas jurídicas citadas

- Constituciones Políticas de 1925 y 1980.
- Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial del 10 de noviembre de 1973.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del 10 de agosto del 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997.
- Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575.
- Ley N° 17.284, de Reforma Constitucional del año 1970.
- Ley N° 20.050, de Reforma Constitucional del año 2005.
- Ley N° 20.381 (D.O. 28 de octubre del 2009).
- Ley N° 20.418 (D.O. 28 de enero del 2010).
- DS N° 48, del 2007, del Ministerio de Salud.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC Rol N° 254, del 26 de abril de 1997.

STC Rol N° 282, del 28 de enero de 1999.

STC Rol N° 370, del 9 de abril del 2003.

STC Rol N° 388, del 25 de noviembre del 2003.

STC Rol N° 480, del 27 de julio del 2006.

STC Rol N° 740, del 18 de abril del 2008.

STC Rol N° 1051, del 10 de julio del 2008.

STC Rol N° 1588, del 14 de enero del 2010.

STC Rol N° 2253, del 30 de agosto del 2012.

STC Rol N° 2700, del 23 de octubre del 2014.

LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE: ¿UN PREOCUPANTE E INCIERTO PROCESO DE DISPERSIÓN JURISPRUDENCIAL?

THE DIFFERENTIAL JURISDICTIONAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CHILE: A WORRYING AND UNCERTAIN PROCESS OF JURISPRUDENTIAL DISPERSION?

CECILIA ROSALES RIGOL¹

Resumen: El presente trabajo busca reflexionar sobre el fenómeno creciente de creación por vía legislativa de acciones tutelares de derechos fundamentales en Chile y su impacto en la necesaria unidad de interpretación de la Constitución, teniendo presente el modelo de control concentrado de constitucionalidad de la ley instaurado a partir de la reforma al Tribunal Constitucional aprobada el año 2005.

Abstract: The present work seeks to reflect on the growing phenomenon of legislative creation of fundamental rights actions in Chile and their impact on the necessary unity of interpretation of the Constitution, bearing in mind the model of concentrated control of constitutionality of the law established from of the reform to the Constitutional Court approved in 2005.

Palabras clave: Tutela de derechos fundamentales. Control de constitucionalidad de la ley. Unidad de interpretación constitucional. Relaciones entre tribunales de justicia y Tribunal Constitucional.

Key words: Guardianship of fundamental rights. Control of constitutionality of the law. Unity of constitutional interpretation. Relations between courts of justice and Constitutional Court.

¹ Abogado y Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional y Secretaria Académica Programa Magíster en Derecho LLM de esa misma universidad.

I. LA PROLIFERACIÓN POR VÍA LEGISLATIVA DE ACCIONES TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El profesor Bordalí advierte que en Chile, a partir de la década de los 70 y con motivo del advenimiento del Estado Constitucional de Derecho, se comienza a encomendar a los tribunales ordinarios la tutela directa de los derechos mediante la creación de diversos mecanismos procesales. De acuerdo con este autor, como consecuencia de este fenómeno, se vio alterada la unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales en perjuicio de los principios de certeza e igualdad del Derecho². El recurso de casación, llamado originalmente a uniformar la interpretación, a su juicio, no estaría cumpliendo con tal propósito y el panorama se ha complicado aún más con la incorporación del Tribunal Constitucional, sin que exista hasta ahora un instrumento procesal que permita unificar las decisiones de los distintos tribunales involucrados³.

En efecto, se advierte en estos últimos años que, junto a las acciones constitucionales (Amparo y Protección), se han establecido por vía legislativa otros mecanismos procesales de resguardo. Solo a modo ejemplar mencionamos los siguientes: el amparo legal del Código Procesal Penal (artículo 95); la acción de amparo económico creada por la Ley N° 18.971; el habeas data de la Ley N° 19.628; el amparo por denegación de acceso a información pública de la Ley N° 20.285; la acción especial en materia de inclusión social de personas con discapacidad, establecida en la Ley N° 20.422; la acción por vulneración de derechos del contribuyente del Código Tributario (introducido por la Ley N° 20.322); la acción antidiscriminación de la Ley N° 20.609 (Ley Zamudio), y el procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales introducido por reforma al Código del Trabajo, cuando la afectación ocurre durante la relación laboral o con ocasión de un despido, entre otros. Incluso, algunas de estas acciones protectoras se encuentran inmersas dentro de un régimen legal de regulación especial de los derechos objeto de tal garantía.

Probablemente el caso más paradigmático, reflejo de un proceso de reforzamiento impulsado por los tratados internacionales, lo constituye la

² Bordalí Salamanca, Andrés (2007). “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3, p. 518.

³ *Ibíd.*, p. 536.

regulación del derecho a la no discriminación arbitraria. Así, actualmente la no discriminación está regulada en al menos tres estatutos u órdenes diferentes: la Ley Zamudio, el Código del Trabajo y los numerosos tratados internacionales existentes que recogen dicho derecho con carácter general (por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica) o especial (por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas de 1979). Además, los dos primeros textos legales citados consagran acciones o procedimientos especiales para requerir la protección del derecho: estas son la acción antidiscriminación, conocida por los juzgados de letras en lo civil; el procedimiento de tutela laboral, conocido por los juzgados laborales, además del procedente Recurso de Protección, establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Nos encontramos, entonces, con que en materia de derechos fundamentales existen diversas acciones tutelares conocidas por tribunales u órganos distintos. Luego, incluso, al menos hipotéticamente, un mismo hecho podría quedar cubierto por regímenes diferenciados según la acción intentada.

En efecto, el afectado podría provocar la actividad jurisdiccional tanto por la vía de protección como por una acción de rango legal. Deducida la acción legal, el juez civil habría quedado vinculado con la norma legal. Esto entendido en el esquema kelseniano en que tradicionalmente han estado insertos los tribunales de justicia, en cuanto aplican la ley, en sentido estricto, y no la Constitución. Por el contrario, si el afectado hubiese optado por el recurso de protección, la Corte de Apelaciones, llamada a resolver por disposición expresa de una norma constitucional, quedaría vinculada con la idea de los derechos fundamentales y, por lo mismo, directamente con la Constitución, pudiendo decidir de un modo distinto.

En consecuencia, dependiendo de la acción deducida y del órgano llamado a conocerla, un mismo derecho fundamental llegaría a tener un tratamiento, una comprensión y un alcance distintos, generándose a su vez una tutela diferenciada de naturaleza afirmativa o negativa, según sea la acción deducida y el órgano que la resuelve.

Analizando la reforma al Código del Trabajo que incorporó la tutela laboral de los derechos fundamentales, el profesor Luis Alejandro Silva da cuenta de este problema y explica que, tal como está prevista esta tutela, el juez para acoger la demanda por vulneración de derechos fundamentales debe contrastar necesariamente la conducta del empleador con el texto de la ley. Si el empleador hizo ejercicio de sus facultades legales, entonces no

hubo lesión de derechos⁴. Esto significa, entonces, que la interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, está mediatizada por la ley, con lo que se debilita o se reduce la eficacia horizontal de los derechos.

II. NUEVOS DESAFÍOS DERIVADOS DE LA REFORMA AL RECURSO DE INAPLICABILIDAD

El recurso de inaplicabilidad ha venido a ser el punto culminante en el proceso antes descrito.

Con la reforma constitucional del 2005, el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en una gestión judicial pendiente produzca efectos inconstitucionales. Para resolver este recurso, dicha Magistratura realiza una doble labor interpretativa, pues debe interpretar la ley para extraer su significado normativo y luego contrastarla con la Constitución, la que a su vez es objeto de interpretación para los efectos de resguardar su supremacía. Tal como señala el profesor Bordalí, en la práctica se produce una verdadera competencia entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional⁵.

Durante todo el tiempo en que la Corte Suprema debió conocer y resolver la inaplicabilidad, los tribunales ordinarios entendieron que no podían aplicar la Constitución directamente y menos dejar de aplicar la ley por resultar inconstitucional. Así lo había entendido la propia Corte cuando conocía del Recurso de Casación. El profesor Miguel Ángel Fernández cita un fallo de casación del año 2002, en que la Corte declaró la improcedencia de entablar dicho recurso, fundándolo en disposiciones de la Constitución, entendiendo que ella solo establece principios y garantía de orden general, por lo que se requiere de una regulación legal que merezca la protección dispensada por el respectivo recurso⁶.

⁴ Silva Irrarrázaval, Luis Alejandro (2011). “Supremacía constitucional y tutela laboral”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 24, N° 1, p. 34.

⁵ Bordalí, op. cit., p. 523.

⁶ Fernández González, Miguel Ángel (2005). “Constitución y Casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 3, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, p. 109.

El Tribunal Constitucional, con ocasión de la reforma del 2005, adquirió el control concentrado de constitucionalidad (preventivo, represivo, abstracto, concreto) de la ley, por medio del cual, a juicio del profesor Francisco Zúñiga, realiza una interpretación de la Constitución que goza de preeminencia sobre la de los demás tribunales⁷, pero esto no estaría ocurriendo.

En efecto, por una vía indirecta (la inaplicabilidad), el Tribunal Constitucional efectúa una tutela extraordinaria de los derechos fundamentales cuando los preceptos legales son contrarios a la Constitución. Sin embargo, la interpretación de la Constitución, y también de la ley, contenida en las sentencias de inaplicabilidad emanadas de este Tribunal (no solo estimatorias, también desestimatorias), en una considerable cantidad de casos –en la gestión judicial pendiente en que debió tener incidencia– no es recogida por los tribunales de justicia.

Probablemente, el caso *Gómez Montoya* es el ejemplo más representativo de lo que ha estado ocurriendo. En este asunto, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable, por discriminatorio y lesivo de la propiedad, un precepto legal que excluía al requirente (un juez) de su derecho a recibir un beneficio por razones de salud y, sin embargo, tal como reconoce el profesor Manuel Núñez, la Corte Suprema desconoció el fallo de inaplicabilidad y afirmó el carácter no retroactivo de la sentencia de inaplicabilidad⁸. Este criterio de la Corte no era nuevo, y siguió aplicándose a casos posteriores. Lo cierto es que dejó a la inaplicabilidad “en el ineficaz limbo de la vieja regla castellana: se acata pero no se cumple”⁹.

Esta situación se ha visto favorecida al menos por dos razones:

⁷ Zúñiga Urbina, Francisco (2005). “Control de Constitucionalidad y Casación”, *Estudios Constitucionales*, año 3, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, p. 22.

⁸ La Corte de Apelaciones, que había sido la requirente de inaplicabilidad en el caso *Gómez Montoya*, acogió el recurso de protección, fundándose en la interpretación del Tribunal Constitucional, pero por la vía de la apelación el asunto llegó a la Corte Suprema, quien decidió rechazarlo, desconociendo la doctrina sentada por la Magistratura Constitucional. Fallo Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 300-2010, del 6 de mayo del 2011. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1801, del 27 de enero del 2011. Fallo Corte Suprema, Rol N° 4518-2011, del 30 de noviembre del 2011.

⁹ Núñez Poblete, Manuel (2012). “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, p. 56.

Primero, la desvinculación jerárquica existente entre los tribunales ordinarios de justicia que ejercen tutela de derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, llamado a declarar la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales o de cuya aplicación se siga un resultado inconstitucional.

Segundo, no obstante el efecto vinculante de las sentencias de inaplicabilidad –que se deduce del carácter perentorio de los artículos 93 N° 6 e inciso 11° y 94 de la Constitución–, tal como señala la profesora Ana María García¹⁰, el Tribunal Constitucional carece de la potestad de imperio necesaria para hacer cumplir sus sentencias.

Tercero, para poder resolver la inaplicabilidad el Tribunal Constitucional debe representarse la situación del juez al momento de decidir la gestión judicial pendiente, realizando un ejercicio anticipatorio acerca de los efectos inconstitucionales de un precepto legal que resultaría decisivo en una hipotética sentencia del juez de fondo. Este juicio anticipatorio fuertemente hipotético, como dice el profesor Francisco Zúñiga, incide en la debilidad de los efectos directos e indirectos de la sentencia constitucional en los tribunales del fondo¹¹, lo que dificulta aún más el nexo entre el Tribunal Constitucional y los tribunales del fondo.

En definitiva, la situación en que se encuentra la inaplicabilidad ha traído consecuencias en el sistema de control e interpretación constitucional.

III. EL AVANCE HACIA UN CONTROL DIFUSO POR LOS JUECES COMUNES

Teniendo presente lo anterior, no parece extraño entonces que los jueces comunes se sientan inclinados a inaplicar una norma legal cuando ella sea contraria a la Constitución.

¹⁰ García Barcelatto, Ana María (2013). “¿Quién es el supremo intérprete de la Constitución? Caso Gómez Montoya con Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ)”, en Henríquez, Miriam y Silva, María Pía (ed.), *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*, Santiago, Legal Publishing, p. 106.

¹¹ Zúñiga Urbina, Francisco (2011). *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, segunda edición, Santiago, Legal Publishing, p. 131.

Si ya antes cuando correspondía a la Corte Suprema declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad existían dudas al respecto, hoy con mayor razón, es perfectamente posible afirmar que los jueces están obligados a preferir la Constitución por sobre la ley, afirmándose para ello en el texto expreso del inciso segundo del artículo 6 de la Constitución. Y en ese predicamento, efectúan una interpretación no solo de la ley sino también del texto fundamental.

Esto había sido anticipado por el profesor José Ignacio Martínez cuando con motivo del análisis realizado a la reforma del 2005, se plantea la disyuntiva acerca de si el juez está obligado a requerir la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional frente a la opción que le abre la nueva normativa. Teniendo presente que la redacción de la norma deja en claro que se trata de una facultad, dicho autor concluye que si el juez tiene la convicción de que un precepto legal es contrario a la Constitución, se entiende que no debe aplicarlo¹².

Luego, lo que se pensó podría ocurrir, ha estado sucediendo. Muestra de ello es el cambio jurisprudencial importante que en materia de casación en el fondo se observa desde hace unos años.

En un fallo de septiembre del 2010, la Corte Suprema, conociendo de una casación de fondo deducida en un juicio ordinario de reivindicación, advertía que la vigencia de las normas del Decreto Ley 2.695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, de 1979, debía ser contrastada por una posible antinomia con las normas del artículo 19 N° 24 de la Constitución, concluyendo que los jueces de la instancia incurrieron en infracción de los preceptos constitucionales, como también en falta de aplicación de los preceptos tácitamente derogados del Decreto Ley mencionado¹³.

Más recientemente, la Corte Suprema acogió un recurso de protección en contra del Registro Civil por impedir el matrimonio de un extranjero que tenía pendiente una orden de expulsión, medida amparada en el Decreto Ley 1.094, de 1975. Afirmando la facultad de los jueces de declarar la derogación

¹² Martínez Estay, José Ignacio (2005). "Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la Reforma Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto, *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, p. 465.

¹³ Sentencia Corte Suprema, del 28 de septiembre del 2010, Rol N° 1018-2009, disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=583970&CRR_IdDocumento=343762

de una norma legal por una disposición constitucional posterior, la Corte Suprema declarará que se precisa determinar si existe una antinomia entre la Constitución y el Decreto-Ley mencionado, sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional para que declare la inaplicabilidad¹⁴.

En consecuencia, estamos presenciando en cierta medida la consolidación de un modelo de control difuso de constitucionalidad, en el que los jueces ordinarios, ejerciendo sus facultades jurisdiccionales, se pronuncian sobre la constitucionalidad de una norma legal para luego resolver un asunto sobre la base de inaplicar la norma cuestionada, al margen de la atribución conferida al Tribunal Constitucional. Esta última Magistratura ha manifestado expresamente su oposición a tal interpretación, reivindicando el carácter concentrado del control adquirido con la reforma constitucional del 2005, y ha denunciado “una dispersión gravemente dañosa para la certeza y seguridad jurídica así como para la estabilidad de las instituciones”¹⁵. Incluso, a juicio del profesor Luis Cordero, la molestia del Tribunal Constitucional ante la jurisprudencia citada habría dado lugar a un hecho inédito de publicar las conclusiones de sus jornadas¹⁶.

Lo cierto es que tradicionalmente los jueces han ejercido el contencioso de los derechos fundamentales y, si bien las Cortes inicialmente concentraron el conocimiento de las acciones constitucionales, ahora deben compartir las atribuciones conservadoras con los jueces de letras, generando una mayor dispersión a la hora de interpretar los derechos fundamentales con los consiguientes problemas de falta de certeza y seguridad jurídicas, sin que exista un mecanismo encargado de mantener una cierta unidad.

Así la interpretación de la ley a la luz de la Constitución –que es también una interpretación constitucional– que es efectuada por los jueces coexiste con la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional, en un sistema en que los jueces no están expresamente obligados a requerir

¹⁴ Sentencia Corte Suprema, del 30 de agosto del 2016, Rol N° 35.236-2016, disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=2394768&CRR_IdDocumento=1917726&Cod_Descarga=11

¹⁵ Véase documento: “Conclusiones de la II Jornada de Reflexión interna. Inconstitucionalidad sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?”, del 4 de noviembre del 2016. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/conclusiones-II-jornada-reflexion-tc.pdf. Consultado el 9 de diciembre del 2015.

¹⁶ Véase *El Mercurio* del 10 de diciembre del 2016, cuerpo C, noticia “Los 10 fallos de la C. Suprema y el Tribunal Constitucional que marcaron el 2016”, p. 18.

la inaplicabilidad ni a seguir la doctrina sustentada por los fallos de esta Magistratura.

IV. LA EXPERIENCIA COMPARADA EN LA RELACIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-JUECES COMUNES

En el modelo español, y también en el alemán, la cuestión de la dispersión jurisprudencial en materia de tutela de derechos fundamentales se encuentra relativamente resuelta desde que le fue encomendado al Tribunal Constitucional el recurso de amparo.

Si tomamos el caso español, nos encontramos con un sistema que se articula sobre la base del agotamiento de la vía judicial previa, como presupuesto procesal para interponer el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el amparo se configura como un recurso extraordinario, de carácter subsidiario, en contra de los poderes públicos, especialmente contra la autoridad judicial, pudiendo interponerlo toda persona que tenga un interés legítimo, además del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Pues bien, como afirma el profesor Diego Palomo: “la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional se consolida constitucionalmente a través de una norma que termina por consagrar al Tribunal Constitucional como el órgano de cierre en lo que se refiere a la tutela o protección de los derechos y libertades fundamentales”¹⁷. Luego, esta Magistratura especializada es quien realiza una interpretación constitucional de los derechos con efecto vinculante y, como dice el profesor Manuel Aragón, el llamado a unificar la doctrina en esta materia¹⁸, o lo que es lo mismo, a garantizar la igual aplicación de los derechos fundamentales.

Cabe tener presente que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias del Tribunal Constitucional español son vinculantes para los jueces y tribunales ordinarios, quienes deben

¹⁷ Palomo Vélez, Diego (2007). “Amparo Constitucional en España. Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz”, *Estudios Constitucionales*, año 5, N°1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, p. 399.

¹⁸ Aragón Reyes, Manuel (1997). “El juez ordinario entre la legalidad y constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°1, p. 180.

interpretar y aplicar las leyes y reglamentos conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por esta Magistratura en todo tipo de procesos.

Dicho instituto procesal no ha estado exento de críticas por parte de la doctrina española y ha presentado problemas prácticos para el Tribunal Constitucional (sobrecarga de trabajo con graves retrasos) que han motivado reformas recientes a su tramitación¹⁹.

Una de las principales reformas introducidas a este instituto en el año 2007 consistió en la incorporación de un nuevo requisito para que se declare su admisibilidad y que exige justificar “la especial trascendencia constitucional del recurso”. Para algunos autores, dicho cambio habría significado la consagración, al menos parcialmente, del “*certiorari*” anglosajón, pues representa un régimen de admisión más gravoso que permitiría al Tribunal Constitucional escoger los asuntos que realmente justifiquen un pronunciamiento de fondo²⁰.

Parte de la doctrina española ha expresado que, como consecuencia de esta reforma legal, se habría alterado el rol instrumental del amparo constitucional.

En opinión del profesor Francisco Fernández Segado, el amparo dejó de ser en rigor “un instrumento dirigido a la reparación en sede constitucional de las lesiones de derechos sufridas por los recurrentes, para convertirse en un mecanismo más de defensa objetiva de la constitucionalidad del sistema, esto es, un mecanismo de garantía de la primacía normativa de la Constitución”²¹. Lo antes dicho no ha estado exento de críticas, pues desde la otra cara de la moneda, la reforma habría significado una disminución de la tutela de derechos fundamentales al no reconocer ningún mérito a la importancia y gravedad de la violación²².

¹⁹ Torres del Moral, Antonio (2010). “El Tribunal Constitucional Español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de *lege ferenda*”, en Bazán, Víctor (ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot S.A., pp. 727-730.

²⁰ Véase Espinosa Díaz, Ana (2010). “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, N° 2, pp. 6-7.

²¹ Fernández Segado, Francisco (2008). “La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, N° 3, p. 93.

²² Véase Romboli, Roberto, *La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España, y la introducción de un recurso individual y directo en Italia*, p. 9. Disponible en: www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/11RobertoRoboli.htm. Consultado el 6 de diciembre del 2016.

Distinta es la situación en el sistema italiano.

A diferencia de la desconfianza manifestada por el constituyente español de 1978 hacia los jueces judiciales (lo que explica el instituto del amparo constitucional), el principal garante de los derechos fundamentales en Italia es el órgano judicial. De acuerdo con el profesor Roberto Romboli, no solo tiene competencia para conocer y resolver las violaciones provenientes de un acto de un particular, de una autoridad administrativa e incluso de la propia autoridad jurisdiccional, sino también, es el principal colaborador de la Corte Constitucional cuando la afectación proviene del legislador, en tanto solo él está habilitado para requerir un pronunciamiento de esa Magistratura, no existiendo, como en el modelo español, un recurso directo de los ciudadanos²³.

Este sistema tampoco ha estado exento de problemas de enfrentamiento entre la Corte Constitucional y los órganos judiciales, especialmente con la Corte de Casación; sin embargo, hay cierta coincidencia en la doctrina en que tales roces estarían superados como consecuencia de la valoración de la labor interpretativa del juez ordinario.

En tal sentido, la profesora Tania Groppi sostiene que la Corte Constitucional ha llamado a los jueces a ejercer directamente el control de constitucionalidad de las leyes, con el único límite de la imposibilidad de desaplicar directamente, es decir, sin recurrir a la Corte Constitucional por la ley inconstitucional, con lo cual los jueces volvieron a ser protagonistas en la aplicación de la Constitución²⁴.

Según el ex Presidente de la Corte Constitucional, Franco Bile, a través de diversas técnicas decisorias (por ejemplo, las sentencias interpretativas de rechazo), la Corte Constitucional tiende a orientar la discreción del juez común para que despliegue todo el esfuerzo posible para encontrar el sentido de la ley conforme a la Constitución, de modo que solo se reservará declarar constitucionalmente ilegítima una ley (con efecto erga omnes) cuando resulte imposible darle una interpretación constitucional²⁵.

²³ *Ibíd.*, p. 20.

²⁴ Groppi, Tania (2003). “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 107 (mayo-agosto), p. 501.

²⁵ Bile Argel, Franco (2009). “La interpretación constitucional de la justicia constitucional italiana”, *Revista de Temas Constitucionales*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 101-102. Disponible en <https://revistas->

Conforme a un estudio de seguimiento elaborado por la propia Corte, en la mayoría (alrededor del 70%) de los casos, los jueces habían respetado los fallos interpretativos del mismo tribunal, no encontrándose ninguna decisión jurisdiccional que haya aplicado la ley en el sentido excluido por la Corte Constitucional²⁶.

Si bien las experiencias sucintamente expuestas no están exentas de problemas en las relaciones entre tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, cabe reconocer la enorme ventaja que significa para estos sistemas que se haya previsto algún mecanismo que permita disminuir el enfrentamiento y atenuar el grado de dispersión que en el contencioso de los derechos pueda ocurrir como consecuencia de la importante labor reconocida a los jueces comunes.

V. CONCLUSIONES

En Chile, estamos enfrentando un proceso progresivo de reforzamiento a nivel legislativo de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Son mecanismos que incluso siendo procedentes para unos mismos derechos, como es el caso de la libertad personal, la no discriminación arbitraria, o la libertad empresarial, tienen rasgos diversos y para cuyo conocimiento y resolución se han previsto órganos jurisdiccionales distintos, con el consiguiente problema que hasta ahora no existe un instrumento procesal eficiente o una estructura institucional consistente que permita unificar las decisiones de los distintos tribunales en competencia.

Muy por el contrario, nos encontramos en una etapa incierta en que la tutela de derechos fundamentales ejercida por los jueces comunes convive con un sistema de control de constitucionalidad de la ley que, originalmente pensado con carácter concentrado (desde la reforma del 2005), no ha resultado ser tal. Ello alimenta o estimula la discrecionalidad de los jueces en la interpretación constitucional, dando lugar a un cierto enfrentamiento con el Tribunal Constitucional, al que nos debemos acostumbrar de no mediar una revisión del sistema institucional.

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10450.
Consultado el 7 de diciembre del 2016.

²⁶ *Ibíd.*, p. 103.

Recordemos que la reforma constitucional del 2005 significó no solo un aumento de las atribuciones del Tribunal Constitucional sino también un reconocimiento y valoración a su rol de intérprete auténtico de la Constitución²⁷. A la inversa, para los tribunales de justicia, y en especial para la Corte Suprema, se entendió como una disminución de su importancia, fruto de la mala evaluación que había tenido la práctica del recurso de inaplicabilidad y que permitió que se consolidaran interpretaciones de la ley contrarias a la Constitución, como ocurrió, por ejemplo, con la delegación de facultades jurisdiccionales en materia tributaria.

