



## **SUBCOMISIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS**

**Sesión N° 13, en jueves 04 de mayo de 2023**

**De 9:30 a 18:01 horas**

### **SUMARIO:**

**1.- Esta sesión se cita con el objeto de recibir a los siguientes invitados, para conocer sus opiniones sobre las enmiendas admitidas a tramitación relativas al Capítulo VIII, correspondiente a Corte Constitucional:**

**-Académico Samuel Isaccharoff.**

**-Señora Presidenta del Tribunal Constitucional Nancy Yáñez Fuenzalida.**

**-Académico Javier Couso.**

**-Académica Alejandra Ovalle.**

**-Académico Patricio Zapata.**

**-Académica Tania Busch.**

**2.- Efectuar la discusión de las enmiendas del Capítulo VIII correspondiente a Corte Constitucional.**

### **PRESIDENCIA**

Presidió la sesión en calidad de Presidenta la comisionada Catalina Salem.

### **ASISTENCIA**

Asistieron las y los comisionados integrantes de la subcomisión Catalina Salem, Katherine Martorell, Leslie Sánchez, Paz Anastasiadis, Hernán Larraín y Domingo Lovera.

Actuaron como Secretaría de la Subcomisión, el abogado secretario Carlos Cámara, la abogada asistente Viviana Villalobos y el abogado asistente Carlos Flores.

### **CUENTA**

Se recibieron los siguientes documentos: Correo electrónico, de la señora Claudia Vergara, Jefa de Gabinete del Defensor Nacional, por medio del cual excusa la

participación del Defensor Nacional en la referida sesión del día martes 2 de mayo, en atención a que se encontraba fuera de la ciudad de Santiago y por un error en agenda no se remitieron las respectivas excusas antes de la sesión.

## **ACUERDOS**

Sin acuerdos.

## **ORDEN DEL DÍA**

### **1.-Recibir al académico señor Samuel Issacharoff**

El académico, señor Samuel Issacharoff, Juris Doctor, Yale Law School Bachelor of Arts, Binghamton University. Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York (2005 – a la fecha) y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Columbia (2001-2005), dio a conocer su opinión respecto al rol de los Tribunal Constitucional y en las democracias contemporáneas. Posteriormente, dio a las preguntas que le realizaron las y los comisionados.

### **2.-Recibir a la Presidenta del Tribunal Constitucional señora Nancy Yáñez Fuenzalida.**

La Presidenta del Tribunal Constitucional, señora Nancy Yáñez Fuenzalida, expuso sobre las enmiendas presentadas por las y los comisionados a la regulación de la Corte Constitucional en la propuesta normativa, para posteriormente recibir las inquietudes de las y los comisionados, dando respuestas a cada una de ellas.

### **3.-Recibir al señor Jaime Couso**

El académico señor Jaime Couso, abogado, profesor Titular del Departamento de Derecho Público UDP; catedrático en Tendencias Globales del Constitucionalismo Universidad de Utrecht, Países Bajos; doctor y máster en Jurisprudencia y Políticas Sociales por la Universidad de California-Berkeley, Estados Unidos, expuso frente a las y los comisionados en relación a las enmiendas presentadas al Capítulo VIII relativo a Corte Constitucional.

### **4.-Recibir al señora Alejandra Ovalle.**

La académica Alejandra Ovalle, abogada, Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; profesora Asociada, Departamento de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile; consejera de Facultad, Pontificia Universidad Católica de Chile, se refirió a las enmiendas realizadas al texto aprobado en genera relativo a Corte Constitucional. Al término de su exposición, se abrió una ronda de preguntas por parte de las y los comisionados.

#### **5.- Recibir al señor Patricio Zapata.**

El académico señor Patricio Zapata, abogado, Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad Harvard; Consejero Sénior en el estudio jurídico CAREY, presentó sus observaciones sobre las enmiendas presentadas al capítulo VIII, posteriormente se abrió una ronda de preguntas por parte de las y los comisionados.

#### **6.-Recibir a la señora Tania Busch**

La académica señora Tania Busch, abogada, doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; profesora de Derecho Constitucional de las universidades Andrés Bello y de Concepción, a través de conexión telemática, ofreció sus aprehensiones respecto de las enmiendas al capítulo VIII. Posteriormente, se le realizaron consultas por parte de las y los comisionados.

#### **7.- Efectuar la discusión de las enmiendas del Capítulo VIII correspondiente a Corte Constitucional**

Las y los comisionados analizaron las enmiendas pendientes del Capítulo VIII relativo a Corte Constitucional, encomendando a los comisionados, Lovera y Salem, la redacción de enmiendas de unidad de propósito que permitan aunar los criterios discutidos y acordados en la sesión.

\*\*\*\*\*

El debate habido durante la sesión se consigna en la versión taquigráfica que se adjunta a continuación de esta acta, como documento anexo.

Por haberse cumplido con el objeto de la presente sesión, ésta se levanta a las 18:01 horas.



**Carlos Cámara Oyarzo**  
Secretario de la Subcomisión

**PROCESO CONSTITUCIONAL**

**COMISIÓN EXPERTA**

**SUBCOMISIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS**

**SESIÓN 13ª**

Celebrada en jueves 04 de mayo de 2023, de 9:30 a 18:01  
horas.

*(Transcripción desde archivo de audio y video - Texto en  
revisión)*

*-Los puntos suspensivos entre corchetes corresponden a  
interrupciones en la reproducción de audio y video.*

**I. APERTURA DE LA SESIÓN**

*-Se abrió la sesión a las 09:30 horas.*

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- En el nombre de  
Dios y de la Patria, se abre la sesión.

**II. ACTAS**

*-No hay actas.*

### III. CUENTA

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- El señor Secretario dará lectura a la cuenta.

*-El señor Carlos Cámara, Secretario, da lectura a la cuenta.*

### IV. ORDEN DEL DÍA

#### EXPOSICIÓN DE INVITADOS SOBRE ENMIENDAS RELATIVAS AL CAPÍTULO VIII, CORRESPONDIENTE A CORTE CONSTITUCIONAL

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, señor Secretario.

Esta sesión tiene por objeto conocer la opinión de los invitados sobre las enmiendas admitidas a tramitación relativas al Capítulo VIII, correspondiente a Corte Constitucional, para lo cual recibiremos al académico, señor Samuel Issacharoff; a la presidenta del Tribunal Constitucional, señora Nancy Yáñez; a los profesores Javier Couso, Alejandra Ovalle, Patricio Zapata y Tania Busch.

Partimos esta mañana recibiendo y dándole la bienvenida al profesor Samuel Issacharoff, quien es juris doctor en Yale Law School y bachelor of arts en Binghamton University. Además, fue profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, de 2001 a 2005, y profesor de

derecho constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, de 2005 a la fecha.

Bienvenido, profesor Issacharoff.

Usted está de visita en Chile. Le agradecemos que haya aceptado la invitación de la Subcomisión para exponer sobre Corte Constitucional, que es precisamente una de sus líneas de investigación.

La Subcomisión ha estado escuchando a los órganos que serán regulados en la Constitución Política; sin embargo, hemos decidido ampliar el diálogo a otros expertos, tanto nacionales como internacionales, a fin de tener una mirada y un criterio más amplio que nos permita cumplir de mejor manera nuestra labor.

Tiene la palabra, profesor

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Muchas gracias.

Es un gran honor estar con ustedes.

Es un poco extraño para mí porque no soy abogado chileno, no soy chileno, y muchas de las tareas que ustedes enfrentan tienen sus raíces en asuntos puramente nacionales. Por lo tanto, al principio seré un poco más abstracto, porque ustedes tienen mucho más conocimiento sobre los detalles chilenos.

Creo que la principal tarea de una Corte Constitucional, en cualquier país del mundo, es estabilizar la democracia. Esto es algo un poco paradójico, en el sentido de que hablamos mucho de las democracias constitucionales, pero hay una tensión entre ambos términos.

La democracia, al final del día, es la selección del gobierno por la población, es un acto del pueblo, es un acto electoral, es la selección libre de los dirigentes del país. Las constituciones, en cambio, son un sistema de imponer restricciones sobre la democracia.

Ahora, eso parece ser una contradicción, salvo porque las democracias no pueden sobrevivir sin límites, sin canales institucionales. La justicia es una de las instituciones más importante para que sobreviva una democracia, pero no solo en lo referente a los derechos de los ciudadanos o en cuanto a garantizar la libertad de expresión o para elegir una religión, sino como un límite, como una reacción antagónica al ejercicio del poder político.

¿Por qué tenemos tanta tensión hoy sobre los órganos judiciales, sea una Corte Suprema, como en Estados Unidos o Argentina, o una Constitucional, como en Chile o Europa, que se comenzó a utilizar después de la segunda guerra mundial?

La razón es que entendemos, desde la base fundamental de la discusión de la democracia, que se necesita de una separación de poderes. Eso es lo que permite que funcione una sociedad democrática e impide que surja el autoritarismo en los países democráticos.

En principio, la separación de los poderes se debe realizar entre la división de dos ramas, la legislativa y la ejecutiva, pero la realidad de hoy en el mundo democrático es que los congresos son muy débiles. Hay una fragmentación terrible del poder político; una debilidad de los partidos políticos; y una incapacidad de organizar la política para

realizar el principal trabajo de una democracia, que debe hacerse a través de la legislatura.

