



Serie

Working papers ICISO-UDP

Nº 2 - 2009

LAS ASIGNATURAS PENDIENTES

De la reforma constitucional chilena

Javier Couso
Alberto Coddou



La Serie *Working Papers* ICSO-UDP busca difundir el avance de investigación de los académicos y estudiantes de la Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Diego Portales. En esta serie se presentan avances de investigación que forman parte de proyectos individuales o colectivos. Asimismo, se publican los trabajos de estudiantes involucrados en proyectos de investigación asociados al ICSO.

El ICSO tiene por objetivo coordinar la investigación de la Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad. La misión considera promover espacios de intercambio académico y la realización de extensión que vincule el trabajo de la Facultad con el medio nacional e internacional.

Las personas interesadas en publicar en esta serie de *Working Papers* deberán enviar su trabajo al ICSO, donde se evaluará su pertinencia con esta serie. Si usted está interesado(a) en realizar una contribución favor enviar su trabajo a francisco.chacon@udp.cl

© Instituto de Investigación en Ciencias Sociales

Serie *Working Papers* ICSO-UDP

N° 2 - 2009

<http://www.icso.cl>

JAVIER COUSO

Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UDP. Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales por la P. Universidad Católica. Doctor en Derecho por la Universidad de Berkeley, EEUU. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro del directorio de la Corporación de Expansiva. Ex Director del ICSO y actual investigador asociado de este instituto.

ALBERTO CODDOU

Abogado, Universidad de Chile. Postítulo en Estudios de la Argumentación, Universidad Diego Portales. Asistente de Investigación, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

LAS ASIGNATURAS PENDIENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL CHILENA

Javier Couso y Alberto Coddou *

Introducción

A partir de la era moderna, las constituciones han establecido las reglas básicas de la convivencia social, organizando el poder político y proclamando los derechos fundamentales de las personas. Adicionalmente, cuando el grueso de la población se siente interpretada por ella, la constitución representa el documento fundacional de lo que Habermas denomina '*patriotismo constitucional*', esa suerte de religión cívica que ayuda a cementar la unidad nacional en sociedades pluralistas, como de hecho ocurre en los Estados Unidos en relación con la Constitución de 1787, y en Francia con respecto a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Más recientemente –a partir de la segunda mitad del siglo veinte— las constituciones han ido adquiriendo en una creciente proporción del planeta el estatus de norma 'justiciable', esto, es susceptible de ser aplicada por órganos especialmente facultados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Al acercarse el Bicentenario de Chile como nación independiente (época propicia para evaluar la marcha institucional del país) la llamada 'cuestión constitucional' ocupa un lugar significativo en la discusión pública. En efecto, en los últimos años se ha venido desarrollando un importante proceso de crítica constitucional que comenzó con la intervención de historiadores (Tomás Moulián, 1998 y Gabriel Salazar, 2006), y que luego incorporó a constitucionalistas (Pablo Ruiz-Tagle, 2006; Fernando Atria, 2008 y Francisco Zúñiga, 2008) y a personas activas en la sociedad civil.¹ Finalmente, y en parte como resultado de estos llamados de la academia y las organizaciones no gubernamentales, el cuestionamiento de la constitución vigente adquirió notoriedad política cuando el ex Presidente Eduardo Frei planteó la reforma constitucional como uno de los ejes centrales de su campaña para volver a ocupar la cabeza del ejecutivo.

*Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia que cuenta con financiamiento del proyecto Fondecyt n° 1085202. Adicionalmente, los autores agradecen el apoyo del ICSO y de la Heinrich Böll Stiftung, y los iluminadores comentarios de Francisco Zúñiga.

¹ Como Roberto Garretón. Adicionalmente, a mediados del año 2008 la Cámara de Diputados constituyó una Comisión Especial "De Estudio del Régimen Político Chileno", donde se ha discutido la necesidad de elaborar una nueva constitución.

En este trabajo, se analizan las razones que desde el punto de vista jurídico-político justifican el revisar nuestro arreglo constitucional. Asimismo, se argumenta que a pesar de las numerosas reformas que se le han introducido a la Constitución de 1980 desde el fin del régimen militar, esta continúa exhibiendo un fuerte déficit democrático, que se expresa en una serie de instituciones contrarias al auto-gobierno del pueblo, y que son el resultado la constitucionalización de la fuerte desconfianza que exhibía el constituyente del ochenta respecto de la deliberación democrática. Finalmente, se sostiene que la declaración de derechos de la carta vigente exhibe un fuerte sesgo en materias económico-sociales, que en la práctica han 'congelado' en la constitución un modelo hostil a la acción del estado en la economía.²

² Véase al respecto Francisco Zúñiga (2005), p. 39.

PRIMERA PARTE

I. La persistencia de una 'democracia protegida'

Como planteábamos en la introducción, el gran problema de la constitución que nos rige es su déficit democrático, que se expresa en una serie de instituciones que analizaremos más adelante en este trabajo. Este déficit es el resultado directo de la filosofía política que animó al constituyente original, y que se asentaba crucialmente en la noción de '*democracia protegida*'. Este concepto –que fue propiciado con fuerza por quien lideró el esfuerzo constituyente, Jaime Guzmán— expresa la profunda desconfianza respecto de la capacidad de la población de autodeterminarse políticamente que predominó al interior del régimen militar que impulsó la Constitución de 1980.

En este punto, surge la pregunta acerca de contra qué –o contra quiénes— se intentaba 'proteger' la democracia. La respuesta es clara: contra la irracionalidad que se atribuía al pueblo. Esta noción, que de hecho subyació a la justificación del golpe militar de 1973 y la dictadura que sobrevino, surgió del juicio extremadamente crítico que tanto Guzmán como el equipo económico del régimen militar compartían respecto de la política democrática que tuvo el país durante los cuarenta años que precedieron al golpe de estado, periodo que caracterizaban como uno marcado por la 'demagogia' y la 'politiquería'.³ Producto de estos vicios, seguía el argumento, la nación había quedado prisionera de facciones alejadas del bien común, lo cual derivó en la grave crisis institucional a la que pusieron fin las fuerzas armadas.

Con esta interpretación histórica como telón de fondo, los constituyentes del ochenta concibieron a la carta fundamental como una suerte de 'dique de contención' que frenaría la irracionalidad de la política partidista, que se preveía iba a retornar tarde o temprano. A partir de este diagnóstico tan pesimista respecto del funcionamiento de la democracia chilena durante el siglo veinte, el Gremialismo y los '*Chicago Boys*' coincidieron en que había que aprovechar la oportunidad que brindaba el régimen autoritario para introducir elementos de 'racionalidad' a la institucionalidad económico-social del país, la que luego se 'congelaría' en una constitución que impidiera a las futuras mayorías políticas desmantelarlo.

³ En este sentido, véase Carlos Huneeus (2006).

En ese sentido, la Constitución de 1980 representa un buen ejemplo de lo que Tom Ginsburg ha denominado *'el constitucionalismo como seguro'*.⁴ De acuerdo a esta forma de entender la producción constitucional en regímenes autoritarios, lo que se persigue es asegurar la futura vigencia de los valores y principios de la era autoritaria ante lo que se vislumbra como la inevitable transición a una política democrática. Esta aproximación (que Ginsburg articuló a partir del estudio de países del sudeste asiático), enfatiza que las dictaduras tienen fuertes incentivos para incorporar en constituciones rígidas mecanismos que perpetúen en el tiempo sus valores y principios. A nuestro juicio, eso es exactamente lo que ocurrió en nuestro país con la Constitución de 1980.

