



*Fernando Atria Lemaitre*

# Sobre el Tribunal Constitucional y la Nueva Constitución

*Fernando Atria Lemaitre<sup>1,2</sup>*

## I. Introducción

Este artículo discute el problema del Tribunal Constitucional desde la óptica de la nueva Constitución. Para eso, intenta en la primera sección mostrar cómo la configuración actual del Tribunal Constitucional es parte de los dispositivos creados por la Constitución tramposa para vaciar de contenido la política democrática. Esto ha sido cuestionado por quienes afirman que el origen de ese órgano no es la Constitución tramposa, sino el órgano del mismo nombre creado en 1970. La finalidad de la primera sección es mostrar que esto es incorrecto, y que es una afirmación absurdamente formalista conforme a la cual el hecho de que ambos órganos (el creado en 1970 y el creado en 1980) se llamen igual implica que son lo mismo. Al contrario, al mirar con detalle su configuración puede observarse que donde el Tribunal de 1970 existía para facilitar la política democrática, el de 1980 existe para impedirla.

Luego, en la segunda y tercera secciones, quiero mostrar que parte de las

---

<sup>1</sup> Doctor en derecho de la Universidad de Edimburgo, licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, actualmente es académico de la Universidad de Chile y Presidente del partido político en formación Fuerza Común y de la fundación “La Casa Común”. Sus principales áreas de interés dicen relación con la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional.

<sup>2</sup> Este artículo resume un argumento más largo contenido en Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional” y en Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”. Esa versión más extensa cuenta con el aparato bibliográfico requerido, del que aquí aparece solo lo mínimo. Agradezco la colaboración de Rocío Lorca.

Atria, F.: “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, en 6 Derecho y Crítica Social (2020), pp. 114-160.

———: “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”, en 6 Derecho y Crítica Social (2020), pp. 161-215

patologías de un tribunal que ha resultado ser tóxico para el principio democrático se explican por una doctrina constitucional que ha aceptado enteramente los términos de la Constitución tramposa, en particular su desconfianza de la democracia y su intento por neutralizarla. Esto no se observa en las declaraciones, por cierto, en las que todo constitucionalista que se precie afirma su incondicional compromiso democrático. Pero que no se aprecie en las declaraciones no implica que no sea realidad: la doctrina constitucional no ha sido capaz de identificar los problemas en el Tribunal Constitucional y sugerir soluciones que tiendan a reforzar el principio democrático, sino al contrario: o es indiferente a lo que arriesga el principio democrático, o busca reformas que agudizarían aún más el problema.

En estas condiciones, hay que pensar seriamente en la posibilidad de abolir el Tribunal Constitucional. Esto no solo por las razones que observamos en su operación en Chile cada día (al escribir estas líneas se acaba de anunciar que el tribunal ha acogido, por empate de votos y voto dirimente de su Presidenta, el requerimiento en contra de la reforma constitucional que autoriza el retiro de los fondos previsionales, rol 9797), sino también por lo que muestra la experiencia de otros países. Es que, contra su intención original, el control del órgano con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decisiones de otros órganos ha mostrado ser el camino actual hacia el poder total. Este es el tema de la cuarta sección.

Pero aunque a mi juicio un órgano como el Tribunal Constitucional debe ser abolido, es importante no olvidar lo ya afirmado en la primera sección. La cuestión no es de nombres, no se trata de abolir cualquier cosa llamada "Tribunal Constitucional". Por consiguiente, incluso si esa opinión no fuera aceptada y la nueva Constitución creara un nuevo Tribunal Constitucional, hay espacio para discutir sobre cómo configurarlo de modo de evitar que se transforme en una Tercera Cámara de modo que su control sea el camino hacia el poder total. Eso es discutido en la quinta sección.

En la sección final, vuelvo sobre el tema de la doctrina constitucional y explico el sentido en el que, a mi juicio, lo que ahí se denomina un "*paradigma constitucional*" es el complemento necesario de un texto constitucional. Ese paradigma es un conjunto de ideas que sirve de trasfondo a toda la discusión constitucional. En el caso de la Constitución tramposa, ese paradigma, de-

fendido tanto por la doctrina conservadora como por la “*progresista*”, asume la neutralización de la democracia y buscar realizarla; la nueva Constitución necesita acabar no solo con la Constitución tramposa, sino también con su paradigma, y reemplazar al segundo por uno con compromiso democrático.

## II. El Tribunal Constitucional de la Constitución tramposa y el de 1970

Para discutir con provecho sobre el Tribunal Constitucional, debemos evitar el formalismo de creer que todo lo que se llama igual es lo mismo. Esta es la idea detrás de la tesis de que el Tribunal Constitucional chileno no fue creado en 1980, sino en 1970: ambos se llaman igual, por lo que han de ser lo mismo.

La realidad es bien diversa: no cualquier cosa llamada “*Tribunal Constitucional*” es lo mismo y se relaciona con la política y la Constitución del mismo modo. Esto no es una cuestión puramente académica, y puede mostrarse atendiendo a la configuración y facultades de lo que hoy existe y lo que fue creado en 1970. El Tribunal Constitucional de 1970 se creó con la finalidad de crear un árbitro que pudiera solucionar un problema que se había sentido ya por algunas décadas en el régimen presidencial chileno: cuando el Presidente y el Congreso interpretaban de modo diverso sus potestades y competencias (en cuestiones como la extensión de la iniciativa exclusiva, la calificación de un veto presidencial como sustitutivo o aditivo, etc.), no había modo de solución y el proceso político quedaba en una *impasse*. Fue para crear un modo institucional de destrabar este *impasse* y permitir la continuación del proceso político por lo que se creó lo que entonces se denominó “*Tribunal Constitucional*”.