En Estados Unidos -cuando se inició el período moderno de las constituciones escritas- el artículo I trata sobre el Poder Legislativo, no sobre el Ejecutivo. Sin embargo, en Estados Unidos y en todos los países democráticos tenemos una incapacidad para organizar la vida política a través del Congreso o rama legislativa.

Por lo tanto, ¿qué pasa? Bueno, uno tiene que organizar y dirigir estas sociedades, cuestión que lleva a que el poder pase a manos del Ejecutivo. Y vivimos en un mundo donde hay más y más poder centralizado en el Ejecutivo. A veces, de forma iliberal, el Ejecutivo se usa para concentrar el poder, tal como vemos en Hungría, Polonia, India o Turquía. Incluso en países donde la democracia sigue funcionando bastante bien se ve que el sistema de gobernanza es más y más a través de decretos del Ejecutivo o de actos administrativos del Estado. Y lo que resulta es que el Congreso ya no se presenta como el principal órgano de debate político, de debate democrático, ni tampoco como oposición al Poder Ejecutivo. Y eso trae como consecuencia de que en todos los países del mundo tengamos justicias que asuman un rol más y más central en vigilar contra la concentración del poder en manos del Ejecutivo.

Ahora, lo que pasa en Chile es un ejemplo de ello, pero quizás es más agudo, porque ustedes tienen un sistema que se usa en pocas partes del mundo: un Ejecutivo presidencial y un Congreso proporcional. Eso quiere decir que el Congreso no tiene incentivos para organizarse a través del ejercicio del

poder, sino a través de ideologías, cuestión que separa a los partidos, siendo difícil reclutar una mayoría para gobernar. Eso también empuja el liderazgo del Ejecutivo. Y, en esas condiciones -sé que los expertos están tratando de enfrentarse a la fragmentación política que hay en Chile-, el Poder Judicial toma más y más el rol de enfrentarse con el Ejecutivo. Eso es algo que es difícil porque, como dijo Hamilton hace mucho tiempo, la justicia no tiene ni ejércitos ni fondos y, por lo tanto, siempre será más débil.

Ustedes han propuesto una serie de cambios de algunas de las partes de lo que ya existe y yo estoy dispuesto a responder cualquier pregunta, pero haré algunas observaciones antes de dejarlos.

Primero, el sistema que han seleccionado, de contar con ministros que duren nueve años, cambiando uno por año, me parece muy bueno. Este sistema se basa más o menos en el de la Corte Constitucional más exitosa del mundo, que es la alemana, en que cada año se cambia un ministro, así no hay presión sobre el hecho de confirmar a los ministros, como vemos en Estados Unidos.

También ustedes tienen dos partes del uso de la Corte Constitucional. Hay dos aspectos. No tengo los datos precisos sobre la división del trabajo que hoy tiene la Corte, pero una parte es preventiva, pues revisa los proyectos de ley antes de que sean aprobados, y la otra es revisar la aplicación de la ley, la aplicación del poder estatal, después del hecho, en casos individuales.

La primera parte viene de una tradición, quizás el ejemplo más conocido sea el del Consejo Constitucional de Francia, que durante gran parte su existencia solo tuvo el poder de revisar preventivamente. La segunda parte es más conocida como *the duty to review* de las ramas políticas.

Creo que hoy lo más importante es la segunda parte, no la primera. No digo que no la mantengan, pero les diré por qué creo que la segunda es más importante, aunque la Corte no tenga derecho de amparo, no creo que lo tenga como al estilo de, por ejemplo, la Corte Suprema o la Corte Suprema de Argentina.

La realidad, desgraciadamente, es que la principal amenaza a la democracia viene del Ejecutivo, no del Legislativo. Simplemente, no se ven grandes iniciativas por parte de los parlamentos y, por lo tanto, las cortes constitucionales, en todas aquellas partes del mundo en que han jugado un papel importante por mantener la democracia y restringir la concentración del poder antidemocrático, las hacen revisando los hechos del gobierno, los hechos aplicados, no solo los proyectos de ley.

Lo que vemos en muchas partes del país, que desgraciadamente también se ve en América Latina, es que el antiliberalismo, el anticonstitucionalismo, se presenta dentro de la ley, no fuera de ella.

En el siglo XX -ustedes lo saben, porque lo vivieron-, el asalto a la democracia venía con tanques, con militares, venía para botar completamente al Estado democrático. Hoy, los principales ataques a la democracia vienen desde dentro

del sistema legal, en el abuso de los poderes legales de los órganos del Estado. Por lo tanto, creo que lo más importante es la capacidad de revisar y negar los esfuerzos del mal uso de los poderes ya reclamados por el Estado.

En consecuencia, lo que me preocupa más que todo, en mis estudios de muchos países que han enfrentado el problema de la antidemocracia, es que esto surge dentro de los órganos y leyes como existen hoy, y surge en la mala aplicación del poder Estatal. Luego, lo más importante que debe tener un órgano constitucional, una corte constitucional, es la capacidad de revisar los actos de los poderes políticos y rechazarlos en su aplicación.

Aquí termino.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesor Issacharoff.

Ofrezco la palabra a los integrantes de la Subcomisión para formular preguntas.

Comisionado Lovera, tiene la palabra.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Muchas gracias por su presentación, profesor.

Tengo una pregunta que, espero, no se aleje mucho de la discusión que estamos teniendo, la cual dice relación con si usted cree que es posible atajar o contener la politización de estos órganos. No vamos a mencionar el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero hay otras fórmulas que hemos intentado dibujar nosotras y nosotros para intentar,

hasta donde sea posible contener la politización -no creo que sea posible en lo absoluto-, de modo tal que esta Corte no se transforme en una cámara más del trabajo legislativo.

Quisiera saber cómo cree usted que debería contenerse esta suerte de tercera cámara, porque muchas veces ocurre, y creo que es clave en el control *ex ante*; es un tribunal que está metido en el proceso legislativo y es casi imposible que se diferencie del trabajo legislativo. Pero, incluso *ex post*, ¿qué deberíamos mirar para intentar evitar que este tribunal se contamine políticamente?

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Creo que el borrador que leí trata de tomar muchas de las mejores medidas, las más exitosas, de otros países.

Primero, el hecho de que se cambia un ministro cada año es muy importante, porque eso deja de lado la capacidad de -como decimos en inglés- *make or break*, que cada vez que surge un nuevo ministro es de por vida -como en el caso de los Estados Unidos- o por un período muy largo, y va a determinar en ese instante la composición de la corte. La corte alemana usa un sistema parecido y no se ha politizado demasiado.

Hay que reconocer que es imposible sacar la política completamente. Este es un poder muy importante, es un órgano central del Estado. Por lo tanto, la política nunca se va a escapar completamente, eso es una ilusión. Cuando los jueces americanos, al ser confirmados, dicen que solo *I call balls and strikes* -solo soy un neutro en esto-, es algo que hay que decir, pero nadie lo cree.

Sin embargo, uno puede disminuir la política. Primero, los plazos limitados: nueve años; segundo, la votación cada año; tercero -muy importante-, el sistema de nominación. Hay algunos países -quizás Chile inclusive- en que cada órgano tiene sus ministros en la Corte, así que algunos son elegidos por el Congreso, otros por la Justicia misma -como en Israel-, otros por el Presidente directamente, y ese sistema lleva a una tensión política en la nominación y en cómo se entiende el rol y la capacidad de que eso va a influir en cómo se entienden ellos mismos.

Creo que un sistema mixto, en el que hay una comisión que nombra gente -entre ellos elegidos por el Presidente, entre ellos presentados al Senado-, ha sido lo mejor que hemos realizado en el mundo democrático, y ustedes están manejando con este mismo sistema mixto, en varias maneras. Eso es realmente importante también.

En los Estados Unidos tenemos el peor de todos los sistemas. No en la Corte Suprema, pero los jueces son elegidos popularmente en cada estado, así que se presentan como candidatos de partidos políticos. Es lo peor que tenemos.

En veinte de los cincuenta estados tenemos un sistema de lo que se llama *merit selection* -selección por mérito-, donde hay una comisión especial que revisa a la gente que aplica o que son nombrados como jueces potenciales y, entre ellos, los expertos seleccionan. Después eso pasa por proceso político, a través, primero, de selección del gobernador, que es el

Ejecutivo a nivel estatal, y después por la aprobación del Senado de ese estado.

Ese sistema funciona bastante bien para disminuir la politización de la justicia, y el proyecto que leí de ustedes se acerca más o menos a eso. Tiene matices distintos, por supuesto, porque ustedes tienen una tradición distinta, pero se acerca bastante bien a eso.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesor.

Tiene la palabra la comisionada Sánchez.

La señora **LESLIE SÁNCHEZ**.- Muchas gracias, Presidenta, pero voy a tener que retirar mi pregunta, porque lo que le iba a preguntar al profesor era precisamente qué nos sugería para el sistema de nominación o nombramiento.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias.

Tiene la palabra el comisionado Larraín.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Gracias, Presidenta.

Muchas gracias, profesor Issacharoff, por sus reflexiones y comentarios muy ilustrativos.

Comparto con él el diagnóstico de esta crisis política e institucional que nos está afectando y que, lamentablemente, no es privilegio de un país, sino que está bastante extendida.