II. La reforma constitucional del año 2005

Después de años de intentar eliminar de la carta constitucional algunos de los más evidentes 'enclaves autoritarios' (como la existencia de senadores no elegidos democráticamente, la tutela militar del sistema constitucional por medio del Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas), finalmente el tercer gobierno de la coalición de partidos que se había opuesto al régimen militar logró negociar con la oposición la supresión de dichos enclaves mediante una reforma constitucional aprobada en el año 2005.⁵ Quizá por la importancia que los últimos tenían a ojos de la coalición oficialista, la reforma constitucional ofreció al gobierno de la época la oportunidad rebautizar la Constitución de 1980 como la "Constitución del 2005".⁶ El argumento técnico para argüir esta idea fue subrayado por el propio Presidente de la República: la forma jurídica que adoptó la Constitución en el 2005 ya no era un Decreto-Ley —forma jurídica característica de los gobiernos de facto— sino un Decreto Supremo dictado por el ejecutivo en el ejercicio de una facultad atribuida por un poder constituyente ejercido por los representantes del pueblo, cuya legitimidad democrática no podía ser puesta en duda.

⁴ Véase Ginsburg (2000).

⁵ Esta reforma constitucional fue aprobada por la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto del 2005.

⁶ El Presidente Lagos fue uno de los más entusiastas defensores de la idea que con la reforma del 2005 el país se estaba otorgando una nueva constitución. En sus palabras: *"El 17 de septiembre del año 2005, firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile que fija un marco institucional dentro del que se ejecutarán los programas políticos que gozan del apoyo del pueblo, a través de sus representantes. Será la Constitución con la que entraremos a este tercer siglo de vida republicana"*. Citado en Ricardo Lagos, *"Una Constitución para el Chile del Bicentenario"* en Francisco Zúñiga, op. cit., p.11.

El intento por instalar la noción de que en el año 2005 el país se había desecho de la 'Constitución de Pinochet' y adoptado en cambio la 'Constitución de la Democracia' demostró ser un esfuerzo infructuoso, ya que al poco tiempo del intento eran muy pocos quienes defendían seriamente tal idea.⁷ Como veremos más adelante, este fracaso fue también el resultado de la subsistencia en la carta de 1980 de importantes enclaves autoritarios que siguen limitando ('protegiendo') la deliberación democrática del pueblo.⁸ Esto último no debiera sorprender demasiado, ya que después de todo, las reformas del 2005 fueron producto de lo que los herederos políticos de la dictadura estuvieron dispuestos a conceder. Este problema, sumado al hecho de que buena parte de la declaración de derechos de la constitución representa el intento de perpetuar un diseño neoliberal en lo económico y autoritario en lo político, contribuyen a explicar que para la mayor parte de la población la 'Constitución de 2005' no es considerada como fundamentalmente diferente a la Constitución de 1980.

Desde el punto de vista de los antecedentes de la reforma constitucional que se analiza, ella fue iniciada en el año 2000 por mociones de senadores pertenecientes a los dos bloques políticos con representación en el Congreso. Según se infiere de la lectura de estas mociones, la Alianza por Chile buscaba "*poner fin al proceso de transición política*", mientras que la Concertación de Partidos por la Democracia tenía por meta lograr una "*mayor democratización de la Constitución*"⁹. A pesar de estas diferencias, existía consenso en torno a la necesidad de dar un término definitivo a la transición democrática.

El escenario en que se produjeron estos intentos de reforma constitucional fue muy distinto al que existió a inicios de la década de los noventa, cuando hubo dos intentos de reforma que fracasaron debido a que la oposición política ejerció exitosamente sus poderes de veto.¹⁰ Primero, la detención de Pinochet en Londres, y luego, el descubrimiento de cuentas secretas de este último, contribuyeron a producir una brecha entre la derecha política y el mundo militar. El término de los estrechos

⁷ Véase, entre otros, a Couso y Tohá (2008); Atria (2008); Ruiz-Tagle & Cristi (2007); Salazar (2006).

⁸ Véase Atria (2008),

⁹ Véase Carrasco (2005).

¹⁰ En las palabras de Edgardo Boeninger: "*En 1993, Renovación Nacional dependía de su alianza electoral con la UDI para las elecciones parlamentarias de ese año. La UDI rechazaba frontalmente las reformas y como no aceptó que su socio tuviese una posición diferente a la suya, Renovación Nacional tampoco dio su acuerdo y el intento fracasó. En 1995 la historia se repitió de un modo diferente. Ya sin elecciones en el horizonte político de corto plazo, la directiva nacional y el Consejo de Nacional de RN dieron su respaldo formal a una nueva propuesta reformadora del Gobierno. Sin embargo, al tratarse el tema en el Senado, un grupo mayoritario de senadores de ese partido – más cercanos a la UDI que al sector liberal de RN- rompió la disciplina partidaria y sumó sus votos a los de la UDI para nuevamente hacer fracasar la propuesta. Se produjo aquí un fraccionamiento partidario que dio al poder de veto parlamentario suficientes votos para imponerse". Véase Edgardo Boeninger (2007).*

vínculos entre estos últimos allanaron el camino para acabar con las disposiciones del tutelaje militar sobre la institucionalidad que consagraba la Constitución de 1980.¹¹ Con ello, eventualmente se produjeron acuerdos en torno a eliminar los enclaves autoritarios más evidentes. Sin perjuicio de que muchas de las atribuciones propias del tutelaje militar nunca fueron aplicadas (por razones de prudencia política) la Alianza estaba consciente del evidente déficit democrático de algunas de las normas constitucionales heredadas de la dictadura, las que a juicio de los propios políticos de la Alianza habían perdido su utilidad.¹²

Producto de las coincidencias anotadas entre las dos coaliciones, finalmente la reforma del 2005 logró eliminar de la Constitución de 1980 los siguientes enclaves autoritarios:

- a.- Los senadores designados y vitalicios;
- b.- La inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas;
- c.- La radicación exclusiva de la facultad de 'garantizar' el orden institucional en las Fuerzas Armadas;
- d.- El carácter y mayoría militar del Consejo de Seguridad Nacional (que se transformó luego en un órgano con mayoría civil y reducido a un rol de mera asesoría al Presidente de la República y sólo cuando este último lo solicite).¹³

Como se puede advertir de esta lista, los enclaves autoritarios eliminados por la reforma fueron importantes, por lo que debe reconocerse que aquella indudablemente representó un avance significativo para una transición política que se había extendido por demasiado tiempo. Dicho esto, se dejaron intactas una serie de cuestiones que conspiran en contra de la aspiración de contar con una democracia. Los elementos que a nuestro

¹¹ Recordemos que se eliminó la calidad de garantes de la Constitución de las Fuerzas Armadas al incorporarse un nuevo artículo 6° en la Carta Fundamental: "*Los órganos del Estado (...) deben garantizar el orden institucional de la República*". De este modo, la carga del resguardo de la institucionalidad es ahora una tarea colectiva.

¹² Comentando las reformas, con ocasión de la ratificación por el Congreso Pleno, Andrés Chadwick, en representación de la Alianza por Chile, señalaba: "*En primer lugar, decidimos terminar con los Senadores vitalicios e institucionales (...) [ya que] como institución, ha quedado superada, ha perdido su necesidad y su justificación, pues hoy en Chile –gracias al avance y a la consolidación de la democracia– no es menester que el sufragio universal, mediante el cual se eligen los representantes, requiera un filtro, ni algún elemento de ponderación. Por eso, avanzamos hacia una plena integración democrática del Congreso Nacional. En segundo término, dejando de lado la visión del pasado, hemos procedido a poner término al rol de garante de las Fuerzas Armadas en cuanto al orden institucional de la República, que se expresaba en lo fundamental a través del Consejo de Seguridad Nacional, el cual se modifica sustancialmente (...) Asimismo, la fortaleza de nuestra democracia no requiere ninguna garantía externa, ni especial, ni extraordinaria para subsistir y desarrollarse en plenitud*" (Legislatura ordinaria, sesión del Congreso Pleno, martes 16 de Agosto de 2005).