Esta no es una mera afirmación académica, es algo que tiene consecuencias respecto del modo en que el Tribunal estaba configurado. Como se trataba de destrabar un *impasse*, la condición necesaria para la intervención del Tribunal era que existiera un conflicto de esos que podrían generar tal *impasse*. Por eso el Tribunal solo adquiriría competencia para pronunciarse sobre un asunto si era para ello requerido por alguno de los órganos en cuestión, el Congreso o el Presidente de la República; que ninguno de esos órganos requiriera, eso mostraba que no había conflicto que arbitrar, y no habiendo conflicto que

arbitrar no había razón para que el Tribunal Interviniera; por consiguiente sin requerimiento el Tribunal no tenía competencia.

Esto quiere decir que la existencia del Tribunal no implicaba siquiera en principio que el Tribunal era el “*intérprete supremo*” de la Constitución: quienes tenían la facultad de interpretar y desarrollar la Constitución en un sentido u otro eran el Presidente y el Congreso, es decir, los órganos con legitimación democrática directa. En la medida en que esa evolución no suscitara un conflicto que llegara por decisión de alguno de estos órganos al Tribunal, el significado de la Constitución quedaba entregado a la política democrática y no a la decisión unilateral del Tribunal Constitucional. Como puede verse, el sentido del Tribunal Constitucional no era fijar límites a la política democrática, sino permitir que la política democrática continuara y se fuera fijando ella mismas sus límites.

El Tribunal Constitucional de 1980 responde a una lógica fundamentalmente distinta. Él existe no para arbitrar conflictos entre poderes, sino para proteger la Constitución incluso sin conflicto. La Constitución de 1980 sospecha de la democracia, como no lo hacía la de 1925. Y eso se manifiesta claramente en la configuración institucional del Tribunal Constitucional. De nuevo, no estamos hablando de puras cuestiones teóricas o conceptuales, sino de algo que puede observarse a partir de la regulación del Tribunal Constitucional. Es a mi juicio extraordinario que la reflexión constitucional bajo la Constitución tramposa no haya hecho de esta diferencia una cuestión central, y afirme sin más la continuidad entre los órganos creados en 1970 y en 1980 con el mismo nombre.

Desde 1980, lo que se llama “*Tribunal Constitucional*” tiene una competencia que es prácticamente única en el contexto comparado y que ciertamente se distingue de la competencia del Tribunal de 1970: puede (debe, en realidad) pronunciarse sobre proyectos de ley sin que se haya suscitado conflicto alguno entre las cámaras y el Presidente de la República. Esto es lo que se llama el control preventivo obligatorio. Esta competencia está en el N°1 del artículo 93 del texto constitucional, conforme al cual una de las atribuciones del Tribunal Constitucional es ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias

propias de estas últimas, antes de su promulgación. Para ejercer esta competencia, el texto constitucional impone al Congreso la obligación de remitir el proyecto al Tribunal una vez que haya sido aprobado: la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso (art. 93 inc. 2º).

Este es un control que no supone requerimiento, una competencia que se refiere a cierto tipo de leyes, a las que la Constitución llama "*leyes orgánicas constitucionales*".

Es evidente que lo que justificaba la existencia del Tribunal de 1970 no sirve para explicar la del Tribunal de 1980. Aquí no ha habido un conflicto entre poderes, tampoco entre la mayoría y la minoría de alguna de las cámaras. Se trata de un proyecto de ley que ha sido aprobado sin suscitar objeciones de constitucionalidad por ambas cámaras, y a pesar de eso debe ser revisado por el Tribunal Constitucional. Es claro, entonces, que el sentido de la intervención del Tribunal no es destrabar un impasse, sino tiene que ser algo distinto. Esto llama a la pregunta: cuando el Tribunal interfiere sin ser requerido, ¿Qué es lo que se está protegiendo? y ¿De quién?

La respuesta no es misteriosa: está protegiendo la Constitución, y la protege de la política democrática. Esta respuesta lo cambia todo: la relación entre el Tribunal Constitucional, la Constitución y la política; el tipo de órgano del que estamos hablando, y la naturaleza de la Constitución.

Esta es una manifestación del problema fundamental de la Constitución de 1980: es una Constitución diseñada no para realizar sino para neutralizar la política democrática. Y como es una Constitución que es en este sentido contraria al principio democrático, ella requiere una vinculación entre la Constitución y la política como la que hemos identificado en la diferencia entre el Tribunal Constitucional de 1970 y el de 1980. Es decir, una Constitución que pretende neutralizar el poder de la política democrática no puede quedar entregada al modo en que esa misma política la entiende, y necesita de un guardián que vele por esa neutralización cada vez que la política pretenda impugnarla.

En la discusión constituyente suele indicarse que el problema fundamental

de la Constitución de 1980 es su origen: como fue dada por una dictadura en un plebiscito fraudulento, el fraude inicial vicia todo lo que viene después. A mi juicio esta explicación del problema de la Constitución de 1980 es errada; después de todo, muchas constituciones en Chile y en el mundo tuvieron un origen objetable pero con el tiempo fueron aceptadas. La pregunta interesante de la Constitución de 1980 es por qué 30 años de práctica política democrática no fueron capaces de solucionar el problema de origen, cómo es que fue imposible para el pueblo apropiársela progresivamente a través de la política democrática.