Lo que eso hace es poner en una suerte de amenaza permanente a la democracia, a veces impulsada desde los congresos, que es donde los partidos políticos tienen sus espacios, y otras desde los gobiernos, que son los que conducen los países y, con tal de llevar adelante sus propósitos, muchas veces incurren en distintas vías; por eso, por ejemplo, cuando el Congreso es renuente, buscan el camino de los decretos y otros, para saltarse ese contrapeso.

Ahora, la Corte Constitucional o el Tribunal Constitucional -como se le llame-, cuando busca la supremacía constitucional está procurando mantener el orden democrático. A su juicio, ¿cuáles son los instrumentos más potentes que tiene el sistema democrático, a través de estos organismos, para colaborar y que dentro del trabajo del Congreso no haya espacio para mecanismos anticonstitucionales o antiliberales, como los llamó usted? Lo mismo respecto de los Ejecutivos, porque la ecuación más difícil de lograr es la del equilibrio de los poderes y un adecuado contrapeso entre ambos.

Aquello que lo puede garantizar es la Constitución. La Constitución y el orden jurídico, si acaso distribuye bien y hace bien su trabajo.

¿Cómo asegura la Corte? ¿Qué mecanismos de control cree usted son los más eficientes -tanto en relación al Congreso como en relación al Ejecutivo- para lograr estos propósitos?

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Esa es una pregunta muy difícil, pero voy a hacer algunos esfuerzos.

En otra época, creo que el peligro principal en una democracia constitucional era lo que se llama la tiranía de las mayorías. Es decir, que uno saca la presidencia, saca la mayoría del Congreso, y con eso puede aplastar a la minoría en el Parlamento. Este concepto de *majority tyranny* -la tiranía mayoritaria- empieza con Tocqueville en sus observaciones sobre los Estados Unidos y cuál es el peligro bajo una república democrática.

Las sanciones preventivas, el Poder judicial *ex ante*, es dirigido a eso. Es dirigido al uso de tener el 50 por ciento más uno en el Congreso para pasar leyes que van a restringir a la oposición, que van a limitar a la democracia.

Hoy día no creo que eso sea el problema principal de las democracias. El problema no es que uno va a pasar leyes teniendo una mayoría de 50 por ciento más uno, el problema es que uno no va a pasar ningunas leyes porque nunca van a llegar al 50 por ciento; la capacidad legislativa es disminuida, no tiene la vida orgánica para tener un ejercicio eficaz del poder.

El problema es la concentración de actos, a través de decretos u otro tipo de actos administrativos, de parte del gobierno, del Ejecutivo.

Por lo tanto, la tarea más importante de un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional... Sé que están debatiendo el nombre. No entiendo cuál es el debate exactamente, pero sin duda representa algo importante en Chile; simplemente no estoy al tanto de cuál es el debate sobre eso.

Pero este Tribunal debe tener la capacidad de revisar la aplicación del poder estatal al tratamiento de los ciudadanos, al tratamiento de los organismos independientes, a través del tratamiento de la prensa, del control de las redes sociales, todo eso; creo que haciendo eso, manteniendo lo que necesita una sociedad democrática -que sea abierta a nuevas ideas, nuevas fuerzas políticas-, eso es el trabajo de un Tribunal Constitucional.

Es por eso que planteo que la capacidad de revisar *ex post* en los casos concretos es lo más importante para el trabajo de un tribunal de este tipo.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra el comisionado Hernán Larraín.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Para entenderlo bien: el trabajo *ex post* me parece claro, pero, normalmente, *ex post* el trabajo de un tribunal se circunscribe a la aplicación de normas de modo indebido o porque las normas tienen un contenido inconstitucional. Pero se aplican a casos concretos, a situaciones específicas que deben seguir un proceso judicial para lograr su inaplicación o, eventualmente, su derogación, según el caso.

*Ex ante*, ¿cómo ve usted la capacidad? Porque *ex ante* tiene la ventaja de evitar el problema en general, más que el de la aplicación concreta. Una vez que usted echó a caminar el proceso con vicios internos es muy difícil detenerlo, salvo en casos concretos; *ex post*.

Por eso, ¿cómo ve esta acción *ex ante*? Y no solo respecto del Congreso, sino también del Ejecutivo.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Profesor Issacharoff, me gustaría complementar esa pregunta, a fin de contextualizar el debate que vamos a sostener mañana en la Subcomisión.

Hay una enmienda, presentada sobre el texto aprobado en general, que precisamente busca reponer una atribución que hoy tiene el Tribunal Constitucional: el control sustantivo de los proyectos de ley que están en tramitación en el Congreso Nacional.

El comisionado Lovera, en sesiones anteriores -creo que lo dijo también al inicio de la sesión- ha hecho presente que ese control interfiere en la deliberación del Congreso Nacional, pero queda la inquietud respecto de cómo se controlan ciertas materias que no pueden ser controladas por los mecanismos *ex post*.

Por ejemplo, en materia de derechos fundamentales parece, más o menos, claro que siempre está la posibilidad de que sea controlado vía acción de inaplicabilidad. Sin embargo, hay otras materias en una Constitución política que tienen que ver más bien, por ejemplo, con competencias orgánicas, con proteger la autonomía de ciertos órganos constitucionales - como la misma Corte, el Poder Judicial, el Banco Central, en fin-, que podrían eventualmente ser pasados a llevar por una legislación. Eso es mucho más difícil que se pueda controlar vía *ex post*.

¿Cómo ve usted este debate en Estados Unidos? Sé que la Suprema Corte de Estados Unidos aplica *test* muy exigentes para acceder al *judicial review*, por ejemplo, a través de la doctrina del *injury in fact*, y hay muchas materias que quedan fuera de ese control.

A eso también le agregaría el caso de Chile, en el que usted muy bien ha señalado que uno puede apreciar una tendencia a nivel mundial de un empoderamiento del Ejecutivo. Pero en Chile también tenemos una peculiaridad: el Presidente de la República es colegislador y, a veces, lo que no logra vía decreto supremo perfectamente lo puede lograr vía legislación.

Entonces, en ese contexto más local de Chile, ¿cómo ve usted el control preventivo versus el control represivo? ¿Es posible controlar todas las materias que están en una Constitución política en una acción tan acotada como es nuestra acción de inaplicabilidad?

Tiene la palabra el comisionado Domingo Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Profesor Issacharoff, solo para otra nota de contexto.

Creo que el problema del control preventivo sustantivo... Porque hoy tenemos un control preventivo de procedimientos, que es una forma de control que permite resguardar que el poder legislativo respete las formas que debe respetar: *quorum*, iniciativas exclusivas -una particularidad que tenemos en el caso del Estado de Chile; de hecho, usted sabe que no existe en otras latitudes como parte del

presidencialismo, pero es parte del *pack* presidencialismo chileno-. En fin. La cuestión de procedimiento está resguardada por este control preventivo.

Pero el control sustantivo preventivo, lamentablemente, en el contexto chileno se ha politizado indebidamente. O sea, está situado dentro del proceso legislativo, y esto hace que el Tribunal Constitucional se inmiscuya y argumente de la misma forma en que se están sopesando los argumentos en la Cámara legislativa.

Déjeme darle un solo ejemplo, a propósito de la discusión de una norma sobre una modificación de la ley en materia de educación superior, de las universidades. Un parlamentario, cuando ya estaba perdiendo el debate, dijo: no importa, definan lo que quieran, nos vamos al Tribunal Constitucional y allá estamos seis a cuatro. O sea, uno puede hacer una prevención de cómo más menos le va a ir en el Tribunal Constitucional.

El profesor Mark Tushnet ha escrito bastante sobre esto; el mismo John Hart Ely, en *Democracy and distrust*. Creo que esto desalienta una deliberación en forma adecuada en el Congreso y permite que los parlamentarios -como alguien más va a resolver este problema, una corte a la que después vamos a culpar- manden los saludos que quieren mandar a sus *constituencies*.

Entonces, en verdad genera problemas de política que un control de carácter represivo puede matizar. Si bien no eliminar, como dice usted, matizar y hacer que esta Corte se

dedique a lo que uno espera que haga un tribunal, que es juzgar judicialmente y no políticamente.

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Siempre hay riesgo de la politización de la justicia, porque uno da mucho poder a los jueces -sea *ex ante* o *ex post*- y hay la tentación de jugar un rol político directo. Hay acusaciones, por supuesto, en contra de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre eso, en este momento.

Pero cuando yo era profesor en Texas, recién llegué a Texas y hubo un fallo de la Corte Suprema escrito por el Presidente de la Corte Suprema del Estado de Texas. El fallo empezó de la siguiente manera -todo esto es *ex post*-: tenemos que revisar la aplicación de esta ley en este caso. Empecemos con el texto y la intención del Congreso y de la legislatura de textos, dice el Presidente: Yo era legislador, yo sé exactamente cuál fue el intento, porque yo estuve en la minoría, hoy tenemos la mayoría en la corte, para mí eso es un desastre, eso fue un rechazo completo del rol judicial que se debería jugar.

En parte, las preguntas son si esto se evita por las restricciones que tenga la corte en su jurisdicción, si sea preventiva solo en términos procesales o también sustantivos, si sea solo *ex post*.

Creo que la tentación y el peligro de la politización de la justicia se va a ver en cualquiera de estos casos, eso no se puede evitar simplemente por la manera de revisar, no lo creo.