¹³ La lista que se incluye está tomada de la elaborada por José Luis Cea Egaña (2006) p.: 21.

juicio siguen marcando un legado autoritario y neoliberal en nuestro ordenamiento constitucional se analizan en la siguiente sección.

III. Las asignaturas pendientes en materia de reforma constitucional

Como se veíamos en la sección precedente, a pesar del avance democratizador del orden constitucional que representó la reforma del año 2005, ellas no fueron lo suficientemente profundas como para permitir que sean las mayorías las que prevalezcan al momento de adoptarse las decisiones públicas más importantes. En efecto, la mencionada reforma dejó en pie una serie de aspectos de la Constitución de 1980 que conspiran frontalmente en contra del mencionado ideal democrático, permitiendo a una minoría gozar de un poder de veto incompatible con este último. A continuación los aspectos más problemáticos en este sentido.

a- El sesgo neoliberal de los derechos constitucionales

Es difícil sintetizar la penetración del pensamiento neoconservador en el Capítulo III de la Constitución ('De los derechos y deberes constitucionales'). Intentando resumir al máximo, debe subrayarse la obsesiva protección que se brinda al derecho de propiedad privada, que contrasta fuertemente con el pobre o nulo reconocimiento de importantes derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la huelga o al multiculturalismo. En efecto, mientras que el constituyente de 1980 dedicó largos pasajes a proteger el derecho de propiedad contra eventuales ataques del estado y sus regulaciones (artículo 19 n° 24), apenas consagró el derecho al trabajo (artículo 19, n° 16) y estableció una abierta hostilidad contra las actividades empresariales del estado (artículo 19 n° 21). Asimismo, privilegió la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación (artículo 19 n° 11).

En relación al derecho a la huelga, debe subrayarse que mientras que en la Constitución de 1925 se lo consagraba explícitamente,¹⁴ en la carta vigente el constituyente sólo se refiere a este importante derecho fundamental cuando señala que los trabajadores de la administración pública y las municipalidades tienen prohibido declararse en huelga.¹⁵ Así,

¹⁴ A partir de la reforma del 1970.

¹⁵ El artículo 19 n° 16, inciso 5to. de la Constitución de 1980 señala lo siguiente: *"No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o*

el intérprete se ve forzado a deducir que, dado que se niega a un sector determinado el derecho a huelga, éste debe estar implícitamente reconocido para los demás casos. Esta deficiente técnica de consagración de un derecho fundamental revela la profunda hostilidad que exhibía el constituyente autoritario hacia los derechos de los trabajadores, cuestión nada baladí, puesto que otorga 'piso constitucional' al cuestionado Plan Laboral introducido por la dictadura, que en lo esencial no ha sido modificado desde el retorno a la democracia.¹⁶

La hostilidad que anotamos respecto de los derechos laborales se extiende también a la actividad empresarial del estado, la cual, de acuerdo al artículo 19 n° 21, sólo puede desarrollarse si está previamente autorizada por una ley aprobada por una súper-mayoría (en este caso una 'ley de quórum calificado', que requiere ser aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio). Debe subrayarse que la animadversión que expresa esta norma constitucional respecto de la actividad empresarial del estado no tiene parangón en el derecho constitucional comparado.

Las deficiencias del capítulo de derechos constitucionales de la Constitución de 1980 anotadas no son las únicas, pero las mencionamos a modo de ejemplo porque no tenemos espacio en este trabajo para abordarlas todas. Dicho esto, no podemos dejar de mencionar otro aspecto del capítulo señalado que a nuestro juicio refleja las cuestionables opciones políticas tomadas por el constituyente de 1980 y que sólo han sido reparadas en parte. Nos referimos al hecho que uno de los mecanismo más expeditos y efectivos para garantizar los derechos fundamentales, el llamado 'Recurso de Protección',¹⁷ sólo puede utilizarse para la defensa de aquellas garantías constitucionales más afines con la concepción neoconservadora de los derechos que exhibía el constituyente autoritario, dejando desprovistos de acceso a tan rápido mecanismo de protección a derechos fundamentales como la educación, el trabajo y otros de carácter económico-social.

b. La legislación de súper-mayoría.

El segundo aspecto de la Constitución de 1980 que urge ser reformado es la presencia de leyes de súper-mayoría, como las leyes '*orgánicas-constitucionales*' y las '*de quórum calificado*', las cuales, contraviniendo lo dispuesto por el artículo cuarto de la carta fundamental

función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional."

¹⁶ Al respecto, véase el importante trabajo *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Una aproximación crítica*, de Eduardo Caamaño y José Luis Ugarte (Legal Publishing, 2008).

¹⁷ Véase el artículo 20 de la Constitución de 1980.

(*"Chile es una república democrática"*), han establecido una forma de *'democracia protegida'*. En efecto, en el contexto de un constituyente autoritario que buscó *'blindar'* los lineamientos básicos de una muy peculiar concepción de la política, la economía y la sociedad contra el riesgo de que fuera luego desmantelada en democracia, surgió la cuestión de cómo lograr tan ambicioso objetivo sin incurrir en la desmesura de una carta fundamental excesivamente larga y detallada. La respuesta estuvo en la introducción en el sistema constitucional chileno de las mencionadas leyes súper-mayoritarias, en especial, las leyes orgánicas-constitucionales. Este último tipo de legislación requieren de un muy elevado quórum para ser aprobadas, modificadas o derogadas (cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio).¹⁸ Producto del alto quórum requerido, son el equivalente funcional de lo que en otras democracias representa la propia constitución. Adicionalmente –y en combinación con el sistema electoral binominal— este tipo de leyes hacen extremadamente difícil que incluso un gobierno que cuente con el respaldo de ambas ramas del Congreso pueda avanzar su agenda legislativa sin contar con el concurso de la oposición.

Complicando aún más las cosas, y dado que la legislación orgánica-constitucional *'de base'* es la que la propia dictadura militar hizo aprobar hasta su último día en el gobierno (el 10 de marzo de 1990, cuando se apuró en introducir una batería de leyes con tal carácter), en los hechos nuestro sistema constitucional impide que gobiernos elegidos democráticamente puedan eliminar la legislación heredada del periodo autoritario si no logran persuadir de ello a una oposición que continúa fuertemente comprometida con lo que denomina *'la obra del gobierno militar'*. Así, en la práctica, o se logran acuerdos con las fuerzas políticas herederas del régimen militar, o sigue en vigencia la legislación *'orgánica'* elaborada en dictadura.¹⁹

Como el lector advertirá, la existencia de este tipo de legislación de súper-mayoría no es compatible con una sociedad comprometida de veras con el autogobierno del pueblo, es decir, con una democracia sin apellidos. Si bien es razonable que existan *'cotos vedados'* de derechos fundamentales que ni siquiera una mayoría puede pasar a llevar, no es compatible con una democracia en forma el que buena parte de la legislación que regula las políticas públicas (en materia de educación, seguridad social, la justicia, fuerzas armadas y muchas otras) deba concitar mayorías propias de lo que en otras latitudes demandaría una reforma constitucional. Muy por el contrario, en los sistemas democráticos *'a secas'*, basta con que una mayoría simple de legisladores acuerde con el ejecutivo una propuesta legislativa para que ésta se transforme en ley. Esto tiene la saludable consecuencia de que los electores sienten que su voto influye decisivamente en el curso de las políticas que finalmente se adoptan.