A esta pregunta, mi respuesta es precisamente la manera en que la Constitución se enfrenta a la política democrática, uno de cuyos momentos más transparentes es la competencia del Tribunal Constitucional como ya hemos visto. En la medida en que una Constitución se entiende como una decisión que configura una política democrática, de modo que su contenido es desarrollada por esa política, es a través de ella que el pueblo se la va apropiando. Así, por ejemplo, la práctica democrática en principio podría haber ido reduciendo la significación de las leyes orgánicas constitucionales y la violación del principio democrático que ellas significan, por la vía de interpretar de modo cada vez más restrictivo su ámbito competencial. Esto es lo que el Tribunal Constitucional actual hace imposible, precisamente porque dada su configuración ya explicada es difícil que no se entienda como el defensor de la Constitución frente a la política. Cualquier intento de la política de desarrollar el contenido de la Constitución en un sentido en vez de otro será visto, desde el Tribunal Constitucional, como un intento de “burlar” la Constitución, y será declarada ilícita. De este modo el Tribunal Constitucional aseguró que la heteronomía de la imposición original haya sido perenne, imposible de solucionar a través de la política, de modo que para superarla fue necesario esperar hasta que la Constitución produjo una deslegitimación de la política tan aguda que estalló.

### **III. Una doctrina constitucional ciega y carente de compromiso democrático**

En general, una discusión habitual en los países en los que hay jurisdicción constitucional se refiere a lo que suele llamarse la objeción contra mayori-

taria (esta no es la mejor manera de describirla, pero no haremos tema de eso aquí<sup>3</sup>). Con esto no estoy diciendo que en esos países hay un consenso contra la jurisdicción constitucional (no es el caso, aunque mi impresión es que eso está empezando a cambiar, aunque también dejaremos eso de lado ahora). Pero la jurisdicción constitucional en esos países se sabe en discusión, se sabe cuestionada. Eso no vale para Chile: hasta hace un par de años esa discusión era prácticamente inexistente. La academia constitucional no se tomaba en serio el problema de la jurisdicción constitucional, y celebraba la existencia del Tribunal de modo totalmente irreflexivo.

Ese país en el cual la academia nunca se tomó en serio el problema de la compatibilidad entre control constitucional y democracia es el mismo que tenía la dudosa distinción de que la transición a la democracia se dio en los términos y con la supervivencia de la Constitución dada en dictadura; adicionalmente, dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional eran designados por un “*Consejo de Seguridad Nacional*” de ocho miembros que incluía a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y el director general de carabineros. Fue con esa Constitución y con ese Tribunal Constitucional (cuya composición cambió en 2005) que la academia constitucional no consideró digno de su atención la “*objeción democrática*”.

Esta disposición celebratoria del Tribunal Constitucional, que caracterizó tanto a la doctrina constitucional de derecha como a la más “*progresista*”, no dejó de tener consecuencias. Como no había discusión al respecto, cuando llegó el momento de reformar el Tribunal Constitucional en 2005 sus competencias se ampliaron de modo tan extraordinario que el profesor José Luis Cea pudo decir, después de la reforma de ese año, que “no conozco en realidad una magistratura de esta especie dotada de mayores atribuciones”. Y pocos meses antes de la revuelta de octubre de 2019, un grupo transversal de juristas convocados por el Centro de Estudios Públicos sugería aumentar el poder del Tribunal (dándole efectos generales a sus sentencias y creando un recurso especial para los casos en que los tribunales ordinarios no obedecieran del modo en que al Tribunal le parecía conveniente sus sentencias de inaplicabilidad)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Véase Atria, *La Forma del Derecho*, pp. 251-254.

<sup>4</sup> Sobre ese informe, véase supra, n. 1. La afirmación de José Luis Cea en Cea, “*¡Finalmente, la Constitución fue reformada!*”, p. 50.

Cuando en el proceso constituyente se discuta sobre el Tribunal Constitucional, será útil tener presente que los comentaristas más reconocidos del ámbito constitucional han mostrado esta total indiferencia hacia los problemas generados por la existencia y amplitud de las competencias del Tribunal.

Esto puede observarse en algunos casos recientes que han suscitado críticas especialmente intensas, pero que dan cuenta de una evolución que la reflexión constitucional anterior no advirtió.

#### **IV. Dos ejemplos que muestran las consecuencias de la actitud acrítica de la reflexión constitucional**

El caso del aborto en tres causales, ilustra un problema bien profundo. De hecho yo esperarí­a que una de las innovaciones más importantes de una nueva Constitución se refiera a esto. En ese caso el Tribunal, al cual la Constitución le entrega la facultad de declarar inconstitucional “preceptos” o “disposiciones” contenidas en proyectos de ley, entendió que *puede declarar* inconstitucionales palabras. En el proyecto de ley de aborto en tres causales, se trataba de una regla que disponía que la objeción de conciencia es individual y en ningún caso podrá ser alegada por una institución.

El Tribunal Constitucional declaró que lo que él llamó la frase impeditiva “*en ningún caso*” era inconstitucional. Pareciera, entonces, que en Chile es contra la Constitución decir “*en ningún caso*” (!). Habiendo declarado esa frase inconstitucional, el Tribunal la removió del proyecto y de ese modo transformó una regla que excluía la objeción de conciencia institucional en una regla que la autorizaba generalmente, sin limitación o condición alguna. Y eso a pesar de que la Constitución dispone (art. 94) que las disposiciones que sean declaradas inconstitucionales serán removidas del proyecto de ley respectivo y que la ley se refiere a que lo que puede ser declarado inconstitucional son preceptos (art. 50 L 17997).