Si quizás la tentación es un poco más, si se discute *ex ante*, porque es simplemente un proyecto de ley así que la política está más presente, pero no creo que eso sea una diferencia cualitativa, ni tampoco creo que es una diferencia cualitativa simplemente lo procesal de lo sustantivo porque somos abogados y sabemos que la línea entre lo procesal y lo sustantivo nunca es tan firme, siempre se mueve.

Al mismo tiempo, diría lo siguiente: que la razón por la cual ustedes creo que piensan más en lo *ex ante* que en lo *ex post* tiene que ver con otro aspecto de la justicia y de la jurisprudencia chilenas.

Eso es el rol de los fallos, el rol de estar *in sizes*, el rol de los precedentes judiciales en el desarrollo de la ley chilena. Creo que la experiencia europea, que viene de una tradición continental civil, no de los fallos, no del *Common Law*, como en Inglaterra o en los Estados Unidos o en Australia, la tradición en Europa, al principio hubo un choque entre las cortes nacionales, que eran todos del sistema romano, del sistema civil y las cortes europeas, que daban sus dictámenes a través de fallos y que justificaban su jurisprudencia de un fallo al otro, había la consistencia entre las decisiones, las sentencias de las cortes.

Cuando uno tiene una corte constitucional es muy difícil mantener el entrenamiento o la manera de juzgar que sea simplemente de la tradición civil, van a entrar los hechos *Common Law*, van a entrar porque una corte constitucional no tiene el mismo poder de sentencias sobre las partes,

simplemente tiene que avisar a través de la calidad de las sentencias de los fallos que sacan.

Creo que la experiencia europea, al mando de la Corte de la Justicia, al mando de la Corte de los Derechos Humanos, ellos se movieron mucho más en la dirección del *Common Law*, y mucho más en la dirección de que las sentencias después de un tiempo dan una base orgánica para el comportamiento del Estado con los requisitos constitucionales fundamentales.

El problema que yo tengo con revisar *ex ante* es lo siguiente: yo veo en país tras país que se proponen leyes, por ejemplo, hoy en Hungría, leyes de reorganización de las universidades, leyes sobre reorganización de los medios de comunicación, que en principio están bien, siempre dicen los proponentes: bueno, esta ley es muy parecida a la francesa, esta ley se parece a una alemana, esta ley se ve algo parecido en los Estados Unidos.

El problema es que operan dentro de un sistema en su aplicación son antidemocráticos, no en su base teórica, en principio, en los escritos, pero en la aplicación, por lo tanto, el enfrentamiento de las cortes en Europa contra el ilegalismo, la antidemocratización viene a través de una revisión *ex post*.

Eso es porque en Francia pasaron en el Consejo Constitucional y tuvieron que cambiar lo de tener poder exclusivamente *ex ante* a la capacidad de revisar los actos *ex post*.

Creo que por eso dudo un poco y no tengo una posición. Respecto de la capacidad de *ius (inaudible) ex ante*, no tengo

esa posición ni tampoco puedo decir qué no se debe hacer sustitutivamente, simplemente creo que la tarea más importante de una corte constitucional es la capacidad de revisar los actos por su impacto constitucional.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Profesor, respecto de Estados Unidos, ¿cómo funciona el control *ex post*, precisamente en estas materias tan sensibles?, ¿sería posible que pudiera darnos una mirada comparada respecto de eso?

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- El último caso principal de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre qué se puede revisar, lo que generamos en el artículo 3, *Case Controversy*, fue un caso que yo perdí cinco a cuatro, yo era el abogado que perdió, así que quizás no soy experto en eso, porque no pude convencer a uno más.

Sin embargo, eso es un asunto que se debate mucho y la jurisprudencia en este momento en los Estados Unidos está en proceso de cambiar, esta corte de hoy piensa que la capacidad de revisar debe ser mucho más restringida. Así que una expansión hacia algunos derechos fundamentales como la Primera Enmienda, de una restricción sobre el uso de los tribunales para revisar los actos en su aplicación.

Eso es una atención que tenemos en los Estados Unidos, y, mi opinión personal -quizás porque perdí cinco a cuatro en el último caso importante- es que nos hemos movido demasiado en una dirección; creo también que va a haber una corrección sobre eso, así que eso, uno tiene una Corte y aprende.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).-Muchas gracias, profesor.

Ofrezco la palabra por si alguien quisiera formular otra pregunta.

Tiene la palabra el comisionado Hernán Larraín

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Muchas gracias, señora Presidenta.

Encontré muy interesante su reflexión sobre el rol de los precedentes, porque efectivamente dentro de nuestra tradición romano-germánica o continental, o como se le quiere llamar, no está presente ese *stare decisis*, esa obligación de mantener la *ratio decidendi* de fallos anteriores.

A mi juicio, eso ha permitido mucha arbitrariedad en nuestros tribunales, mucha irresponsabilidad porque un día se falla blanco y al siguiente, negro, a veces, por los mismos, o a veces por salas distintas del mismo tribunal, y ha sido muy difícil rectificar eso.

Sin embargo, algunos, entre los que me cuento, creemos que hay que incorporar algunos elementos de esos, y hemos presentado una indicación en este proceso para no establecer estrictamente el rol de los precedentes, porque creo que sería muy difícil cambiar la tradición de un día para otro, pero sí para obligar a que los fallos sean congruentes unos con otros.

Aquí en Chile se ha desarrollado esta teoría de la congruencia como una manera de obligar más moral que jurídicamente al vínculo de un fallo con otro.

¿Por qué cree usted que eso es importante en el ámbito constitucional?

Yo estoy de acuerdo con el comisionado Lovera en que en nuestro país el problema de la politización ha golpeado las puertas del Tribunal Constitucional; pero no solo de dicho órgano: lamentablemente, también de otros tribunales. Sin embargo, eso no significa que tenemos que eliminar el Tribunal Constitucional -porque es la garantía para la supremacía-, sino que tenemos que evitar su politización de distintas formas. Y ese es el esfuerzo que se está haciendo y al que todos hemos contribuido.

¿Cómo incide esa regla de los precedentes? Porque, en la medida en que aparte de la Constitución, como fuente principal, esté en la jurisprudencia del propio tribunal, eso quizás pueda ayudar a que, cambiando a sus integrantes, no puedan salirse de los fallos que han ido estableciendo. Y así evitamos un poco la fluctuación personal cuando tenemos criterios establecidos por los tribunales.

No sé si le entendí bien su planteamiento. Porque me pareció muy interesante. Y es lo que queremos algunos: que se incorpore no solo en el Tribunal Constitucional, sino en todo nuestro sistema jurisdiccional.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra el comisionado Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Gracias, Presidenta, para complementar, yo creo que la cuestión del precedente en una tradición como la nuestra es debatible; o sea, que se puede discutir.

Hay quienes creen que el principio de igualdad se afecta cuando no se mantiene el precedente. Hay quienes creen, en cambio, que se exalta el principio de igualdad. Porque yo quiero que el tribunal no subsuma mi caso en una cadena de casos que ha resuelto anteriormente, sino que quiero que tenga los ojos puestos en mi caso como si fuera el único y el más importante que tiene ante la vista.

Dicho esto -no digo que lo esté proponiendo el comisionado Larraín-, ¿usted cree que la práctica de precedentes o *stare decisis* es algo que se pueda imponer vía regla constitucional o no obstante se puede de alguna manera estimular, o es más bien una cuestión que desarrolla el tribunal como parte de una práctica de respetar sus propias decisiones anteriores y líneas de decisión?

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Estas dos preguntas entienden muy bien lo que yo había dicho. Y yo creo que esto es algo muy importante que no está discutido en el texto que leí.

Cuando uno habla de la politización de la justicia, el hecho de tener que ser consecuente entre hoy y mañana y el día después, es algo que va a disciplinar un tribunal, porque

al menos tiene que explicar por qué cambia de posición. No quiere decir que no se puede cambiar de posición.

Es cierto que la decisión de Estados Unidos sobre el aborto, que fue un cambio chocante para la población, después de medio siglo se modifica completamente. Pero tuvieron que explicar por qué.

Así se desarrolla la ley.

Yo creo que eso es realmente importante para un Tribunal Constitucional.

En una Constitución uno está simplemente leyendo las palabras que están escritas. Porque una Constitución siempre es una aspiración sobre cómo se va a organizar y desarrollar la sociedad. Nunca está escrita en el último momento cada cosa. Si no, van a tener una Constitución de diez mil páginas.

Eso saca un poco de la politización. No todo, por supuesto.

Ahora vamos a la pregunta de cómo se desarrolla eso.

En los Estados Unidos se desarrolló por dictamen de la Corte. El *judicial review* viene del juez Marshall, quien lo declaró y lo hizo de una manera muy interesante, en que casi todos los países que han desarrollado el *judicial review* lo hacen del mismo modo. Y yo lo llamo el *Marbury Strategy*; fue un caso famoso de Marbury contra Madison.

Al leer ese fallo en primer año de la facultad de Derecho, yo tuve la impresión de que se equivocaban, porque ganó el gobierno. Pero nosotros lo hemos revisado; tenemos el poder de rechazar lo que hizo, pero no lo usamos hoy día. El hecho de declararlo es cómo se empieza. Y eso ya existe acá.

Ahora, la pregunta es cómo se desarrolla una historia de precedentes, la importancia del precedente.