Pero, por otra parte, no puede desconocerse que, en materia de derechos fundamentales, salvo ciertas excepciones, las Cortes habían cumplido satisfactoriamente con una adecuada tutela, sustentada en la aplicación directa de la Constitución. Este favorable panorama también promovió que los jueces comunes entraran a conocer de nuevas acciones tutelares de derechos, con la complejidad que tales derechos en muchos casos quedaran mediatizados por la ley, facilitando una mayor dispersión interpretativa.

Nos parece, desde luego, necesario reflexionar en torno a un diseño institucional en el que, en el ejercicio de estas jurisdicciones, ambas puedan convivir consistentemente, con la necesaria unidad de interpretación constitucional que asegure la igual protección de los derechos fundamentales.

Hay que revisar, por una parte, la cuestión controversial que suscita que la Corte Suprema pueda controlar la interpretación constitucional desarrollada por los jueces inferiores, para luego dejar de aplicar la ley vía recurso de casación y, por otra, la inconveniencia de que corresponda al Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad de una ley inconstitucional antes de que el tribunal ordinario o especial haya precisado la ley aplicable al caso.

A mi juicio, una posible solución parte por compartir algo en que tanto la experiencia española como italiana coinciden: los primeros llamados a efectuar una tutela de derechos fundamentales son los propios tribunales de justicia y, por tanto, cabe reconocerles una importante labor de

²⁷ O como dijo el profesor José Luis Cea, después de la Reforma del 2005, el Tribunal Constitucional quedó como “supremo defensor de la Constitución”. Véase Cea Egaña, José Luis (2015), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, tercera edición, Santiago, Ediciones UC, p. 146.

interpretación constitucional. Nuestra experiencia lo avala y, además, permite garantizar adecuadamente el acceso a una tutela judicial efectiva. La Corte Suprema, como Corte de Casación, podrá resolver cualquier infracción a Derecho.

Por su parte, la participación del Tribunal Constitucional debiera configurarse de forma extraordinaria y con la finalidad de unificar la interpretación constitucional de los jueces. El importante rol cumplido por esta Magistratura en aras de una correcta hermenéutica constitucional ha sido fundamental en Chile para hacer efectiva la supremacía constitucional. ¿Cómo podría provocarse su intervención? Una modalidad sería que la propia Corte Suprema pueda, por la vía incidental, requerir al Tribunal Constitucional, cuando existan dudas sobre la constitucionalidad de una disposición legal que deba aplicar conociendo de un recurso²⁸. Y sin que sea excluyente, las partes del proceso podrían deducir un recurso ante el Tribunal en contra de la decisión jurisdiccional, una vez agotada las vías de impugnación. Cabe reconocer legitimidad no solo a la Corte Suprema sino también a las propias partes del proceso; la idea es evitar un monopolio que anule definitivamente la posibilidad de revisión constitucional de las sentencias.

Sin perjuicio de lo antes dicho, debe asegurarse el acceso restringido al Tribunal Constitucional, sea que la propia Corte Suprema o los afectados puedan interponer el requerimiento o amparo, facultando al Tribunal Constitucional para seleccionar los asuntos (una especie de *certiorari*) en los que se justifique un pronunciamiento de fondo, y evitar así la sobrecarga de trabajo y el abuso del recurso, como ha ocurrido en el modelo español.

Estos cambios requieren de una reforma constitucional, y también legal, importante, pero dado que nos encontramos en los inicios de un proceso constituyente, no parece tan difícil llevar a cabo una revisión como la planteada, a la luz de las reflexiones antes consignadas.

En una cultura jurídica como la nuestra, la sola búsqueda de soluciones por la vía de diálogos entre tribunales, como en la experiencia italiana, no nos parece conveniente ni razonable. Ante todo, se requiere un diseño institucional con bases claras y definiciones expresas, que favorezca el diálogo siempre necesario para enfrentar los desafíos que estén por venir.

²⁸ De hecho existe un precedente en el que el requirente de inaplicabilidad fue la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Véase Rol N° 2439-2013.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel (1997). “El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 1, pp. 179-204.
- Bile Argel, Franco (2009). “La interpretación constitucional de la justicia constitucional italiana”, *Revista de Temas Constitucionales*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 99-105. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10450>
- Bordalí Salamanca, Andrés (2007). “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3, pp. 517-538.
- Cea Egaña, José Luis (2015). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, tercera edición, Santiago, Ediciones UC.
- Espinosa Díaz, Ana (2010). “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, N° 2, pp. 1-21.
- Fernández González, Miguel Ángel (2005). “Constitución y Casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 3, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, pp. 97-118.
- Fernández Segado, Francisco (2008). “La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, N° 3, pp. 85-133.
- García Barcelatto, Ana María (2013). “¿Quién es el supremo intérprete de la Constitución? Caso Gómez Montoya con Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ)”, en Henríquez, Miriam y Silva, María Pía (ed.), *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*, Santiago, Legal Publishing, pp. 100-113.
- Groppi, Tania (2003). “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto, pp.481-504.
- Martínez Estay, José Ignacio (2005). “Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la Reforma Constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto, *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, pp. 715-737.

- Núñez Poblete, Manuel (2012). “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, pp. 15-64.
- Palomo Vélez, Diego (2007). “Amparo Constitucional en España. Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz”, *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, pp. 395-466.
- Romboli, Roberto, *La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España, y la introducción de un recurso individual y directo en Italia*, pp. 1-39. Disponible en: www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/11RobertoRoboli.htm
- Silva Irrarrázaval, Luis Alejandro (2011). “Supremacía constitucional y tutela laboral”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 24, N° 1, pp. 31-48.
- Torres del Moral, Antonio (2010). “El Tribunal Constitucional Español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de lege ferenda”, en Bazán, Víctor (ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot S.A., pp. 699-734.
- Zúñiga Urbina, Francisco (2005). “Control de Constitucionalidad y Casación”, *Estudios Constitucionales*, año 3, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, pp. 15-27.
- Zúñiga Urbina, Francisco (2011). *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, segunda edición, Santiago, Legal Publishing.

Normas citadas

- Código Procesal Penal, D.O. 12 de octubre del 2000.
- Decreto ley 2.695, de 1979, D.O. 21 de julio de 1979.
- Decreto ley 1.094, de 1975, D.O. 19 de julio de 1975.
- Ley 18.971, D.O. 10 de marzo de 1990.
- Ley 19.628, D.O. 28 de agosto de 1999.
- Ley 20.285, D.O. 20 de agosto del 2008.
- Ley 20.322, D.O. 27 de enero del 2009.
- Ley 20.422, D.O. 10 de febrero del 2010.
- Ley 20.609, D.O. 24 de julio del 2012.

Ley Orgánica 6/1985 del 1 de julio, del Poder Judicial de España, BOE núm. 157, del 2 de julio de 1985.

Jurisprudencia citada

Rol 1018-2009, del 28 de septiembre del 2010: Corte Suprema, casación en el fondo.

Rol 1801, del 27 de enero del 2011: Tribunal Constitucional, inaplicabilidad.

Rol N° 2439, del 24 de septiembre del 2013: Tribunal Constitucional, inaplicabilidad.

Rol 300-2010, del 6 de mayo del 2011: Corte de Apelaciones de Valparaíso, protección.

Rol 4518-2011, del 30 de noviembre del 2011: Corte Suprema, protección.

Rol 35.236-2016, del 30 de agosto del 2016: Corte Suprema, protección.

CONTROL Y RESPONSABILIDAD EN EL ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CHILENO: ANÁLISIS COMPARATIVO A LA LUZ DEL ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA

ACCOUNTABILITY IN REGULATION OF CONSTITUTIONAL JUDGES: COMPARATIVE ANALYSIS ADDRESSING IN REGULATION OF CONSTITUTIONAL JUDGES IN CONSTITUTIONAL COURTS IN LATIN AMERICA

TANIA BUSCH VENTHUR¹

Resumen: Este trabajo analiza críticamente el estatuto del juez constitucional chileno, en cuanto a su régimen de control y responsabilidad, a partir del estudio de los estatutos de los magistrados de los Tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú. El objetivo es llegar a un diseño institucional que equilibre independencia judicial y control. Primero se explicitan las premisas teóricas desde las cuales se formulan las críticas y las propuestas. Luego, se identifican las exigencias normativas al juez constitucional: independencia, imparcialidad, competencia técnica, idoneidad democrática y legitimidad democrática. A continuación se analiza cómo las instituciones de control que se consagran en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional responden a las exigencias señaladas y, a la luz de los estatutos de los jueces constitucionales revisados, plantear algunas instituciones cuya incorporación pudiera ser beneficiosa para nuestro sistema.

Abstract: This paper analyzes critically the regulation of the Chilean constitutional judge, in terms of its accountability regime, based on the study of the regulation of the judges of the constitutional courts of Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala and Peru. The aim is to obtain an institutional design that balances judicial

¹ Tania Busch Venthur, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, magíster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile y candidata a doctora en Derecho por la misma Universidad. Directora de Corporación Fundamental. Docente de la Universidad Andrés Bello y Universidad del Desarrollo. Correo electrónico tbusch@cfundamental.cl

independence and accountability. First, the theoretical premises from which critics and proposals are formulated are made explicit. Next, i identify the normative demands of the constitutional judge: independence, impartiality, technical competence, democratic suitability and democratic legitimacy. Then, i analyze in what way the Chilean regulation respond to the aforementioned demands and, addressing the statutes of the revised constitutional judges, i propose some institutions that could be beneficial to our legal system.

Palabras clave: Juez Constitucional. Control. Tribunales Constitucionales.

Key words: Constitutional judges. Accountability. Constitutional Courts.

1. CONTEXTO TEÓRICO

La rigidez de la Constitución, la supremacía constitucional y encargar la garantía de dicha supremacía a órganos jurisdiccionales aparecen hoy como rasgos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho en nuestra tradición. Ahora bien, si separamos conceptualmente los elementos rigidez, supremacía y control jurisdiccional, esta tensión se desagrega en dos aspectos que no siempre son claramente distinguidos. Una cosa es demandar una justificación para que un pueblo se ate a sí mismo, imponiendo restricciones futuras para el desarrollo de su proceso político, y cosa distinta es justificar que el resguardo de dichas restricciones o ataduras sea garantizado por un órgano jurisdiccional.

El constitucionalismo de posguerra, intentando conjurar la amenaza de la “tiranía de la mayoría”, consagra a la jurisdicción constitucional como uno de los elementos de garantía de la supremacía constitucional, entregando a un órgano judicial la misión de velar por la adecuación de la ley y la actuación de los poderes públicos a lo prescrito por la Constitución. Esta labor se encuentra a medio camino entre lo político y lo jurídico, cuestionándose que la labor de los jueces constitucionales sea propiamente jurisdiccional. La politicidad es consustancial al proceso constitucional, puesto que la norma que resuelve el conflicto es la norma política por excelencia. No obstante, el proceso constitucional se resuelve mediante la forma y técnica jurídica, argumentando jurídicamente y sustituyendo la argumentación política. Por lo tanto, el parámetro de juzgamiento de las normas, la Constitución, que es jurídico-política, comunica esa naturaleza al órgano que la aplica, a los fallos que dicta y, luego, también la labor de los ministros del Tribunal Constitucional tiene esa doble naturaleza de jueces, aplicadores de derecho y detentadores de poder político.

En la actualidad, el juez constitucional se ubica en un lugar de destacada influencia dentro del sistema democrático y plantea desafíos importantes respecto de cómo ha de perfilarse su rol dentro de este, el estatuto que lo ha de regir y el diseño institucional que ha de conciliar las exigencias de independencia que requiere para cumplir su labor, con la exigencia del control que en un Estado de Derecho debe cumplir todo aquel que detenta poder. Su estatuto deberá ser coherente con su elevado grado de influencia y la especificidad de su tarea.

Los diseños institucionales son concreciones de una determinada concepción de lo regulado. Luego, cómo se responda la cuestión de a quién corresponde determinar el sentido de la Constitución, encontrará correlato en las instituciones que se establecen (o no) en un sistema. El diseño actual en materia de jueces constitucionales se sustenta en la idea de la supremacía judicial, que viene a identificar supremacía constitucional con jurisdicción constitucional. Bello explica esta noción expresando que “la última palabra en la determinación del significado de la Constitución se confía exclusivamente a la jurisdicción constitucional. Luego, la supremacía judicial asume dos premisas relacionadas: primero, que los jueces interpretan la Constitución y deciden sus casos según su interpretación y, segundo, que el razonamiento y la interpretación que subyacen y justifican estas interpretaciones judiciales son obedecidas sin cuestionárseles por las demás instituciones y la ciudadanía”². De ahí que sea casi un lugar común caracterizar al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución³. Pensar que solo a los jueces corresponde ser intérpretes últimos y finales de la Constitución influye significativamente en las posibilidades de diseño institucional que se imaginen en orden a ejercer control sobre ellos. Esta idea también impacta en la forma en que los jueces constitucionales conciben los límites de su labor. Como señala Kramer, “una Corte que acepta la filosofía de la supremacía judicial y se erige como única expositora autorizada de la Constitución irá más lejos y hará más que una Corte que no lo hace. En el mismo sentido, un pueblo que accede ante las pretensiones de la Corte a este respecto permitirá que los jueces de la Corte lleguen más lejos y hagan más que un pueblo que no lo hace”⁴.

² Bello Hutt, Donald (2016). *Against judicial supremacy in constitutional interpretation*. Disponible en <<https://revus.revues.org/3659>> (la traducción es mía). La idea de supremacía judicial se trata también por Kramer, Larry (2011). *Constitutionalism popular and control de constitucionalidad* (trad. Paola Bergallo), Madrid, Marcial Pons y Kramer, Larry (2012). “Judicial supremacy and the end of judicial self restraint”, *Law Review*, California, vol 100, N°3, pp. 621-634.

³ Esta noción de amplísima aceptación en nuestra tradición está enfrentando un cuestionamiento creciente. Además de los trabajos de los autores norteamericanos, puede verse en doctrina nacional Verdugo, Sergio (2013). “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 1, pp. 181-223, y Bello (2016), op. cit., en doctrina nacional. A nivel latinoamericano ver Álvarez Ugarte, Ramiro (2012). “El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: Apuntes para un contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, N°1, pp. 71-120, y Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (2016). *Constitucionalismo Progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, entre otros.

⁴ Kramer, Larry (2011), op. cit., p. 283.

Las propuestas que se ofrecen en este trabajo se corresponden con una concepción distinta, situada en la línea de un constitucionalismo político (Bellamy), popular (Kramer), democrático (Post y Siegel) o dialógico (Gargarella). Con diferentes matices, estas teorías convergen en rechazar la supremacía judicial, y afirman que la determinación del significado del texto constitucional no es tarea exclusiva de la jurisdicción constitucional, aunque su interpretación sea final. Así, este trabajo concibe al Tribunal Constitucional como uno de los poderes constituidos que tiene por función resolver conflictos constitucionales, pero que no se ubica por sobre los demás órganos del Estado, que también son intérpretes de la Constitución. Sostengo, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional es intérprete final, pero no supremo. Determinar el significado de la Constitución es también labor del Parlamento, el Ejecutivo (teoría departamentalista) e incluso, de todo aquel que vive la Constitución (Haberle) o del pueblo por sí mismo, parafraseando a Kramer.

Si el significado de la Constitución es una cuestión abierta a un diálogo institucional, en el cual los jueces constitucionales son participantes privilegiados, pero no únicos ni supremos, entonces arreglos institucionales que abran el proceso de constitucionalidad a los órganos políticos o a la sociedad civil, o el establecimiento de instituciones que permitan el debate sobre el modo en que se ejercerá el poder depositado en el juez constitucional cobran sentido. El problema de la dificultad contramayoritaria⁵ no es una cuestión de todo o nada, sino que es graduada, y depende de la configuración específica de sus elementos. Entre estos, el estatuto del juez constitucional tiene una importancia destacada.

Pese a su importancia, control y régimen de responsabilidad de los magistrados constitucionales es un tema poco estudiado desde la teoría constitucional, en contraste con la atención que ha recibido la objeción democrática o dificultad contramayoritaria desde la filosofía del derecho, la teoría política o la teoría de la interpretación constitucional. Este trabajo ofrece a la discusión algunas propuestas respecto del estatuto que rige al juez constitucional, considerando la tensión entre democracia y control

⁵ A grandes rasgos, por dificultad contramayoritaria u objeción democrática se entiende la falta de legitimidad democrática que importa el desplazar las decisiones desde los órganos políticos, electos popularmente, hacia la judicatura, que no cuenta con el respaldo de la voluntad de la mayoría expresada a través del sufragio. Este término fue acuñado por primera vez en 1962 por Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branche* y su uso se ha expandido para denominar la crítica al control judicial de constitucionalidad de las leyes.

jurisdiccional de constitucionalidad, con el objeto de morigerarla. El objetivo es imaginar arreglos institucionales que resguarden la libertad e independencia con que el juez constitucional ha de desarrollar su tarea y al mismo tiempo satisfagan de un modo adecuado el principio de control.

Se propone abordar el control del juez constitucional en el ámbito jurídico institucional, en un contexto de control de constitucionalidad concentrado. Para estos efectos, el sistema concentrado parece ventajoso, en cuanto las instituciones pueden diseñar un estatuto particular para los jueces constitucionales, que se corresponda con la específica función de la adjudicación constitucional, considerando tanto su especial politicidad, el grado adecuado de independencia que necesitan⁶ y las credenciales técnicas y democráticas que se requieren para ser idóneo en el ejercicio de su labor.

II. ESTATUTO DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES E INSTITUCIONES DE CONTROL

Generalmente, el tema de las instituciones de control del juez constitucional se ha tratado por la doctrina bajo el concepto de “estatuto del juez constitucional”, noción de escasa elaboración doctrinaria. Se le ha definido generalmente por sus elementos, como el “conjunto de situaciones jurídicas vinculadas a la función de un juez constitucional, a partir del momento de la nominación o elección, de la consecuente incorporación al ejercicio de sus responsabilidades, y hasta el momento de la culminación del encargo y del ejercicio de sus funciones”⁷. El término incluye el conjunto normativo de distintos órdenes que se refieren al número de jueces; requisitos para su ejercicio; mecanismos de designación, permanencia y sustitución; remuneración, fuero, inviolabilidad, causales de cesación en el cargo, y régimen de responsabilidades, entre otros.

El tópico del estatuto del juez constitucional no se refiere específicamente al problema del control, pero lo contempla a través del estudio del derecho positivo vigente que se aplica al juez constitucional y, en este contexto, se

⁶ La expresión es de Fiss.

⁷ Romboli, Roberto y Panizza, Saule (2012). “El estatus de los jueces de la Corte Constitucional italiana”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, p. 791.

explican diferentes instituciones que inciden en la posibilidad de controlar. Cuando se aborda el problema bajo esta noción, por regla general, el tratamiento es eminentemente descriptivo de la reglamentación positiva, sin abordar una perspectiva crítica o analítica respecto de las instituciones más allá de algunos comentarios generales sobre su función o alguna propuesta de modificación que no se desarrolla en profundidad⁸.

Notodas las instituciones que comprenden el estatuto del juez constitucional son instituciones de control. Dentro de las instituciones que se relacionan con las posibilidades de control están la integración y mecanismo de selección, requisitos de acceso al cargo, duración en el cargo y posibilidad de reelección, inhabilidades (absolutas o permanentes y temporales), incompatibilidades y prohibiciones, implicancias y recusaciones, causales de cesación en el cargo, inamovilidad y control parlamentario.

El diseño coordinado de todas o algunas de estas instituciones define cómo se estatuye su perfil, cuánto hay de control sobre su actividad y qué régimen de responsabilidad pesa sobre el magistrado constitucional. Cada institución controlará alguna dimensión de la labor del juez constitucional y tendrá por objetivo concretar alguna exigencia normativa que se espera de este.

¿Cuáles son estas exigencias normativas? En primer lugar, se espera que cuente con los conocimientos jurídicos y la experiencia que requiere la adjudicación constitucional; a esta exigencia la denominaré competencia técnica. Además, se espera que el juez constitucional ostente credenciales de adhesión a los valores del constitucionalismo: respeto a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho; a esta exigencia la llamaré idoneidad democrática. En cuanto juez, se espera que cumpla su labor satisfaciendo las exigencias de independencia e imparcialidad. Aguiló Regla las concibe como deberes de los jueces que constituyen el correlato del derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y solo desde el derecho. La independencia “trata de controlar los móviles

⁸ Ver Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (2012), op. cit., y los trabajos de Humberto Nogueira en doctrina nacional, Nogueira Alcalá, Humberto (2004). “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 61-91, Nogueira Alcalá, Humberto (2008), “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, pp. 281-299, y Nogueira Alcalá, Humberto (2010). “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 14, pp. 279-322.

del juez frente a las influencias extrañas al derecho provenientes de fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general⁹. Por su parte, la imparcialidad “trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto del litigio”¹⁰. Por último, la politicidad de su labor requiere que el juez constitucional cuente con algún grado de legitimidad democrática. Esta consiste en que el poder que ejerza el juez constitucional pueda ser vinculado, aunque sea de manera indirecta o lejana, con la soberanía popular, que es fuente última de legitimidad de todo ejercicio de poder público.

Un diseño institucional adecuado debería tender a concretar un óptimo de las exigencias señaladas. Sin embargo, como se aprecia fácilmente, estos objetivos frecuentemente entrarán en tensión: una institución que promueva una exigencia puede que lo haga en desmedro del óptimo de otra exigencia. Por ejemplo, un mecanismo de selección radicado exclusivamente en el Congreso otorgará una contundente legitimidad democrática, pero podría disminuir la independencia¹¹. Las diversas combinaciones de instituciones de control pueden favorecer a unas exigencias normativas por sobre otras. Cuáles sean favorecidas y cuáles sean atendidas en menor grado, dependerá de las concepciones sobre constitucionalismo y jurisdicción constitucional a que me refiriera anteriormente.

A continuación analizaré el estatuto del juez constitucional chileno según cómo las instituciones de control que se consagran (o no) responden (o no) a los objetivos o exigencias identificados, para luego, a la luz de los estatutos de los jueces constitucionales que integran los tribunales constitucionales de América Latina, plantear algunas instituciones cuya incorporación pudiera ser beneficiosa para nuestro sistema. Se analizaron para la realización de este trabajo los estatutos de los jueces constitucionales que

⁹ Aguiló Regla, Josep (2009). “Imparcialidad y concepciones del derecho”, *Jurídicas*, vol. 6, N° 2, p. 30.

¹⁰ Aguiló Regla (2009), op. cit., p. 30.

¹¹ Esta afirmación es frecuente en los trabajos de derecho constitucional que tratan la materia. Sin embargo, no se corresponde con la evidencia proveniente de la ciencia política. Ver Pérez-Liñán, Aníbal y Castagnola, Andrea (2011). *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America*. APSA 2011 Annual Meeting Paper. Disponible en SSRN <<https://ssrn.com/abstract=1901127>>

integran el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, la Corte Constitucional colombiana, la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y el Tribunal Constitucional peruano¹².

III. EL ESTATUTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CHILENO: CRÍTICAS Y PROPUESTAS

El estatuto del juez constitucional chileno se encuentra regulado en el capítulo octavo de la Constitución Política, artículos 92 y siguientes, y en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, número 17.997 (en adelante LOCTC).

En cuanto a su integración y mecanismo de selección, el Tribunal Constitucional es integrado por diez ministros, designados con participación de los tres poderes del Estado. Tres son designados por el Presidente de la República, según su discreción. Cuatro son elegidos por el Congreso Nacional, de los cuales dos se nombran directamente por el Senado, y dos son propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por la Cámara Alta, con un quórum de dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio. Por último, tres miembros se eligen por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto. Las disposiciones constitucionales y legales se complementan con el auto acordado, dictado en marzo del 2006, que regula el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional por

¹² La normativa revisada para la realización de este trabajo comprende la Constitución chilena de 1980; el DFL N° 5, del 1 de junio del 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 17.997; la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y el Auto acordado, del 24 de marzo del 2006, que regula el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema. También la Constitución Política de Bolivia del 2010; la Ley N° 27, del 6 de julio del 2010; Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y la ley N°254, del 5 de julio del 2012 que establece el Código Procesal Constitucional de Bolivia. Se revisó la Constitución Colombiana de 1991 y la Ley N° 279, del 7 de marzo de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia. La Constitución ecuatoriana del 2008; la Ley de 22 de octubre del 2009; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador. Se revisó, además, la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985; el Decreto 1-86, del 14 de enero de 1986; la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala. Por último, se estudió la Constitución peruana de 1993 y la Ley N° 28.301, del 23 de julio del 2004, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional del Perú.

la Corte Suprema de Justicia, estableciendo un sistema de concurso público de antecedentes¹³.

Los requisitos que deben cumplir los ministros del Tribunal Constitucional son tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no tener impedimento que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez¹⁴.

El número par de integrantes del tribunal, junto al voto dirimente del Presidente del Tribunal Constitucional¹⁵, parecen una solución inconveniente. El número de integrantes del Tribunal Constitucional debe ser impar, como es la regla general en los sistemas comparados¹⁶. Se trata del tribunal constitucional con mayor número de integrantes de la región. Una propuesta es reducirlo a nueve, y con eso eliminar el voto dirimente del Presidente, que resta legitimidad a la decisión final; esta puede parecer

¹³ El artículo quinto del auto acordado dispone que los interesados en postular al cargo deberán presentarse al concurso mediante solicitud escrita, dirigida al Presidente de la Corte Suprema, acompañando a ella, entre otros certificados y antecedentes, una “reseña curricular de títulos, grados, diplomas, cursos de especialización, de las labores profesionales y del desempeño de cargos docentes o académicos que ejerzan o hubieren ejercido y cualquier otro antecedente útil para evaluar sus méritos y el cumplimiento de la exigencia de haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”, y una declaración jurada de no estar afecto a las restricciones previstas en los artículos 58 de la Constitución Política de la República, 256 y 257 del Código Orgánico de Tribunales. Las normas del auto acordado, que buscan transparentar el proceso de nombramiento, han sido complementadas por la Corte Suprema disponiendo la publicación de los currículums de los candidatos en la elección que se realizó el año 2012 y la realización de audiencias públicas en la elección realizada el año 2015.