Lo que hizo el Tribunal Constitucional no era novedoso. Lo que permitió al Tribunal emitir una decisión manifiestamente impropia, fue el hecho de que se había asentado la práctica de que el Tribunal podía declarar palabras inconstitucionales. Y esta práctica se había asentado porque la reflexión constitucional nunca notó el problema que eso podía significar. Para una doctrina que está

consciente de los problemas (no para la chilena tradicional), la posibilidad de remover palabras de los proyectos de ley y así, manipulando las restantes, lograr armar la regla que el Tribunal prefiere, es una manera de burlar el límite más claro que sujeta a un órgano de ese tipo: la idea de que solo es un *“legislador negativo”*. Eso quiere decir: es un órgano que puede decidir que *ciertas normas no se pueden dictar, pero no puede decir qué normas serán dictadas*. La reflexión constitucional no llamó la atención sobre esto. No observó aquí un problema, y por eso cuando llegó el caso del aborto el Tribunal estaba en perfecta libertad para regular la objeción de conciencia del modo que quisiera, con la limitación de que solo podía hacerlo manipulando las palabras, eligiendo qué palabras borrar para inventar la legislación que deseaba. El paso siguiente, supongo, es que va a declarar inconstitucionales letras (!).

Otro caso en que se hizo manifiesto esta displicencia con la que la doctrina constitucional había tratado el tema del Tribunal Constitucional es el de la calificación de las leyes orgánicas constitucionales. Primero, el Tribunal ha extendido de modo extraordinariamente amplio las definiciones de las leyes orgánicas constitucionales. Así por ejemplo, conforme al artículo 77 del texto constitucional, *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales”*. El Tribunal ha decidido que cualquier norma legal que de un modo u otro afecta la estructura o atribuciones de los tribunales, incluso una que modifica, por ejemplo, la competencia de los juzgados de policía local, es una ley orgánica constitucional. Una reflexión constitucional comprometida con el principio democrático habría rápida y fácilmente llegado a la conclusión de que la ley orgánica constitucional relativa a los tribunales es solo la que fija sus características fundamentales. Pero la nuestra estaba demasiado ocupada en celebrar acríticamente.

Adicionalmente el Tribunal había decidido desde hace ya un tiempo, sin mayores objeciones doctrinales, que él tenía competencia para recalificar como orgánico constitucional un proyecto de ley que había sido tramitado como ley ordinaria y arrogarse competencia para conocerlo de oficio. De nuevo, una doctrina atenta a lo que efectivamente ocurría habría observado el potencial para extralimitación que esto implicaba, porque permitía al Tribunal decidir sobre su propia competencia de oficio. Pero nada de esto fue seriamente observado en su momento, y entonces en el caso del proyecto de ley del SER-NAC esta competencia arrogada por el Tribunal fue llevada al extremo: el

Tribunal se auto atribuyó competencia para conocer, sin requerimientos, toda la parte en que la ley configuraba la potestad sancionatoria del SERNAC, pese a que nadie había objetado la inconstitucionalidad de esas reglas.

## V. El Tribunal Constitucional como el camino hacia el poder total

No cabe duda de que en las recientes décadas ha habido una creciente celebración de la existencia de órganos con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llámense "*tribunal constitucional*" o no. Para eso ha contribuido el hecho de que en los lugares centrales de la cultura jurídica, como Alemania y Estados Unidos, y para nosotros España, había tribunales constitucionales ampliamente legitimados y que fueron vistos como en la primera línea del progreso en sus respectivos sistemas jurídicos.

Mi impresión es que todo eso ha quedado atrás, y que actualmente el mundo viene de vuelta. En España, el Tribunal Constitucional no goza del prestigio del que gozaba en la década de los 80; en Estados Unidos, todavía debemos esperar ver el efecto que una supermayoría de ultra derecha tendrá en lo que viene. La existencia de tribunales constitucionales ha contribuido a erosionar la frontera que separa al razonamiento jurídico del juicio político. Esto implica que la acción de los órganos con jurisdicción constitucional es vista como cada vez más política y menos jurídica (es decir, esos órganos cada vez más como terceras cámaras). La consecuencia de esto es irónica: pese a que el surgimiento de estos órganos fue un intento de limitar el poder para proteger derechos, en los hechos el control de la tercera cámara es el camino más transitable hacia el poder total, hacia la posibilidad de ignorar la Constitución cuando ello resulta políticamente conveniente.

Para mostrar lo primero puede ser útil escuchar a quien fuera el más elocuente y convincente defensor de la jurisdicción constitucional, Ronald Dworkin, referirse a la Corte Suprema norteamericana. Escribiendo en 2008, antes de que se consolidara la actual mayoría republicana en la Corte Suprema norteamericana, Dworkin decía:

Alito, Roberts, Scalia y Thomas son jueces que han asumido una misión: destruir las impresionantes estructuras constitucionales que una larga sucesión de jueces anteriores habían formado y construido en las décadas que siguieron

a la segunda guerra mundial, y reemplazarlas por principios mucho más crudos...Estamos en esta deprimente posición porque los movimientos políticos de derecha tuvieron éxito en hacer de los nombramientos en la Corte Suprema un asunto de importancia crucial para sus votantes mientras la mayoría de los demás votantes permanecía en general indiferentes a esos nombramientos...

La revolución que muchos comentaristas predijeron cuando el Presidente Bush nombró dos jueces de ultra-derecha a la Corte Suprema está progresando con extrema impaciencia, y es una revolución jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente<sup>5</sup>.