¹⁸ Artículo 63, inciso dos, de la Constitución de 1980.

¹⁹ Véase Couso y Toha (2009).

Por lo señalado más arriba, se podría decir que las leyes orgánicas-constitucionales representan una suerte de '*constitución en la sombra*', que complementan el texto de la Constitución de 1980. En efecto, si bien no están incluidas explícitamente en ella, en la práctica son verdaderas 'leyes constitucionales' que suplementan la carta fundamental con normas casi tan difíciles de modificar como ella misma. Así, gracias a estas leyes de súpermayoría el constituyente autoritario evitó tener que redactar una carta de cientos (o miles) de artículos de extensión, al tiempo que lograba conseguir el objetivo de dejar bien 'amarrados' los aspectos básicos de sus opciones de política pública.

Finalmente, si se toma en consideración que durante los últimos años el Tribunal Constitucional ha expandido por vía jurisprudencial el ámbito de materias que requieren ser reguladas por leyes 'orgánicas constitucionales',²⁰ se advierte que ello ha reducido aún más las materias susceptibles de ser decididas por la libre y soberana acción de los representantes del pueblo. Esta sensible disminución de la capacidad decisiva de la democracia tiene como resultado práctico que se mantiene el *status quo* heredado de la dictadura.

c.- Integración, designación y atribuciones del Tribunal Constitucional.

A diferencia de los otros dos enclaves autoritarios que se han analizado en esta sección, el Tribunal Constitucional no suele considerarse como un elemento de la Constitución de 1980 que contribuya al déficit democrático de la misma. En efecto, dado que ya en democracia existió un órgano con ese nombre (entre 1970 y 1973, aunque con un rol y unas atribuciones muy diferentes a las que tiene el actual Tribunal), y como consecuencia de que en la actualidad la mayoría de los especialistas consideran a las cortes constitucionales como compatibles con el sistema democrático, lo cierto es que hasta hace poco tiempo eran escasos los constitucionalistas que consideraban al Tribunal Constitucional como un órgano problemático para la democracia chilena.²¹ En efecto, la vasta mayoría los constitucionalistas chilenos considera al Tribunal Constitucional como un órgano crucial para la protección de los derechos de las minorías y no una entidad que contribuya al déficit democrático de nuestro país (Zapata, 2008).

En contraposición a lo planteado recién, en este trabajo argumentamos que –sin perjuicio de que en condiciones ideales una corte

²⁰ Véase Patricio Zapata (2008), pp.: 395-458.

²¹ Esto último era así con la salvedad de que la mayoría consideraba inaceptable que intervinieran en la designación de sus integrantes un Consejo de Seguridad Nacional con mayoría militar, cuestión que fue resuelta por la reforma constitucional del 2005.

constitucional podría potenciar el sistema democrático— en el contexto de las características específicas que exhibe nuestra carta fundamental, el Tribunal Constitucional juega en la práctica un muy rol problemático desde el punto de vista democrático. En efecto, y tomando en consideración que la corte constitucional chilena vigila que los órganos democráticamente elegidos respeten los quórum exigidos para derogar o modificar leyes de súper-mayoría heredadas de la era autoritaria, y que debe además hacer exigible una carta de derechos sesgada ideológicamente e impuesta unilateralmente por una minoría en dictadura, nos parece que cabe caracterizar al Tribunal Constitucional como el último eslabón de un complejo entramado institucional dirigido a proteger los lineamientos básicos del modelo autoritario, contra el ‘peligro’ que representa la democracia.

Tomando en consideración que el afirmar el carácter de ‘enclave autoritario’ del Tribunal Constitucional chileno es en general contraintuitivo en nuestro contexto jurídico-político, dedicaremos la segunda parte de este trabajo a analizar con detenimiento el proceso y alcances de las reformas introducidas al Tribunal Constitucional. De este análisis se desprende que los parlamentarios involucrados en la expansión de las atribuciones de la corte constitucional no alcanzaron a dimensionar el rol que el Tribunal podía jugar en defensa del orden constitucional heredado de la era autoritaria, lo que explica la profunda desazón que les causó advertir los efectos de la reforma que ellos mismos habían aprobado, cuando en el año 2008 el Tribunal Constitucional comenzó a desplegar con fuerza su poder de veto de legislación y actos administrativos de autoridades elegidas democráticamente.

SEGUNDA PARTE

I. El Tribunal Constitucional en la reforma del 2005.

En la primera parte de este trabajo, analizamos dos de los tres aspectos de la Constitución de 1980 que a nuestro juicio contribuyen al déficit democrático de la misma y que, sin embargo, no fueron corregidos por la reforma constitucional del 2005. En el caso del tercer factor problemático —el carácter y rol que en los hechos juega el Tribunal Constitucional— la situación es peculiar, ya que el constituyente democrático del 2005 no sólo lo dejó en pie, sino que además lo legitimó y aumentó sensiblemente sus poderes, lo cual contribuye a perpetuar los valores y principios que la dictadura militar pretendió ‘congelar’ en la Constitución de 1980. Dada la relevancia de este aspecto del problema, en lo que sigue se analiza en detalle tanto el debate que tuvo lugar durante la

reforma constitucional del 2005 a propósito del Tribunal Constitucional, así como el problemático carácter e impacto que este último está teniendo en nuestro sistema político.

Las reformas constitucionales relativas al Tribunal Constitucional fueron de gran envergadura, al punto que muchos especialistas han sostenido que ellas inauguraron lo que en los hechos es el “tercer” Tribunal Constitucional que ha tenido el país.²² En primer término, y en consonancia con el espíritu general de la reforma del 2005, se eliminó todo rol al Consejo de Seguridad Nacional en la designación de algunos de los integrantes del Tribunal Constitucional. A esta importante (y positiva) reforma se añadió otra de extraordinaria importancia, esto es, el traspaso al Tribunal de las atribuciones que tenía la Corte Suprema en materia de llamado ‘*recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*’. Finalmente, la reforma entregó a este último la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales, expulsando del ordenamiento jurídico normas elaboradas por órganos representativos de la soberanía popular. En síntesis, la reforma que analizamos no sólo eliminó el rol de un organismo controversial en integración del Tribunal Constitucional, sino que además modificó sustancialmente la estructura de la justicia constitucional en Chile, pasando desde lo que los constitucionalistas denominaban un ‘*doble control concentrado*’ (doble, porque antes de la reforma tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional tenían poderes de revisión de la constitucionalidad de las leyes) a una ‘concentración única’, radicada en la corte constitucional.

Para justificar estas modificaciones, se esgrimieron varias razones, destacando aquellas que buscaban transformar al Tribunal en el guardián definitivo y exclusivo de la Constitución, y en el máximo órgano protector de los derechos de las personas²³. A pesar de esta retórica, durante la discusión de la reforma se decidió no entregarle al Tribunal competencia para cautelar derechos fundamentales mediante los recursos de ‘amparo’ y ‘protección’, los que siguen radicados en las Corte de Apelaciones y en la Corte Suprema (que ve las apelaciones a los fallos de protección de las cortes de apelaciones). Sin perjuicio de esta última consideración, tanto la ampliación de las atribuciones del Tribunal Constitucional como los nuevos actores autorizados para acudir a éste para solicitar la inaplicabilidad y/o

²² El ‘primer Tribunal Constitucional’ fue el que existió entre 1970 y 1973, el ‘segundo Tribunal Constitucional’ el del periodo 1980-2005 y el ‘tercero’ el posterior a la reforma del 2005. Tanto Francisco Zúñiga (2005) como Miguel Ángel Fernández (2006) han utilizado esta tipología para caracterizar las tres épocas o momentos del Tribunal Constitucional chileno.