¹⁴ Conforme a los artículos 251, 256 y 257 del Código Orgánico de Tribunales, tienen impedimento para desempeñar el cargo de juez: quienes tuvieren dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico; los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad; los que, de conformidad a la ley procesal penal, se hallaren acusados por crimen o simple delito o estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento; los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito. Esta incapacidad no comprende a los condenados por delito contra la seguridad interior del Estado; los fallidos, a menos que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley; y los que hayan recibido órdenes eclesiásticas mayores. También quien hubiere desempeñado los cargos de Presidente de la República, Ministro de Estado, Intendente, Gobernador o Secretario de Intendencia, hasta un año después de haber cesado en el desempeño de sus funciones.

¹⁵ Salvo en los casos de las atribuciones del artículo 92 N° 6 y 7, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad.

¹⁶ El Tribunal Plurinacional de Bolivia se integra por siete magistrados, la Corte Constitucional colombiana por nueve magistrados, la Corte Constitucional de Ecuador por nueve jueces, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala por cinco magistrados y el Tribunal Constitucional de Perú por siete miembros.

azarosa toda vez que lo decidido no obedece necesariamente a la mejor argumentación jurídica.

Los sistemas de integración y selección de los jueces constitucionales son una pieza clave de su diseño, que impacta en las exigencias de competencia técnica, idoneidad democrática, legitimidad democrática y, particularmente en cuanto a la independencia que los magistrados deben tener respecto de quienes los nombran, lo que se ha llamado el “deber de ingratitud”.

Una revisión de los mecanismos de designación de los jueces constitucionales permite hacer una categorización de los sistemas: (a) sistema de selección con participación exclusiva del Congreso¹⁷; (b) sistema de nombramiento con participación combinada de diversos órganos, sean o no de elección popular¹⁸; (c) sistema de nombramiento por algún órgano de carácter técnico como Consejo de la Magistratura u otro similar¹⁹; y (d) sistema de nombramiento por elección popular²⁰. También se conjuga con alguna de las otras alternativas (e) el sistema de concurso²¹.

Optar por un sistema u otro importará distintos equilibrios entre idoneidad democrática, competencia técnica, independencia y legitimidad democrática, todos elementos necesarios en la magistratura constitucional. Mientras un sistema de nombramiento por un órgano técnico tenderá a aumentar la independencia, será deficiente en cuanto a su legitimidad democrática. Por otro lado, los sistemas de nombramiento por elección popular o en que participa solo el Congreso conseguirán una robusta legitimidad democrática, pero no asegurarán la independencia. El sistema que combina de forma más equilibrada estos elementos, y el más utilizado en los sistemas concentrados, es el que contempla la intervención de diferentes poderes del Estado. De la intervención de distintos actores se sigue el conciliar equilibradamente legitimidad democrática e independencia.

¹⁷ Sigue este sistema en Latinoamérica el Tribunal Constitucional peruano.

¹⁸ En Latinoamérica, además del TCCh, utilizan este sistema la Corte Constitucional colombiana, la Corte Constitucional ecuatoriana y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

¹⁹ No se observa en los sistemas latinoamericanos de control concentrado.

²⁰ Sigue este sistema el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

²¹ Ecuador conjuga la participación combinada de diversos órganos con el concurso. En Chile, la Corte Suprema hace concurso público de antecedentes para escoger los ministros que le toca elegir.

Aunque contra intuitivo dentro de nuestra disciplina, estudios empíricos sobre nombramiento de magistrados provenientes de la ciencia política han señalado que los procedimientos de nombramiento que se concentran en instituciones electas (legislativo y ejecutivo) no solo no disminuyen la independencia judicial, sino que pueden fortalecerla²². Carroll y Tiede sostienen que en estos sistemas “la multiplicidad de intereses involucrados preservan la independencia, sin convertirse por ello en una selección tecnocrática o apolítica. Estos sistemas robustecen la independencia sin mermar la legitimidad democrática: se mantiene una influencia democrática sustantiva en el proceso porque los actores que realizan los nombramientos son sujetos que deben rendir cuentas”²³.

Ahora bien, cuando en este sistema el Congreso escoge más de un magistrado, incorporando el elemento de un quórum supramayoritario, como es el caso chileno, la teoría señala que se evita la sobrepolitización, al requerir mayores niveles de consenso. Este mayor consenso debería traer como consecuencia el nombramiento de jueces de menor compromiso ideológico y/o partidario y mayores credenciales técnicas. La práctica, sin embargo, dice otra cosa. En Chile, el elemento de supramayoría no ha generado un compromiso entre las fuerzas políticas para nombrar jueces constitucionales neutros o moderados y de alta competencia técnica. Aunque los estudios empíricos existentes sobre la relación entre el sistema de nombramientos en el TCCh y el comportamiento de las votaciones de sus ministros²⁴ no concluyen una polarización en las votaciones o formación de bloques rígidos, esta politización aparece en los casos de especial relevancia en el debate público, donde se observa un Tribunal Constitucional cuyos votos son fácilmente identificables con sectores políticos definidos. La lógica del binominalismo, que atraviesa toda la práctica política-constitucional, ha llevado a un pacto entre las fuerzas políticas para un “reparto de los cupos”, nombrándose a jueces constitucionales con compromisos y lealtades políticas claras, pero

²² Montoya, Ana María (2013). “Si no vas al Senado no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)”, *Colombia Internacional*, N° 79, pp. 155-190; Pérez-Liñán y Castagnola (2011), op. cit.

²³ Carroll, Royce y Tiede, Lydia Brashear (2011). “Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 8, issue 4, p. 864.

²⁴ Carroll, Royce y Tiede, Lydia Brashear (2012). “Ideological Voting on Chile’s Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights”, *Journal of Human Rights*, vol. 11, issue 1, pp. 85-105 y Pardow Lorenzo, Diego y Verdugo Ramírez, Sergio (2015). “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 28 N°1, pp. 123-144.

procurando un equilibrio que tienda al empate. Esta práctica, propia de la lógica de la transición, no es exclusiva de los nombramientos en el Tribunal Constitucional. Su causa se encuentra más en la cultura política, que en un defecto del diseño institucional²⁵. Este problema no es exclusivo de Chile; también se ha criticado esta práctica en otros sistemas en que el Parlamento escoge más de un juez constitucional con quórum supramayoritario: es el caso de Perú y de España. En todos los casos, se señala que la práctica va en desmedro de la competencia técnica de los jueces designados^{26 27}.

Las críticas que ha recibido el sistema de integración del Tribunal Constitucional actual son principalmente dos. Una se refiere al déficit democrático que importaría la participación de la Corte Suprema en el nombramiento de tres ministros²⁸, estimándose que todos los miembros del tribunal constitucional deben recibir su legitimidad democrática de órganos electos, señalándose que esta sería la regla general en los sistemas comparados. No obstante, una revisión de los estatutos de los jueces constitucionales en Latinoamérica matiza esta afirmación: cuatro de los seis tribunales constitucionales se integran a través de un mecanismo

²⁵ Esta se ha llamado la “binominalización de las magistraturas”. Este concepto fue presentado tempranamente por Suárez Crothers, Christian (2009). “La constitución celda o “straightjacket constitution” y la dogmática constitucional”, *Universium*, vol. 1, N° 24, pp. 248-271, y es recogido también en Bassa Mercado, Jaime (2015). “El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente”, en Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (coord.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM, pp. 253-284, haciendo referencia al sistema electoral recientemente reemplazado.

²⁶ Landa, César (2012). “El estatuto del juez constitucional en el Perú”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coord.), op. cit., p. 575.

²⁷ García Martínez, María Asunción (2008). “¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N°4.

²⁸ En este sentido, por ejemplo, Bordalí Salamanca, Andrés (2015). “Una nueva justicia constitucional para una nueva constitución chilena”, en Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (edit.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung, y Bordalí Salamanca, Andrés (2008). “Jueces constitucionales: un poder incómodo”, en Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coord.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Ciudad Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons; Zúñiga Urbina, Francisco (2010). “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 14, pp. 397-426; Nogueira (2010), op. cit. Paradójicamente, ha sido la Corte Suprema la que se ha tomado con mayor seriedad su rol, estableciendo un sistema de concurso, transparentando los candidatos y sus antecedentes, aunque la votación que designa al ministro es secreta por mandato constitucional.

de selección en que participan órganos no electos, Chile²⁹, Colombia³⁰, Ecuador³¹ y Guatemala³².

La segunda crítica tiene que ver más con la práctica del sistema que con la institucionalidad de este. La praxis de los nombramientos se ha caracterizado por la opacidad, la operación en lógica binominal, y una tendencia creciente a una interpretación laxa del requisito de “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”³³, que en nuestro sistema busca concretar la exigencia de idoneidad técnica de los jueces constitucionales. Particularmente acuciante se vuelve este problema en relación a los nombramientos que realiza el Congreso. Precisamente debido a la falta de transparencia y nula discusión pública en que se desarrollan los procesos de selección, el debate sobre la convicción democrática y adhesión a los ideales del constitucionalismo de los miembros electos o su preparación académica o técnica para el desempeño de la magistratura, han sido *ex post*.

Mi propuesta es mantener el sistema de nombramiento por diversos poderes, con algunas modificaciones. Primero, reducir su número a nueve para que sea impar. Segundo, modificar la proporción en que cada órgano participa en las designaciones, nombrando tres la Cámara de Diputados, tres el Senado, dos el Presidente de la República y uno la Corte Suprema. Esto permitiría aumentar la legitimidad democrática, manteniendo la independencia que se sigue de la participación de una pluralidad de órganos. Y tercero, complementar el sistema con instituciones que otorguen transparencia y apertura, como las audiencias públicas de nominación o *hearings* y mecanismos de participación de la ciudadanía en la selección de los magistrados. La incorporación de instituciones de esta naturaleza a nivel constitucional favorecería la deliberación pública respecto de los méritos que los candidatos deben reunir, cualesquiera que creamos que estos sean: su formación y especialización jurídica, su experiencia,

²⁹ Participa la Corte Suprema.

³⁰ Participan la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

³¹ Participa la Función de Transparencia y Control Social.

³² Participan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior Universitario de la Universidad San Carlos de Guatemala y el Colegio de Abogados.

³³ Criticando en esta línea, Bassa (2015), op. cit.; Solari, Enzo (2015). “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N°35, pp. 201-241.

compromisos doctrinarios y opciones teóricas, “sofisticación filosófica”³⁴ o compromiso con la democracia y los derechos fundamentales.

Abrir el proceso de selección a través de procedimientos que permitan a otros actores públicos o de la sociedad civil presentar observaciones u objeciones a los candidatos, para la consideración de estos antecedentes por los órganos encargados de los nombramientos, promovería la discusión pública previa a la designación. Esta posibilidad existe en el sistema de selección del Tribunal Constitucional peruano a través de la institución de las tachas, consistente en la publicación de la nómina de los candidatos seleccionados para ser nombrados, con el objeto de que se puedan formular objeciones a las candidaturas. También en el sistema ecuatoriano encontramos algo similar, ya que durante el concurso público se prevé una etapa de impugnación ciudadana. La incorporación de instituciones como las propuestas permitiría aumentar la transparencia y la deliberación sobre los méritos de los candidatos y así fomentar que el juez nombrado cumpla con las exigencias de competencia técnica e idoneidad democrática.

En la medida en que la modificación propuesta eleva la politicidad, conviene complementarse con una especificación mayor de los requerimientos de idoneidad técnica de los candidatos, a través de alguna fórmula que asegure experiencia y/o formación jurídica en materia constitucional o de derecho público en general. Si bien la justicia constitucional tiene un fuerte componente político, esta asume la forma de un tribunal y se espera que ejerza su labor como tal. La decisión del juez constitucional deberá enmarcarse dentro de la racionalidad jurídica, fundando la interpretación que realiza de la Constitución en sus enunciados normativos y fundando adecuadamente sus sentencias. Sus fallos serán objeto de análisis y evaluación por la comunidad jurídica, conforme a los criterios de adecuación o corrección de dicha comunidad. Esto en ningún caso significa pretender una especie de asepsia política o neutralidad, sino el cumplimiento de la exigencia de idoneidad técnica requerida.

La ambigüedad de nuestra fórmula “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”, en cualquier caso parece repetirse en los sistemas estudiados a través de fórmulas similares, como haber ejercido la profesión de abogado o la cátedra universitaria “con buen crédito”³⁵, o

³⁴ Solari (2015), op. cit.

³⁵ Colombia.

haber ejercido la judicatura, abogacía o docencia universitaria “con notoria probidad”³⁶. Una excepción la constituyen los requisitos exigidos para integrar el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que precisan especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo o derechos humanos.

En cuanto a la duración en el cargo y a la posibilidad de reelección, los ministros del TCCh duran nueve años en sus cargos, se renuevan por parcialidades y no pueden ser reelectos, a menos que hayan sido nombrados como reemplazantes y hayan ejercido el cargo por un período menor a cinco. En esta materia, la solución chilena parece adecuada. Nueve años constituye el mayor tiempo de duración del cargo entre sus pares latinoamericanos, cuyos períodos fluctúan entre cinco y nueve años³⁷. Este período es lo suficientemente largo como para evitar la dependencia o compromiso con el órgano que lo nombra. Un período en la magistratura que exceda la duración del mandato de los actores políticos que intervienen en los nombramientos favorece la independencia. Lo mismo la imposibilidad de reelección. La necesaria renovación de sus miembros genera un equilibrio entre el “deber de ingratitud” y la sintonía de la jurisdicción constitucional con la sociedad, previniendo insularidad o aislamiento, como podría suceder si los cargos fueran vitalicios.

En cuanto a inhabilidades e incompatibilidades, una cuestión importante es la necesidad de establecer inhabilidades temporales que eviten el tránsito inmediato desde la política contingente a la magistratura tradicional y viceversa. En nuestro sistema, la única inhabilidad temporal es la que establece por reenvío el art. 257 del Código Orgánico de Tribunales³⁸, en

³⁶ Ecuador.

³⁷ Los jueces constitucionales del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia duran seis años en el cargo, sin reelección de manera continua. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana tienen un período de ocho años, sin reelección. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana tienen un período de ocho años, sin reelección. Los jueces constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador se mantienen nueve años en el cargo, sin reelección inmediata. Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala duran cinco años en el cargo, pudiendo ser reelectos. Los magistrados del Tribunal Constitucional peruano también tienen un período de cinco años, aunque sin reelección inmediata.

³⁸ Art. 257 del Código Orgánico de Tribunales: “Los que hubieren desempeñado los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes, Gobernadores o Secretarios de Intendencia, no podrán ser nombrados miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, jueces letrados, fiscales judiciales, ni relatores, ya sea en propiedad, ya interinamente o como suplentes, sino un año después de haber cesado en el desempeño de sus funciones administrativas”.

cuanto a “no tener impedimento que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez”. De acuerdo a este artículo, quienes hubieren desempeñado los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes, Gobernadores o Secretarios de Intendencia no pueden ser nombrados jueces sino transcurrido un año de haber cesado en el desempeño de sus funciones administrativas. Si bien la extensión de esta inhabilidad a los ministros del Tribunal Constitucional no siempre ha sido clara, creo que la interpretación correcta es que se aplica. Esta tesis se refuerza con lo dispuesto por el auto acordado de la Corte Suprema sobre la materia, al requerir que las personas que se presenten al concurso público de antecedentes otorguen una declaración jurada de no encontrarse en la situación que indica la disposición en comento.

Es conveniente incorporar inhabilidades que alejen del tribunal a quienes hayan participado recientemente en la política contingente a efectos de aumentar su independencia, explicitando la inhabilidad temporal existente y ampliándola. Propongo que no puedan ser designados ministros del Tribunal Constitucional quienes se hayan desempeñado en cargos de elección popular, se hubieren presentado como candidatos a dichos cargos, o se hubieren desempeñado en cargos de Gobierno o Administración de exclusiva confianza del Presidente de la República, todo esto con un límite de tiempo³⁹. También podría pensarse, con el mismo objetivo, en una inhabilidad posterior como la que existe en Colombia, donde el gobierno no puede conferir empleo a los Magistrados de la Corte Constitucional dentro del año siguiente a su retiro.

Los ministros del TCCh no son recusables. En cuanto a las causales de implicancia, se establecen en el artículo 22 de la LOCTC⁴⁰ algunas

³⁹ Bordialí (2015), op. cit., p.408.

⁴⁰ Son causales de implicancia haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del Tribunal. También es causal de implicancia la existencia actual de relaciones laborales, comerciales o societarias de un ministro con el abogado o procurador que actúe en alguno de los procesos que se sustancian ante el Tribunal. Para efectos de declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos, resolver sobre inhabilidades que afecten a una persona para ser Ministro de Estado, y pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, son causales de implicancia, en cuanto procedan: ser el juez consorte o pariente consanguíneo legítimo en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, o ser padre o hijo natural o adoptivo de alguna de las partes o de sus representantes legales (Art. 195 N°2 COT); ser el juez ascendiente o descendiente legítimo, padre o hijo natural o adoptivo del abogado de alguna de las partes (Art. 195 N°4 COT); haber sido el juez abogado o apoderado de alguna

causales especiales para los ministros del Tribunal Constitucional y la aplicabilidad de ciertas causales establecidas para los jueces ordinarios. Es necesario establecer un sistema de implicancias y recusaciones específico de los jueces constitucionales, de modo de asegurar que el juez constitucional, y el procedimiento a través del cual llega a tomar su decisión, cumplan con las garantías exigidas a todo proceso, como publicidad, independencia e imparcialidad.

Los miembros del TCCh son inamovibles. No son susceptibles de acusación constitucional ni de destitución por el Congreso Nacional. Cesan en el ejercicio de sus cargos por renuncia aceptada por el Tribunal; expiración del plazo de su nombramiento; haber cumplido setenta y cinco años de edad; impedimento que inhabilite al miembro designado para desempeñar el cargo e incompatibilidad sobreviniente. La cesación en el cargo por impedimento inhabilitante o incompatibilidad sobreviniente requerirá el acuerdo de la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal con exclusión del o de los afectados, adoptado en sesión especialmente convocada al efecto.

No se contempla la intervención de ningún actor externo a la jurisdicción constitucional en cuanto al cese en el cargo u otra forma de control. Esto sitúa al juez constitucional chileno fuera de la lógica del control al que debe someterse de todo aquel que ejerce poder público en un Estado de Derecho. Frente a esto se ha propuesto que sean acusables constitucionalmente⁴¹, o diseñar algún sistema de control por parte del Congreso. La exigencia de independencia no puede ser al costo de la ausencia total de controles. Los jueces constitucionales han de estar insertos dentro del sistema de poderes, de modo que no caigan en la insularidad o aislamiento.

En los sistemas revisados, solo Guatemala concentra toda posibilidad de control dentro de la jurisdicción constitucional, excluyendo cualquier intervención externa. Otros sistemas también establecen regímenes de control interno, pero incorporando causales de cesación en el cargo que importan un estatuto de responsabilidad más exigente e incluso se abren a la participación externa. Perú establece un sistema de control interno de

de las partes en la causa actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador (Art. 195 N°5 COT); tener el juez, su consorte, ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales o adoptivos, causa pendiente en que deba fallar como juez alguna de las partes (Art. 195 N°6 COT); y tener el juez, su consorte, ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales o adoptivos, causa pendiente en que se ventile la misma cuestión que el juez debe fallar (Art. 195 N°7 COT).

⁴¹ Bordalí (2008), op. cit; Zúñiga (2010), op. cit.

acuerdo al cual queda en vacancia el cargo de un magistrado por causales como la incapacidad moral o física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función; incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; violar la reserva propia de la función; haber sido condenado por la comisión de delito doloso; e incompatibilidad sobreviniente. En Ecuador, se contempla un régimen de responsabilidad de competencia de la misma Corte Constitucional, pero que puede ponerse en marcha a solicitud de cualquier persona, quien adjuntando las pruebas de que disponga, podrá solicitar la destitución de uno o más de los jueces constitucionales. Esta sanción procede al incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, violar la reserva propia de la función, en caso de responsabilidad penal y abandono injustificado del cargo.

Como sistemas de control de constitucionalidad en que los jueces constitucionales están sujetos a alguna forma de control externo en que tiene participación el Congreso, encontramos los tribunales constitucionales de Bolivia, Perú y Colombia, aunque este último no es un control del tipo de un juicio político. Una observación interesante es que si bien se señala frecuentemente que el juicio político puede ser una amenaza a la independencia, esta difundida afirmación no va acompañada de evidencia empírica o de un estudio de casos que la analicen y fundamenten. Y de hecho, la evidencia que he recogido en el estudio de la experiencia latinoamericana no apoya esa tesis, primero, pues en gran parte de los sistemas de justicia constitucional que se insertan dentro del Poder Judicial existe el juicio político y los casos de jueces constitucionales destituidos son muy escasos. Y segundo, porque respecto de los casos a que suele aludirse que son Ecuador, Bolivia, Perú y Argentina, lo cierto es que las destituciones se han producido en contextos de crisis que permean todas las instituciones, por lo que no es sensato pensar que la causa principal o determinante de las destituciones es la existencia de una institución de control parlamentario, más bien tienen que ver con otro tipo de situaciones de inestabilidad institucional extendida. En Perú, por ejemplo, desde el caso de destitución de jueces constitucionales en 1997, existiendo juicio político, no se ha vuelto a producir una situación similar. Incluso, en sistemas de control constitucional robusto, como en el de la Corte Constitucional colombiana, la existencia de un control de sus miembros en el que tiene participación el Congreso no ha significado una amenaza a la autonomía de esta influyente corte, la que se caracteriza por su alto grado de independencia.

IV. CONCLUSIONES

Una revisión del estatuto de los jueces constitucionales de los tribunales constitucionales de América Latina, permite tomar perspectiva para analizar críticamente el estatuto de los ministros de nuestro Tribunal Constitucional. Se trata de un sistema cerrado sobre sí mismo, sin una intervención externa en el control, más aún en el mecanismo de selección el que, como se ha visto, requiere de algunos ajustes tanto en su diseño como en la práctica política.

Espero que los elementos y las propuestas ofrecidas sirvan para iniciar una discusión que permita llegar a un estatuto del juez constitucional que equilibre las exigencias propias de toda jurisdicción como competencia técnica, independencia e imparcialidad, con aquellas exigencias derivadas de la especificidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional: legitimidad e idoneidad democráticas, y la sujeción a control del poder que demanda la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguiló Regla, Josep (2009). “Imparcialidad y concepciones del derecho”, *Jurídicas*, vol. 6, N° 2, pp. 27-44.
- Álvarez Ugarte, Ramiro (2012). “El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: Apuntes para un contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, N° 1, pp. 71-120.
- Bassa Mercado, Jaime (2015). “El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente”, en Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (coord.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM, pp. 253-284.
- BELLAMY, Richard (2007). *Political Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bello Hutt, Donald (2016). *Against judicial supremacy in constitutional interpretation*, disponible en <<https://revus.revues.org/3659>>, Revus Vol. 31, 2017 (en prensa).
- Bordalí Salamanca, Andrés (2008). “Jueces constitucionales: un poder incómodo”, en Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coord.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*

en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Ciudad Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons.

- Bordalí Salamanca, Andrés (2015). “Una nueva justicia constitucional para una nueva constitución chilena”, en Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (edit.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung.
- Carroll, Royca y Tiede, Lydia Brashear (2011). “Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 8, issue 4, pp. 856-877.
- Carroll, Royca y Tiede, Lydia Brashear (2012). “Ideological Voting on Chile’s Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights”, *Journal of Human Rights*, vol. 11, issue 1, pp. 85-105.
- Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (2012). *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- García Martínez, María Asunción (2008). “¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4.
- Gargarella, Roberto (2013). “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, pp. 1-32.
- Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (2016). *Constitucionalismo Progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Häberle, Peter (2008). “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, *Revista sobre enseñanza del derecho*, N° 6, pp. 29-61.
- Kramer, Larry (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (trad. Paola Bergallo), Madrid, Marcial Pons.
- Kramer, Larry (2012). “Judicial supremacy and the end of judicial self restraint”, *California Law Review*, vol 100, N° 3, pp. 621-634.
- Landa, César (2012). “El estatuto del juez constitucional en el Perú”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coord.), *Estatuto jurídico del juez*

- constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, pp. 573-612.
- Montoya, Ana María (2013). “Si no vas al Senado no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)”, *Colombia Internacional*, N° 79, pp. 155-190.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2004). “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 61-91.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2008). “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, *Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, pp. 281-299.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2010). “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N°14 pp. 279-322.
- Pardow Lorenzo, Diego y Verdugo Ramírez, Sergio (2015). “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 28, N° 1, pp. 123-144.
- Pérez-Liñán, Aníbal y Castagnola, Andrea (2011). *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America*. APSA 2011 Annual Meeting Paper. Disponible en SSRN <<https://ssrn.com/abstract=1901127>>
- Post, Robert y Siegel, Reva (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo* (traduc. Leonardo García Jaramillo), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Romboli, Roberto y Panizza, Saule (2012). “El estatus de los jueces de la Corte Constitucional italiana”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, pp. 791-815.
- Solari, Enzo (2015). “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 35, pp. 201-241.
- Suárez Crothers, Christian (2009). “La constitución celda o “straightjacket constitution” y la dogmática constitucional”, *Universium*, vol. 1, N° 24, pp. 248-271.