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

Los otros casos que quiero mencionar son más cercanos a nosotros y muestran que la cuestión no afecta solo a los jueces de “ultra-derecha”. En Venezuela el Tribunal Supremo, en el que el gobierno tenía mayoría, suspendió a la Asamblea Nacional, para solucionar el problema con el que se encontró el gobierno en 2015 después de que había perdido su mayoría en la Asamblea<sup>6</sup>; en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional, con una correlación de fuerzas favorable al gobierno del presidente Evo Morales, autorizó su candidatura a la reelección a pesar de que ésta estaba explícitamente prohibida por la constitución, con el argumento de que dicha cláusula violaba sus derechos políticos<sup>7</sup>; y en Brasil, por cierto, después de la destitución de la presidenta Dilma Rousseff en 2016, en 2018 el Tribunal Supremo dejó fuera de competencia, por decisión de quien fue luego Ministro de justicia de Jair Bolsonaro, a Lula da Silva, y de ese modo en los hechos decidió la elección.

---

<sup>5</sup> Dworkin, *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block*, pp. xii, 47. Al respecto, véase Atria, *La Forma del Derecho*, pp. 337-341.

<sup>6</sup> Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en <http://www.tsj.gob.ve/>.

<sup>7</sup> Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en [buscador.tcpbolivia.bo](http://buscador.tcpbolivia.bo).

Por supuesto, dadas las circunstancias no es posible más que dar plausibilidad inicial de modo impresionista a la idea que estoy comentando. Pero es importante notar cuál es esa idea: para un gobierno que controla la bancada mayoritaria de una tercera cámara, la Constitución significa límite alguno. Esa es la manera en que en nuestras condiciones se puede acceder al poder total. Y este riesgo es invisible. En efecto, nada nos deja en peor condición para advertir ese riesgo que una discusión constitucional, como la que ha habido en Chile durante los últimos 30 años, que celebra incondicionalmente la existencia del Tribunal Constitucional, y que dirá que *“cumple su función”* con independencia de lo que en los hechos haga. No importa que el Tribunal se burle de la limitación de ser un *“legislador negativo”*, quienes están en contra del aborto celebrarán la decisión<sup>8</sup>; no importa que el Tribunal se arrogue exageradamente competencia para conocer de oficio de reglas que no han sido sometidas a su conocimiento, su intervención será aplaudida por quienes políticamente se benefician del fallo<sup>9</sup>; no importa que el Tribunal declare contra la constitución un proyecto de reforma constitucional, la reacción de los que se oponían a la reforma será que el tribunal esta *“cumpliendo su rol”* y cualquier decisión que tome es descrita como un *“triumfo de la democracia”*<sup>10</sup>.

## VI. El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución

Las consideraciones anteriores justifican pensar seriamente en una nueva Constitución en la que no existe un órgano de control de constitucionalidad de las leyes. La erosión de la diferencia entre lo político y lo jurídico que un órgano como ese ha causado, y el consiguiente riesgo de que quien controla la bancada mayoritaria dentro del Tribunal Constitucional pueda dar a la Constitución el significado que desee, han de hacernos más realistas respecto de las posibilidades reales de un Tribunal Constitucional en nuestras condiciones. Como ya he explicado, yo creo, por lo demás, que después de algunas décadas de celebración ingenua del potencial racionalizador de la jurisdicción constitucional, estamos ahora en un período de más escepticismo al respecto.

---

<sup>8</sup> Véase El Mostrador, 2 de febrero de 2018; celebratoriamente Zapata, *“Sobre el fallo del TC”*.

<sup>9</sup> Véase El Mostrador, 23 de enero de 2018.

<sup>10</sup> *“Cumpliendo su rol”*, el ministro Ignacio Briones, en <https://www.24horas.cl/politica/briones-pide-desdramatizar-fallo-del-tc-por-10-el-tribunal-cumple-su-deber-4579768>; *“un triunfo de la democracia”*, el ministro Jaime Belloio, en La Tercera, 21 de diciembre de 2020.

Sin embargo, hay mucho espacio para que, incluso si la Convención Constitucional no se atreve a hacer de Chile el país que inicie el camino de vuelta desde esa celebración ingenua, sea posible configurar un órgano con jurisdicción constitucional de modo de minimizar el riesgo de que pueda volver a transformarse en una tercera cámara. Eso supone, claro, mirarlo con realismo, y evitar la idea de que solo porque se llama “tribunal” desempeñará una función de tal. Es al contrario importante identificar claramente lo que es patológico en el “tribunal” que tenemos.

Una dimensión del problema es suficientemente conocida y ha sido profusamente discutida, por lo que no es necesario detenerse mucho más en ella: es que el Tribunal Constitucional tiende a transformarse en una tercera cámara, es decir, en un órgano que decide conforme al alineamiento político de sus miembros. Claro, no todos sus miembros, no en todos los casos. De hecho, incluso en las cámaras políticas hay parlamentarios que no siguen la disciplina de partido<sup>11</sup>.

Una manera de defender al Tribunal Constitucional de esta crítica es apuntar al hecho de que, después de que en 2005 se le entregó al Tribunal la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la mayoría de sus sentencias (el 97%) son de inaplicabilidad. Pero esto en realidad agudiza el problema, porque muestra la segunda disfuncionalidad grave de lo que actualmente tenemos, una disfuncionalidad que no es habitualmente notada. Las decisiones que toman los órganos políticos cuando se trata de decidir sobre la integración de los miembros del Tribunal Constitucional miran fundamentalmente a los casos estadísticamente escasos en los que el Tribunal interfiere con el proceso legislativo, cuando su naturaleza de tercera cámara se hace decisiva. Y es ese mismo órgano, integrado con criterios de tercera cámara, el que tiene competencia para pronunciarse respecto de cualquier litigio que se lleve ante un tribunal de la república. Esto atenta contra el principio básico del Estado de derecho, la idea de que los litigios individuales han de decidirse por tribunales independientes y no por cámaras políticas.