Yo volví a Argentina en 1984. Estaba haciendo trabajos con algunos de los juicios de los militares, y me puse a leer los fallos de la corte de ese país y trataba de discutirlos con los abogados que estaban trabajando con los mismos fines, y me di cuenta de que ellos no conocían los fallos. Nadie leía los fallos de la Corte Suprema porque no eran parte de la ley. Se consideraban como algo escrito, pero no era importante.

Entonces, los alumnos no estudiaban los fallos de la corte. De modo que el precedente no tenía ningún significado en la vida de ahí.

Además, se daba una cosa institucional: la tradición en Argentina es que cuando surge un nuevo gobierno sacan la corte y ponen una corte nueva. Así es que la corte nunca es opositora al gobierno que tiene el poder en ese momento.

Después de las reformas del 94, en Argentina la corte mantuvo un poco de independencia. Así, de repente los fallos son importantes y se leen de un juez al próximo y forman parte de la jurisprudencia. Entonces, cuando se nombran nuevos jueces les preguntan qué piensan de estos fallos, cuál es su orientación jurisprudencial a través de la redacción de las sentencias antiguas. Y quizás un demandante en la corte dice "No solo se ocupen de mi caso".

Desgraciadamente, ese no es el rol de un tribunal constitucional. Un tribunal constitucional no es la justicia común, es un tribunal que tiene que ocuparse de las tareas

principales del país y de su organización democrática. Por lo tanto, tiene que ser consciente de la relación entre la justicia y la forma cómo se desarrollan los órganos políticos y el sentido común de la población.

Eso es algo que no se puede tratar en un caso. Se trata todo el rol de la justicia en casos parecidos y durante mucho tiempo.

Si ustedes desarrollan bien el rol de un tribunal constitucional, creo que el respeto al precedente va a seguir.

La experiencia en Europa es que, aunque vienen de la misma tradición, más antigua que la de ustedes -porque fue la fundación-, vienen de la misma tradición y han llegado al momento en que en el derecho fundamental, el derecho al nivel de la comunidad europea, se leen los fallos para entender las consecuencias de los precedentes y la manera en que se aplica de un caso a otro parecido.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Martorell.

Con eso vamos a finalizar.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- Muchas gracias, Presidenta.

Quiero saludar al profesor Issacharoff por toda su experiencia y lo que nos está aportando.

Yo quisiera hacerle una pregunta. En realidad, es una reflexión-pregunta.

Me pareció entender que no tenía una postura clara respecto de si debe o no existir un control preventivo -lo estoy sacando del tema y volviendo un poco atrás-; que usted no tenía una postura definitiva; que más bien -me dio la impresión- tendía a no ir en esa línea, sino que fuera un control de constitucionalidad *ex post*.

En ese sentido, a mí me parece que es complejo cuando uno mira el derecho comparado y reconoce la realidad que tiene en el país.

Nosotros hemos tenido, lamentablemente, situaciones en que, a través del ejercicio del Poder Legislativo se ha buscado vulnerar la constitucionalidad de las normas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sido clave, pero también ha tenido un pequeño problema, que es, precisamente, esta politización del Tribunal Constitucional de la que ya hablábamos. Yo tiendo a pensar que eso está muy relacionado con el sistema de nombramiento del Tribunal Constitucional, que hace que ocurra esto que comentaba el comisionado Domingo Lovera: "Bueno, no importa, estamos 6 a 4", o, en el fondo, que uno pudiera decir con cuántos votos podía contar, y se terminara, en algunos casos incluso, convirtiéndose en algo que en nuestro país se ha llamado la tercera Cámara. Y ha sido llamada así transversalmente.

Entonces, entendiendo que en nuestro país se ha tratado de vulnerar la constitucionalidad, nosotros, pensando en un sistema de control preventivo que tenga como objeto, en el proceso legislativo, que cada vez que vaya terminando un trámite, es decir, si pasa la Cámara de Diputados, se pueda

revisar esa constitucionalidad; si pasa al Senado, se pueda revisar esa constitucionalidad, y que, además, esa revisión vaya después de vuelta, o sea, reenviada al Congreso Nacional para que sea subsanada; es decir, el Congreso Nacional tiene la última palabra.

¿Le parece que es más procedente, entendiendo la realidad de nosotros, o usted igualmente se inclina por el control *ex post* siempre?

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra el señor Samuel Issacharoff.

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Agradezco la pregunta, porque me permite aclarar mis posiciones.

Yo no me opongo al control *ex ante*, preventivo. Digo que no tengo una posición firme sobre eso, porque no tengo mucha experiencia al respecto, y cuando uno sale de acá y revisa el rol de las cortes constitucionales en todos los países del mundo, pocas tienen el control anticipado, y se usa aún menos, en las que lo tienen.

Por lo tanto, vengo para decir que eso es algo de la cultura nacional, de la política nacional, pero mirado desde afuera; porque lo más importante en estos tiempos es justamente el control sustantivo directo a la aplicación de las leyes por el poder gubernamental.

Usted me pregunta, también, si eso lleva más a la politización, porque cada acto del Congreso Nacional tiene

que pasar por las dos Cámaras y después por la justicia, antes de ser implementado. Puede ser. Esta es una pregunta empírica. Simplemente no sé, no tengo una base comparada con otros países para decirlo.

Lo que sí sé es que, a través de la importancia de los precedentes y el control de los actos en su aplicación, uno llega a tener una posición bastante clara sobre lo que es constitucional o no, no solo en los Estados Unidos, sino en todos los países que tienen cortes constitucionales. Y eso sirve como una parte de la discusión legislativa, porque ellos ahora entienden cuál va a ser la posición o probablemente cuál va a ser la posición de los tribunales.

Eso lleva a cosas muy extrañas, porque, a veces, por razones demagógicas, los parlamentarios dicen: "Bueno, vamos a aprobar esta ley, porque va a ser popular", y sabemos, además, que la Corte la va a rechazar. Por lo tanto, podemos denunciar a la Corte, podemos decir que nosotros estamos con el pueblo. Ese es un problema que puede surgir en cualquier sistema, anticipatorio o *ex post*. No tengo una posición firme sobre eso. Simplemente, eso es algo que se desarrolla en la cultura nacional, y si ustedes tienen la tradición de revisar de manera anticipada la aplicación de la ley, esa es su tradición, es su aviso. Lo único que yo digo es que esa no es la norma internacional y tampoco creo que la manera en que se ejerce el poder hoy día, no creo que sea clave en este momento.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas Gracias, profesor Samuel Issacharoff por haber concurrido y haber expuesto en la sesión de hoy.

Sin duda, ha sido un verdadero honor escucharlo. Usted tiene una larga trayectoria académica que toca muchos de los temas no solo de esta Subcomisión, sino, también, de otras subcomisiones.

Quiero contarle que una de las enmiendas que no discutimos, pero que vamos a discutir mañana, tiene que ver con el control de los decretos supremos del Presidente de la República, que precisamente recoge esa inquietud que usted nos ha planteado sobre el poder que está adquiriendo el Poder Ejecutivo en otros países y que se puede apreciar como una tendencia en el derecho comparado.

Agradecemos su asistencia el día de hoy y le deseamos un buen regreso a Estados Unidos, una vez que concluya su visita en Chile.

El señor **SAMUEL ISSACHAROFF** (expositor).- Muchas gracias. Fue realmente un honor haber sido invitado.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas Gracias.

Vamos a suspender la sesión.

A esa hora está citada la presidenta del Tribunal Constitucional, así que pido a los integrantes de la Subcomisión que retornemos a las 11:00 horas.

Se suspende la sesión.

*-Transcurrido el tiempo de suspensión:*

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Continúa la sesión.  
Corresponde escuchar ahora a la presidenta del Tribunal Constitucional, señora Nancy Yáñez Fuenzalida.

Muy bienvenida a la Subcomisión.

Voy a ofrecerle la palabra para que pueda hacer su exposición respecto de las enmiendas presentadas al texto general, ya aprobado por el pleno de la Comisión Experta.

Tiene la palabra la presidenta del Tribunal Constitucional.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Muchísimas gracias, señora Presidenta.

Quiero agradecer una vez más la invitación y hacer presente que en el seno del Tribunal Constitucional hay una diversidad de opiniones respecto de los temas que están sometidos a consideración de este órgano constituyente. Voy a tratar de reflejar aquellos aspectos en los cuales se ha presentado un mayor disenso y también me voy a pronunciar, a título personal, respecto de alguna de las enmiendas que aquí se proponen.

En primer lugar, en cuanto al artículo 155, en lo que dice relación con lo que se indica en la enmienda 003-08, de los honorables comisionados Arancibia, Frontaura, González, Ossa, Pavez, Peredo, Ribera y Sebastián Soto, en el que se agrega un nuevo inciso segundo, pasando el actual a ser inciso tercero, y se dispone que "Solo la Corte Constitucional ejercerá el control de compatibilidad de preceptos legales

contrarios al texto de tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile. Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, inaplicar la ley por esta razón o por causa de inconstitucionalidad, sin una sentencia de inaplicabilidad que los faculte para ello”.

Aquí tenemos varios elementos que, me parece, son complejos. El primero de ellos es uno general que dice relación respecto del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, consignado no solo en la enmienda del artículo 155, sino también en las que se formulan respecto del artículo 159.

No cabe duda de que, en la eventualidad de haber un control de constitucionalidad de tratados internacionales, la doctrina ha sido relativamente deferente en cuanto a aceptar un control de constitucionalidad de los tratados internacionales, fundamentalmente en razón de la buena fe internacional y del *pacta sunt servanda*.