²³ En el sitio web del Gobierno de Chile, se resumen las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional por las reformas del 2005, con un particular énfasis en el rol del TC en materia de derechos fundamentales: “se fortaleció el órgano de *defensa esencial de los derechos fundamentales*: el Tribunal Constitucional, reforzando la supremacía normativa de la Constitución”. Sitio web: <http://www.gobiernodechile.cl/viewEstado.aspx?idArticulo=22484> [visitado el 4 de abril de 2009].

inconstitucionalidad de las leyes (jueces y la ciudadanía en general), suponen un extraordinario fortalecimiento del rol del Tribunal en tanto protector de las garantías constitucionales.

II. El contexto general de la reforma al Tribunal Constitucional.

El consenso alcanzado por las dos coaliciones políticas mayoritarias con ocasión de la reforma constitucional del 2005 buscaba eliminar los enclaves autoritarios más evidentes (en especial, los senadores no elegidos, el exagerado poder del Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas), lo que se pensaba era fundamental para dar por definitivamente concluida la larga política chilena. Dado que éste era el foco que animaba la reforma, la radical transformación del Tribunal Constitucional que finalmente ocurrió (y que expandió considerablemente su poder de control de la constitucionalidad de las leyes, elaboradas por el propio poder legislativo) representó algo completamente imprevisto para los parlamentarios que participaron en la discusión constituyente del 2005. De hecho, la reforma al Tribunal Constitucional que comentamos no fue parte del acuerdo político previo que 'destrabó' los obstáculos que se habían presentado para avanzar en la reforma global a la carta de 1980, sino que fue un tema que se planteó en el Senado cuando la decisión política de avanzar en una reforma constitucional estaba ya tomada. Lo dicho aparece corroborado por lo señalado por el Ministro José Miguel Insulza durante las discusiones de la Comisión:

"Agregó que tratándose de una reforma substancial, el Senado había ido más lejos que la sola substitución de la filosofía autoritaria y había avanzado en centrar la defensa de la Constitución no en órganos político-militares como el Consejo de Seguridad Nacional, sino que en el Tribunal Constitucional, órgano que, como intérprete supremo de la Carta Política, reafirmaría la supremacía constitucional y se constituiría en garante de los derechos de las minorías y de todos en general (...) a su juicio, debería tratarse de una reforma con características específicas, encaminada a reemplazar el núcleo de la filosofía del constituyente de 1980, substituyendo la idea de la democracia protegida por la de la democracia constitucional. Es decir, democracia en cuanto fundada en un régimen político de gobierno de las mayorías, y constitucional en cuanto asentada en el principio de la protección de las minorías y de la defensa de los derechos fundamentales de todos, sin exclusiones. Agregó que los elementos de la democracia protegida que era necesario modificar, eran, fundamentalmente, la tutela militar, la composición no integralmente

democrática del Senado y la existencia de un sistema electoral que debilitaba la participación ciudadana”²⁴.

Como se advierte de lo expuesto por el gran articulador de la reforma, el Ministro Insulza, el Tribunal Constitucional no fue concebido como una de las expresiones de la ‘democracia protegida’ que había que eliminar del ordenamiento constitucional chileno, sino que, por el contrario, como una reforma que profundizaba el carácter democrático de la constitución. Así, una vez eliminadas las manifestaciones del tutelaje militar en materia de la designación de algunos de sus integrantes, el Tribunal Constitucional se erigía como un posible escenario de conflicto entre los diferentes órganos constitucionales que ahora concurrirían a designar a los miembros del Tribunal.

A pesar de este inminente peligro, las reformas al Tribunal fueron finalmente consensuadas a través de vetos presidenciales que zanjaron los posibles desacuerdos que pudieran existir entre ambas cámaras. Este incidente nos da cuenta de la importancia del rol de los expertos en diseño constitucional, especialmente aquellos del poder ejecutivo, para no generar un desequilibrio de poderes producto de las mayores atribuciones. Por esto —y más allá de las pugnas de poder entre ambas cámaras, y entre estas y el Presidente— las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional tuvieron como base las opiniones de los expertos: de aquellos que participaron en la elaboración de las mociones, de los que participaron en la redacción de los vetos presidenciales y, por último, de los que participaron en la Comisión del Senado.²⁵

A continuación, se analiza en las diferentes modificaciones que experimentó el Tribunal Constitucional en sus diversos aspectos a raíz de la reforma del 2005, ejercicio que nos ayudará a entender la forma en que discurrió esta importante reforma.

a.- Integración y perfil del juez constitucional:

Uno de los aspectos centrales en torno a la reforma de nuestra corte constitucional era la eliminación de las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional y de la Corte Suprema en el nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional. Como consecuencia de este diseño, hasta el 2005 cuatro de los siete ministros de la corte constitucional eran nombrados por organismos no generados democráticamente. Gracias a la

²⁴ El énfasis es nuestro. Palabras de José Miguel Insulza, Ministro del Interior, citadas en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

²⁵ Sólo respecto de estos últimos existe certeza de sus identidades. En efecto, fueron invitados a emitir sus opiniones en la Comisión del Senado las siguientes personas: Juan Colombo, entonces presidente del Tribunal Constitucional; Eugenio Valenzuela, entonces ministro del Tribunal Constitucional; y Miguel Otero, ex congresista y profesor de Derecho Procesal.

reforma del 2005 –como lo subraya Eduardo Aldunate— se pasó de 5/7 de los ministros del Tribunal elegidos por órganos sin legitimidad democrática a 7/10 elegidos por órganos generados por sufragio popular.²⁶

A diferencia del gran consenso que existía en torno a la modificación de los órganos llamados a designar a los miembros del Tribunal, en materia de quiénes debían integrar el mismo se generaron opiniones divergentes, sobre todo al interior de la Comisión del Senado. Ello queda en evidencia cuando se constatan las grandes diferencias que existían entre las dos mociones al respecto. Así, por ejemplo, en la moción de la Alianza se mantenía a los ministros de la Corte Suprema entre los integrantes del Tribunal y se terminaba con el nombramiento directo de ministros por parte del Presidente. Por otra parte, el proyecto original de la Concertación eliminaba a los ministros de la Corte Suprema como candidatos al Tribunal, manteniendo por otra parte el poder de elección del Presidente, además de incorporar a la Cámara de Diputados en el nombramiento de ministros.

En torno a la integración del Tribunal Constitucional, el trabajo de la Comisión estuvo dominado por una creencia firmemente arraigada en la cultura legal chilena, que determina una relación de subordinación de la política respecto al derecho. En este sentido se puede decir que este es uno de los elementos de continuidad entre el Tribunal Constitucional de 1980 y el del 2005. En efecto, de la lectura de las actas de la ‘Comisión de Estudios para la Nueva Constitución’ (la ‘Comisión Ortúzar’, que fue la que estuvo a cargo del grueso de la elaboración de la Constitución de 1980) y de la Ley N° 20.050, que contiene las reformas constitucionales del 2005, puede inferirse que se repitieron los argumentos referentes a que los jueces constitucionales debían ser ‘jurídicos’ y ‘no políticos’, ya que la labor del Tribunal Constitucional era una cuestión eminentemente técnico-jurídica y no política.