---

<sup>11</sup> La situación es tan extraordinaria, que la propia presidenta del Tribunal Constitucional consideró que no había problema en reconocer que el Tribunal constitucional efectivamente es una tercera cámara: “La descripción de que somos una tercera cámara si bien aparece como peyorativo, corresponde realmente a lo que sucede” (en La Tercera, 18 de abril de 2020).

Me permito insistir sobre este punto: la crítica al Tribunal Constitucional (esa crítica que la doctrina constitucional ignoró prácticamente por 30 años, en las condiciones ya indicadas) suele mirar la disfuncionalidad del Tribunal hacia el sistema político, respecto del cual el Tribunal opera como tercera cámara legislativa. Pero hay otra disfuncionalidad, que mira hacia el sistema judicial, y que ha sido más ignorada, si cabe, que la anterior: implica que una tercera cámara puede en los hechos decidir cualquier litigio, y así afecta gravemente la idea de independencia judicial.

Es claro, entonces, que la discusión sobre el Tribunal Constitucional en la nueva Constitución, si ha de haber uno, debe concentrarse en cómo evitar que devenga nuevamente una tercera cámara. Para esta discusión estamos mal preparados, porque la doctrina constitucional no ha hecho su trabajo y se ha dedicado a celebrar acríticamente al Tribunal mientras todas las patologías que hoy observábamos se desarrollaban bajo sus narices.

Me gustaría mencionar el tipo de cuestiones de configuración institucional que yo esperarí que se discutieran con miras a evitar la transformación de un nuevo Tribunal constitucional en una tercera cámara. No se trata de propuestas precisas y detalladas, sino de ideas para ilustrar lo que estoy diciendo.

1. La integración del Tribunal. La integración actual no da cuenta de ninguna lógica de principios. Tres miembros son designados por la Corte Suprema, tres por el Presidente de la República y cuatro a propuesta del Presidente ratificados por el Congreso con el voto conforme de 2/3 de sus miembros en ejercicio. La razón que justifica esta integración es extraordinariamente superficial: son tres los poderes del Estado, por lo que los tres poderes deben tener incidencia en la integración. No hubo, en la discusión de la reforma constitucional de 2005, que fijó esta designación, mayor reflexión sobre que significaba esta integración y por qué precisamente debía ser así. Al menos no quedó registro<sup>12</sup>.

Hagamos entonces nosotros el esfuerzo de descifrar qué significa esta integración. La idea de que haya miembros nombrados por el Presidente es que éste tenga impacto en la composición del Tribunal, pero como los ministros duran 10 años y los presidentes cuatro no hay garantía alguna de que un

---

<sup>12</sup> Véase el segundo artículo citado en la nota \*, §20.

Presidente podrá nombrar ministros; la designación de la Corte Suprema pretende reflejar el hecho de que se trata de un tribunal de derecho, pero son solo tres de diez, tres que pueden (como ha ocurrido en el pasado) cambiar la correlación de fuerzas en el Tribunal de modo que la Corte Suprema puede decidir qué bancada es dominante en el Tribunal, lo que tiende a politizar a la propia Corte Suprema. Las designaciones parlamentarias, por último, pretenden reflejar una determinada correlación de fuerzas, pero no reflejan correlación alguna porque son solo cuatro de diez. Además, como exigen ratificación por 2/3, sus designaciones dan cuenta de un acuerdo de distribución de cupos de modo que hoy los cupos tienen “dueño”. Todo esto es manifiestamente disfuncional.

Adicionalmente, la pertenencia de los ministros a distintas bancadas es conocida de antemano, por lo que los demás actores del sistema político saben cuál es la bancada dominante. Esto fomenta presentaciones ante el Tribunal que descansan no en el argumento jurídico, sino en la expectativa de que el Tribunal adoptará una posición de izquierda o derecha según la bancada que sea mayor.

Todo esto debe ser discutido. Primero, habría que buscar una integración que responda a una lógica de principios. No tiene sentido tener una composición que parcialmente refleje una correlación política de fuerzas y que parcialmente refleje la idoneidad técnica. A mi juicio, la solución es que todos los miembros sean nombrados por el Congreso por mayoría simple, quizás a propuesta del Presidente. Contra esto, la lógica de la Constitución tramposa sugiere quórum exagerados para forzar “acuerdos políticos” que lleven a que todos los sectores tengan representación en el Tribunal. Conforme a la lógica binominal, sin embargo, “todos los sectores” no son todos los sectores: son la Concertación y la derecha. Esto debe por cierto ser superado en una constitución no tramposa. Es verdad que tiene sentido que la correlación de fuerzas en el Congreso, que refleja una correlación de fuerzas existente en el país, debe manifestarse en el tribunal, pero no tiene sentido forzarlo mediante los quórum exagerados comunes en la Constitución tramposa. Los “sectores” que deben ser tomados en cuenta no son los que se reparten el poder gracias a las trampas constitucionales, como ocurre en la lógica binominal, sino los que efectivamente tengan presencia en el país. Si el período de los miembros del Tribunal es mayor que el del Congreso, entonces será la evolución elec-

toral la que llevará en el tiempo a una integración diversa. Además, en el caso de nombramientos múltiples no es necesario un quórum calificado para lograr diversidad política. Basta que los miembros a ser designados se elijan en una sola votación (si se eligen por ejemplo, dos miembros en una sola votación, típicamente la primera mayoría podrá designar el primero, la segunda mayoría podrá designar al segundo, etc.). El hecho de que sea por mayoría simple dificulta los acuerdos de distribución de cupos, y hace más probable que la discusión suscitada por una propuesta de nombre en particular tenga efectos en la designación.