Verdugo, Sergio (2013). “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 1, pp. 181-223.

Zúñiga Urbina, Francisco (2010). “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 14, pp. 397-426.

Normas citadas

Código Orgánico de Tribunales.

Ley 17.997, del 20 de agosto de 1981, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 5, del 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Auto acordado del Tribunal Constitucional del 24 de marzo del 2006.

¿QUIÉN CONTROLA AL INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN?: UNA PROPUESTA A PARTIR DE LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

WHO CONTROLS THE SUPREME INTERPRETER OF THE CONSTITUTION? A PROPOSAL FROM THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT INTEGRATION

CATALINA SALEM GESELL¹

Resumen: El presente artículo busca demostrar que el actual sistema de designación de los Ministros que integran el Tribunal Constitucional, no cumple con un adecuado mecanismo de frenos y contrapesos, tanto a nivel intra-orgánico como a nivel inter-orgánico. Por ello, se propone un nuevo sistema de designación que reemplace la repartición autónoma de nombramientos del Presidente de la República, Congreso Nacional y Corte Suprema, por un proceso en que participen los mismos órganos, pero mediante una concurrencia contrapesada de voluntades. Es decir, que los tres órganos participen al mismo tiempo en el nombramiento de cada uno de los Ministros, asegurando en todos ellos dos componentes trascendentales del perfil del juez constitucional: el principio democrático-político y el principio jurisdiccional.

Abstract: The present article seeks to demonstrate that the actual designation system of the members of the Chilean Constitutional Court does not achieve a standard of suitable checks and balances, neither at an intra-organic level nor at an inter-organic level. Thus, a new system of designation is proposed as an alternative to the autonomous repartition of nominations made by the President of the Republic, the National Congress and the Supreme Court, in which the same institutions participate, but through a counterbalanced concurrence of wills. That is, all three bodies participate at the same time in the nomination of each one of the judges, ensuring in each one of them two transcendental components

¹ Abogada y magíster en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Político y Constitucional, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: cesalem@uc.cl.

Catalina Salem Gesell | ¿Quién controla al intérprete de la Constitución?: una propuesta a partir de la integración del Tribunal Constitucional chileno

of the constitutional judge's profile: the political-democratic principle and the jurisdictional principle.

Palabras clave: Tribunal Constitucional. Integración. Jueces constitucionales.

Key words: Constitutional Court. Integration. Constitutional judges.

INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, uno de los fines fundamentales del constitucionalismo ha sido que todo poder se encuentre limitado. En los modernos estados de derecho, las constituciones son las encargadas de diseñar los mecanismos de control que hagan posible el cumplimiento de tal postulado. Dentro de esos mecanismos, la existencia de los tribunales constitucionales sin duda ha venido a reforzar el sistema de control, particularmente mediante la garantía del principio de supremacía constitucional en aquellas materias específicas que la Carta Política ha puesto bajo la esfera de su competencia.

En nuestro modelo, corresponde al Tribunal Constitucional (también TC) ejercer el control de constitucionalidad sobre diversos actos del Presidente de la República, del Congreso Nacional –o de ambos como colegisladores– y de la Corte Suprema. Sin embargo, la importante incidencia que tiene el TC dentro de este esquema, cuenta con menguados contrapesos, los cuales están diseñados de esa manera para dar preferencia a otros principios, como lo son el principio de certeza jurídica y el principio de independencia respecto de los demás poderes o funciones del Estado².

En este escenario, el nombramiento de los jueces constitucionales se erige actualmente como el único contrapeso importante que tienen los órganos controlados respecto de quien ejerce el control. Por ello, no resulta baladí determinar qué órganos participan en la generación del TC ni qué límites tienen a su vez para elegir al candidato.

Esta problemática, en general, ha sido tratada en la doctrina desde dos puntos de vista: desde el estatuto del juez constitucional o desde la experiencia comparada. En el primer caso, se trata de describir las condiciones ideales que debe reunir un juez constitucional para cumplir su cometido y cómo tales condiciones pueden ser garantizadas en términos normativos; en el segundo, se describen modelos comparados que, en la mayoría de los casos, adolecen de la misma problemática que se trata de

² Respecto de la certeza jurídica, el artículo 94 de la Constitución Política de la República mandata que contra lo decidido por el TC no procederá recurso alguno. También, nuestro ordenamiento constitucional no contempla ningún mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces constitucionales en pos de su independencia. Así, el artículo 12 de la ley orgánica constitucional del TC, N° 17.997, prescribe que “Las decisiones, decretos e informes que los miembros del tribunal expidan en los asuntos de que conozcan, no les impondrán responsabilidad”.

subsanan en nuestro propio sistema o que no se identifican con nuestra tradición política-constitucional.

El presente trabajo busca estudiar el actual diseño institucional del proceso de generación de los Ministros del TC, y analizar cómo ese modelo se configura en un adecuado medio de control del poder entre los diversos actores que intervienen en el proceso.

A fin de lograr lo anterior, distinguiremos dos tipos de control: el intra-orgánico y el inter-orgánico. El primero corresponde a aquellos controles que se experimentan dentro de un mismo órgano; mientras el segundo, se produce a partir de controles recíprocos entre órganos distintos. El objetivo de ambos controles es lograr que el poder detenga al poder mediante frenos y contrapesos recíprocos, según lo ha expuesto la teoría clásica.

Para el caso de la generación de los miembros del TC, hemos identificado dos premisas que el diseño de control debe cumplir para hacer efectivo el mandato de limitación del poder. Estas premisas dotan de contenido material a la mera frontera formal que existe respecto a la distribución de competencias entre los diversos órganos del sistema. En relación al caso específico del TC, una parte de la doctrina ha afirmado que no basta una mera legitimidad de ejercicio como fuente de justificación de su actuación³, sino que también es necesaria una legitimidad de origen, atendida la naturaleza política de las cuestiones que se plantean en los procedimientos de justicia constitucional⁴. Lo anterior obliga a configurar un tribunal como un órgano no sometido a las decisiones de las mayorías coyunturales, que goce de la legitimidad democrática necesaria para sobreponerse a ellas; y, al mismo tiempo, una legitimidad derivada de su autoridad técnica y su objetividad suprapartidista⁵. Así, a la primera de estas premisas la hemos denominado *principio democrático-político*, que a su vez comprende dos aspectos: la generación del TC por aquellos órganos que

³ En nuestro sistema constitucional, la legitimidad de ejercicio tiene su fuente normativa en el artículo 5°, inciso primero, de la Constitución, que en lo pertinente prescribe: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza [...] también, por las autoridades que esta Constitución establece”.

⁴ En esta oportunidad, no nos interesa entrar en el debate sobre la legitimidad democrática del TC y la naturaleza “anti-mayoritaria” que tendría dentro de nuestro régimen democrático. Sí nos interesa explorar una respuesta institucional que pueda contribuir a morigerar los cuestionamientos a que se ve enfrentado el TC, particularmente desde la academia.

⁵ López Guerra, Luis (2004). “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Tomo I, año X, pp. 87-89.

tienen representatividad democrática directa; y la consagración de una composición plural que permita una deliberación al interior del órgano constitucional que dé cuenta de un contenido actualizado de la voluntad del constituyente, expresada en las normas constitucionales. Por otra parte, la segunda premisa consiste en el *principio jurisdiccional* que garantiza que el órgano en cuestión ejerza sus funciones con independencia, imparcialidad y con capacidad técnica-jurídica. Los contenidos de ambos principios, como dijimos, deben ser garantizados en cualquier modelo de control relativo al TC, ya que ambos tienen por fin resguardar el cumplimiento de los cometidos de la justicia constitucional.

Analizaremos en este trabajo en qué medida el actual sistema de designación de los Ministros del TC cumple con ambas premisas, y si es posible plantear un sistema alternativo que, al cumplir ambas premisas, refuerce los mecanismos de controles recíprocos en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

I. FRENO Y CONTRAPESOS INTRA-ORGÁNICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dentro de la doctrina especializada, ha sido difícil encontrar un marco teórico que analice de manera exhaustiva la existencia de frenos y contrapesos internos en el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional. En efecto, la mayoría de los autores analizan este punto a partir del llamado *judicial self-restraint* del juez constitucional, o la llamada auto-restricción que el juez está impelido a ejercer en conciencia ante los asuntos de su competencia que debe resolver⁶. Zagrebelsky lo expresa de la siguiente manera: “[...] todo juez termina siendo juez de sí mismo, en lo relativo al

⁶ Concordamos con Mellinghoff cuando afirma que el *judicial self-restraint* simplemente describe el problema de la extralimitación judicial al ser un término general y sin matices que carece de contenido. “Cualquier limitación por mandato propio no contaría con un fundamento constitucional ni reflejaría el cometido del Tribunal Constitucional. Este debe hacerse cargo de las obligaciones que la Constitución le confiere y no está facultado a apoyarse en sus competencias para renunciar a la evaluación de casos jurídico-constitucionales problemáticos”. Mellinghoff, Rudolf (2011). “Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, p. 495. En otras palabras, los límites a la jurisdicción constitucional y, por ende, al juez constitucional, son aquellos definidos por la propia Constitución. Cuando se buscan razones distintas a aquellas contenidas en el texto constitucional, tanto para declinar como para afirmar la competencia del Tribunal

uso que hace del espacio de acción que el ordenamiento le garantiza, libre de interferencias externas”⁷.

A la auto-restricción del juez constitucional como mecanismo de control interno de ejercicio de las competencias que le ha confiado el ordenamiento jurídico, se agrega una larga lista de condiciones técnicas y virtudes cívico-institucionales que debe reunir el juez y cuya longitud varía de autor en autor. Así, por ejemplo, Mellinshoff afirma que el juez constitucional debe actuar “con responsabilidad personal, integridad moral y respeto por la ética judicial y profesional” y serán merecedores de la confianza de la población “si adoptan los estándares más altos en el ejercicio de su función y actúan de conformidad con las virtudes de un juez”⁸; Nogueira postula que “El juez constitucional tiene que ser consciente de la responsabilidad que asume, con una sólida formación y práctica en derecho público y en interpretación constitucional, además de una adecuada experiencia”⁹; Ríos Álvarez sostiene que son tres las cualidades que debe reunir el juez constitucional, como estándares básicos de idoneidad, a saber: “ser un experto en el Derecho de la Constitución; tener una dilatada experiencia en la enseñanza, en la investigación o en la aplicación de la Carta Fundamental; y estar dotado de criterio jurídico sólido y estable”¹⁰.

Si bien resulta absolutamente deseable que se cumpla tanto el ejercicio de la auto-restricción del juez constitucional, en los casos que proceda, como las virtudes ideales que este debe poseer, ninguna de ellas cuenta, al menos en nuestro actual sistema jurídico, con mecanismos institucionales que aseguren su cumplimiento. Como muy bien recuerda el mismo Ríos Álvarez, en palabras de Favoreu, “no existen normas que puedan asegurar

Constitucional, simplemente se está vulnerando la propia competencia institucional y funcional de dicho órgano.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (trad. Manuel Martínez Neira), España, Editorial Minima Trotta, no especifica edición, p. 91.

⁸ Mellinshoff, Rudolf (2011), op. cit., p. 498.

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto (2010). “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 14, p. 284.

¹⁰ Ríos Álvarez, Lautaro (2006). “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, en *XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. El Derecho Público chileno y la globalización*, Tomo I, Valparaíso, EDEVAL, p.459.

estas cualidades del juez constitucional. De lo que se trata es de arbitrar los medios que permitan –hasta donde sea posible– lograr ese resultado”^{11 12}.

Actualmente, el único medio que hace posible en nuestro ordenamiento jurídico acercarse a las cualidades ideales del juez constitucional, son los requisitos de elegibilidad que debe reunir un Ministro del Tribunal Constitucional consagrados en el inciso segundo del artículo 92 de la Carta Fundamental (también CPR). Esta norma señala como condiciones tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Si contrastamos estas exigencias de elegibilidad con aquellas virtudes ideales que transcribimos en párrafos anteriores, es posible deducir que la brecha lógica entre ambas es importante. A modo de ejemplo, la experiencia en derecho público e interpretación constitucional a que se refieren Nogueira y Ríos Álvarez no resulta una condición necesaria del requisito “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”. A lo más, puede ser considerada una condición suficiente de cumplimiento de dicho requisito de elegibilidad.

Esto nos lleva a replantearnos la cuestión de cómo es posible vincular a los jueces constitucionales, una vez que ya han sido designados, a algún mecanismo institucional de control intra-orgánico que en cierta medida morigere los peligros de una desviación de poder; y si ese mecanismo ha fortalecido el postulado de limitación del poder o, por el contrario, lo ha debilitado y clama por una revisión que contribuya a su perfección.

a. Sistema actual

Si analizamos con detención la actual organización y atribuciones del Tribunal Constitucional, podemos concluir que el Tribunal sí cuenta con mecanismos de control intra-orgánico, que van más allá de las virtudes

¹¹ Ríos Álvarez, p. 456.

¹² Resulta oportuno recordar, que en el caso de los jueces del Poder Judicial, estas “virtudes judiciales” tienen una garantía específica contemplada en la Constitución Política. Así, el artículo 79 de la Carta Fundamental prescribe que “Los jueces son personalmente responsable por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que regla el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”. También, el artículo 80 de la misma Carta advierte que “Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento [...]”.

del juez constitucional. Estos mecanismos se configuran a través de las características de organización y atribuciones del Tribunal, así como de su composición, ya que los titulares del órgano son quienes ejercen entre sí un control recíproco.

La primera característica que se desprende de la organización y funcionamiento de la Magistratura Constitucional consiste en que este tribunal es un órgano pluripersonal. Ello implica que adopta sus decisiones por mayoría o por quórum especial, previa deliberación de sus miembros. Esta particularidad concretiza el *principio democrático-político* del órgano de control concentrado de constitucionalidad, ya que en tal deliberación los jueces constitucionales intercambian sus puntos de vista sobre la resolución de un determinado caso, de acuerdo a la interpretación que hagan de la Constitución, la que no siempre es coincidente, tal como se aprecia en los numerosos votos disidentes de sus sentencias. Este es un primer contrapeso intra-orgánico, dado que ningún miembro del órgano puede imponer su voluntad por sí solo ante el resto. La voluntad del órgano se formará por la mayoría de sus miembros, o cuando se reúna el quórum constitucional exigido para el ejercicio de una determinada atribución.

La segunda característica consiste en que los argumentos de esa deliberación quedan afirmes en la motivación de la sentencia, motivación que es obligatoria y pública de acuerdo a los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (también LOTC)¹³. Al mismo tiempo, tal motivación debe estar fundada en una argumentación jurídico-constitucional, como se desprende de las distintas atribuciones que la Constitución le confiere en el artículo 93, al ser un tribunal de derecho. Esta característica concretiza el *principio jurisdiccional* de la justicia constitucional, toda vez que obliga al órgano a expresar su voluntad en una decisión jurídico-constitucional, independiente e imparcial, aunque tal decisión pueda tener efectos políticos.

Como dijimos, ambas características se encuentran plasmadas en las normas positivas –constitucionales y legales– que consagran la

¹³ Artículo 39, inciso primero: “Las sentencias del Tribunal deberán cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil”.

Artículo 40, inciso primero: “Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página web, o en otro medio electrónico análogo, sin perjuicio de las publicaciones que ordenan la Constitución y esta ley en el Diario Oficial. El envío de ambas publicaciones deberá ser simultáneo”.

organización y funciones del Tribunal. No obstante, para los efectos del presente estudio, lo que nos interesa es poner el foco en los titulares del órgano que ejercen la función de control intra-orgánico, es decir, en los Ministros de la Magistratura Constitucional.

Desde la Ley N° 17.284 de reforma constitucional a la Carta Política de 1925, del año 1970, que creó el Tribunal Constitucional, este órgano ha tenido una composición mixta, esto es, ha estado integrado por miembros designados por los poderes políticos y por la Corte Suprema. Así, el artículo 78 a) de dicha Carta disponía que el Tribunal estaría integrado por cinco miembros: tres designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema, de entre sus miembros^{14 15}.

Esta composición mixta se mantuvo en la Constitución de 1980 de la siguiente manera: tres Ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta; un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y un abogado elegido por el Senado (Art. 81, de la CPR de 1980).

Con la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, del 26 de agosto del 2005, la actual Constitución contempla la siguiente composición para la Magistratura Constitucional: tres miembros designados por el Presidente de la República; dos elegidos por el Senado y dos por la Cámara de Diputados con acuerdo del Senado; y tres elegidos por la Corte Suprema. La reforma aludida, si bien mantiene la composición mixta referida previamente, introduce una importante morigeración, dado que quebró

¹⁴ A los miembros designados por los poderes políticos se les imponía como requisitos de elegibilidad “ser abogados con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión y no podrán tener ninguno de los impedimentos que inhabiliten para ser designado juez, y uno de ellos deberá tener, además, el requisito de haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país” (Art. 78 a) de la Constitución Política de 1925).

¹⁵ En el Mensaje que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 17.284, la integración propuesta por el Ejecutivo fue muy distinta a la que finalmente se aprobó. En efecto, la iniciativa contemplaba la siguiente composición, también de cinco miembros: el Presidente de la Corte Suprema, quien presidía el Tribunal; dos miembros nombrados por el Presidente de la República; uno designado por la Cámara de Diputados; y uno designado por el Senado. A su vez, los requisitos de elegibilidad de los miembros de la Magistratura eran los siguientes: “[...] haber ejercido el cargo de Senador a lo menos durante un período o el de Diputado a lo menos durante dos, o haber ejercido la Judicatura en los Tribunales Superiores de Justicia, o haber desempeñado por más de diez años una cátedra de Derecho Público como profesor titular en alguna de las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del país”.

la tradición que el Tribunal Constitucional estuviera compuesto por miembros en ejercicio del Poder Judicial.

Este tránsito no fue sencillo, tal como quedó consignado en la historia de la ley de la reforma constitucional del 2005. En efecto, dentro de las opiniones vertidas en la Comisión del Senado (Primer informe), fue recurrente enfatizar la necesidad de asegurar que los ministros designados por la Corte Suprema tuvieran un origen judicial. Así, por ejemplo, don Eugenio Valenzuela Somarriva propuso que los miembros que le correspondía designar al Presidente de la República, sean elegidos de entre quienes hayan desempeñado el cargo de abogado integrante de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones del país. “Ello, porque en los otros nombramientos siempre habría un consenso en el Senado o en la Corte Suprema, pero no así en el caso del Presidente, que designa por sí y ante sí. Este requisito es justificado, ya que la condición más importante de estos ministros es tener mentalidad de juez, o sea, saber fallar y hacerlo con expedición en plazos reducidos”¹⁶. A su vez, la coalición de partidos “Alianza por Chile” estimó en aquella oportunidad que la fórmula propuesta por la “Concertación” (oficialismo en aquel entonces) para que la Corte Suprema designe ministros que no sean parte de ella, sino abogados ajenos a la carrera judicial, resultaba inconveniente, pues “aquel que se designe debe tener capacidad para resolver y formación de juez”¹⁷. El informe evacuado por la Corte Suprema en este mismo trámite constitucional, dio cuenta de la necesidad de que al menos un tercio de los integrantes del Tribunal estuviera conformado por jueces de carrera, ya que ello reforzaba la labor jurisdiccional del Tribunal y su independencia respecto de los demás órganos a los que le corresponde controlar. Una integración dispuesta de tal manera “evita el riesgo de que el cometido del Tribunal pudiera en alguna forma reflejar el ancestro político de la gran mayoría de quienes lo conforman y, en todo caso, vigoriza su independencia de los órganos a los que le corresponde controlar”¹⁸. Esta idea fue apoyada por el informe evacuado por el propio Tribunal Constitucional de ese entonces, que en lo pertinente justificó que los Ministros de la Corte Suprema poseían “[...] una sólida formación de jueces, exhibir experiencia

¹⁶ Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes*, primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 342.

¹⁷ *Ibidem*, p. 342.

¹⁸ *Ibidem*, p. 343. No obstante, la fórmula de integración con Ministros de la Corte Suprema, implicaba la suspensión del cargo de estos últimos para que tuvieran dedicación exclusiva, atendidas las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. Esto implicó que la idea fuera perdiendo fuerza, pues se afectaba la integración constitucional de la Corte Suprema.

y capacidad resolutive en la decisión de los asuntos de que conocen, lo cual resulta básico y fundamental para su adecuado funcionamiento, en especial en consideración a los plazos breves que este tiene para resolver las materias que se le entregan para su conocimiento”¹⁹.

En la doctrina nacional, Ribera Neuman denominaba a la presencia de los Ministros judiciales en el Tribunal Constitucional como la “garantía de la inseguridad”. Esto porque de tales Ministros no se conoce mucho su historial o su voluntad política, al haber estado alejados de la contingencia por decenios. Por ello, “más allá de que se diga que tienen una tendencia hacia un sector u otro, normalmente son impredecibles en sus resoluciones, por lo que le brinda a la justicia constitucional una especial garantía, porque se dificulta encasillarlos al momento de saber cómo van a decidir”²⁰.

De las opiniones transcritas, rápidamente podemos inducir la función que desempeñaron los Ministros de la Corte Suprema en aquellas etapas anteriores a la reforma constitucional del año 2005: integraban el Tribunal como contrapeso en la deliberación política que se daba en su seno, dado que sobre los demás miembros designados por los poderes políticos recaía la sospecha de falta de independencia y capacidad técnica en el ejercicio del cargo. Esto, por supuesto, opera tanto en la etapa de deliberación del órgano, como en la etapa de motivación, pero garantiza fundamentalmente el *principio jurisdiccional* de la justicia constitucional. Así, aquellos que tenían “mentalidad de juez” y capacidad para resolver con experiencia técnica y jurídica constituirían el freno interno respecto de aquellos con una tendencia más política.

Como se argumentara, este freno intra-orgánico fue morigerado por la reforma constitucional del 2005, pero creemos que mantuvo la misma lógica. Esto queda en evidencia por las opiniones de diversos senadores vertidas en el debate en la Comisión del Senado (Informe complementario). En aquella oportunidad, el senador Aburto señaló que “en un Tribunal de Derecho, como lo es la Corte Suprema, no cabe pensar que al elegirse a quienes pasarán a integrar el Tribunal puedan producirse minorías o bajas votaciones por razones ajenas a lo estrictamente jurídico”. A su vez, el senador Viera-Gallo “compartió esta apreciación, resaltando que se trata de

¹⁹ *Ibidem*, p. 344.

²⁰ Ribera Neumann, Teodoro (1998-1999). “La organización institucional del Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista de Derecho Público*, vol. 61, p. 75.

un órgano jurisdiccional y no de índole política”, coincidiendo igualmente en estos planteamientos el senador Andrés Zaldívar, quien expresó que “aun cuando en todo cuerpo colectivo pueden formarse mayorías o relaciones de tipo personal, en el caso en estudio no cabe admitir que pueda actuarse en base a mayorías o minorías políticas”²¹.

De esta manera, tanto ayer como hoy, el constituyente sigue confiando a la Corte Suprema la generación de aquellos titulares que ejercerán el control sobre el cumplimiento del *principio jurisdiccional* de la justicia constitucional, quienes, como se dijo, actúan como freno a una posible deliberación y decisión meramente política en el seno de la Magistratura Constitucional.

Sin embargo, desde la otra perspectiva –y lo que da sentido de existencia al freno que hemos descrito recientemente–, la composición política del Tribunal –limitada, en todo caso, por los requisitos de elegibilidad de sus integrantes– resulta igualmente necesaria. Concordando con Busch y Branislav, “Si se abandona la idea de que los tribunales constitucionales son órganos técnicos que toman decisiones neutrales, y se los entiende como órganos jurídico-políticos a cuyas decisiones se comunica esa doble naturaleza, se impone la lógica del control como elemento de la democracia constitucional, y los mecanismos para hacerlo efectivo deben considerar tanto el aspecto jurídico como el ámbito político y social”^{22 23}.

Evidentemente, esta dimensión política de los tribunales constitucionales, obliga a que su composición sea capaz de recepcionar las ideas e intereses presentes en la sociedad y a que vayan actualizando los valores y principios constitucionales²⁴. Y como tales ideas e intereses son diversos, dicha

²¹ Pfeffer Urquiaga (2005), op. cit., p. 354.

²² Busch, Tania y Branislav, Rokov (2012). “Experiencia de control de jueces constitucionales en Latinoamérica. Lecciones desde el derecho comparado y la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos”, en *Actas del Congreso Internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo II, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, p. 146.

²³ De hecho, Gómez Bernales atribuye el fracaso del TC en la crisis institucional de 1973 a su integración meramente judicial, lo que hace meditar sobre un modelo de integración insensible a la importancia que los integrantes del TC sean juristas de reconocida visión y capacidad jurídica que ejerciten la prudencia política. Gómez Bernales, Gastón (2005). “La reforma constitucional a la jurisdiccional constitucional”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, p. 655.

²⁴ Peter Häberle conceptualiza a la Constitución como *contrato social* y, por ende, al tribunal constitucional (alemán) como *tribunal social* que tiene una responsabilidad específica y mancomunada en la garantía y actualización de dicho contrato mediante un proceso continuo. Este proceso implica que la jurisprudencia constitucional se abra a la variedad de

pluralidad debe tener una acogida en quienes interpretan la Constitución. Sin duda alguna, como desarrollaremos más adelante, el constituyente del 2005 dio una preponderancia considerable a la composición política del Tribunal la que, entre otras características, se puede apreciar desde un punto de vista cuantitativo en que siete –de los diez Ministros que conforman el órgano– provienen de una designación por un órgano político.