Particularmente, teniendo en consideración el artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que las disposiciones de derecho interno no pueden ser invocadas como justificación para el incumplimiento de las normas de tratados.

Sin embargo, en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos, esto es problemático, puesto que se trata de obligaciones internacionales que asume el Estado y que se fundan en su pertenencia a la comunidad internacional, de modo tal que el sistema internacional de protección en materia de derechos humanos previene precisamente el que en

estos casos el Estado cumpla sus obligaciones en la materia y se limiten mecanismos institucionales que podrían permitir efectivamente invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de obligaciones internacionales, como las que refieren los derechos humanos. Esa sería una observación.

Pero, respecto del artículo 155, en particular, hago presente que no correspondería a la Corte Constitucional la tutela de derechos fundamentales, de modo que podría generarse aquí un problema, en la medida en que los órganos o los tribunales de justicia, llamados a realizar esta tutela, quedarán subordinados a la declaración de inconstitucionalidad de parte del Tribunal Constitucional, cuando se trata de aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos que imponen obligaciones al Estado respecto de la garantía de los derechos fundamentales establecidos en esos instrumentos.

Entonces, creo que la norma podría generar un problema en ese ámbito.

Respecto del sistema de nominación -ya lo hicimos presente como Tribunal Constitucional-, vemos con preocupación los efectos que podría generar un sistema de nominación, como el que se propone. En general, la mayoría de los sistemas institucionales decantan por un sistema distributivo. Nosotros tenemos hoy día un sistema distributivo; no cabe duda de que este requiere mecanismos de corrección y que la propuesta va en el sentido correcto, en la medida en que salvaguarda fundamentalmente que la nominación de los

candidatos no ponga en riesgo el carácter de órgano jurisdiccional de derecho que tiene la Corte Constitucional, por medio de establecer concursos públicos de oposición y antecedentes, y de garantizar la trayectoria técnica, ya sea académica o por la trayectoria profesional de las personas que concurren al proceso de selección de ministros y ministras de la Corte Constitucional.

Sin embargo, este sistema sucesivo puede tener inconvenientes. En nuestra experiencia ya tenemos problemas con el sistema distributivo que, de alguna manera, permite que, por la dispersión de las autoridades llamadas a realizar los nombramientos, al menos contemos o podamos diversificar las responsabilidades en la denominación de los candidatos. Eso nos permite, por ejemplo, tener un *quorum* mínimo de funcionamiento.

De hecho, llegué tarde a esta reunión porque teníamos a dos ministros que no estaban en condiciones de integrar sesión; razón por la cual me vi en la obligación de hacerlo. Teníamos el *quorum* mínimo de ocho para sesionar hoy.

Entonces, la circunstancia de establecer un sistema sucesivo de estas características en la eventualidad de que no se logre el acuerdo en el Senado por no concurrir los tres quintos para la nominación, podría generar un problema a la hora de nominar a los candidatos. Por ello, ese es un ámbito que el órgano Constituyente y esta Subcomisión en particular deberían tener en consideración.

Nos parece que la posibilidad de tener suplentes sin lugar a dudas es deseable, particularmente para resolver los

problemas de integración que pudieran generarse a efectos de los *quorum* necesarios para sesionar; sin embargo, si el sistema de nombramiento resulta engorroso y se dilatan los nombramientos, ocurre que, finalmente, la integración queda confiada a los ministros suplentes en la eventualidad de que su nominación sea más expedita que la que corresponda a los ministros titulares.

Otro punto que me parece importante de considerar es lo que dice relación con las reglas de implicancias y recusaciones. Inicialmente, quiero hacer presente que este es un tema respecto del cual no tenemos consenso en el Tribunal Constitucional, de modo tal que, básicamente, voy a hacer presentes mis planteamientos más personales sobre la materia, fundados en lo que nos han expresado la doctrina y el derecho comparado a este respecto.

En lo que dice relación con las causales de remoción de ministros y ministras, en los estudios comparados que ha encargado el Tribunal Constitucional surge que solo 42 de 198 constituciones a nivel mundial tratan el tema de la remoción de los jueces constitucionales. La gran mayoría se decanta por la inamovilidad de los miembros de los Tribunales Constitucionales como garantía de autonomía.

Dentro de las causales de remoción, la mayoría de ellas no son de orden político, sino que más bien están relacionadas con la comisión de crímenes o ilícitos disciplinarios que, finalmente, habilitan para la remoción de los jueces constitucionales.

Las recusaciones también plantean problemas, particularmente cuando entendemos la justicia constitucional como un control normativo, que si bien tiene referencias al caso concreto busca salvaguardar un interés público, que es la debida sujeción de las normas legales al texto constitucional.

El sistema de recusaciones puede privatizar o fortalecer un proceso de privatización de la justicia constitucional, toda vez que las causales de recusación dicen relación fundamentalmente con la colisión con los intereses particulares de los recurrentes.

En el marco de una Corte Constitucional, sin embargo, podría generar muchos problemas, en términos de hacer inviable el ejercicio de la justicia constitucional en términos de los *quorum*, por una parte, que no necesariamente están resueltos en la propuesta, pero, por otra, también levantar problemas de colisión de intereses que, finalmente, son relevantes para la gestión pendiente, mas no necesariamente debieran ser el interés jurídicamente protegido cuando se trata de realizar el ejercicio y la interpretación conforme de una norma con el texto constitucional.

Evidentemente, debiéramos verificar. Hay una serie de otros mecanismos que, en definitiva, buscan garantizar el ejercicio de esa competencia especializada por parte de las Cortes Constitucionales. Dentro de ellos, la obligatoriedad del precedente, o la unificación de jurisprudencia, que son precisamente los mecanismos que buscan asentar doctrina

constitucional como resultado de la justicia constitucional especializada.

En el marco del artículo 158, particularmente la enmienda 014/08, diría que sin lugar a dudas hay consenso en el Tribunal Constitucional con respecto a que quien presida la Corte Constitucional no debiera tener el voto dirimente, el cual constituye un instituto contramayoritario que está lejos de resolver los problemas de objeción contramayoritaria que tiene la justicia constitucional y, por el contrario, su manutención acrecentaría, por cierto, el debate de legitimidad que enfrenta la justicia constitucional en este ámbito.

Sin embargo, me parece importante revisar la redacción de la enmienda. Si bien se plantea que: "Quien presida la Corte Constitucional no tendrá voto dirimente, y ejercerá las atribuciones que señale la ley institucional respectiva.", pareciendo copulativo lo que viene, en orden a indicar que: "...solo tendrá la facultad de integrar cualquiera de las salas, a falta de alguno de sus integrantes.", puede favorecer una interpretación restrictiva respecto de las atribuciones que tiene el presidente o la presidenta del Tribunal Constitucional, quien no solo integra salas, sino que también el Pleno y, en esa condición, evidentemente, ejerce todas las atribuciones que a ministros y ministras les corresponden para cumplir con su mandato jurisdiccional.

La cuestión que concita los mayores desacuerdos dentro del Tribunal Constitucional son, sin lugar a dudas, las que dicen relación con el control preventivo de ley. En esta materia

debo señalar que el Tribunal Constitucional no ha zanjado sus diferencias a este respecto, por lo tanto, estimamos que el órgano constitucional debiera dirimir, teniendo como antecedentes el derecho comparado, que es el mecanismo más adecuado en esta materia.

Solo hacer presente que, efectivamente, esta institución no está recogida mayoritariamente en el derecho comparado, fundamentalmente, por las objeciones que tiene en la necesidad de dirimir entre la actividad propiamente jurisdiccional de la justicia constitucional y la competencia legislativa que tiene el parlamento para la producción de las leyes.

Dentro de las objeciones, también está la discusión respecto de si estamos efectivamente en presencia de un conflicto constitucional o no, y la circunstancia de que exista un conflicto constitucional me parece que es una clave para poder dirimir si es adecuado o no también preservar esta institución y en qué términos.

Si eso es así, es relevante tener dos puntos en la discusión: primero, la necesidad de que sea siempre a requerimiento del legislador y, por lo tanto, no obligatorio, y en eso quiero consignar mi posición personal, y, segundo, la necesidad de que una vez identificado un vicio de constitucionalidad sea el órgano legislativo el encargado de subsanar el vicio. En consecuencia, no puedo sino estar de acuerdo con la propuesta que se hace en ese punto, en que, en último término, va hacer la Cámara la que esté llamada a subsanar el vicio.

Con todo, tengo que hacer presente que este es un tema no zanjado, que divide las posiciones dentro del Tribunal Constitucional, respecto de quienes manifestamos que la justicia constitucional debe ser más deferente con el legislador a la hora de distribuir las competencias en el ejercicio de la justicia constitucional, y de quienes estiman que existe virtud en esta institución, a efectos de garantizar los necesarios contrapesos entre los poderes del Estado que requiere un sistema democrático. Por lo tanto, lo hago presente a la Subcomisión.