Para Fernando Atria, esto corresponde a una visión que él denomina “legalismo” en la relación entre el derecho y la política, en que el “*primero es manifestación de la justicia y la razón, mientras que la segunda es manifestación de la pasión y el interés*”²⁷. En efecto, la aproximación que comentamos parece haber dominado no sólo la discusión de las últimas reformas constitucionales en lo que se refiere al perfil de los ministros del Tribunal Constitucional y a la forma de su designación, sino que también respecto a los efectos de las decisiones de este último. Para ello, es ilustrativo revisar un ejemplo notado por Atria respecto a la forma de designación de los ministros y la dignidad del desacuerdo cuando comenta las propuestas vertidas en la Comisión del Senado:

“(...) el desacuerdo de una cámara política (que el legalismo imputa a pasión e interés) no merece respeto, pero sí lo merece el desacuerdo de

²⁶ Véase Eduardo Aldunate (2005), p. 68.

²⁷ Véase Fernando Atria (2002), p.: 419.

un cuerpo judicial (porque es razón y justicia). En efecto, la Corte Suprema elige sus tres integrantes por mayoría simple en dos votaciones, mientras el Senado debe elegir los tres suyos en tres votaciones con un quórum exageradamente alto (dos tercios). Esto implica que la (simple) mayoría de la Corte puede designar dos integrantes del Tribunal a su voluntad, pero la minoría también tendrá esa oportunidad (aunque sólo podrá, probablemente, designar un integrante). Así se garantiza que el desacuerdo que pueda haber en el seno de la Corte Suprema, sobre cómo debe interpretarse la Constitución, tendrá manifestación en la integración del tribunal. El desacuerdo de los ministros de la Corte le merece, a la Comisión del Senado, respeto. Distinta es la cuestión tratándose del desacuerdo entre los senadores. Aquí se exige al menos dos tercios de los votos para elegir cada uno de los integrantes del tribunal, con lo cual la decisión de los senadores nunca podrá representar las aspiraciones de la mayoría. Esta siempre deberá negociar con la minoría para obtener el exagerado quórum previsto por la Comisión. El desacuerdo de los senadores, a diferencia del de la Corte Suprema, no merece a la Comisión ningún respeto, y ésta carga al Senado con la obligación de eliminar ese desacuerdo antes de elegir a los integrantes del tribunal”²⁸.

Lo paradójico de todo esto es que, durante las discusiones en la Comisión del Senado, los miembros de los órganos político representativos (esos que actúan, conforme a la lógica del legalismo, sobre la base de su pasión e interés) fueron los actuaron buscando limitar su propio poder (por ejemplo, en el caso de las atribuciones en materia de contiendas de competencia entre tribunales superiores y autoridades políticas o administrativas²⁹), mientras los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales (es decir, los que el legalismo representa guiados por la justicia y la razón) se disputaron entre sí cada cuota de poder que estaba en juego.³⁰ De hecho, a tal grado llegó esta pretensión por retener o aumentar los poderes propios, que los ministros del Tribunal Constitucional que integraban también la Corte Suprema (con una excepción) se alinearon con ésta en cada de una de las opiniones respecto a las modificaciones propuestas. Producto de estas maniobras, finalmente la Corte Suprema logró retener su ingerencia en la designación de tres de los diez integrantes

²⁸ Ibid., 423.

²⁹ Así, por ejemplo, Hernán Larraín, comentando esta modificación, señala: “Pienso que además constituiría un buen testimonio de que el Senado posee la capacidad necesaria para reducir sus atribuciones, si estima en determinados casos que alguien puede desempeñarlas de mejor modo. Demostraría así que el afán de contar con mayores facultades no es algo que promueva el interés del Senado, sino que realmente se persigue que aquellas atribuciones se ejerzan de la mejor forma posible por la institución más adecuada. Ésa ha sido, me parece, la opinión que ha primado en las Comisiones que estudiaron la materia, y por eso opinamos que se trata de una modificación de mucho interés para el futuro si es que se presentan estas contiendas, y tiende a que se constituya un órgano más adecuado para resolver el tipo de conflictos en cuestión” (Legislatura 350ª, sesión 10ª).

³⁰ Ibid., 426.

del Tribunal Constitucional, algo de por sí problemático, ya que no puede descartarse que en el futuro se produzcan conflictos entre este último y la anterior. Complicando aún más las cosas el procedimiento mediante el cual la Corte Suprema designa a integrantes del Tribunal Constitucional ha demostrado ser muy opaco, a pesar de que formalmente se hace por concurso público.³¹

Lamentablemente, la falta de transparencia que acusamos respecto de la designación de los integrantes del Tribunal Constitucional realizada por la Corte Suprema se repite en el caso de las designaciones que corresponde a los ministros nombrados por el Senado, por la Cámara de Diputados y por el Presidente. Lo afirmado aquí no puede subestimarse. Si se toma en cuenta que los miembros del Tribunal Constitucional tienen la última palabra respecto al significado de la carta fundamental, la opacidad que caracteriza el nombramiento de sus integrantes representa un problema de proporciones.

b) Las atribuciones del Tribunal Constitucional

En cuanto a las atribuciones otorgadas al Tribunal Constitucional, ambas mociones le entregaban mayores poderes. Además, existía un consenso en torno a pasar de un 'doble control concentrado de constitucionalidad' a una 'concentración única' de competencia. La mayor parte de los argumentos para establecer un monopolio del control constitucional en el Tribunal Constitucional se fundaron en la necesidad de modernizar la justicia constitucional, con el objeto de generar mayor seguridad jurídica en la ciudadanía³². Se pretendió, por tanto, generar un nuevo 'sistema' de control de constitucionalidad que acabara con la ambigüedad que exhibía el sistema anterior, en que el Tribunal Constitucional compartía con la Corte Suprema el rol de custodio de la

³¹ Estoy en deuda con el profesor Francisco Zúñiga por haberme alertado acerca de este punto.

³² La mayor parte de los senadores estimaba necesario acabar con la confusión que producía esta competencial constitucional dual. Se estimaba necesario que, si el nuevo TC se erigiría en el guardián supremo de la Constitución, existiera absoluta certeza para la ciudadanía respecto de la protección de sus derechos. Por ello, el nuevo diseño institucional del TC debía estar acorde con este nuevo rol, ahora reforzado. Así lo señalan, en distintas formas, los senadores Diez ("*buscar la forma de dotar a las personas de mecanismos que les dieran absoluta garantía del respeto a la Constitución y, por consiguiente, de sus derechos. En tal virtud, la Comisión efectuó un profundo estudio de las modificaciones que debía introducir a las normas que regulan la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional, órgano naturalmente llamado a erigirse en garantía de la vigencia de la Carta Fundamental*", legislatura 345ª, sesión 16ª, miércoles 14 de noviembre de 2001), Silva Cimma ("*el diseño hasta ahora vigente es insuficiente para cumplir el rol básico encomendado al Tribunal Constitucional*", legislatura 345ª, sesión 19ª) y Boeninger ("*la definición más precisa de la justicia constitucional se logra con la eliminación de la dualidad actual entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, concentrando tal función en el primero. Ello aumenta la certeza jurídica y, en definitiva, permite tener mayor claridad respecto de los recursos judiciales que en cada caso corresponda interponer. Ésta es, naturalmente, una materia de interés para todos los ciudadanos*", legislatura 345ª, sesión 19ª).

constitución, esquema que generaba efectos perjudiciales para la protección de los derechos de las personas.

De todos modos, y como lo señala Rodrigo Correa “(...) sería prematuro afirmar o negar que la Constitución tenga un ‘sistema’ de control de constitucionalidad. La respuesta dependerá en buena medida de lo que el Tribunal haga con las potestades que se le han confiado”³³. Para Correa, el Tribunal deberá enfrentar los desafíos que le plantean las relaciones entre el control abstracto preventivo y el control represivo, ahora en manos de una misma corte constitucional. Así, por ejemplo, pierden sentido las reservas de interpretación, mediante las cuales el Tribunal intentaba influir en la aplicación de una ley sobre la cual perdía todo control posterior. En todo caso, la forma en que administre estas potestades en el futuro nos darán la respuesta a la pregunta por la forma en que opera el nuevo ‘sistema’.