En síntesis, el actual Tribunal Constitucional tiene frenos y contrapesos intra-orgánicos, que son ejercidos por los titulares del órgano a través de una permanente tensión entre el *principio democrático-político* de la justicia constitucional y su *principio jurisdiccional*. Ambos principios se ven representados mediante una composición mixta de miembros, en donde siete de ellos tienen por objeto asegurar el *principio democrático-político*, y tres el *principio jurisdiccional* de la justicia constitucional.

b. Problemas del actual modelo

Ahora bien, puede argumentarse que la conclusión extraída en la letra anterior de este capítulo no necesariamente se cumple. Que los poderes políticos pueden/podrían elegir titulares con un currículum mucho más técnico que uno elegido por la Corte Suprema. Eso es cierto pero, desde un punto institucional, no es lo que se exige de tales poderes y, si eligen a alguien con menos credenciales técnico-jurídicas (lo cual es posible gracias a la naturaleza amplia de los requisitos de elegibilidad contenidos en el artículo 92 de la CPR), seguirían estando dentro de los márgenes de la legalidad/legitimidad constitucional. Sucede lo contrario respecto de la Corte Suprema, órgano del que se espera siempre –por la historia constitucional reciente que hemos resumido– que decida con criterio técnico, porque, dentro del sistema de órganos, la Corte cumple un rol también técnico. Empero, no se contempla ningún mecanismo de freno en el evento que decida optar por un candidato de trayectoria más política, cumpliendo los demás requisitos constitucionales y legales.

ideas e intereses de la sociedad; y, al mismo tiempo, en un sentido inverso, que actúe como guía de la sociedad misma, estableciéndose entre ambos –tribunal constitucional y sociedad toda– una relación intensa. Häberle, Peter (2001). “El Tribunal Constitucional como poder político”, en Brage Camazano, Joaquín (trad.), *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, primera edición, México, Editorial Porrúa, pp. 104 y 107.

En cualquier caso, el actual sistema de composición mixta del Tribunal Constitucional presenta graves problemas de diseño desde el punto de vista del ejercicio de los frenos y contrapesos intra-orgánicos.

El problema está dado en que este tipo de composición mixta no considera que, una vez designados los miembros del órgano, todos tienen el mismo carácter titular. Por cierto, el control intra-orgánico es ejercido por todos entre sí, dentro de una relación de pares. No hay jerarquía entre los Ministros del Tribunal Constitucional; además, la precedencia que existe entre ellos es solo para cuestiones de orden o de protocolo²⁵. Así la garantía del *principio democrático-político* y del *principio jurisdiccional* encuentra una consagración débil reflejada en que cada Ministro tendrá la capacidad de persuadir al otro para que su decisión sea lo más jurídica-constitucional posible –si su designación es de origen judicial–, pero, al mismo tiempo, que no se ciegue a la dimensión política que pueden traer aparejados los efectos de esa decisión –si su designación es de origen político–. El problema está en qué ocurre cuando no se produce tal entendimiento. Por supuesto que se verá reflejado en la *ratio decidendi* de la sentencia y sus prevenciones y votos disidentes, pero cualquier decisión política puede ser arropada con argumentos jurídicos, o cualquier decisión jurídica puede tener fines políticos. En otras palabras, un Ministro de designación judicial no tiene herramienta alguna que le permita asegurar/controlar, por ejemplo, la independencia de un Ministro de designación política cuando conoce de un determinado asunto; o viceversa. La base sobre la cual se apoya el sistema de frenos internos, queda entregada al plano de los argumentos que se intercambien en la etapa de deliberación, en la que, además, el principio jurisdiccional tiene una representación menguada compuesta por menos de un tercio de los miembros que integran el TC. Esta disparidad lleva a asegurar de manera desequilibrada los *principios democrático-político* y *jurisdiccional*, cuando en un caso particular prevalece el primero de ellos, la sentencia del Tribunal termina siendo denominada como la decisión de una “tercera cámara”, esto es, “donde continuaría, mediante personas interpuestas, el enfrentamiento entre las partes del conflicto político”²⁶.

Al tener todos los miembros del Tribunal Constitucional la misma titularidad, sin superioridad de unos por sobre otros, creemos que el mejor

²⁵ Artículo 6°, de la Ley N° 17.997, del 10 de agosto del 2010, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

²⁶ Zagrebelsky, p. 57.

control interno que se le puede conferir al órgano es volver a reforzar ambos principios de la justicia constitucional –y por ello, del juez constitucional–, pero en cada uno de sus titulares. En efecto, el aseguramiento segregado y dispar de estos principios no garantiza su cumplimiento; además, divide al Tribunal generando una tensión entre dos visiones diversas: la política y la técnica-jurídica, que no siempre coinciden en el lenguaje y en los fines. Todo esto a partir de una sospecha que ha estado presente en el constituyente de distintas épocas respecto de los Ministros designados por los poderes políticos.

Tal como desarrollaremos en el capítulo II y III, un sistema más perfecto y que se adecua a las modernas exigencias de la justicia constitucional, consiste en que tanto el *principio democrático-político* como el *principio jurisdiccional* sean garantizados al mismo tiempo, por cada uno de sus miembros. Así, hoy se espera de un juez constitucional que interprete la Constitución de una manera “viva” –lo que sin duda envuelve un espacio político–, pero con criterios técnico-jurídicos de la máxima rigurosidad. No parece razonable generar miembros del Tribunal Constitucional que solo destaquen en un aspecto y yerren en el otro, con la esperanza de que tal yerro podría ser evitado por una superdotada capacidad de persuasión de sus compañeros de estrado. Insistimos en que actualmente no hay medios institucionales que aseguren estas especiales virtudes del juez y, como describe Zagrebelsky a partir de su propia experiencia como juez constitucional, estos jueces “Pueden constituir un *medium* de firme sabiduría y moderación o, por el contrario, una fuente de arbitrariedad y prepotencia, por ellas impuestas, toleradas o soportadas. En el primer caso actuarán por la Constitución; en el segundo, en su contra. Depende de ellos, solo de ellos”²⁷.

II. FRENOS Y CONTRAPESOS INTER-ORGÁNICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos descrito en el capítulo anterior, desde la vigencia de la Constitución de 1925 a la actual, y sus respectivas reformas, la integración del TC ha ido transitando de una composición eminentemente judicial, a una más política, en donde solo menos de un tercio de sus miembros asegura –o representa– en la actualidad el llamado *principio jurisdiccional*.

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

Como argumentaremos en este capítulo, lo anterior amenaza –desde la lógica en que siempre ha razonado nuestro constituyente– una excesiva politización del TC que podría llegar a traicionar la misión constitucional de este órgano.

La politización de un tribunal constitucional se produce cuando los titulares del órgano dejan de representar los fines institucionales y funcionales del mismo, para dar voz a otros intereses, por ejemplo, para personificar los intereses del órgano que participó en su nombramiento directo. Usualmente, la doctrina soluciona esta desviación de poder apelando nuevamente a un juez modelo que cumplirá con un “deber de ingratitud” hacia quien hizo posible su titularidad en el cargo. Favoreu describe este punto de la siguiente manera: “Las fuerzas políticas creen que los jueces los representan en los tribunales constitucionales. Pero cuando son nombrados, los jueces son independientes en todos los sistemas. Se dice que tienen un deber de ingratitud y es frecuente que los jueces nombrados por ciertas autoridades tienen después comportamientos diferentes a los de la autoridad que los ha nombrado”²⁸. Zagrebelsky agrega: “Cada juez debe expresarse, y debe hacerlo en cuanto juez del Tribunal Constitucional, no como juez designado o nombrado por este o por aquel. Las opiniones que se manifiestan en la sala de deliberaciones nunca son las opiniones del Parlamento, del Presidente de la República, de las magistraturas superiores, a través de los jueces por ellos designados o nombrados”²⁹.

Al igual que el juez virtuoso que describimos en el capítulo anterior, tampoco existe en este caso una fórmula institucional que permita garantizar la ingratitud del juez. Por supuesto que está garantizado por el principio de independencia de que gozan los jueces constitucionales, pero no hay una respuesta institucional para frenar a aquel juez que decide no ser independiente. Esto, por supuesto, deja en evidencia una nueva cuota de poder que queda sin control, tal como demostraremos a continuación.

a. Sistema actual

Nos parece muy acertado el concepto que utiliza Ríos Álvarez para describir el actual sistema de designación de los Ministros del TC como uno de

²⁸ Favoreu, Louis Joseph (1998-1999). “Justicia y Jueces Constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, vol. 61, p. 13.

²⁹ Zagrebelsky, p. 50.

“repartición de nombramientos” entre los órganos llamados a designarlos³⁰. En efecto, el actual sistema contenido en el artículo 92 de la Carta Política, contempla siete designaciones de jueces constitucionales por parte de los poderes políticos: tres Ministros son nombrados por el Presidente de la República; dos por el Senado; y dos por la Cámara de Diputados con acuerdo del Senado. A su vez, a la Corte Suprema le corresponde participar con la designación de tres Ministros.

La repartición de nombramientos está dada por el hecho de que todos los órganos que tienen la atribución de nombrar jueces constitucionales, lo hacen directamente, sin contrapeso alguno, con la salvedad de la Cámara de Diputados que debe requerir el acuerdo del Senado, esto es, un contrapeso político. La lógica de este sistema está fundada en que el modelo de designación de los Ministros es quizás el más importante contrapeso que tienen los órganos controlados por el TC respecto de este último. En efecto, de una lectura del artículo 93 de la CPR, al TC le corresponde controlar, a través de diversas atribuciones, a los colegisladores –Presidente de la República y Congreso Nacional–, al Presidente de la República y al Poder Judicial. El punto que argumentaremos a continuación es que, este importante contrapeso que se ejerce sobre el TC, no tiene, a su vez, contrapeso alguno, con el peligro de desnaturalizar al órgano que se genera a través de la elección de titulares que falten a su cometido constitucional.

b. Problemas del actual modelo

Tres son los problemas que trataremos de sintetizar a continuación, todos los cuales se concatenan como condiciones suficientes para tender hacia una politización indebida del TC.

El primero –desarrollado por Ríos Álvarez– es que la repartición de voluntades entre los órganos controlados para generar al órgano controlador trae aparejado el efecto de que la confianza en el TC “resulta ser una confianza segmentada o –lo que es lo mismo– una suma de confianzas divididas. A nuestro juicio, cada miembro del TC debería contar con la confianza original de todos los órganos que deban recurrir a su veredicto. El sistema de confianzas segmentadas debería sustituirse

³⁰ Ríos Álvarez, p. 460.

por uno de confianzas compartidas”³¹. Así, a propósito de la discusión previa a la reforma constitucional del 2005, argumentaba que el Presidente de la República quedaría en situación de designar soberanamente a tres abogados de su confianza y “debería ser muy poco sagaz –por decirlo de manera discreta– para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos. Ningún político inteligente desperdiciaría una ventaja semejante”^{32 33}. Lo mismo podría decirse de los demás órganos que participan en la designación, quienes tienen la ruta abierta para elegir candidatos que representen sus intereses institucionales –o de otra índole–, antes que aquellos que la Constitución ha encomendado al TC.

El segundo problema que radica en el actual sistema es que debilita el mecanismo de frenos y contrapesos intra-orgánicos. Tal como se explicó, este mecanismo depende del cumplimiento del *principio democrático-político* y el *principio jurisdiccional* al mismo tiempo y en cada miembro titular del TC. Así, la designación de siete jueces constitucionales por tres órganos que tienen legitimidad democrática directa, asegura el *principio democrático-político*, pero descuida el *principio jurisdiccional*, al no contar con un contrapeso técnico que controle la interpretación autárquica que realiza el órgano político de los requisitos de elegibilidad del juez que se designa. Y viceversa, la designación de tres jueces por la Corte Suprema no garantiza el *principio democrático-político* dado que desvincula al juez de una legitimidad de origen bajo un estatuto de legitimidad de ejercicio³⁴, privilegiando una capacidad técnica que asegura en mayor medida el *principio jurisdiccional* del perfil del juez constitucional.

Por último, el tercero, y como corolario de los anteriores, consiste en que la falta de contrapesos inter-orgánicos en la designación de los Ministros del TC contraviene una de las premisas fundamentales que debe cumplir un sistema de frenos y contrapesos en los modernos estados constitucionales, a saber, que el órgano controlador es generado por los mismos órganos controlados, sin contrapeso alguno, lo que genera los efectos indeseados

³¹ Ríos Álvarez, Lautaro (2004). “La generación del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Tomo I, año X, pp. 83-84.

³² *Ibidem*, p. 83.

³³ Esta objeción, también se hizo presente en el debate que se llevó a cabo en la Comisión del Senado a propósito de la tramitación de la ley de reforma constitucional N° 20.050, del año 2005. Pfeffer Urquiaga, Emilio, pp. 346-347 y p. 355.

³⁴ López Guerra, p. 87.

que ya se han descrito. Así, la falta de contrapesos refuerza el principio de lealtad del titular del órgano controlador respecto del órgano controlado que lo ha designado, debilitando un elemento fundamental de la justicia constitucional, como es su independencia.

III. PROPUESTA DE NUEVO SISTEMA DE DESIGNACIÓN

Desde un punto de vista institucional, es absolutamente factible perfeccionar el actual sistema de designación de los Ministros del Tribunal Constitucional. Ello es posible mediante una concurrencia contrapesada de voluntades³⁵ de los órganos que participan en la generación del TC y que garantice los dos principios de la justicia constitucional, tanto a nivel intra-orgánico como a nivel inter-orgánico: el *democrático-político* y el *jurisdiccional*.

Para ello se propone que los poderes políticos –Presidente de la República, Senado y Cámara de Diputados– presenten directamente, cada uno, dos candidatos para una vacante de Ministro del TC, cumpliendo los demás requisitos constitucionales de elegibilidad. Sin embargo, la decisión del candidato –y por ende, la interpretación que el órgano político haga de los requisitos de elegibilidad– tendrá un importante freno, dado que tales candidatos deberán ser presentados ante la Corte Suprema para que, previa audiencia pública de antecedentes, elija por mayoría a dos de los seis candidatos que le fueron presentados. Con este diseño, la decisión de los poderes políticos –que refuerza el *principio democrático-político*– queda contrapesada por una decisión de aptitud técnica-jurídica posterior hecha por la Corte Suprema –lo que refuerza el *principio jurisdiccional*–. Empero, la decisión de la Corte Suprema queda contrapesada por el universo de candidatos entre los que puede elegir, y tendrá el importante freno de que no elegirá directamente al titular del cargo. Esto se debe a que los dos candidatos que elija pasarán a un sorteo, en que el sorteado ocupará el cargo de titular, y el no sorteado, el cargo de Suplente de Ministro del Titular³⁶.

³⁵ En contraposición a la “repartición de nombramientos” que explicáramos en párrafos anteriores, Lautaro Ríos propone una “concurrencia de voluntades”, en que intervenga el propio TC, el Presidente de la República y el Congreso. Nosotros diferimos de la solución que plantea y proponemos otra, pero hemos tomado prestado los dos conceptos en comillas, por parecernos muy adecuados a la descripción y a la solución del problema. Ríos Álvarez, p. 460.

³⁶ Esta solución tiene un doble propósito. Primero, salvar el debate que existe sobre la inconstitucionalidad del cargo de Suplente de Ministro que contempla actualmente la LOTC y no así la CPR. Entre la doctrina nacional, Nogueira por ejemplo es de la opinión que “todos

El sorteo opera como un contrapeso a la decisión de la propia Corte, a la vez que como un freno a la influencia que los órganos políticos puedan ejercer sobre la designación final del titular. Montesquieu, a propósito del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia, expresó que el sufragio por sorteo está en la índole de la democracia, ya que “El sorteo es una manera de elegir que no ofende a nadie; le deja a todo ciudadano la esperanza legítima de servir a su patria”³⁷. Esto trae aparejada otra ventaja comparativa que carece el actual sistema de designación, a saber, que respecto del designado, el sorteo difumina en gran medida cualquier vínculo de lealtad y gratitud al órgano que hizo posible su designación. Esta es una fórmula institucional coherente con el principio de independencia del juez constitucional y, por ende, refuerza el *principio jurisdiccional*.

El resultado de este proceso de generación del TC, por tanto, creemos que asegura de mejor manera el *principio democrático-político* y el *principio jurisdiccional* de la justicia constitucional, pues tiende hacia la elección de jueces en que todos –y no algunos– contarán con una legitimidad de origen democrático –y no solo de ejercicio–, promoviendo una deliberación constitucional plural al interior del órgano, pero circunscrita a límites técnico-jurídicos de los cuales cada juez será garante, lo que los hará contar

los integrantes de un órgano constitucional que ejerce jurisdicción constitucional deben estar dotados de la misma legitimidad constitucional, sean estos titulares o suplentes, lo que les dota de igual autoridad para resolver los delicados asuntos sometidos a su tarea jurisdiccional”. Nogueira Alcalá, p. 294. La misma opinión tuvieron los ex Ministros del TC que participaron de la discusión parlamentaria de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 al señalar que “La institución de los “abogados integrantes”, que ahora está solo consagrada en la ley orgánica constitucional respectiva, debe tener respaldo constitucional”. Pfeffer Urquiaga, p. 345. Y segundo, tiene el propósito de incentivar a destacados juristas a presentarse como candidatos al TC sin el temor de que, después de un proceso exigente y público, serán descartados por un mero sorteo que deja a la suerte la decisión final sobre la apreciación de sus antecedentes académicos y profesionales. El sistema propuesto termina reconociendo a los dos mejores candidatos, y el suplente podrá integrar cada vez que falte el titular –u otro titular cuyo suplente se encuentre también imposibilitado de integrar, siguiendo un orden de precedencia–, siendo llamado y remunerado por cada sesión que asista, de modo que no tendría dedicación exclusiva o de media jornada. Este mecanismo debería complementarse con un fuerte estatuto de implicancias y recusaciones, muy similar al de los abogados integrantes de la Corte Suprema.

³⁷ Montesquieu también reconoce que el sorteo tiene varios defectos que los legisladores han tratado de regular. Cita el ejemplo de Solón en Atenas, quien “a fin de corregir los inconvenientes del sorteo, dispuso que no se sorteara sino entre los que aspiran a los puestos; que el sorteado que resultara elegido fuera sorteado por jueces competentes; que el ciudadano electo podría ser acusado por quien lo creyera indigno: así resultaba un procedimiento mixto entre sorteo y de elección, un sorteo depurado”. Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (1997). *El espíritu de las leyes*, décimo primera edición, México, Editorial Porrúa, p. 10.

con la confianza de todos los órganos involucrados, además de la confianza pública en el ejercicio de sus atribuciones.

IV: CONCLUSIÓN

La generación del Tribunal Constitucional es actualmente el mecanismo de control más importante que se tiene sobre este órgano. Para que no se desvíe de los cometidos y funciones que la Constitución le ha encomendado, el ordenamiento jurídico debe garantizar institucionalmente que, una vez designados, los Ministros de la Magistratura Constitucional ejerzan sus atribuciones bajo el único compromiso de hacer cumplir la Constitución. Para ello, resulta fundamental que el modelo de nombramiento de cada titular asegure su compromiso democrático-político, pero en un Tribunal de derecho que ejerce jurisdicción. El actual sistema hace imposible cumplir con el postulado anterior, atendido que confronta y pone en tensión el *principio democrático-político* de la justicia constitucional y su *principio jurisdiccional* mediante la elección de miembros que tienden a representar a uno u otro, o ambos pero con distinta intensidad, afectando el sistema de frenos y contrapesos intra-orgánicos del TC. Asimismo, esto se ve agravado por la falta de contrapesos inter-orgánicos que están diseñados hoy como una “repartición de nombramientos” que genera confianzas segmentadas y el peligro de una excesiva politización del TC.

La propuesta que hemos planteado busca corregir las falencias que adolece el actual sistema, desarrollando mecanismos institucionales que tiendan hacia una concurrencia contrapesada de voluntades en la designación de los miembros del TC. Así, se busca lograr un método más efectivo de control del poder que no recaiga en la mera confianza en los actores encargados de ejercerlo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Busch, Tania, y Branislav, Rokov (2012). “Experiencia de control de jueces constitucionales en Latinoamérica. Lecciones desde el derecho comparado y la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos”, en *Actas del Congreso Internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de*

- Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo II, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, pp. 145-170.
- Favoreu, Louis Joseph (1998-1999). “Justicia y Jueces Constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, vol. 61, pp. 10-16.
- Gómez Bernales, Gastón (2005). “La reforma constitucional a la jurisdiccional constitucional”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, pp. 651-684.
- Häberle, Peter (2001). “El Tribunal Constitucional como poder político”, en Brage Camazano, Joaquín (trad.), *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, primera edición, México, Editorial Porrúa, pp. 91-123.
- López Guerra, Luis (2004). “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Tomo I, año X, pp. 85-100.
- Mellinghoff, Rudolf (2011). “Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, pp. 485-501.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (1997). *El espíritu de las leyes*, décimo primera edición, México, Editorial Porrúa, p. 10.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2010). “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 14, pp. 279-321.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes*, primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Ribera Neumann, Teodoro (1998-1999). “La organización institucional del Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista de Derecho Público*, vol. 61, pp. 69-80.
- Ríos Álvarez, Lautaro (2004). “La generación del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, año X, pp. 75-84.
- Ríos Álvarez, Lautaro (2006). “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, en *XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. El Derecho Público chileno y la globalización*, Tomo I, Valparaíso, EDEVAL, pp.441-464.
- Zagrebelsky, Gustavo (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, España, Editorial Minima Trotta, no específica edición.

Normas citadas

Constitución Política de la República, de 1925.

Constitución Política de la República, de 1980.

Ley N° 17.284, del 23 de enero de 1970, que modifica la Constitución Política del Estado.

Ley N° 17.997, del 10 de agosto del 2010, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

CONTRAPESOS INSTITUCIONALES EN EL CAMBIO CONSTITUCIONAL RECIENTE EN AMÉRICA LATINA

INSTITUTIONAL CHECKS AND BALANCES IN RECENT CONSTITUTIONAL CHANGE IN LATIN AMERICA

CLAUDIA HEISS BENDERSKY¹

Resumen: El artículo evalúa las principales tendencias del constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas en el marco de un creciente cuestionamiento a la brecha entre representantes y representados y de la concentración de poder propia del régimen presidencial en la región. Se concluye que los esfuerzos por superar la desigualdad económica no han tenido un correlato en esfuerzos por limitar el poder y fortalecer los frenos y contrapesos.

Abstract: The article assesses the main trends in Latin American constitutionalism of recent decades. It situates the discussion in a context of increasing challenges to the gap between representatives and represented, and the concentration of power that characterizes Latin American presidentialism. It concludes that efforts to overcome economic inequality have not been matched by attempts to limit power and strengthen checks and balances.

Palabras clave: Cambio constitucional. Representación. Presidencialismo. América Latina.

Keywords: Constitutional change. Representation. Presidentialism. Latin America.

¹ Doctora en Ciencia Política por la New School for Social Research y Master of Arts por la Universidad de Columbia. Académica del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile e investigadora del Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social COES, cheiss@iap.uchile.cl

INTRODUCCIÓN

La separación de poderes y la doctrina de los *checks and balances* o frenos y contrapesos se encuentran en la esencia de la noción contemporánea de limitación del poder. Contra el absolutismo monárquico, el constitucionalismo liberal asumió explícitamente estas ideas. Su raíz, sin embargo, puede rastrearse antes en el tiempo. Es cierto que Locke y Montesquieu sentaron las bases de la diferenciación funcional de los poderes del Estado (M.C. Vile, 1998). Pero ya Aristóteles había señalado las bondades de la *mixis* entre clases altas y bajas en el gobierno, y Maquiavelo recogió en sus *Discorsi* una tradición que atribuía la grandeza de la República de Roma al régimen mixto: un sistema de gobierno donde nadie tenía la suma de los poderes públicos y, en cambio, se conjugaban elementos de la monarquía (a través de los Cónsules), la aristocracia (encarnada en el Senado) y la democracia (representada por los Tribunales de la Plebe). La división de poderes, que en los antiguos tenía una connotación social (McCormick, 1993), fue reemplazada por una diferenciación de carácter funcional en los modernos. Sin embargo, el principio de dividir el poder para evitar la tiranía se mantiene.

A partir de la instauración de la soberanía popular como fuente de legitimidad del poder político, en reemplazo de la concepción monárquica de soberanía, las democracias constitucionales enfrentan una tensión interna entre el principio democrático, que demanda la expresión de la voluntad de la mayoría, y su limitación constitucional, que exige restricciones al ejercicio del poder, incluido el poder democrático. El constitucionalismo democrático se vincula así con ambas dimensiones: con el control democrático de las decisiones y con la división y el mutuo chequeo entre los poderes.

Inspirado en el gobierno de Carlos Menem en Argentina, el cientista político Guillermo O'Donnell desarrolló un análisis acerca de las falencias de la democracia en América Latina basado justamente en deficiencias en la capacidad de separar y chequear el poder. A partir de dos ejes de la rendición de cuentas de los gobernantes, que llamó *accountability* vertical y horizontal, O'Donnell bautizó como “democracia delegativa” a un sistema político que, sin ser abiertamente autoritario, no cumple con los preceptos de limitación del poder del constitucionalismo liberal. En nombre de la soberanía popular –el *accountability* vertical, basado en el apoyo electoral

a los representantes–, los gobernantes consiguen horadar las limitaciones inter-institucionales en el ejercicio del poder, el *accountability* horizontal.

Delegative democracies rest on the premise that whoever wins election to the presidency is thereby entitled to govern as he or she sees fit, constrained only by the hard facts of existing power relations and by a constitutionally limited term of office. The president is taken to be the embodiment of the nation and the main custodian and definer of its interests (O'Donnell, 1999: 164).