Con respecto a la enmienda 017/08, que es la posibilidad de resolver las infracciones de procedimiento de competencia establecidas en la Constitución y las leyes, "...que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional y de tratados internacionales...", hago presente que los aspectos procedimentales y el control de constitucionalidad también son puntos en discusión dentro del Tribunal Constitucional en esas materias, no así en materias de competencia. En cuanto a la remisión a los tratados internacionales, vuelvo a hacer el énfasis respecto de la situación particular de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Con relación a la enmienda 019/08, quiero más bien resaltar y valorar los mecanismos dialógicos que contiene la propuesta. Creo relevante para el Tribunal Constitucional, y así lo hemos enfatizado, que se fortalezcan los mecanismos del diálogo interinstitucional; el más relevante, por la vía de que sea el legislador quien resuelva los vicios de

constitucionalidad de las leyes y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que pudiera identificar, con las observaciones que se han planteado, pero que sea el legislador el que colme finalmente los contenidos normativos de los preceptos observados.

Sin perjuicio de lo anterior, también valoramos el mecanismo que aquí se propone y que establece que: "...el juez de la gestión pendiente tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad.". Ello, sin lugar a dudas, creemos que va en la línea correcta.

Un punto que me parece problemático es la enmienda 024/08. Este es un tema sobre el cual también hay posiciones divergentes dentro del Tribunal Constitucional, sin embargo, quiero dejar consignada mi opinión con respecto al literal k), que señala lo siguiente: "k) Declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos, de los movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos, o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático, o procuren el establecimiento de un sistema totalitario como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella. La Corte podrá apreciar en conciencia los hechos.".

Esta es una norma que ha sido cuestionada, ya que es un resabio del principio de democracia protegida, por lo tanto, mantenerla, incluso en los términos en que se propone, en mi opinión, vuelve a ahondar sobre un diseño constitucional que pone énfasis en el principio de la democracia protegida y no

en el principio del pluralismo democrático, lo que es tremendamente problemático.

La historia de esta normativa demuestra que es utilizada por determinados sectores de la comunidad política para cuestionar el pensamiento político de sus opositores y, en último término, me parece que el pluralismo democrático da mayores garantías de convivencia política que las que ofrece la democracia protegida.

Finalmente, tenemos la enmienda 028/08, donde se señala que: "Para los primeros nombramientos de los integrantes de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 156, se seguirán las siguientes reglas: a) El año 2024 deberán ser reemplazados dos integrantes del total de aquellos que deben cesar. Uno ejercerá el cargo por nueve años, el otro por diez años, según se determine por sorteo."

El problema que tiene esta enmienda, es que el año 2024 solo un ministro del Tribunal Constitucional cesará en sus funciones por haber cumplido el período que actualmente ejerce. Por lo tanto, esta norma hay que revisarla, sobre todo en lo que dice relación con la norma de transición entre el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional respecto del reemplazo de los actuales ministros titulares de la institución. Eso debe ajustarse, si así lo determina el órgano constitucional, entiendo que así ha sido en los períodos de nombramiento, y si se ajusta a estos períodos, tendría que hacer una revisión más bien de las circunstancias particulares que hoy día tienen los ministros y ministras del Tribunal Constitucional, porque estas nominaciones,

particularmente las que provienen del Presidente de la República y de la Corte Suprema, no se han renovado por duplas. Entonces, como no se han renovado por duplas, hay distintos períodos de ejercicio de funciones, y por eso es que en 2024 cesará en sus funciones el ministro Vásquez. El punto es que ahí tenemos el período de transición de la entrada en vigencia; entonces, ocurre que, en 2024, si la norma entra en vigencia seis meses después de su aprobación, solo va a ser aplicable a quienes eventualmente sucedan al ministro Vásquez. En cambio, el ministro Letelier y el ministro Pozo estarían cesando a comienzos del mes de enero, a menos que tengamos que esperar los seis meses para la nominación.

Entonces, creo que ahí hay un punto que debiéramos revisar con cuidado; a lo mejor, no lo vi con toda la detención que requiere.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Disculpe, Presidenta.

¿Esto está en la letra a)?

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Así es.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Efectivamente, en 2024 cesan tres ministros, dos el 12 de enero, de designación por el Senado. Como usted dice, puede ocurrir que ellos sean designados bajo la Constitución vigente antes de que entre en

vigencia la nueva Constitución, en el caso de que sea aprobada por la ciudadanía.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Así es.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Sin embargo, la misma letra a), dice: "Esta regla será también aplicable a aquellos ministros que hayan alcanzado a ser designados dicho año en conformidad a la Constitución que se reemplaza". En su opinión, ¿soluciona o no el problema que nos está planteando?

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Señora Presidenta, es problemático, porque habría que tener una norma de retroactividad sobre la vigencia de la Constitución a este respecto en particular.

Entonces, aquí hay que resolver o de ultraactividad de la Constitución, a efectos del nombramiento de los ministros que cesan antes de la entrada en vigencia de la Constitución, o de retroactividad de la Constitución, a efectos de nominar, conforme al mismo procedimiento, a los ministros que cesan con anterioridad a la entrada en vigencia.

Por lo tanto, hay que mirar con detención esa norma y articularla con la norma transitoria.

Esas serían las observaciones que quisiera formular y volviendo hacer el énfasis respecto de que al Tribunal Constitucional, como entidad jurisdiccional en ejercicio y estableciéndose en su ley orgánica su prescindencia de deliberación política, le es muy complejo pronunciarse

institucionalmente sobre el mejor diseño institucional para resolver una cuestión que es, sin lugar a dudas, central en el debate constitucional que nos convoca, que es cuál sería el diseño constitucional más apropiado para garantizar la supremacía del texto constitucional que se está discutiendo.

Hago este énfasis porque, como institución, entendemos que nuestras observaciones surgen de la experiencia de nuestra función y de nuestra respectiva trayectoria académica y profesional en estas materias, pero que, en último término, confiamos en que va a ser el órgano constituyente el que dirima sobre todo aquello respecto de los cuales tenemos grandes diferencias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, señora Presidenta.

Antes de ofrecer la palabra a los integrantes de la Subcomisión, quisiera pedir, si es posible, que el Tribunal Constitucional nos envíe, a través del señor Secretario de la Subcomisión, un oficio con las fechas en que cesan los actuales ministros del Tribunal Constitucional, para tenerlo como un dato oficial, dado que esa disposición transitoria que usted comentó la construimos con información pública disponible. Sin embargo, quizá, es mejor tener un oficio que emane de ustedes mismos, señalando cuáles son las fechas exactas en que cesan los actuales ministros del Tribunal Constitucional.

Quisiera hacer esa solicitud, por favor.

La señora **NANCY YAÑEZ** (expositora).- Perfecto.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muy bien.

Antes de ofrecer la palabra, simplemente quiero comentar una enmienda que está firmada por todos los integrantes de la Subcomisión, a la cual usted no se refirió, pero nos gustaría saber la opinión del tribunal o su opinión personal, y es que innovamos un poco, más bien explicitamos, un criterio jurisprudencial que ha ido desarrollando el tribunal respecto de la inaplicabilidad. Tratamos de perfeccionar un poco la institución de la inaplicabilidad para que quedara claro su carácter concreto.

Entonces, también quería pedirle su opinión al respecto.

Ofrezco la palabra.

Tiene la palabra el comisionado Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Gracias, Presidenta.

Sí, también me gustaría conocer la opinión de la Presidenta del Tribunal Constitucional sobre esa enmienda y en el ánimo también de aclarar, en el caso de la enmienda 024/08, tiendo a compartir su opinión respecto de la forma en que esta cláusula se podría utilizar; pero lo que a nosotros y nosotras nos compete es simplemente una enmienda de concordancia con cuestiones que se han definido en la Subcomisión 1, a propósito del régimen de partidos políticos y otras regulaciones. Entonces, no es una enmienda, por decirlo así, que nazca desde esta Subcomisión, sino que tiene

el objetivo de concordar con lo que ha pasado en esa otra Subcomisión.

Tengo dos comentarios muy breves, porque ya mañana tendremos tiempo de debatir sobre las cuestiones de fondo. Uno, es la enmienda 003/08, y también comparto con usted que esa es una enmienda compleja por dos razones; o sea, hasta el primer punto seguido se refiere a que: "Solo la Corte Constitucional ejercerá el control de compatibilidad de preceptos legales contrarios al texto de tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.". Más allá de la referencia al texto que yo no comparto, yo creo que esta es una cuestión que depende finalmente de la jerarquía que se le vaya a conferir a los tratados internacionales.

Si los tratados tienen jerarquía constitucional, como yo al menos espero que así sea, me parece que esa es una reiteración que se vuelve innecesaria. Pero lo que sí, luego del punto seguido, advierto una serie de mensajes que me parece que una Constitución es inapropiado que lance.

Acá lo que hay es un mensaje al Poder Judicial, hay otros en el mismo capítulo del Poder Judicial que me parece que son inadecuados, porque la Constitución no funciona, por decirlo de alguna forma, y esto desde el primer constitucionalismo, de 1787, declarando qué tipo de atribuciones no tienen los órganos.

En el mismo capítulo de Poder Judicial se dispone, por ejemplo, que el Poder Judicial no podrá ejercer otras atribuciones que no sean las que la misma Constitución y las leyes le han entregado. Claro, ese es el principio general

del actual artículo 7; pero ahí se reitera de manera innecesaria, creo yo, y aquí también...

Entonces, la Constitución lo que hace es atribuir competencias a los distintos órganos, en este caso autónomos, pero no reiterar que solo ese lo tiene y, otro, no, porque no es la forma en que generalmente funcionan las constituciones al momento de atribuir competencias.