Del mismo modo, habrá que ver cuál será el lugar que les corresponderá, en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ahora conoce el Tribunal Constitucional, a los vicios de inconstitucionalidad de forma y fondo, cuestión que aún no aparece suficientemente zanjada, habida cuenta que, como lo sostiene Rodrigo Correa, hasta el momento: “el Tribunal Constitucional ha tenido una marcada preferencia por concentrarse en aspectos procedimentales. Si esta preferencia llegara a reflejarse en el control concreto, pondría gravemente en riesgo la estabilidad de la ley”³⁴.

Tanto o más importante que lo señalado precedentemente, es que la reforma del 2005 otorgó poderes sin precedentes en la historia constitucional chilena a un órgano jurisdiccional, al introducir un mecanismo para expulsar del ordenamiento legal una norma vigente (esto es, declararla inconstitucional con efectos generales). Esta importantísima nueva atribución del Tribunal Constitucional fue propuesta por la propia coalición de gobierno.³⁵

En el debate que se produjo respecto de esta propuesta en la comisión del Senado, los argumentos esgrimidos por los expertos invitados nuevamente gozaron de una considerable atención por parte de los senadores. De acuerdo al debate registrado, es claro que la opinión que gozó de mayor aceptación fue la ofrecida por el respetado ex ministro del

³³ Véase a Rodrigo Correa (2005), p: 85.

³⁴ Idem.

³⁵ La moción de la Concertación que comentamos, aparte de entregarle al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos particulares, incorporaba un nuevo N° 14 a las atribuciones del Tribunal: “Resolver las cuestiones de inconstitucionalidad cuando sea requerido por cualquier órgano judicial de oficio o a petición de parte respecto de materias que aquel esté conociendo y antes de que se dicte sentencia, cuando se considere que un precepto legal aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo o resolución judicial, pueda ser contrario a la Constitución”.

Tribunal, Eugenio Valenzuela, quien propuso que en lugar de permitir la inmediata declaración de inconstitucionalidad de una ley con efectos generales, se estableciera que primero debía declararse la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma (con efectos para el caso determinado) y sólo entonces solicitarse la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales (que expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico la norma legal cuestionada).³⁶ La propuesta de Valenzuela se fundaba en que las modificaciones al Tribunal Constitucional no debían ser bruscas, sino proceder mediante pequeñas adecuaciones que fueran modernizando gradualmente la justicia constitucional. En el esquema propuesto por Valenzuela, las mayores atribuciones otorgadas al Tribunal Constitucional no implicaban que este órgano fuera a transformarse en un súper poder.

En todo caso, de los argumentos complementarios ofrecidos por Valenzuela, el que concitó mayor adhesión fue el referido al fracaso de la praxis constitucional del recurso de inaplicabilidad en manos de la Corte Suprema. Para ello, trajo a colación *“la opinión de diversos tratadistas sobre la necesidad urgente de que este recurso sea sustraído de la Corte Suprema y entregado al Tribunal, así como estadísticas según las cuales más o menos el 60% de los recursos de inaplicabilidad en la Corte terminan en el archivo de los antecedentes, simplemente porque las partes no les dieron movimiento. Además, informó que la idea de la C.E.N.C. [Comisión de Estudios de la Nueva Constitución] fue mantener tal cual el recurso de inaplicabilidad en la Corte Suprema, agregando que sí esta, después de tres fallos consecutivos declaraba inaplicable un precepto, podría declarar con efectos generales la ilegitimidad de la respectiva ley”*³⁷.

La prudente propuesta de Valenzuela chocó con la más audaz que defendía el también miembro del Tribunal Constitucional, Juan Colombo, en una de las pocas diferencias de opinión que tuvieron en el seno de la comisión. Colombo sostuvo que el Tribunal Constitucional debía estar autorizado a expulsar de inmediato las normas del ordenamiento jurídico que considerara violatorias de la constitución, sin esperar a que primero fueran declaradas inaplicables. No aceptar esa solución, razonaba Colombo, implicaba vulnerar la garantía de igualdad ante la ley. Citando a Chiovenda, el anterior defendió su propuesta diciendo: *“En efecto, al resolver dentro del concepto Chiovendano, el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, resolviendo el asunto sometido a su jurisdicción y al resolver, hace prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado”*³⁸.

³⁶ Las opiniones de Eugenio Valenzuela se consignan en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

³⁷ Emilio Pfeffer (2005), p.: 406.

³⁸ Véase Juan Colombo Campbell (2005), p: 557. Estas mismas palabras se repiten en el considerando 9º, incluido en el título II (sobre la ‘Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para

El pasaje que acabamos de transcribir tiene la virtud de expresar en forma nítida la concepción del rol del Tribunal Constitucional que subyacía a la propuesta de Colombo (que, incidentalmente es actualmente el Presidente del mismo). Para este último, con la reforma constitucional del 2005 el Tribunal Constitucional se transformó, literalmente, en un órgano colegislador, que sustituye la voluntad del órgano controlado, es decir del Congreso Nacional y del Presidente que concurre a aprobar una propuesta de ley aprobada por el legislativo.

Continuando con la importante nueva atribución otorgada al Tribunal Constitucional, es importante recordar que el proyecto aprobado por el Congreso exigía que la cuestión de inconstitucionalidad se tratara en la misma sentencia que la inaplicabilidad. Sin embargo, el ejecutivo, mediante el veto n° 18, advirtió sobre la necesidad de separar ambas etapas para que entre el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad existiera un espacio de deliberación democrática que, además, respetara el debido proceso constitucional. El veto en cuestión señalaba: *"Una de las innovaciones más significativas de la reforma constitucional, es la institución de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales que resulten contrarios a la Constitución. El veto N° 18 sólo tiene por objeto hacer una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento. La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse "en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal"*.

El veto que analizamos fue aceptado de inmediato por el Congreso, con lo que el nuevo precepto dispone que sólo una vez que se dicta una sentencia de inaplicabilidad, surge la acción popular de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad del TC para declararla de oficio. De acuerdo a Humberto Nogueira, esto *"posibilita la intervención de los órganos constitucionales concernidos, como son el Presidente de la República y ambas Cámaras del Congreso Nacional, las que podrán apersonarse en el procedimiento en cuanto órganos colegisladores, dando a conocer sus razonamientos y fundamentos sobre la constitucionalidad del precepto legal aprobado por ellas y aún vigente, todo ello dentro de normas que garanticen un debido proceso constitucional"*³⁹. Por lo señalado, podemos concluir que el Senado no estaba consciente de los efectos contra-mayoritarios (o antidemocráticos) que se derivaban de las normas aprobadas por ellos mismos. En efecto, estaban otorgándole un mayor poder al Tribunal Constitucional mientras que se auto-limitaban la posibilidad de participar en un procedimiento que tiene como conclusión un efecto tan grave como la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico.

conocer del requerimiento') de la sentencia rol n° 591-06, redactado por Colombo. Disponible en sitio web: www.tribunalconstitucional.cl [visitado el 7 de abril de 2009].

³⁹ Véase Humberto Nogueira (2005), pp.: 599-600.