O'Donnell argumenta que su concepto no está directamente asociado al régimen presidencial, es decir que, en teoría al menos, podría darse una democracia delegativa de tipo parlamentario. Sin embargo, el carácter plebiscitario del modelo, basado en una fuerte identificación entre gobernante y gobernados, se asocia a los debates que desde hace tres décadas ha desarrollado la ciencia política en relación a las características del presidencialismo y el parlamentarismo, y especialmente a las dificultades que ha enfrentado el presidencialismo latinoamericano.

Esta literatura, liderada inicialmente por Juan Linz y Arturo Valenzuela (Linz y Valenzuela, 1994), ha analizado los arreglos institucionales de los regímenes presidenciales y parlamentarios, por ejemplo, respecto de la estabilidad democrática. Estas comparaciones enfatizan la relación entre ejecutivo y legislativo así como la interacción de estos poderes con reglas electorales y sistemas de partidos políticos. Varios de los argumentos originales de Linz y Valenzuela han sido cuestionados o matizados en debates posteriores (Mainwaring y Shugart, 1997; Cheibub, 2007).

En lo que sigue, se propone una mirada general a los procesos recientes de cambio constitucional en América Latina a la luz del proyecto del constitucionalismo democrático de expresar la soberanía popular en un marco de poder limitado, con separación de poderes y mecanismos de *accountability*. A partir de la oleada de reformas y reemplazos constitucionales que ha vivido la región desde fines de 1980, ¿es posible identificar tendencias comunes? ¿Qué cambios se observan respecto de los mecanismos de control de poder, frenos y contrapesos y rendición de cuentas de los representantes frente a los representados?

Para responder a estas preguntas, se analizará primero la brecha entre representantes y representados, elemento central en los cuestionamientos a la legitimidad de la democracia representativa contemporánea. Se hará luego una breve reseña de las características centrales del presidencialismo

latinoamericano, para luego esbozar algunos comentarios sobre cambios constitucionales recientes en la región. Por último, se propondrán algunas conclusiones en torno a estos tres puntos.

1. LA DISTANCIA ENTRE REPRESENTANTES Y REPRESENTADOS

La principal fuente normativa de legitimidad de los regímenes políticos contemporáneos es la presunción de reflejar la voluntad popular. Son democracias representativas o lo que el politólogo estadounidense Robert Dahl bautizó como “poliarquías”. La poliarquía no es, propiamente, una democracia o gobierno del pueblo –la democracia directa de los antiguos griegos–, sino un régimen político con múltiples centros de poder. Para Dahl, es poliárquico un sistema que cumple con una serie de requisitos: sufragio universal inclusivo y con voto femenino; elecciones libres, competitivas, periódicas y limpias; la existencia de más de un partido político capaz de competir por el poder; fuentes de información distintas y alternativas; libertad de expresión y asociaciones que gozan de autonomía (Dahl, 1993).

La dimensión electoral es, como se ve, central en la definición. Sin embargo, no es suficiente. El concepto involucra también una sociedad civil con capacidad de informarse, expresarse y organizarse de manera autónoma. La noción de poliarquía describe un sistema político plural, donde juegan un papel central los partidos y grupos de interés, y que se caracteriza por libertades civiles como las de expresión y asociación.

La teoría política ha subrayado en décadas recientes la distancia que separa el autogobierno del *demos* de lo que llamamos democracia representativa. Así, Bernard Manin acuñó la noción de que el mecanismo propiamente democrático para seleccionar a los gobernantes es el sorteo, una herramienta principal de la antigua democracia ateniense para distribuir cargos públicos. La elección en cambio es, por definición, un mecanismo oligárquico (Manin, 1998). En el acto de elegir, establecemos una distancia entre gobernantes y gobernados y creamos una “casta” dirigente de unos pocos (*oligoi*), a quienes en el contexto de la política contemporánea llamamos “la clase política”.

Esta distancia era vista con buenos ojos por James Madison, quien en *El Federalista* defiende el nuevo invento de la democracia representativa justamente por su efecto depurador: el representante será mejor, más

instruido, medurado y orientado al bien común que la masa. Hoy día, sin embargo, la brecha entre representantes y representados no suele ser vista de esa forma. La noción de que todas las personas actúan principalmente en beneficio propio hace a todos y todas, incluidos los representantes, sospechosos de disfrazar con argumentos de bien público sus propias agendas privadas. Por otro lado, la exclusión y sub-representación sistemática de ciertos grupos –mujeres, minorías étnicas, sectores sociales desaventajados– genera cuestionamientos a la permeabilidad de las élites y la sospecha de bloqueos moralmente injustificados. Cuando los representantes son abrumadoramente hombres, provienen de grupos socioeconómicos aventajados y excluyen a minorías étnicas la interpretación no es que los hombres blancos ricos son “mejores” representantes, sino que se encuentran en una posición social de privilegio para acceder a cargos de representación. Lo que está en juego, entonces, es la capacidad de inclusión del sistema político y el carácter realmente democrático de la representación.

En su análisis de las complejidades que encierra la idea de representación, Hanna Pitkin señaló que la concepción moderna de representación establece, como destacan Manin y Madison, una distancia entre representante y representado, pero al mismo tiempo implica el vínculo entre ellos. La representación moderna se encuentra en un punto intermedio entre el mandato imperativo medieval –donde el representante es un vocero de un grupo representado, por ejemplo, un gremio o un territorio– y la total independencia del representante respecto de los individuos representados. En ambos extremos se pierde la representación (Pitkin, 1985). Ni mandato absoluto ni independencia absoluta, la representación debe, sin embargo, contener algo de ambos. ¿Cómo acortar la distancia entre representantes y representados en el actual contexto de cuestionamiento a las instituciones representativas?

Si asumimos, como dice Andrew Arato, que la fuente de la autoridad política es el pueblo y no los poderes legalmente constituidos, que son solo una expresión parcial del primero, entonces la legitimidad requiere un permanente esfuerzo por reducir la brecha entre estas dos expresiones del pueblo. La historia de la democracia representativa, señala ese autor, es una historia de creciente inclusión política. La inclusión, sin embargo, genera una nueva brecha: los ciudadanos económica y socialmente débiles tendrán mayor dificultad que sus antecesores oligarcas para controlar a quienes ejercen el poder. (Arato, 2006: 308).

Para O'Donnell, la respuesta parece estar sobre todo en el fortalecimiento institucional del *accountability* horizontal. Para Arato, en cambio, la clave para acercar a representantes y representados se encuentra en la sociedad civil y la esfera pública, ámbitos cuyo fortalecimiento no depende solo del diseño institucional. En este punto, Arato parece compartir el papel preponderante que asigna Dahl a la autonomía de las asociaciones y a la opinión pública en la conformación de una poliarquía.

La principal defensa de la representación en contra de quienes proponen reemplazarla por una completa identidad entre representante y representado, ya sea en la forma de un líder que encarna la voluntad popular, de una democracia de referéndums o de un sistema de rotación de cargos por sorteo, es la posibilidad de la deliberación. Esta se basa en la confianza en poder alcanzar una voluntad común a través de la mutua persuasión. Sin embargo, tal deliberación no puede estar constreñida al órgano legislativo, que podría usar una retórica de bien común para buscar beneficios corporativos, ignorando a la opinión pública (Arato, 2006: 310).

La identificación del representado con el representante ayuda, sin duda, a generar confianza. Pero la confianza, necesaria para la legitimidad, es un arma de doble filo:

The normal condition of modern representative democracy is distrust rather than trust. Yet it is an empirical truism that charismatic and plebiscitary leaders of parties and governments are indeed trusted. What Carl Schmitt refers to as identity, but is better understood as identification, is indeed a process by which elected leaders overcome the feeling of distance between the representative regime and the represented (...) populist democracy almost always turns authoritarian because under modern conditions a part of the population does not readily identify. (Arato, 2006: 311)

Como señala Manin, el acto de elegir genera una distinción que aleja al representante del representado. Lo que Pitkin llama representación descriptiva, el “parecerse” el representante al representado, por ejemplo por ser mujer o pertenecer a un determinado grupo étnico, es una forma de acortar esa brecha. Sin embargo, la representación descriptiva es reacia a la rendición de cuentas. No se le puede exigir un determinado comportamiento público, desde el punto de vista de sus contenidos, a quien se encuentra en un cargo por ser quien es. La representación descriptiva no reemplaza a la representación de ideas e intereses, que sí puede ser sometida a rendición de cuentas (Pitkin, 1985). Un sistema político con rendición de cuentas, argumenta Arato, requiere una dimensión de democracia deliberativa.

In my conception, public sphere and civil society belong together: the former concept points to the partially institutionalized process of communication so important for democratic politics, the latter to the organizational substratum of groups, associations, and movements required for the generalization of the experience of communication, as well as for its political influence. (Arato, 2006: 316)

La esfera pública y la sociedad civil son mediadoras en la relación entre representantes y representados, reduciendo la brecha entre ellos. Esta mediación es bidireccional: por un lado, el público puede, a través de un juicio retrospectivo, castigar electoralmente al representante; no reelegirlo. Pero el representado también puede expresar su opinión y ejercer una influencia prospectiva sobre las acciones del representante. A través de la sociedad civil y la esfera pública, dice Arato, la democracia recupera algo de su perdido carácter participativo. Esto no significa, sin embargo, que la sociedad civil pueda reemplazar a la representación, porque sus órganos son sesgados y fuertemente inequitativos (piénsese en el poder de lobby de unas asociaciones contra otras):

As organs of representation, the associations and movements of civil society can refer to a far narrower world of citizens than representative assemblies can. Any attempt to exercise power on such bases would reverse the work of inclusion, without which no politics today can have the stamp of democratic legitimacy. The public sphere and civil society must complete and complement rather than replace the accountability of representation. (Arato, 2006: 317)

2. PRESIDENCIALISMO Y PARLAMENTARISMO²

El primer país en practicar la separación formal de los poderes ejecutivo y legislativo a través de un régimen presidencial fue Estados Unidos. La agenda legislativa, en ese modelo, es determinada por el Congreso y los comités parlamentarios ejercen una gran influencia sobre el ejecutivo. El Congreso puede desafiar al Presidente; sus legisladores ejercen el cargo por períodos largos y desarrollan una experticia política que les permite hacer de contrapeso a la presidencia. Una Corte independiente actúa

² Esta sección está basada en mi tesis doctoral *Presidents Unleashed: Emergency Powers and the Case of Chile*. New School University, 2012.

como árbitro en las relaciones entre estas dos ramas del gobierno que se eligen por votación popular. Al comparar el modelo estadounidense con algunos regímenes presidenciales latinoamericanos, se aprecia que el “presidencialismo viene en distintas variedades” (Mainwaring y Shugart, 1997: 3).

Los regímenes presidenciales típicamente dan al Presidente la facultad de vetar legislación, mecanismo que actúa como contrapeso del legislativo. Adicionalmente, los presidencialismos latinoamericanos suelen dar al Presidente otras atribuciones en el terreno legislativo. En los casos más extremos, estas incluyen el poder de emitir decretos-leyes que les sirven para controlar las políticas públicas aún sin tener mayoría en el Congreso. Hay que considerar, sí, que no basta con las facultades constitucionales; el poder de imponer su agenda dependerá también de la influencia que tenga el Presidente sobre el sistema de partidos (Mainwaring y Shugart, 1997: 13).

Una de las principales críticas al presidencialismo es que no garantiza, como el régimen parlamentario, apoyo legislativo al ejecutivo, debilitando la capacidad de llevar a cabo un programa político y generando un potencial conflicto entre ejecutivo y legislativo que puede conducir a la parálisis del sistema político. Dado que su supervivencia depende del electorado, y no del otro poder del Estado, en los sistemas presidenciales las ramas ejecutiva y legislativa tienen mayor independencia entre sí que en los regímenes parlamentarios. Esta independencia es problemática en sistemas multipartidistas fragmentados, donde presidentes electos con una minoría pueden entrar en conflicto con el Congreso (Linz y Valenzuela, 1994)³.

Otra diferencia importante entre presidencialismo y parlamentarismo es la que concierne a la disciplina partidaria. Como en los sistemas parlamentarios, el gobierno siempre depende del apoyo de la legislatura, tener partidos disciplinados es más importante para un buen desempeño que en sistemas presidenciales. En este sentido, Mainwaring y Shugart consideran que seguir las recomendaciones de Linz y Valenzuela de transitar del presidencialismo al parlamentarismo en América Latina podría crear

³ Este argumento ha sido matizado al señalar que si el Presidente tiene una mayoría parlamentaria sustantiva, el sistema puede incentivar la formación de coaliciones políticas mejor que el parlamentarismo, que es de carácter más “mayoritarista” (Mainwaring y Shugart, 1997: 37).

serios problemas de indisciplina partidaria, afectando la gobernabilidad y estabilidad política (Mainwaring y Shugart, 1997: 53).

Las atribuciones presidenciales en materia legislativa forman parte del diseño de frenos y contrapesos entre las dos ramas de elección popular. Las más importantes son el poder de veto, la facultad de emitir decretos, la iniciativa de ley y los requerimientos de urgencia legislativa. El grado de variación en estas atribuciones legislativas produce importantes diferencias entre los distintos sistemas presidenciales (Mainwaring y Shugart, 1997; Cheibub, 2007).

El poder de veto emana de la norma según la cual toda iniciativa debe ser firmada por el ejecutivo para convertirse en ley. El Presidente puede objetar un proyecto y negarse a firmarlo. Un veto presidencial usualmente significa que la legislación debe ser discutida de nuevo, y una supermayoría parlamentaria puede estar facultada para forzar su promulgación. El poder de veto es “reactivo”, en el sentido de que permite al Presidente mantener el *status quo*. El poder de decreto, por otro lado, es “proactivo” al permitir al Presidente crear un nuevo status quo al legislar en ciertos temas (Mainwaring y Shugart, 1997).

Decree power alone does not let presidents dominate the legislative process (...) but it lets them powerfully shape it and obtain legislative outcomes that congress on its own would not have passed. (Mainwaring y Shugart, 1997: 46)

Una tercera área de intervención legislativa del Presidente es la facultad exclusiva de iniciar la ley, usualmente limitada a ciertas áreas de política pública: presupuestos, políticas de defensa, reformas administrativas, políticas tributarias, etcétera. Mientras la Constitución de Estados Unidos establece que un proyecto de ley solo puede ser iniciado por el Congreso, en la mayor parte de las democracias latinoamericanas la facultad parlamentaria de iniciar legislación se reduce a ciertas áreas (Cheibub, 2007). Esta facultad, como el veto, es “reactiva”, porque permite a los Presidentes mantener el *status quo* al no introducir legislación en un área determinada. En ciertos casos, sin embargo, el Congreso no solo no puede proponer leyes sobre ciertos temas sino que tampoco puede introducir reformas a las propuestas del ejecutivo en ciertas materias. (Mainwaring y Shugart, 1997: 49)

Por último, muchos sistemas presidenciales permiten al ejecutivo declarar urgencias legislativas, requiriendo al Congreso votarlas en determinado

período. Esto da al Presidente un importante control sobre la agenda legislativa. (Cheibub, 2007)

El prominente rol del Presidente en el proceso legislativo distingue al presidencialismo latinoamericano del modelo estadounidense. Adicionalmente, una revisión histórica de las constituciones de la región muestra que las atribuciones legislativas del ejecutivo han tendido a aumentar en el tiempo, especialmente durante el siglo XX (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2011). Mientras en el modelo norteamericano, el ejecutivo tiene la facultad de vetar legislación, el poder de los Presidentes latinoamericanos para legislar por decreto, iniciar proyectos de ley y controlar la agenda a través de las urgencias se distancia del modelo original y otorga mayores facultades al Presidente sobre el Congreso. A esto se suman abultadas atribuciones presidenciales en materia de estados de excepción constitucional, que no existen en Estados Unidos.

3. TENDENCIAS RECIENTES DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

La oleada de cambio constitucional en América Latina desde fines de los 80 llevó a que muchos países redactaran nuevas constituciones y a que otros tantos vivieran procesos importantes de reforma. Una causa importante de este fenómeno fueron las transiciones a la democracia al término de lo que O'Donnell llamó “regímenes burocrático-autoritarios”. Sin embargo, esta no fue la única razón para el cambio constitucional, y las circunstancias en que se han dado estos procesos son muy variadas.

Nuevas cartas fundamentales surgieron en Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y se vivieron importantes procesos de reforma constitucional en Costa Rica, Chile, México y Venezuela. Los casos exhiben diferencias –por ejemplo, del signo político con que fueron realizados– pero también similitudes.

Gargarella señala que en todos ellos se observan importantes innovaciones con respecto a la tradición constitucional, referidas al menos a tres aspectos: primero, una tendencia hacia un “constitucionalismo social” que consagra derechos económicos, sociales y culturales; segundo, el reconocimiento de derechos de grupo, amparado en la crítica al liberalismo por parte del

multiculturalismo y las teorías de la interculturalidad; y tercero, una preocupación especial por la participación, que llevó a adoptar en muchos casos mecanismos de democracia directa, tales como la iniciativa popular de ley –que solo existía en Uruguay– o el control ciudadano sobre los representantes a través de revocatorias de mandato. Estos mecanismos obedecen a lógicas distintas de la representación política y están orientados a aumentar la influencia ciudadana sobre el gobierno, permitiendo la decisión directa sobre políticas públicas (Gargarella, 2011).

Se genera así un entramado que convive con el sistema representativo y cuyos efectos apuntan en distintas direcciones. Desde una mirada positiva, es posible que actúen como una válvula de escape a la crisis de legitimidad de los sistemas políticos, siempre que se usen como complemento del sistema representativo; quienes rechazan los mecanismos de democracia directa, por otro lado, apuntan al efecto de horadar el *accountability* horizontal en nombre del apoyo popular, y la afinidad de los mecanismos plebiscitarios con la manipulación del electorado y sus consecuentes efectos autoritarios.

Vale tener en cuenta que otro aspecto común de estos procesos son las motivaciones de corto plazo que impulsaron en muchos casos el cambio constitucional, especialmente las referidas a la reelección presidencial (Gargarella, 2011; Negretto, 2009).

El cambio constitucional de las últimas décadas se enmarca en el contexto histórico de una profunda desigualdad en América Latina. Esta desigualdad ha sido históricamente amparada por el Derecho y el constitucionalismo local (Gargarella, 2010). La herencia de desigualdad dio origen a un sistema institucional de élites poco permeables, gracias en parte a los pactos liberal-conservadores que caracterizaron el constitucionalismo del siglo XIX. Como señala Gargarella en su recuento histórico de esta construcción institucional, la primera mitad del siglo XIX estuvo marcada por una sangrienta pugna entre liberales y conservadores mientras que en la segunda mitad surgen grupos más democráticos los que, bajo la influencia de las revoluciones europeas de 1848, impulsan una alianza de los antiguos enemigos en oposición a las nuevas fuerzas sociales.

Liberales y conservadores tenían como principales puntos de divergencia el rol público de la religión y su mirada sobre la concentración del poder. En torno al segundo punto, Gargarella destaca que la agenda liberal del siglo XIX estuvo fuertemente marcada por el intento de desconcentrar el poder a través de la defensa del federalismo y una orientación anti-presidencialista,

en contra de los conservadores. Ambos grupos convergían, sin embargo, en la defensa de la propiedad privada ante la inminente política de masas (Gargarella, 2010).

Las constituciones de la democracia oligárquica dificultaban así la participación de las mayorías y se proponían establecer la “soberanía de la razón”, no del pueblo, que era caracterizado como una masa dominada por la pasión. El consenso de las élites era que las clases ilustradas eran las llamadas a gobernar. Esta noción determinó el posterior esquema jurídico a través de un constitucionalismo de difícil reforma y con una estructura reacia a incorporar derechos sociales. La idea de la “imparcialidad” de la razón se encontraría detrás de la preferencia por centrar el poder en un grupo pequeño ilustrado, origen del control judicial de constitucionalidad cuya legitimidad democrática es menor que en otros esquemas, como la idea deliberativa de Jürgen Habermas de centrar la decisión en la discusión colectiva entre todos los afectados. Esta concepción elitista se vincula, según Gargarella, con el hiperpresidencialismo que ha caracterizado a la región y con una tendencia al centralismo (Gargarella, 2010, 2011).

¿En qué medida ha sido esta herencia cuestionada por los esfuerzos recientes de cambio constitucional?

El esfuerzo reformista de las últimas décadas coincide, en términos generales, con el llamado “giro a la izquierda” (Castañeda, 2006) y se inscribe en la mayoría de los casos en una tradición radical-republicana. Esta vertiente busca incrementar el poder del pueblo en la toma de decisiones y se caracteriza por una preocupación por la igualdad y por los grupos desaventajados de la sociedad. El resultado ha sido una tendencia a ampliar el listado de derechos económicos, sociales y culturales, tomando como antecedente la Constitución de México de 1917 (Gargarella, 2010, 2011). La expansión de derechos ha llevado consigo una ampliación del rol de los jueces, paradójicamente restando poder político a la ciudadanía por efecto de la llamada “judicialización” de la política.

Al analizar el constitucionalismo latinoamericano reciente, Gargarella y Negretto coinciden en identificar una ampliación de derechos que no lleva, sin embargo, a la desconcentración del poder y a mecanismos efectivos de contrapeso del poder ejecutivo. El anti-presidencialismo y federalismo del pensamiento radical del siglo XIX, señala Gargarella, se pierden en la agenda de la izquierda del siglo XX; la lucha contra el centralismo y la concentración del poder pierden preponderancia (Gargarella, 2011).

Negretto considera que las reformas constitucionales de las últimas décadas en América Latina presentan paradojas y contradicciones:

Desde el punto de vista de su contenido, muchos cambios buscan fortalecer la ciudadanía y promover el ejercicio compartido y consensual del poder. Tal es el caso de la expansión de los derechos individuales y colectivos, la adopción de reglas electorales pluralistas, y el intento de atenuar los poderes de gobierno de los presidentes. Al mismo tiempo, sin embargo, existen cambios que buscan centralizar el poder, como es el aumento de los poderes legislativos de los presidentes y las normas que facilitan la reelección presidencial. Por último, hay reformas orientadas a disminuir el poder de las dirigencias partidarias, como la personalización del voto, cuyo efecto sobre la calidad de la representación democrática es incierto. (Negretto, 2009: 39)

Las condiciones que llevan al cambio constitucional se relacionan con la dirección del mismo. Así, Negretto señala que las constituciones de transición a la democracia suelen incluir declaraciones de derechos y garantías que se encontraban denegadas o limitadas durante el período autoritario, mientras que aquellas generadas en contextos de crisis buscan superar deficiencias institucionales.

En lo que se refiere a derechos y garantías, reglas electorales y distribución de poderes entre las ramas de gobierno, el autor observa cinco tendencias generales del cambio constitucional en la región: fortalecimiento de los derechos ciudadanos, adopción de reglas electorales incluyentes, personalización del voto, atenuación del poder presidencial y expansión del poder presidencial. Como señala el título de su artículo, se trata de cambios contradictorios entre sí. Nos detendremos un momento en cada uno de ellos.

Primero, el fortalecimiento de los derechos ciudadanos se refiere a una ampliación de las garantías individuales, muchas veces como reacción a su violación durante los períodos autoritarios previos. Al mismo tiempo, hay una tendencia a incorporar derechos sociales.

Con pocas excepciones, las nuevas constituciones y reformas han mantenido o aumentado el reconocimiento de derechos sociales. Se puede observar también en las nuevas constituciones de varios países, como Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, y Venezuela, derechos de tipo comunitario, como son los derechos políticos, territoriales y culturales de las comunidades indígenas.

A raíz de la crisis de representación discutida más arriba, Negretto observa una tendencia a fortalecer la democracia participativa por medio de mecanismos como la iniciativa legislativa, referéndum y revocatoria de mandato. Su impacto, señala, es más ambiguo que el del fortalecimiento de derechos y garantías individuales. Si bien pueden usarse en disputas entre poderes o como mecanismos de movilización popular plebiscitaria en apoyo al gobierno, estos también pueden serles desfavorables, limitando su capacidad de acción.

Segundo, las reformas apuntan, en general, a fomentar la competencia electoral multipartidista a través de reglas más proporcionales e inclusivas. Esto mejora las opciones de los partidos pequeños. Al mismo tiempo, genera una mayor fragmentación que los críticos del presidencialismo consideran perjudicial para la gobernabilidad. Negretto cuestiona este argumento, señalando que “en sociedades plurales, como son la mayor parte de las que existen en América Latina, un sistema multipartidista permite tomar decisiones políticas más representativas y generar por tanto mayor apoyo entre la población” (Negretto, 2009: 45).

Tercero, y también vinculado a la distancia entre representantes y representados, las reformas han tendido a debilitar el papel de los partidos y fortalecer el de los ciudadanos en la selección de candidatos a cargos de representación. Así, listas abiertas o flexibles han reemplazado en muchos casos el sistema de listas cerradas. El impacto de estas reformas es incierto: si bien podrían mejorar la rendición de cuentas de los representantes, en un contexto de desigualdad y partidos poco programáticos, podrían también aumentar una cooptación clientelista del voto por parte de los candidatos. En este sentido, la personalización del voto podría agravar la crisis de representación al debilitar a los partidos (Negretto, 2009: 46).

Cuarto, producto de las críticas mencionadas más arriba a los efectos que produce el régimen presidencial –por el potencial conflicto entre ejecutivo y legislativo y el rechazo al excesivo poder presidencial–, las reformas han buscado fortalecer el Congreso, la justicia, las agencias independientes de control y el poder local. Si bien las propuestas de crear la figura de un jefe de gobierno o primer ministro no prosperaron, en varios casos se incorporaron instituciones híbridas que, dentro del régimen presidencial, fortalecieron

el control del Congreso sobre los ministros⁴. También hubo una tendencia a reducir la discrecionalidad presidencial en materia de nombramientos de autoridades locales –ahora electas–, jueces, organismos de control o Bancos Centrales. Para Negretto, estos intentos de moderar el poder de los presidentes constituye “un paso a favor de procesos de decisión más acordes a los principios de un régimen democrático pluralista” (Negretto, 2009: 48).