Más innovadoramente, debería considerarse la posibilidad de que los actores políticos no estuvieran en condiciones de conocer anticipadamente la composición del Tribunal que ha de conocer de su decisión, de modo que no puedan hacer cálculos estratégicos tomando al Tribunal como una cámara con bancadas. Así podría pensarse en un tribunal que en vez de tener 10 miembros tenga 100, de los cuales se sortee el número adecuado (por ejemplo, nueve) una vez que un requerimiento ya se ha presentado. La composición de la sala que decidiría el caso no sería conocida al momento de hacer la presentación respectiva, lo que evitaría cálculos de correlaciones políticas. El riesgo de esto es una jurisprudencia inconstante, pero respecto de eso dos cosas: primero, que eso también ocurre ahora, en la medida en que esa jurisprudencia refleja alineamientos políticos que pueden cambiar; y segundo, corresponderá al Tribunal buscar desarrollar, basado en el argumento y no la mantención de las mismas personas, una jurisprudencia constante, porque en caso contrario sus decisiones van a ser vistas como arbitrarias, dependiendo del sorteo de la sala respectiva. Si las decisiones del Tribunal son vistas como caprichosas, dependientes de un sorteo, para el resto del sistema político será más fácil ignorarlas. Por eso un sistema de este tipo pone del lado del Tribunal la carga de actuar de modo de evitar esta consecuencia.

2. La regla de decisión. Hoy día el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional un proyecto de ley sin mayoría, con solo un empate si para la inconstitucionalidad vota el presidente o presidenta del Tribunal. Para declarar inaplicable una ley, requiere la mayoría de sus miembros. Para declarar inconstitucional una ley ya dictada requiere 4/5 de sus miembros. Este conjunto de reglas de decisión es incoherente y refleja el momento en que cada una de ellas se introdujo.

Efectivamente, la primera es la original, y da cuenta del desprecio por el princi-

pio democrático que caracterizaba a la Constitución tramposa en su origen. La competencia de inaplicabilidad y la de declarar la inconstitucionalidad de una ley ya dictada fueron introducidas en la reforma de 2005, y muestran algo más de respeto por la ley y el principio democrático en el que ella descansa. La situación es incoherente e irracional, y esto deberá ser revisado si a nueva Constitución ha de crear un Tribunal Constitucional.

¿Cuál de estas tres reglas es adecuada? Ciertamente no la primera, que desprecia el principio democrático. Solo la segunda y la tercera son en principio aceptables. Y a mi juicio la correcta es la tercera (un quórum calificado, quizás no tan exigente como 4/5, pero calificado. ¿2/3 por ejemplo?). La razón de esto está en vincular el discurso justificatorio del Tribunal Constitucional con su configuración institucional. Si el Tribunal se justifica porque las cuestiones constitucionales deben ser decididas jurídicamente, y el Tribunal está compuesto de expertos en derecho, entonces uno esperaría que el argumento técnico jurídico fuera capaz de convencer a más que la mínima mayoría de sus miembros. De hecho, uno podría decir algo más: si el argumento jurídico solo logra convencer a una mínima mayoría, es probable que lo que está haciendo el trabajo de convencer no sea el argumento jurídico sino la convicción política de sus miembros. La marca de un argumento jurídico no es que logre generar unanimidad, pero sí que resulte convincente para una mayoría mayor que la mínima de un grupo de expertos. Esto sugiere que el Tribunal decida sujeto a una regla de mayoría calificada.

3. La competencia preventiva y la de inaplicabilidad. Por último, debería eliminarse la competencia preventiva del Tribunal Constitucional. El momento legislativo es usualmente el momento en que la controversia política es más aguda. Si el Tribunal constitucional es llamado a pronunciarse en ese momento más álgido de la discusión política, es a mi juicio ingenuo esperar que el Tribunal no va a tender a actuar como una tercera cámara, entre otras cosas porque los grupos parlamentarios, sabiendo que el Tribunal puede frustrar sus intentos, buscarán tener un Tribunal compuesto de miembros que les permitan legislar.

Por otro lado, convendría separar la competencia de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad (es decir, volver a la situación anterior a 2005). Esto porque los casos judiciales deben ser decididos por órganos judiciales, y para eso la Corte Suprema es suficiente.

## VII. La necesidad de un nuevo paradigma constitucional

El problema del Tribunal Constitucional, que ha terminado siendo un órgano tóxico para la democracia, tiene entonces dos causas: por un lado, una configuración institucional indiferente al principio democrático, que puede actuar de oficio contra la voluntad conjunta y concurrente de todos los órganos con legitimación democrática directa, y por otro una doctrina constitucional que ha sido el reflejo de la Constitución tramposa, que no ha tenido mayor preocupación por el modo en que el Tribunal Constitucional, en su operación, ampliaba sus competencias y atribuciones en desmedro del principio democrático. El primer problema se soluciona mediante reformas institucionales, algunas de las cuales ya he sugerido sin perjuicio de que otras puedan en su momento ser pensadas y discutidas. El segundo, sin embargo, no se cambia con reformas institucionales. Se trata de que una Constitución implica no solo un texto y no solo una cultura política, sino también un paradigma constitucional. Esto es un conjunto de ideas interpretativas que definen lo que es aceptable o no como interpretación, qué tipo de cuestiones son relevantes para la interpretación, etc. Un paradigma constitucional fija la manera en que el texto es comprendido, y constituye una suerte de trasfondo a cada interpretación constitucional, por lo que media entre el texto y toda decisión constitucional. En este sentido cumple una función que podríamos llamar integradora: suple y completa el texto mismo, incluso en contra de él. Y se trata de un trasfondo, lo que quiere decir que es un conjunto de proposiciones tan obvias que usualmente no se discuten ni tematizan.