En cuanto a las expectativas sobre este nuevo 'sistema' de control de constitucionalidad, Francisco Zúñiga planteó en sus comentarios a la reforma constitucional que el híbrido "*inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad*", generará efectos en el comportamiento estratégico de los senadores. En términos prospectivos, avizoraba un efecto positivo sobre una eventual 'política de constitucionalidad'. De acuerdo a Zúñiga, los parlamentarios incorporarán la variable constitucional al discutir las leyes: "*En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una 'política de constitucionalidad' en que la constitucionalidad de las leyes, como nos dice Jiménez Campo 'no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo de los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal' ".⁴⁰ Como se advierte de lo planteado por Francisco Zúñiga, con el reforzamiento de los poderes de revisión de constitucionalidad de las leyes del Tribunal Constitucional, este se constituyó en un actor clave de la política chilena, con el que los poderes elegidos democráticamente tendrán que lidiar, so pena de correr el riesgo que sus decisiones sean declaradas inconstitucionales.*

⁴⁰ Véase Francisco Zúñiga (2006), p.: 148. Esta política de constitucionalidad puede analizarse en términos puramente estratégicos. En otras palabras, este análisis supone que los actores electos, puesto que pueden incurrir en costos asociados con la impugnación de una decisión producida por un Tribunal, pueden tener la voluntad de tolerar una política que no esté en sus puntos ideales. Véase Lee Epstein, Jack Knight y Olga Shvetsova (2008).

Conclusión

Como lo señalábamos en la Introducción, al aproximarse el Bicentenario del país como estado independiente se ha instalado un importante debate acerca de nuestro arreglo constitucional, que es el que define el marco institucional de la política, la economía y la sociedad. Quienes han impulsado esta discusión, sostienen que a pesar de las numerosas e importantes reformas de que ha sido objeto, la constitución impuesta por la dictadura militar en 1980 continúa siendo un obstáculo para el desarrollo de nuestra democracia. Para los anteriores, los importantes avances democráticos que sin duda ha experimentado el país en las últimas dos décadas se han producido *a pesar* de una constitución que sigue exhibiendo rasgos autoritarios, *y no gracias a ella*.

En este trabajo, se han abordado los elementos centrales que a nuestro juicio hacen urgente el realizar una reforma profunda de la carta constitucional vigente. Específicamente, señalamos que se deben eliminar todos aquellos aspectos de la misma que se alinean con la filosofía política de la 'democracia protegida', que animó al constituyente de 1980. Estos incluyen, en primer término, las leyes de súper-mayoría (en particular, las leyes 'orgánicas-constitucionales'), que en la práctica han operado como una suerte de 'constitución en la sombra'. Esta tipo de leyes –en combinación con el sistema electoral binominal— le otorgan un verdadero poder de veto a los herederos políticos de la dictadura militar, lo que ha contribuido a perpetuar buena parte de las opciones de política pública de la dictadura y a consolidar la profunda desconfianza del régimen militar respecto de la capacidad de autodeterminación democrática del pueblo. Asimismo, consideramos que se debiera revisar la declaración de derechos fundamentales de la carta vigente, porque ella en los hechos constitucionalizó el sesgo neoliberal que tuvo el constituyente autoritario, lo que aparece expresado en muchas disposiciones hostiles a la acción del estado en la economía y en un pobre reconocimiento de los derechos económicos y sociales. Finalmente, sostenemos que –en el contexto de una constitución con las características recién anotadas— el Tribunal Constitucional juega en la práctica el rol de protector final de un diseño que aliena a buena parte de la población. Por lo dicho, debiera revisarse su rol y atribuciones, de manera que sea una entidad que potencie el sistema democrático y no uno que contribuye a atarlo a un orden constitucional elaborado por una minoría en la era autoritaria.

Ante este escenario de déficit democrático de nuestra carta fundamental, un grupo creciente de constitucionalistas y cientistas políticos han planteado la necesidad de darnos un nuevo arreglo constitucional para el Bicentenario. Esta idea debe ser bienvenida, pero será sumamente difícil de implementar, entre otras razones por el efecto de los propios amarres que se han analizado en este trabajo. Dicho eso, y aún cuando se abrieran

oportunidades de reforma, el estudio de la realizada en el año 2005 sugiere que este tipo de procesos debieran ser ejecutado de manera tal que garanticen mayores niveles de participación y deliberación pública, lo que pensamos contribuirá a que se tenga mayor conciencia de las consecuencias de las reformas que se adopten.

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate, Eduardo, "El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley 20.050", en Francisco Zúñiga (Coordinador) Reforma Constitucional (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 67-79.

Atria, Fernando, "Participación y Alienación política en Chile". En: Revista Mensaje Vol. 57, n°. 575, 2008, pp. 8-11.

Atria, Fernando, "¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista", En: Ius et Praxis año 8, n°1, 2002, pp. 419-427.

Boeninger, Edgardo, Políticas Públicas. Institucionalidad y Experiencia Chilena 1990-2006 (Santiago: Uqbar Editores, 2007).

Caamaño, Eduardo & Ugarte, José Luis, Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Una aproximación crítica (Santiago: Legal Publishing, 2008).

Carrasco, Sergio, "La Constitución Política de la República de Chile de 1980 y su reforma", en Francisco Zúñiga (Coordinador) Reforma Constitucional (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 93-101.

Cea, José Luis, "Introducción", en: Francisco Zúñiga (Coordinador) Reforma Constitucional (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 19-30.

Centro de Derechos Humanos, "Simposio: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile", en: Anuario de Derechos Humanos, Santiago, 2006, año 2.

Colombo, Juan, "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia", en Francisco Zúñiga (Coordinador) Reforma Constitucional (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 551-592.

Congreso Nacional de Chile, Tramitación de Proyectos, Boletín Legislativo. Disponibles en sitio web: www.bcn.cl

Correa, Rodrigo, "Simposio: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile", en Anuario de Derechos Humanos (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006). p. 85.

Couso, Javier & Tohá, Carolina, "El sistema político chileno y sus desafíos: Un nuevo arreglo constitucional para el Bicentenario", en El Chile del Bicentenario (Ediciones Universidad Diego Portales, en prensa, 2008).

Epstein, Lee; Knight, Jack & Shvetsova, Olga, "El papel de los Tribunales Constitucionales en el establecimiento y mantenimiento de la democracia", en Tribunales Constitucionales y Democracia (México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008), pp. 489-548.

Fernández, Miguel Angel, "La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho", en *Estudios constitucionales* (Año 4, N° 1, 2006);

Garretón, Roberto, véase el sitio web: www.asambleaconstituyente.cl

Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

Huneus, Carlos, *El Régimen de Pinochet* (Santiago: Sudamericana, 3ª ed., 2006).

Lagos, Ricardo, "Una constitución para el bicentenario", en Francisco Zúñiga (Coordinador) *Reforma Constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 19-30.

Moulian, Tomás, *Chile Actual: La anatomía de un mito* (Santiago: Lom ediciones, 1997).

Nogueira, Humberto, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de su sentencia", en Francisco Zúñiga (Coordinador) *Reforma Constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 593-626.

Pfeffer, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005* (Santiago: Editorial Jurídica, 2005).

Ruiz-Tagle, Pablo & Cristi, Renato, *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago: Lom ediciones, 2006).

Salazar, Gabriel, *Construcción del Estado en Chile: democracia de los pueblos, militarismo ciudadano y golpismo oligárquico, 1880-1837* (Santiago: Sudamericana, 2006).

Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional: Teoría y Práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008).

Zúñiga, Francisco, *Control de Constitucionalidad y Sentencia* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2006).

Zúñiga, Francisco, "Reforma Constitucional: Democracia y Estado de Derecho", en Francisco Zúñiga (Coordinador) *Reforma Constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 33-63.