Sin embargo, el mismo autor observa una quinta tendencia del constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas a expandir el poder presidencial en materia legislativa. Ello, especialmente a través del manejo del presupuesto, el control de las urgencias, la capacidad de aprobar leyes por sí solo si el Congreso no las despacha en un determinado plazo, o la facultad de legislar por decretos con fuerza de ley en caso de urgencia.

Si bien esta situación contradice la tendencia citada antes a moderar las facultades presidenciales, Negretto la atribuye a condiciones estructurales que se han mantenido en el tiempo: la debilidad institucional de los congresos, la falta de incentivos de los legisladores para proveer políticas públicas y la recurrencia de crisis económicas en contextos de fragmentación y debilidad partidaria. El efecto, señala, es negativo para la democracia:

(...) la concentración de poder legislativo en manos de los presidentes degrada el proceso de deliberación democrática, que debe ser pública e involucrar la mayor cantidad de intereses posibles. Asimismo, también genera corrupción al facilitar la influencia de intereses económicos poderosos en la toma de decisiones. (Negretto, 2009: 50)

CONCLUSIONES

Una mirada general al cambio constitucional en América Latina desde la década de los 80 apunta a una tendencia contradictoria a ampliar derechos sociales, económicos y culturales al tiempo que se fortalece la capacidad legislativa del Presidente, perjudicando la limitación del poder y los *checks and balances*. A pesar de décadas de discurso anti-presidencialista, reformas llevadas a cabo por gobiernos bajo el impulso del “giro a la izquierda” en la región, no han fortalecido los contrapesos institucionales, ni generado

⁴ Es el caso de la reforma constitucional del 2005 en Chile, que dio al Congreso la facultad de interpelar a los ministros. La Constitución de Colombia de 1991 y la de Argentina de 1994 otorgaron al Congreso la facultad de destituir ministros del gabinete.

condiciones para una efectiva autonomía de la sociedad civil que pudiera ayudar a subsanar el cuestionamiento a la legitimidad democrática causado por la brecha entre representantes y representados.

La incorporación de mecanismos de democracia directa, en un esfuerzo por acortar la brecha entre instituciones y ciudadanía, ha mostrado ser un arma de doble filo en el sentido de que, si bien puede que algunas veces contribuyan a expandir la autonomía ciudadana, en otras ocasiones aumentan la discrecionalidad del ejecutivo.

La tendencia surgida en el siglo XX a aumentar las facultades legislativas del Presidente no se ha revertido en este ciclo de cambio constitucional. El hiperpresidencialismo latinoamericano parece lejos de ir en retirada y, en cambio, los esfuerzos por superar la brecha de la representación han contribuido, en ocasiones, a debilitar el *accountability* horizontal y el papel de una sociedad civil y una esfera pública autónomas en la deliberación democrática. En suma, se ha avanzado en ampliar derechos, pero sin afectar la concentración del poder.

BIBLIOGRAFÍA

- Arato, Andrew (2006). “Accountability and Civil Society”, en Peruzzotti y Smulovitz (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, pp. 307-322.
- Castañeda, Jorge (2006). “Latin America’s Left Turn”, *Foreign Affairs*, N° 85-3, pp. 28-43.
- Cheibub, José Antonio (2007). *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, New York, Cambridge University Press.
- Cheibub, José Antonio; Zachary Elkins & Tom Ginsburg (2011). *Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective*, University of Chicago Public, Law & Legal Theory Working Paper, N° 361.
- Dahl, Robert (1993). *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós.
- Gargarella, Roberto (2010). *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776–1860*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gargarella, Roberto (2011). “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (comp.), *El Derecho en*

América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, México, FCE, pp. 87-108.

Gargarella, Roberto (2013). *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*, Oxford, Oxford University Press.

Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1994). *The Failure of Presidential Democracy*, vol. I, Baltimore & London, The Johns Hopkins University Press.

Mainwaring, Scott y Matthew S. Shugart (eds.) (1997). *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge University Press.

Manin, Bernard (1998). *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza.

McCormick, John P. (1993). "Addressing the Political Exception: Machiavelli's 'Accidents' and the Mixed Regime", *The American Political Science Review*, vol. 87, N° 4, pp. 888-900.

Negretto, Gabriel (2009). "Paradojas de la Reforma Constitucional en América Latina", *Journal of Democracy en español*, 1 (1), pp. 38-54.

Pitkin, Hanna (1985). *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UN CONTEXTO DE LÍMITES PARA EL ESTADO

SOME THOUGHTS ON THE PRINCIPLE OF DIVISION OF POWERS FACING THE CONVENTIONALITY CONTROL IN A CONTEXT OF LIMITS FOR THE STATE

ANDREA LUCAS GARÍN¹

Resumen: El presente trabajo pretende contribuir a la discusión del principio de división de poderes vigente en los Estados en orden a revisar el modo en que se enfrenta al control de convencionalidad; se incorpora una aproximación al principio; a continuación se aborda brevemente el control de convencionalidad, para incluir algunos aportes que el moderno Derecho Internacional realiza con menciones específicas a las interrelaciones entre Derecho Internacional y Derecho Nacional; se incluyen algunos ejemplos de la realidad chilena y conclusiones de cierre.

Abstract: This paper aims to contribute to the discussion of principle of division of powers in force in the States in order to review the way it confronts with the conventionality control; an approach to the principle is incorporated, then briefly it addressed the conventionality control, to include some contributions that modern International Law makes specific to the interrelations between International Law and National Law, examples of the chilean reality and closing remarks are included.

Palabras clave: Principio de división de poderes. Control de convencionalidad. Derecho Nacional. Derecho Internacional.

Key words: Principle of Division of Powers. Conventionality control. National Law. International Law.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Máster en Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Especialista en Derecho Público y abogada de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora de la Universidad Finis Terrae. E-mail: andrealucasg@hotmail.com

1. PALABRAS INTRODUCTORIAS

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una vuelta de tuerca al Derecho Internacional, el cual profundiza en la protección de los Derechos, que desde el Constitucionalismo Clásico fueron dejados en manos del Estado, para interesarse, desarrollarse e incluso limitar los poderes del Estado en torno a la protección del hombre.

Las razones son muchas: destacamos los horrores de dos Guerras Mundiales donde quedó claro que el Estado, en solitario o en cooperación con otros, podía violar masivamente Derechos Fundamentales². Esto devino en el crecimiento de la conciencia internacional en materia de Derechos Humanos que tuvo (y tiene hasta ahora) directas connotaciones en el Derecho Interno.

Al cabo, el paradigma de limitar el poder del Estado mediante la división de poderes para asegurar los Derechos de las personas, sigue tan vigente como cuando nació el Estado de Derecho, con la diferencia de que ahora es el Derecho Internacional quien toma la iniciativa, afectando al Derecho Interno, porque las experiencias de la primera mitad del siglo pasado enseñaron que el Constitucionalismo, en sus versiones Clásicas y Sociales, no fue suficiente para asegurar los Derechos.

Así, la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Derechos Nacionales es indubitable. Las Constituciones de nuestra región se han visto remozadas en el catálogo de Derechos, en un proceso que se inició a fines de la década del setenta y que llega hasta el año 2009 con Bolivia. En el caso de Chile, se sumó a este proceso de Constitucionalización de los Derechos Humanos mediante la Reforma del año 1980, de manera temprana; a partir de allí podemos decir que mucha agua bajo el puente ha escurrido, y el Derecho Chileno ha vivido un proceso de apertura a los Derechos Humanos que de manera concatenada conectaba a Chile con el desarrollo del Derecho Internacional, pero que no ha sido el único ámbito de apertura.

Junto con este proceso, la realidad latinoamericana de estos últimos años da cuenta de una mantenida aplicación por los tribunales nacionales

² Se ha indicado que esto se ha debido a que en el siglo XX las guerras pasaron de estar concentradas en luchas entre ejércitos enemigos, para focalizarse en acciones militares contra la población civil.

(a todo nivel y de manera progresiva) de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el efecto de ampliar la protección del individuo en el orden nacional.

No obstante, debe reconocerse que el Sistema Interamericano plantea múltiples desafíos para los Estados Partes, en especial el control de convencionalidad, como un instituto aún muy novedoso tanto para la propia Corte como para los Estados. El control de convencionalidad es un desafío que enfrenta al Derecho Internacional con el Derecho Nacional, en un contexto muy especial, en que son los Derechos Humanos valores universales que el Estado debe respetar³.

Estas reflexiones pretenden contribuir a la discusión del principio de separación de poderes vigente en los Estados en orden a revisar cómo se enfrenta al control de convencionalidad; la agenda incluirá una aproximación al principio, luego se verá raudamente el control de convencionalidad, para incluir algunos aportes que el Derecho Internacional realiza con menciones específicas a las interrelaciones entre Derecho Internacional y Derecho Nacional, se sumarán algunos ejemplos de la realidad chilena y conclusiones de cierre.

2. A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

La doctrina pura de la separación de poderes, desde su formulación original para asegurar el establecimiento y mantención de la libertad política, indica que el gobierno debe dividirse en tres ramas o departamentos: la legislativa, el ejecutivo y el judicial; que corresponde una función a cada rama y ninguna puede ejercer la función del otro; y las personas que componen estas tres agencias del gobierno deben mantenerse separadas y distantes⁴. Desde allí una perspectiva superadora alienta un adecuado balance de los

³ En palabras del prof. Wolfrum: “Esta ampliación, y al mismo tiempo profundización, del corpus del Derecho Internacional ha modificado a la comunidad jurídica internacional. El vínculo de unión está en el corpus del Derecho Internacional, en sus valores subyacentes, tales como los derechos humanos, y la aceptación de que la gestión de los comunes espacios y persistencia de los intereses de la humanidad, los que requieren acciones comunes” (la traducción nos pertenece). Wolfrum (2006), punto 38.

⁴ Este concepto de separación de poderes es expuesto por Vile (1967), p. 13. La traducción nos pertenece.

límites y contrapesos ordenados por la Constitución, lo que resulta un alto objetivo dada la dinámica constitucional muy fluida y variable.

Pensamos que del principio de división de poderes debe destacarse su esencia, esto es, la de impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad de los ciudadanos; la de herramienta para la realización de la libertad, con una visión de los poderes que se integran y complementan para el cumplimiento de las funciones encargadas por la Constitución. Así, estamos a favor de superar la concepción de una separación absoluta de poderes, con la excepción de la actividad jurisdiccional (sobre esto volveremos).

Por esto, destaca del principio de división de poderes la dimensión empírica, que en cada época ha tenido sus peculiaridades y versiones⁵. Tanto su contenido formal como sustancial lo convierte en un principio inderogable de las leyes fundamentales, quizás justamente por su capacidad para *aggiornarse* sin perder su esencia. El principio se adapta a todos los pueblos y culturas y tiene consecuencias en la forma en que el Estado se relaciona con los ciudadanos.

Hemos abordado en el pasado⁶ estos cambios del principio en la arquitectura constitucional chilena, donde destacábamos la posición importante que el Tribunal Constitucional ha ido adquiriendo desde la reforma del año 2005; autores como Cea Egaña sostienen que “... el Tribunal (Constitucional) es ahora el “resorte maestro de la máquina” para infundir realidad a los valores, principios y normas que contemplan la “separación de poderes” con frenos y contrapesos, a fin de servir a la persona en democracia y mediante el derecho”⁷.

Conforme a la estructura constitucional actual, advertimos que el Tribunal Constitucional está llamado a cuidar la esencia del principio de separación de poderes y, por cierto, a ser el guardián de la Constitución y de los

⁵ Hacemos presente que Martin Belov sostiene que la separación de poderes tiene una dimensión teórica (descriptiva y prescriptiva), una dimensión empírica y una dimensión normativa. En su artículo expone sobre cada una de ellas. Belov (2014), pp. 50-51.

⁶ En el Seminario de Profesoras del año 2012, que dio lugar a la publicación “Manifestaciones del principio de división de poderes en la arquitectura constitucional chilena, con especial mención al Tribunal Constitucional” en el libro *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado* de las profesoras Miriam L. Henríquez Viñas y María Pía Silva Gallinato.

⁷ Cea Egaña (2007), p. 161.

Derechos Fundamentales. Quizás sea el primero en enfrentar los desafíos que el control de convencionalidad genera. De hecho, se encuentran algunos estudios especializados sobre control de convencionalidad y Tribunal Constitucional de Chile que recomendamos⁸.

3. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Entre los diferentes temas que el Derecho Constitucional Latinoamericano está abordando, el control de convencionalidad se erige como una institución novedosa que genera que la doctrina se divida entre quienes están a favor y quienes son sus detractores.

El control de convencionalidad es definido como el examen de compatibilidad de las normas nacionales con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que deben ejercer todos los jueces y que en el ámbito de Sistema Interamericano, incluye el examen de compatibilidad tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos (más sus protocolos adicionales) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo que ella es el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los DDHH que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José⁹.

Este examen de control debiera involucrar al Congreso, al Poder Ejecutivo y autoridades estatales, dado que su conducta podría afectar Derechos Fundamentales y comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Algunos apuestan a su viabilidad, como Bazán, que destaca “La aplicación oficiosa del control de convencionalidad, que simboliza una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional, puede inter alia explicarse –empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno

⁸ Aquí se destacan los estudios de Constanza Núñez Donald, de Liliana Galdámez Zelada y de Miriam Henríquez (este último en proceso de publicación).

⁹ Seguimos a Eduardo Ferrer Mac Gregor que va por más y explica: “En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes”. El Juez de la Corte Interamericana de DDHH indica que este es un nuevo paradigma. Ferrer Mac Gregor (2011), p. 560.

aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”¹⁰.

La actualización de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial reafirma la obligación de preservar el Principio de Supremacía Constitucional, que se relaciona con el Principio *Iura Novit Curia*, según el cual ‘el juez conoce el derecho’, debiendo aplicarlo y resolver conforme al mismo. Hoy en nuestro continente conocer el Derecho exige para los jueces nacionales conocer el Sistema Interamericano de Derechos con todos sus alcances.

Otra de las complicaciones que puede generar el control de convencionalidad se presenta sobre la distribución material de competencias entre los diversos Poderes del Estado. El llamado que hace el control de convencionalidad a todos los órganos del Estado a efectuar este control, y no de manera privilegiada y preferente al Poder Judicial, pareciera que podría afectar justamente la exclusividad propia de la función jurisdiccional que, aún en sus nuevas presentaciones, conserva el propio principio¹¹.

Ante esto tenemos dos impresiones. La primera tiene que ver con los límites en los cuales el control de convencionalidad se aplicará aún ‘en construcción’ en el ámbito interamericano, que debe evaluar varias

¹⁰ Bazan (2011), p. 80.

¹¹ Sin perjuicio de que no hemos incorporado al presente trabajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH donde se origina el Control de Convencionalidad, en un caso específico habló del tema de las competencias “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre del 2006, párrafo 128). En un caso posterior, del 2011 ya la Corte dijo que el Control de Convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública. (Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero del 2011, párrafo 239). Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015) p. 6 y 21.

temáticas relacionadas, como la fijación de los alcances de la actividad jurisdiccional de la Corte, órganos a cargo en el ámbito interno, etcétera. La segunda impresión tiene que ver con una tendencia de los Estados de consentir en el ámbito internacional cesiones de competencias que antes descansaban de manera exclusiva en manos de poderes tradicionales del Estado. Podríamos preguntarnos por qué sucede esto: del Derecho Internacional más adelante nos llegarán algunas respuestas.

Incluso, hay autores como Marcelo Neves que sostienen que “... la conquista de derechos en el ámbito del transconstitucionalismo dimana de relaciones altamente conflictivas entre corte de órdenes jurídicas diversas”. Y acota que “... los problemas transconstitucionales emergen y son enfrentados fuera de las instancias jurídicas de naturaleza judicial, desarrollándose en el plano jurídico de la administración, del gobierno y del poder legislativo, así como en el ámbito de los organismos internacionales y supranacionales no judiciales, de los actores privados transnacionales e, inclusive, especialmente en América Latina, en el dominio normativo de las comunidades ‘tribales’”¹². Esta mirada pareciera que incorpora las transformaciones de la sociedad global y, de la mano del transconstitucionalismo, asegura que, ante un caso de Derechos Humanos, los diversos órdenes jurídicos se entrelazan en la búsqueda de la solución, que incluso implica la búsqueda de formas transversales de articulación para solucionar el problema¹³.

Pensamos que el control de convencionalidad, en definitiva, obliga a los órganos estatales a armonizar la norma nacional con la convencional, a compatibilizar, a integrar los Derechos Fundamentales, a realizar una interpretación conforme de la norma nacional con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta tarea será más fácil en algunos países que otros, eso no lo dudamos¹⁴.

De este modo, la profundización del respeto sustancial de los Derechos Humanos y la colaboración externa que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos significa para el Derecho Nacional, en este caso, el

¹² Neves (2015), p. 86.

¹³ Neves (2015), pp. 116-117.

¹⁴ Los alcances de la interpretación conforme generan discusión en otros contextos también; prueba de ello es el trabajo de Alejandro Saiz Arnaiz, dedicado al impacto que el mandato de interpretación internacionalmente conforme de los Derechos Fundamentales ha tenido en el ordenamiento español. Saiz Arnaiz (2015), pp. 279 y ss.

chileno, se vería reforzada con una postura más amplia respecto al control de convencionalidad. A esta altura seguir negando el impacto que el Derecho Internacional tiene para el Derecho Nacional resulta difícil de sostener.

Este tópico, que se inscribe dentro de la relación entre la sociedad nacional y el orden internacional, merece ser abordado de un modo cuidadoso, dado que puede existir la tentación de lograr, por el orden internacional, objetivos que la sociedad nacional no está dispuesta a autorizar en su estructura democrática. Desde el Derecho Internacional, algunas posturas plantean los peligros de la falta de legitimidad y del insalvable déficit democrático del Derecho Internacional¹⁵.

En el caso de Chile, con un Estado tan abierto al Derecho Internacional en muchos aspectos, por ejemplo, en su política comercial¹⁶ y al comercio internacional, esta interrelación requiere una mayor reflexión.

Desde una visión sustancial, si volvemos a la separación de poderes¹⁷, su objetivo final es evitar la concentración de poder en una sola mano, con el fin de lograr el respeto material a los Derechos y libertades de los ciudadanos; si el control de convencionalidad lo que asegura es el respeto de los Derechos Fundamentales, pareciera que no habría peligros ni conflictos.

¹⁵ Recomendamos el buen artículo que aborda estos temores de Ximena Fuentes Torrijos (2007).

¹⁶ Chile es uno de los países con más acuerdos comerciales en el mundo según la OMC. *El Mercurio*, Economía y Negocios B9, lunes 11 de noviembre del 2013. <http://impresa.elmercurio.com/Pages/PrintPage.aspx?PAgeID=9&PrintParam=%27http://images.elmercurio.com/MerServerContents/NewsPaperPages/2013/nov/11/MERSTEB009BB1111.800.swf%27> (consultado 13/10/2016).

¹⁷ Uno de los pocos trabajos que ubicamos con esta interrelación es el de Manuel Fernando Quinche Ramírez, que sostiene textualmente "... en las condiciones actuales del constitucionalismo y del presidencialismo de los países andinos, el control de convencionalidad es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, en la medida en que vincula directamente al juez común y a las otras instituciones estatales, en la tarea del control del poder, desde la Constitución y las leyes de los distintos Estados, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante el DIDH), y más precisamente, desde el derecho convencional, el derecho contenido en las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas por los Estados andinos, que cuentan con un órgano judicial de vigilancia, control y adjudicación de responsabilidad". Quinche Ramírez (2013), pp. 168-169.

4. APORTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional del siglo XXI tiene algunas características propias del cual derivan consecuencias en los temas que tratamos. Por un lado, el Derecho Internacional está acostumbrado a las transformaciones rápidas y a nuevas manifestaciones; por otro lado, se viene ocupando como nunca antes del individuo. Para ocuparse del individuo, el Derecho Internacional proclama a la Democracia y al Estado de Derecho como el caldo de cultivo en que es posible la realización de los Derechos Humanos, como sostiene Mangas Martín^{18 19}.

En las últimas décadas es apreciable un frenesí del Derecho Internacional en términos de desarrollo normativo y crecimiento de temas de los que se encarga; su foco de atención pasó de lo que ocurría fronteras afuera de los Estados a ocuparse cada vez de lo que ocurre en sus fronteras adentro. De un Derecho Internacional regulador de las relaciones entre los Estados, a un Derecho cuyo foco son las actividades dentro de los Estados. Un ejemplo claro resulta la existencia del Derecho Internacional Ambiental, que cada vez más intenta regular lo que ocurre dentro de las fronteras estatales.

Los mayores riesgos para la comunidad internacional en forma de amenazas a la paz pasan por la falta de Democracia y el Estado de Derecho en el interior de los Estados, no en las agresiones armadas entre los Estados. De allí que de los conflictos armados internos y el fracaso del Estado se ocupe el Derecho Internacional²⁰.

Sobre los principios que conforman al Estado de Derecho, el Derecho Internacional dice que: “... estos serían igualdad ante la ley, legalidad, seguridad jurídica, separación de poderes y poder judicial independiente. O dicho de otra forma, que las actuaciones de las autoridades públicas sean previsibles, seguras y controlables”²¹. Es decir, el principio de división

¹⁸ Cfr. Mangas Martín (2014), p. 32.

¹⁹ En similar sentido Von Bogdandy, que al hablar del *ius commune* latinoamericano explica que “El nuevo derecho público promovido por el *ius commune* latinoamericano se inspira en tres principios fundamentales: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia”. Continúa diciendo que “... el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal y ello constituye una diferencia respecto de otras concepciones progresistas más antiguas centradas en el Estado”. Von Bogdandy, pp. 7 y ss.

²⁰ Seguimos a Mangas Martín (2014), pp. 123-124.

²¹ *Ibidem*, p. 158.

de poderes está presente en la auto-organización que la comunidad internacional espera del Estado.

Surge la pregunta de por qué al Derecho Internacional le interesan estos temas. Por algunas constataciones, a saber: donde se respetan los Derechos Humanos no hay conflictos armados internos; posiblemente, esos Estados tampoco cometerán agresiones a otros Estados. El juego del Derecho Internacional consiste en basarse en la presencia de los Estados no en reemplazarlos y sí en apuntalarlos. El Estado sigue siendo el sujeto esencial para la comunidad internacional.

El avance en los asuntos internos que se observa, es parte del encauzamiento que el Derecho Internacional está teniendo en torno al Estado como sujeto principal de este Derecho y sobre el cual la comunidad internacional tiene altas expectativas. El actuar del Estado está bajo la lupa; pensemos en los progresos del Derecho Internacional de las Inversiones en los últimos años que, en torno a la protección de las inversiones, los tribunales arbitrales han desarrollado de manera fructífera estándares internacionales de protección con efectos directos en los Estados²².

Recién mencionamos que el Derecho Internacional se viene ocupando del individuo como nunca. Quizás la mejor demostración de esto no lo constituyen solamente los múltiples Tratados de Derechos Humanos (que ya son parte incluso de las Constituciones como mencionamos arriba), sino la posibilidad de contar con mecanismos internacionales de control de la actividad estadual para la protección del individuo^{23 24}.

²² Se observa que los Estados están prontos a incorporar los estándares internacionales, profundizados por la jurisprudencia arbitral, en los Acuerdos Bilaterales de Inversiones nuevos (BITs en sus siglas en inglés) que suscriben y en los capítulos de inversiones parte de los Acuerdos Comerciales Regionales que negocian también.

²³ Algunos autores insisten en que "... la verdadera protección en el derecho internacional yace en facilitar el acceso directo por parte del individuo a cortes imparciales, eliminando todas las restricciones posibles, ya sea que tengan su origen en los límites impuestos por la soberanía o por organizaciones internacionales. Los derechos humanos solo pueden concebirse en una dimensión de universalidad". Orrego Vicuña (2009), p. 137.

²⁴ Los mecanismos internacionales tradicionalmente eran foros de los Estados. Hoy los individuos tienen el acceso asegurado a mecanismos de protección de DDHH. Los alcances de ese acceso varían de sistema en sistema, desde la presentación de una petición o denuncia (previo agotar las vías internas o no) a la representación que asumen instituciones determinadas (como la Comisión Interamericana de DDHH ante la propia Corte); lo mismo las soluciones que los propios mecanismos prevén para los individuos.

Destacamos que estos mecanismos de control tienen alcances tanto a nivel procedimental como sustancial. Y aquí ubicamos al control de convencionalidad. Si se quiere, el control de convencionalidad es una suerte de ‘acción preventiva’ del Derecho Internacional para colaborar en el cumplimiento del Derecho Internacional en un ámbito muy específico, los Derechos Humanos.

Es innegable el valor del Derecho Internacional en la protección de las personas. No hay que olvidar aquí la colaboración de los Estados en su conformación²⁵. El respeto de los Derechos Humanos sirve de estándar de legitimación para el Estado²⁶; agregaríamos también que es un estándar de legitimación para los propios Poderes del Estado, que ya en esto no solo están sometidos al escrutinio de la comunidad nacional sino también a la vigilancia de la comunidad internacional.

5. INTERRELACIONANDO EL DERECHO INTERNACIONAL CON EL DERECHO NACIONAL

Los Estados gozan de un amplio margen de apreciación y discrecionalidad frente a los sistemas de protección de los Derechos Humanos, lo que adquiere características particulares en cada uno de ellos²⁷. Este margen se presenta de variadas maneras, desde la incorporación de los Derechos Humanos, la implementación de los estándares internacionales, las políticas públicas que los contemplan, la institucionalidad a cargo de ellos, así como en la ejecución de las sentencias y reparaciones que la propia Corte Interamericana ha dictado contra los Estados²⁸.