Conforme al paradigma constitucional vigente, la constitución es una norma cuya función es imponer deberes para neutralizar la agencia política del pueblo. En eso consiste la Constitución tramposa<sup>13</sup>, una idea que la reflexión constitucional, progresista o no, aceptó de modo más bien acrítico. Por eso la reflexión académica constitucional no se entiende interpelada por el principio democrático, no cree que lo que ha de orientarla sea la realización del principio democrático. Por eso para ella nunca ha sido un problema significativo la interpretación amplísima que se ha hecho del ámbito de las leyes orgánicas constitucionales, o de las competencias del Tribunal Constitucional: esas amplísimas interpretaciones erosionan el principio democrático, pero

---

<sup>13</sup> Véase Atria, *La Constitución Tramposa*.

aseguran la neutralización de la política; y el paradigma constitucional dominante es indiferente al primero y sensible a la segunda. Por la misma razón es tan fácil para la reflexión constitucional dominante inventar inconstitucionalidades de diverso tipo: la de un plebiscito convocado de común acuerdo por todos los órganos con legitimación democrática directa<sup>14</sup>, la de una reforma constitucional que autorizaba el retiro del 10% de los ahorros previsionales<sup>15</sup>, la del fondo solidario del AUGE<sup>16</sup>, la de una regla que reconoce la objeción de conciencia individual pero niega la institucional en el caso de aborto en tres causales (en la sentencia rol 3729 del Tribunal Constitucional), la de un proyecto que crea un Servicio del Consumidor que puede fiscalizar y sancionar empresas infractoras (sentencia rol 4012), la de la titularidad sindical (sentencia roles acumulados 3016 y 3026), etc.

Este paradigma constitucional, que no tiene compromiso con el principio democrático, es el complemento de la Constitución tramposa. La nueva Constitución necesita romper con este paradigma, para lo cual las condiciones están dadas: la Constitución vigente esta desacreditada, lo que implicará el

---

<sup>14</sup> Ibid, pp. 103-163.

<sup>15</sup> Véase Pardo, «Retiro del 10%: Un enigmático alegato de inconstitucionalidad». Pardo busca argumentos para justificar la inconstitucionalidad de esta reforma constitucional, y concluye, correctamente, que ellos en realidad están en “la confusa situación espiritual en la que se encuentran los abogados de la inconstitucionalidad: el retiro del 10% sería inconstitucional porque no estuvo sometida al veto del 1/3 más 1 de los senadores o diputados en ejercicio. La reforma sería inconstitucional, entonces, porque su procedimiento fue en exceso democrático”.

<sup>16</sup> Véase el ininteligible argumento defendido por el profesor José Luis Cea, a propósito de la idea de crear un fondo solidario del AUGE, que se financiaría con una parte de las cotizaciones de salud de todos los cotizantes, tanto del sistema público como del sistema privado: “Procede precisar que las cotizaciones son, más que ahorros forzosos de quien las hace, verdaderos tributos o cargas públicas reales en su sentido amplio. Además, debe tenerse presente que ellas ceden a favor exclusivo del beneficiario y de sus familiares legalmente reconocidos. Consecuentemente afirmamos que el 7% de cotización obligatoria impuesta por la ley es patrimonio del cotizante respectivo, estando destinada a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares. Se trata, por consiguiente y sin duda, de un bien cuyo dominio o propiedad pertenece al cotizante. Por tal razón consideramos discutible el mérito constitucional de la idea, hasta hoy sólo tal y no articulada en un proyecto de ley, que destina 3% de ese guarismo [sic] a un fondo común y solidario para el propósito referido. El titular de esa cotización tiene, insistimos, dominio pleno sobre la integridad de ella, siendo suyo también el derecho a destinarla al sistema de salud que elija, con entera libertad” (Cea, Derecho Constitucional Chileno, p. 212. El argumento es ininteligible porque si las cotizaciones son “verdaderos tributos o cargas públicas reales” no tiene sentido decir que una vez pagadas siguen siendo de propiedad del cotizante, y no habría razón para que la ley no pudiera disponer su destino. Para objetar la constitucionalidad del fondo solidario del AUGE era necesario decir que los cotizantes mantenían la propiedad sobre sus cotizaciones una vez pagadas, lo que es por cierto incompatible con decir que son verdaderos tributos.

descrédito de la doctrina más identificada con ella; y a diferencia de los '90, hoy hay una generación de constitucionalistas que se ha desarrollado criticando ese paradigma, y que por eso hasta ahora ha pagado el precio de la marginalidad forense y política, pero que por lo mismo no es alcanzada por el descrédito de la Constitución tramposa. Esa es la generación que, en condiciones de normalidad democrática y sin las universidades intervenidas, como en los años 80, deberá articular el paradigma constitucional que reemplazará al de la Constitución que fenece.

## Referencias

Atria, F.: *La Constitución Tramposa* (Santiago: Lom, 2013).

———: *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

Atria, F. y C. Salgado: “El tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable”, en *El Mostrador*, 23 de enero de 2018.

———: “El tribunal desatado (5): La burla”, en *El Mostrador*, 2 de febrero de 2018.

Cea, J. L.: *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías*, vol. 2 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004).

———: “¡Finalmente, la Constitución fue reformada!”, en *14 Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (2005), pp. 43-56.

Dworkin, R. M.: *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block* (New York, NY: New Yor Review Books, 2008).

Pardo, D.: “Retiro del 10%: Un enigmático alegato de inconstitucionalidad” (2020), disponible en <https://diario.uach.cl/retiro-del-10-un-enigmatico-alegato-de-inconstitucionalidad/>.

Zapata, P.: “Sobre el fallo del TC”, en *La Tercera*, 14 de septiembre de 2017.