²⁵ Es relevante el consentimiento de los Estados en la formación del Derecho Internacional, que va desde las negociaciones, autorización, incluida la aprobación consiguiente por las instituciones nacionales competentes (generalmente el Congreso), lo que se relaciona también con la legitimidad, que alcanza tanto a los compromisos a corto y largo plazo.

²⁶ Mangas Martín (2014), p. 40.

²⁷ Para un análisis más intenso del tema, recomendamos a Benavides Casals (2009).

²⁸ Sobre esto se ha observado la “... inexistencia de un mecanismo jurídico uniforme para que todos los estados parte acaten las decisiones de sus tribunales supranacionales de derechos humanos. Considerando que el problema de la eficacia de los fallos condenatorios proferidos por tribunales internacionales en materia de derechos humanos no se reduce de ninguna manera a simples estadísticas o cifras indicadoras del acatamiento que ha prestado el Estado condenado a la sentencia, parece fundamental considerar la naturaleza de la condena impuesta como un factor decisivo de su cumplimiento”. Londoño Lazaro (2005), p. 111.

De cara a los Estados Nacionales, la manera en que el Derecho Internacional es asumido depende de lo que decidan los respectivos sistemas jurídicos nacionales, atento a la inexistencia de una norma internacional general que imponga a los Estados incorporar de una modalidad determinada al Derecho Internacional²⁹. El incremento de las obligaciones sustantivas que se derivan del Derecho Internacional puede requerir modificaciones de la legislación nacional en cuanto a su prescripción y aplicación. Es decir, el Derecho Internacional descansa en el Derecho Nacional.

Advertimos que aun un Estado como el chileno, que se presenta a sí mismo como ‘respetuoso del Derecho Internacional’³⁰, no está exento de dificultades para interactuar puertas adentro.

En definitiva, la aplicación del Derecho Internacional depende del Derecho Nacional, no solo en lo que decida la propia Constitución (recuérdese el Artículo 5)³¹ sino también en lo que vaya evolucionando la interpretación de los operadores, quienes definen en mucho la incorporación real del Derecho Internacional. En igual sentido, dependerá también de la práctica con la que el principio de división de poderes se aplica en ese Estado, sujeta al dinamismo sobre el que hemos expuesto en otras oportunidades.

Surge una pregunta a esta altura de las reflexiones: ¿podría ocurrir que estemos frente a un Estado ‘abierto’ solo en su concepción comercial y un Estado ‘semi-abierto’ frente al contexto de los Derechos Humanos? Cuando estamos en la vereda del Derecho Internacional, no es indiferente la

²⁹ En el Artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados se expresa sobre el Derecho Interno y la observancia de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

³⁰ Son innumerables los artículos de prensa en que se repite esta frase; ver *Diario Financiero* del 19/01/2015 “Derecho internacional y reformas en Chile”, columna de Hernán Salinas (<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/derecho-internacional-y-reformas-en-chile/2015-01-16/165817.html>); CNN Chile Internacional, “Canciller Muñoz: “Chile siempre ha sido respetuoso del derecho internacional” (del 06/06/2014, en <http://www.cnnchile.com/noticia/2014/07/08/canciller-munoz-chile-siempre-ha-sido-respetuoso-del-derecho-internacional>); Emol Nacional, “Canciller Moreno afirma que Chile “es un país respetuoso del derecho internacional” (del 28/11/2012) (disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/11/28/571910/canciller-moreno.html>).

³¹ Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

posición de Chile como abanderado del Regionalismo Abierto, siguiendo el concepto tradicional de CEPAL³². Más de veinticinco acuerdos comerciales a distintos niveles³³ dan cuenta de esta apertura del Estado chileno que es replicada también a nivel multilateral en el Sistema Internacional de Comercio, por citar solo un fuero.

De todos modos, es interesante observar cómo desde el Derecho Internacional se hacen esfuerzos para mitigar los problemas que enfrentan los Estados al momento de implementar efectivamente los compromisos asumidos; considerando esta tendencia del comercio internacional de negociaciones a gran escala, se advierte que la coherencia regulatoria es un tema expresamente incluido como parte de los acuerdos.

El ejemplo actual lo constituye el capítulo 25 del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), dedicado a la ‘coherencia regulatoria’, entendida como el “... uso de buenas prácticas regulatorias en el proceso de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de medidas regulatorias, con el fin de facilitar el logro de objetivos de política interna y los esfuerzos entre gobiernos para mejorar la cooperación regulatoria”³⁴. Como explica Polanco³⁵, estamos ante un proceso para generar estándares que son parte de una red internacional de gobernabilidad para facilitar la compatibilidad y la transparencia de los Estados.

Los mecanismos de aplicación y ejecución han avanzado en el Derecho Internacional, con especial atención a la incorporación de mecanismos más confrontacionales en el caso de los Derechos Humanos³⁶; no obstante, la cooperación sigue siendo la gran herramienta del Derecho Internacional y de los Estados para armonizar todos los intereses.

Es decir, estamos frente a nuevas presentaciones de viejos problemas. La relación del Derecho Internacional con el Derecho Nacional es un

³² “El regionalismo abierto consiste en afianzar los vínculos entre ambos elementos, es decir, entre la integración “de hecho” y la integración impulsada por políticas, de modo tal que aumente la competitividad de los países de la región y constituya, en lo posible, el cimiento que favorezca una economía internacional más abierta y transparente (CEPAL, 1994)”. Fuentes (1994), p. 84.

³³ DIRECON (2016). <https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/>

³⁴ Trans-Pacific Partnership o TPP, Artículo 25.2: Disposiciones Generales.

³⁵ Polanco (2014), pp. 259 y ss.

³⁶ Wolfrum se refiere a estos mecanismos y cómo se presentan en Derechos Humanos, en el Punto 64. Op. cit., nota 2.

matrimonio antiguo que está sujeto a una constante demarcación y a desafíos mutuos que, nos da la impresión, en gran medida confrontan al Estado Nacional, que a veces va un tanto rezagado en la actualización.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta presentación ha consistido en algunas reflexiones en torno a un tema que dará mucha tela que cortar, como es el control de convencionalidad y que, sin duda, deviene en desafíos para las relaciones del Derecho Internacional con el Derecho Nacional.

Como vimos más arriba, el principio de separación de poderes pretende evitar la concentración de poder en una sola mano con el fin de lograr el respeto material a los Derechos Fundamentales; del mismo modo, el control de convencionalidad asegura y refuerza el respeto de los Derechos Fundamentales, por lo que pareciera que no habría conflictos. Las finalidades son compartidas. Y los desafíos tienen que ver con los límites para el Estado.

El control de convencionalidad difumina las fronteras del Derecho Internacional y el Derecho Interno; pero no es el único mecanismo que desde el Derecho Internacional pretende avanzar sobre estas divisiones, como la que plantea la llamada ‘coherencia regulatoria’ en el marco del Derecho del Comercio Internacional. El gran desafío del Derecho Internacional es influir con eficacia en los resultados de la política interna, de modo que los Estados respeten las normas internacionales a las que voluntariamente adhieren. Asimismo, no hay que olvidar que cuanto concierne a los Derechos Humanos no es un asunto interno, sino de interés internacional, como valor de la comunidad toda.

En el estado actual de la comunidad internacional organizada, la soberanía es un valor que declina cuando el Estado no es capaz de asegurar la dignidad y la vida humana, en especial, cuando los mismos poderes del Estado no son capaces de impedir las violaciones masivas de Derechos Humanos o se produce el quebrantamiento de la democracia. Pareciera que el control de convencionalidad es un reaseguro que la propia comunidad internacional

quiere tener. Encontrar el equilibrio en su aplicación de cara al Derecho Nacional es un tema en construcción³⁷.

La condición de país desarrollado exige una profundización de los Derechos Humanos desde una visión sustancial, que se imbrica con el Estado de Derecho y con uno de sus principios relevante como es el de división de poderes.

Evitar un Estado con múltiples personalidades frente a la comunidad internacional parece una tarea muy difícil de enfrentar, pero, en la medida en que esta tarea es asumida por distintos ámbitos, esto conllevará a una armonización que a la larga implicará un avance en la ‘humanización’, entendido como ese proceso inacabado de protección de los individuos³⁸. Y donde siempre queremos encontrar tanto un Estado pro-activo, pero que no esté solo sino acompañado de la comunidad internacional que también se preocupa de lo que ocurre puertas adentro de sus fronteras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bazán, Víctor (2011). “Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, segundo semestre, pp. 63-104.
- Belov, Martin (2014). “Separation of Powers reconsidered: a Proposal for a New Theoretical Model at the Beginning of the 21st Century”, en Geisler, Antonia (ed.), *Law, politics, and the Constitution. New perspectives from legal and political theory*, Frankfurt, PL Acad. Research, pp. 47-60.
- Benavides Casals, María Angélica (2009). “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*,

³⁷ El control de convencionalidad es un concepto que aún está en desarrollo y posiblemente se lleguen a conformaciones más ‘armonizadoras’ y menos extremas. En general, sobre la interrelación entre Derecho Internacional y Derecho Nacional es interesante lo que afirma Dinah Shelton cuando dice que es difícil encontrar un sistema jurídico que sea enteramente monista o enteramente dualista, más allá de los discursos académicos. Shelton (2011), pp. 3-4.

³⁸ Observa el prof. Orrego Vicuña: “Mientras el derecho internacional mantenga su naturaleza histórica se asegurará un progreso continuado. Asimismo, ello es una garantía de que los derechos del individuo, destinatarios principales y últimos de todo el ordenamiento jurídico internacional, continuarán siendo salvaguardados mediante una relación de equilibrio provista de controles recíprocos entre el derecho nacional y el derecho internacional”. Orrego Vicuña (2003), p. 26.

- vol. 15, N° 1, pp. 295-310. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122009000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/So718-00122009000100009>. (visitado el 28/10/2016).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad* (Costa Rica). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (visitado el 14/10/2016).
- Direcon (2016). Disponible en <https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/> (visitado 01/09/2016).
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios constitucionales*, vol. 9, N° 2, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso> (visitado el 14/10/2016).
- Fuentes, Juan Alberto (1994). “El Regionalismo abierto y la integración económica”, *Revista de la CEPAL*, N° 53, agosto, pp. 81-89.
- FuentesTorrijos, Ximena (2007). “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 15, N° 4, pp. 21-35.
- Galdámez Zelada, Liliana (2014). “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 12, N° 1, pp. 329-364.
- Londoño Lázaro, María Carmelina (2005). “Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 5, junio, pp. 89-115.
- Lucas Garín, Andrea (2013). “Manifestaciones del principio de división de poderes en la arquitectura constitucional chilena, con especial mención al Tribunal Constitucional”, en Henríquez Viñas, Miriam L. y Silva Gallinato, Ma. Pía (coordinadoras), *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*, Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing Chile, pp. 5-22.
- Mangas Martín, Araceli (2014). *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el ordenamiento internacional*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Neves, Marcelo (2015). “Del diálogo entre las cortes supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina”, en López Guerra, Luis y Saiz Araniz, Alejandro (directores),

Los sistemas interamericano y europeo de protección de los Derechos Humanos, Lima, Palestra Editores, pp. 85-117.

Núñez Donald, Constanza (2015). *Control de Convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile*, Santiago de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 60.

Orrego Vicuña, Francisco (2003). “Derecho internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?”, *Revista Estudios Internacionales*, vol. 36, N° 143, octubre-diciembre, pp. 7-26.

Orrego Vicuña, Francisco (2009). “La protección de los derechos del individuo en el derecho internacional: ¿Es la selectividad compatible con la universalidad?”, *ACDI*, Bogotá, vol. 2, pp. 113-140.

Polanco, Rodrigo (2014). “The Trans-Pacific Partnership and regulatory coherence”, en Voon, Tania (ed.), *Trade liberalization and international co-operation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 231-261.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2013). “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Coherencia*, vol. 10, N° 19, julio-diciembre, pp. 167-206.

Saiz Arnaiz, Alejandro (2015). “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en López Guerra, Luis y Saiz Araniz, Alejandro (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los Derechos Humanos*, Lima, Palestra Editores, pp. 279-326.

Shelton, Dinah (2011). “Introduction”, en Shelton, Dinah (ed.), *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation and persuasion*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-22.

Vile, Maurice J. C. (1967). *Constitutionalism and the separation of power*, Oxford, England Clarendon Press.

Von Bogdandy, Armin (2013). “Ius constitutionale commune Latinoamericanum”, en von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Editorial Porrúa, pp. 1-24.

Wolfrum, Rüdiger (2006). “International Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 24 de noviembre del 2006.

Gelman vs Uruguay (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 24 de febrero del 2011.

ACTIVIDADES 2016

1. Curso de licenciatura

El 7 de marzo se dio inicio al “Curso de Licenciatura” dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El curso es de carácter semestral y su objetivo es prepararlos para el examen de grado, abarcando las asignaturas de Derecho Civil y Procesal.

2. Convenio de colaboración con Fundación Technoserve

El 24 de marzo se procedió a la firma del Convenio de Colaboración entre la Universidad Finis Terrae y la Fundación Technoserve, a objeto de establecer un marco coordinado entre ambas instituciones con el fin de crear en conjunto una clínica jurídica especializada en microempresas, con profesores y alumnos de la Universidad que se manifieste en asesorías gratuitas y la dictación de charlas que las partes acuerden.

3. Convenio de colaboración con Asociación de Emprendedores de Chile

El 20 de abril se procedió a la firma del Convenio de Colaboración entre la Universidad Finis Terrae y la Asociación de Emprendedores de Chile, en que ambas instituciones, a través de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho, manifiestan su intención de promover la colaboración académica conjunta y la cooperación consultiva en la asistencia legal frente a aspectos que representen áreas de interés conjunta.

4. Presentación del libro *Los contratos reales*

El 28 de abril se realizó la presentación del libro *Los contratos reales*, del profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae, Juan Andrés Orrego Acuña.

La obra fue presentada por el Dr. Rodrigo Barcia L., profesor de Derecho Civil e investigador de la Universidad Finis Terrae.

5. Convenio de Colaboración con Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

El 10 de mayo se procedió a la firma del Convenio de Colaboración entre la Universidad Finis Terrae y la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, donde ambas instituciones manifiestan su intención de promover la colaboración y cooperación académica, de asesoría y asistencia legal en aquellos aspectos que representan áreas de interés conjunto y a través de la Clínica Jurídica de la Universidad.

6. Charla “Proceso Constituyente”

El 20 de mayo se realizó la charla “Proceso Constituyente” dirigida a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad, donde los profesores de Derecho Constitucional, Enrique Navarro y José Ignacio Núñez, analizaron los alcances con diversas perspectivas del proceso constituyente.

7. Seminario “Consulta Indígena”

El 31 de mayo se realizó el seminario “Consulta Indígena y los Proyectos Empresariales”, abordando temas como la Consulta en el Convenio 169 de la OIT, su reglamentación y jurisprudencia constitucional. Consulta indígena ante la jurisprudencia: realismo jurídico en una interculturalidad asimétrica. Expusieron María Luisa Baltra, profesora de Recursos Naturales de la Universidad Finis Terrae; Enrique Navarro, director de Publicaciones y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Finis Terrae; Salvador Millaleo, profesor de la Universidad de Chile y doctor de Sociología de la Universidad de Bielefeld, Alemania; Sebastián

Donoso, profesor de Legislación Indígena y Medioambiente de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

8. Curso “Tribunales Ambientales”

EL 15 y 16 de junio se realizó el curso “Tribunales Ambientales” dirigido exclusivamente a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, dictado por María Luisa Baltra, profesora de Recursos Naturales de pre y posgrado de la Universidad Finis Terrae.

9. Mesa redonda “Teoría del Delito”

El 9 de agosto se realizó una mesa redonda sobre “Teoría del Delito”, con la participación del catedrático español de la Universidad de Alcalá, Diego-Manuel Luzón Peña, donde expuso sobre aspectos generales relacionados con la teoría del delito, ante el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Miguel Schweitzer, profesores de la Facultad e invitados especiales.

10. Clase magistral Defensor Nacional, Andrés Mahnke

El 11 de agosto el Defensor Nacional, Andrés Mahnke, realizó una clase magistral a los alumnos de los dos últimos semestres de la carrera.

11. Seminario “Cambio Climático”

El 19 de agosto se llevó a cabo el seminario “Cambio Climático”, realizado dentro del marco del Magíster de Medio Ambiente y dictado por la profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Dra. Andrea Lucas.

12. II Congreso Penal: “Responsabilidad Penal Empresarial en un Mundo Globalizado”

El 26 de agosto el Centro de Derecho Penal y Procesal Penal Comparado Cesare Beccaria, de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, realiza el congreso penal “Responsabilidad Penal Empresarial en un

Mundo Globalizado”. El discurso inaugural estuvo a cargo del decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, participando como expositores James M. Cooper, profesor California Western School of Law, U.S.A.; Luigi Foffani, profesor Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Italia; Adán Nieto, profesor Universidad de Castilla-La Mancha, España; Rodrigo Ríos, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Finis Terrae; Jean Pierre Matus, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile. Fue moderado por Miguel Schweitzer, Rodrigo Ríos y Emmanuel Bernales.

13. Seminario “El Derecho Penal en la sociedad de riesgos”

El 9 de septiembre se llevó a cabo el seminario “El Derecho Penal en la sociedad de riesgos”, realizado dentro del marco del Magíster en Derecho y Litigación Penal, y contó con la participación de Carolina Suazo, profesora de Derecho Penal de la Universidad Finis Terrae; Rogério Gesta Leal, coordinador de Maestrías, y Bruno Heringer, profesor de posgrado, ambos de la Facultad del Ministerio Público, Brasil.

14. Seminario “Nuevo Marco Regulatorio para la Libre Competencia. ¿Qué cambios aporta la nueva ley?”

El 29 de septiembre se realizó el seminario “Nuevo Marco Regulatorio para la Libre Competencia. ¿Qué cambios aporta la nueva Ley?”. Destacados expositores revisaron la nueva Ley de Fortalecimiento del Sistema de Defensa de la Libre Competencia, que aporta sustanciales modificaciones al marco regulatorio nacional. Felipe Irrázabal, abogado y fiscal económico; Tomás Menchaca, socio fundador de Menchaca & Compañía Abogados, profesor de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de Los Andes; Javier Velozo, Socio de Aninat Schwencke & Cía, profesor de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Finis Terrae. Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

15. Seminario “Revisión de las transformaciones de la familia desde la mirada del Derecho”

El 30 de septiembre se efectuó el seminario “Revisión de las transformaciones de la familia desde la mirada del Derecho”, donde destacados expositores

analizaron las principales reformas y modificaciones legales al Derecho de Familia, lo que ha producido el denominado efecto de descodificación o fragmentación del Derecho Civil.

El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, dio las palabras de bienvenida y agradecimiento a los expositores Fabiola Lathrop, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile; Lucía Rizik, profesora de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae; Jorge del Picó Rubio, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca, y Gabriel Hernández, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

16. Coloquio “El solidarismo contractual: ¿un nuevo paradigma contractual?”

El 4 de octubre, Sara Moreno, profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, expuso sobre “El solidarismo contractual: ¿un nuevo paradigma contractual?”, ante los alumnos del curso Derecho Civil IV.

17. VI Seminario Profesoras de Derecho Público: “Mecanismos de control del poder”

El 4 de octubre la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, fue sede del VI Seminario de Profesoras de Derecho Público: “Mecanismos de control del poder”, cuyo objetivo ha sido visibilizar la fecunda labor que desarrollan académicas de distintas universidades del país en temas de relevancia para esa disciplina.

Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo del decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer. El seminario se inicia con la Clase Magistral dictada por la Ministra del Excmo. Tribunal Constitucional, señora María Eugenia Sandoval.

Expusieron Ana María García Barzellato, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile; María Pía Silva Gallinato, profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Alejandra Zúñiga Faruje, profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso y de la Universidad Diego Portales; Viviana Ponce de León Solís, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte; Miriam Henríquez Viñas, profesora

de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado; Sandra Ponce de León, profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Finis Terrae; Amaya Álvez Marín, profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción; Cecilia Rosales Rigol, profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Tania Busch, profesora de la Universidad Andrés Bello y Universidad del Desarrollo, sedes Concepción; Catalina Salem, profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Claudia Heiss, profesora asistente del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile; María Angélica Benavides, profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Finis Terrae, y Andrea Lucas, profesora e investigadora de la Universidad Finis Terrae.

El seminario fue moderado por José Ignacio Núñez, Raúl Bertelsen, Enrique Navarro y Alberto Naudon.

18. Presentación libro *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*

El 4 de octubre fue el lanzamiento del libro *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*, del autor Enrique Navarro Beltrán. La obra fue presentada por el Presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Carmona Santander, y por la Presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Ana María García Barzellato.

19. Seminario “Desafíos actuales del Proceso Penal en el ordenamiento jurídico chileno”

El 20 de octubre se realizó el seminario “Desafíos actuales del Proceso Penal en el ordenamiento jurídico chileno”, en conjunto con la Fiscalía Metropolitana Oriente, donde los expositores analizaron algunas problemáticas del existente proceso penal en su fase de desarrollo, a una década desde la entrada en vigencia del actual sistema acusatorio.

Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo de Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, y Lorena Parra, fiscal adjunto jefe, Fiscalía Local de las Condes, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente. Expuso Carmen Gloria Guevara, fiscal adjunto, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente.

20. Coloquio ayudantes de Derecho de la Universidad Finis Terrae

El 20 de octubre tuvo lugar el primer coloquio de ayudantes de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el que trató los problemas de género a nivel nacional y la relación con el mundo del Derecho Constitucional, Penal y Civil. Expuso el representante del Observatorio contra el acoso callejero Chile, OCAC; Denise Hernández, ayudante de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional; Camila Palma, ayudante de Derecho Penal, y Felipe Castro, ayudante de Derecho Civil. El coloquio fue moderado por José Ignacio Núñez, profesor investigador de Derecho Constitucional.

21. Coloquio “Cambio climático y Tratado de París”

El 27 de octubre, Andrea Lucas, profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, expuso sobre el “Cambio climático y Tratado de París”, ante los alumnos del curso Régimen Legal de Recursos Naturales.

22. Mesa redonda, encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Público y Teoría del Derecho / workshop

El 16 de noviembre se realizó la mesa redonda “Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Público y Teoría del Derecho”, el que contó con el patrocinio de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Su propósito fue abrir un espacio de discusión con investigadores jóvenes de otras universidades que se encuentran en proceso de doctorado, magíster o que han convalidado sus posgrados. Participaron Maite Aguirrezabal, Universidad de los Andes; Juan José Faúndez, Universidad Católica de Temuco; Kamel Casor, Universidad Católica de Temuco; José Manuel Díaz de Valdés, Universidad del Desarrollo; Tomás Vial, Universidad Diego Portales; Juan Ovando de la Universidad de Talca. La coordinación estuvo a cargo del profesor de Derecho Constitucional e investigador de la Universidad Finis Terrae, José Ignacio Núñez.

23. Curso “Reformas al Procedimiento Civil”

El 29 y 30 de noviembre se realizó el curso exclusivo para exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, “Reformas al

Procedimiento Civil”, donde uno de los temas recibido con gran interés fue el de la “tramitación electrónica”, génesis de la Ley 20.886. El curso fue dictado por el profesor de Derecho Civil, Julio Rojas Chamaca.

24. Programas de posgrado

Entre abril y junio se dio inicio a los siguientes programas de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae:

- Magíster en Derecho Público, Transparencia, Regulaciones y Control, VI versión, dirigido por el profesor de Derecho Constitucional y director de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Enrique Navarro Beltrán.
- Magíster en Medio Ambiente: Gestión, Evaluación y Derecho Ambiental, V versión, dirigido por el abogado Juan José Eyzaguirre, máster en Derecho Ambiental y Recursos Naturales Universidad de Northwestern School of Law of Lewis & Clark.
- Postítulo en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental, V versión, dirigido por el abogado Juan José Eyzaguirre.
- Magíster en Derecho Minero y Aguas, III versión, dirigido por los abogados Alejandro Canut de Bon, magíster en Recursos Naturales y Derecho Ambiental Universidad de Denver, Colorado; MBA Universidad de Chile, y magíster en Derecho Minero del Instituto de Derechos Mineros dependiente de la Universidad de Atacama, Santiago, y por Winston Alburquenque, profesor de Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad de Chile, magíster en Derecho de Minería, Universidad Gabriela Mistral.
- Postítulo en Derecho Minero, III versión, dirigido por los abogados Alejandro Canut de Bon y Winston Alburquenque.
- Magíster en Derecho y Litigación Penal, III versión, dirigido por el profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Rodrigo Ríos Álvarez.
- Postítulo en Derecho Penal, III versión, dirigido por el profesor de Derecho Procesal Penal, Rodrigo Ríos Álvarez.

- Diplomado en Litigación Oral, IX versión, dirigido por el profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Matías Balmaceda Mahns.
- Diplomado Probidad y Transparencia en la Administración del Estado, VIII versión, dirigido por el profesor de Derecho Constitucional, Enrique Navarro Beltrán.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:

- 1.1.** La evaluación de artículos recibidos en *Revista de Derecho* Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.
- 1.2.** El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.
- 1.3.** El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.
- 1.4.** La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.
- 1.5.** Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.
- 1.6.** Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

- 1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:

- 2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.
- 2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.
- 2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

- 3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (enavarro@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.
- 3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

- 4.1. **Sobre la bibliografía citada.** Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

- de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.
- de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.
- de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”, en Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.
- de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). “Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año XI, N° 11, pp. 49-50.
- de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”, *Diario El Mercurio*, 19 de marzo.
- de fuente manuscrita: Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.
- de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo del 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

- 5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