Por último, respecto de la cuestión del control preventivo, como digo, mañana vamos a tener tiempo de discutir sobre esto, pero yo quería llamar la atención sobre lo que es una apariencia de diálogo, pero que no lo es en lo absoluto, que dice relación con esta eventual definición de un vicio sustantivo que estaría en manos del Congreso Nacional. Eso no es así en ningún caso en la propuesta.

Si el Congreso Nacional no acata la sentencia de la Corte Constitucional, que identifica un vicio de inconstitucionalidad sustantivo en una etapa preventiva, esa parte del proyecto de ley o el proyecto de ley no puede transformarse en ley de la república.

Yo no conozco ninguna forma de diálogo en la que uno imponga su voluntad sobre otro. ¡Eso no es un diálogo! Eso es un golpe de efecto, es una imposición o una orden.

Para que haya diálogo genuino el Congreso debe estar en condiciones de evaluar, someter a deliberación y decidir si acata la sugerencia -eso es lo que es un diálogo- de la Corte o si mantiene su posición en lo que puede ser claramente una interpretación de completa buena fe de parte del Congreso Nacional. Es lo que pasó, por ejemplo, en el caso del Sernac.

Fíjese que ahí había un acuerdo extendido y transversal entre todas las posiciones políticas en ambas cámaras y fue derribado por una sentencia del Tribunal Constitucional; o sea, efectivamente, muchas veces -insisto- hay acuerdos, interpretaciones y lecturas de buena fe que se hace de la Constitución en el Congreso Nacional, que son, además, compartidas y que el Congreso podría defender, por ejemplo, con un *quorum* de insistencia de mayoría simple. Esto le da la oportunidad a la corte, por ejemplo, que manifieste su observación -insisto que estoy, en todo caso, en desacuerdo con ese modelo, porque igual hace un punto político que complejiza la cuestión en la opinión pública-, pero habrá diálogo solo allí donde efectivamente cuente el Congreso con herramientas para mantener su posición.

De hecho, yo sería partidario de incluir una cláusula como la sección 33 de la carta canadiense, por ejemplo, donde el mismo Congreso puede identificar, de antemano, que hay cierta legislación que va a estar exenta de un cierto tipo de control judicial respecto de cierto tipo de derechos por un período acotado de años. Esas también son herramientas que se han calificado como dialógicas, más que la apariencia de diálogo, donde finalmente lo que hay, en verdad, es solo el sometimiento de una de las partes de ese diálogo a la voluntad de otra y, en consecuencia, diría yo, no un diálogo en lo absoluto.

Muchas gracias, Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Antes de dar la palabra a la comisionada Martorell, simplemente, Presidenta, me pareció escuchar de su presentación que usted entiende la enmienda 003/08 como que el tribunal puede dejar sin efecto tratados de derechos humanos, pero solo para que pueda responder la primera pregunta del comisionado Lovera, es todo lo contrario, sino que los tratados internacionales de derechos humanos son el parámetro de control, es decir, el Tribunal Constitucional lo utiliza para hacer este control normativo de las demás fuentes del derecho.

Esa era una precisión nomás que me pareció entender de su exposición que era que el tribunal estaba controlando el tratado internacional.

La señora **NANCY YAÑEZ** (expositora).- No, no, no.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- ¿Me permite, Presidenta?

De hecho, por eso mismo yo decía que -esta es una opinión mía- si la jerarquía de los tratados fuera constitucional, me parecería que sería una reiteración innecesaria, en el sentido que los tratados por definición... Yo no soy para nada partidario de la denominada "teoría del bloque de constitucionalidad", pero en el entendido de que el tratado es hoy día también un parámetro de control de constitucionalidad por su jerarquía de los preceptos legales, estoy completamente de acuerdo con la precisión de la Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Complementando eso, usted mencionó cómo quedaban los tribunales de justicia, que también tiene que ver con la pregunta del comisionado Lovera que ejerce en la tutela de derechos fundamentales.

El punto es que sí lo pueden seguir haciendo, pero cuando hay una ley que es incompatible con el texto de un tratado internacional lo que se pide a ese juez es que haga lo mismo que hoy día hace con la inaplicabilidad: que vaya al Tribunal Constitucional y sea el tribunal el que declare la inaplicabilidad de ese precepto legal.

En definitiva, lo que se está buscando resguardar con esta enmienda, entiendo yo, es el sistema de fuentes del derecho, es decir, que la ley sea revisada por el Tribunal Constitucional cuando exista una incompatibilidad, ya sea con la Constitución o con el texto del tratado internacional.

El comisionado Larraín quiere referirse a este punto.

Tiene la palabra.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Señora Presidenta, creo que el tema que se ha levantado, a propósito del comentario que hizo la Presidenta del Tribunal Constitucional, y las intervenciones que han tenido, tanto usted Presidenta como el comisionado Lovera, nos permiten centrar un poco más este tema, porque me parece que es muy importante.

¿Cuál es el sentido que tiene esta indicación? Ya lo esclarecía la comisionada Salem, pero desde mi punto de vista, yo tengo la impresión de que, en el tema de tratados,

efectivamente no se ha decidido aún cuál es el rango jerárquico de los tratados internacionales que firma el país.

A mi modo de ver, los tratados tienen el rango, según la materia que aborden; si se hacen cambios a través de un tratado en el texto constitucional, entonces, tendrán rango constitucional; si cambian impuestos, tarifas aduaneras, etcétera, entonces serán de rango de una ley. Eso lo fija.

Sin embargo, yo creo que el tema de los tratados internacionales de derechos humanos puede tener una medida distinta y, quizá, subyace dentro de esta indicación que nosotros creemos que son tratados de rango constitucional y, por lo tanto, lo que queremos es asegurar que cuando haya una suerte de incompatibilidad entre un precepto legal determinado y esos tratados sea la Corte Constitucional la que lo resuelva y no cualquier tribunal.

Creo que desde el artículo 5° del actual texto constitucional así se ha instalado el tema de los tratados de derechos humanos y, por lo tanto, cambiar eso no nos parecería adecuado; de ahí la conveniencia de que, establecido así, me parece que el control debería estar radicado en la corte y no en cualquier tribunal, por los tratados de derechos humanos; no estamos hablando de cualquier tratado, solo los de derechos humanos por su jerarquía.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Comisionada Martorell, ¿usted iba a preguntar sobre este punto o sobre uno distinto?

Entonces, en primer lugar, vamos a dar la palabra a la Presidenta del Tribunal Constitucional para que podamos cerrar este tema, y luego abrimos para las restantes preguntas

Presidenta, tiene la palabra.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Muchas gracias.

Efectivamente, tenemos que hablar a distintos niveles cuando nos referimos a la regulación constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Lo primero, efectivamente dice relación con la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y ahí no cabe ninguna duda de que es necesario resolver dos cuestiones: una, el que si los entendemos incorporados al texto constitucional, constituyen baremo de constitucionalidad, y yo coincido con el comisionado Larraín, en el sentido de que ya el inciso segundo del artículo 5° va en esa línea, de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son límites de la soberanía y, por lo tanto, baremo de constitucionalidad.

Siendo baremo de constitucionalidad constituyen, entonces, un marco normativo para determinar la conformidad de las leyes con el texto constitucional y, por lo tanto, con los derechos reconocidos en estos instrumentos por todos aquellos órganos encargados de hacer control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional hace control de constitucionalidad en el caso concreto por medio de la inaplicabilidad, y esta situación, en particular, se da

cuando el particular, en una gestión pendiente, invoca la norma del tratado internacional en materia de derechos humanos para determinar la conformidad o no de un precepto legal con la Constitución, pero no solo el Tribunal Constitucional hace control de constitucionalidad, también lo hacen los otros órganos del Estado a la hora de determinar, de cumplir sus respectivas atribuciones o competencia.

Entonces, mi problema con esta norma es que tiene cierta opacidad que puede presentar problemas de interpretación; uno de ellos deriva precisamente de la formulación negativa del precepto, que dice: "Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, inaplicar la ley por esta razón o por causa de inconstitucionalidad, sin una sentencia de inaplicabilidad que los faculte para ello."

De hecho, si miramos el sistema actual, el Tribunal Constitucional es el único que tiene la prerrogativa de inaplicar un precepto y lo que hacen los tribunales de justicia es adjudicación normativa, y pueden dirimir respecto de qué preceptos utilizan, y en ese ejercicio de adjudicación no existe ninguna razón para que no puedan recurrir a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Entonces, la norma resulta o puede resultar poco clara cuando nos referimos a un ámbito que nos lleva a la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional de inaplicabilidad, y se podría resolver diciendo que los tribunales de justicia están obligados a cumplir con las sentencias del Tribunal Constitucional, y no cabe ninguna duda de que las sentencias de inaplicabilidad del Tribunal

Constitucional, fundadas en el texto constitucional, incluyen los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Entonces, ocurre que la norma no necesariamente nos clarifica ese problema, que es la eficacia de las sentencias.

También podría ser zanjado dentro de cómo delimitamos los contornos de la competencia constitucional del Tribunal Constitucional, en orden a que es el único ente llamado a inaplicar la ley, pudiendo esgrimir... o sea, me preocupa que pueda favorecer una interpretación restrictiva respecto de la posibilidad que puedan llegar a tener los otros órganos de la administración de justicia, no solo la justicia especializada, para utilizar los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por supuesto que comparto que la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos debería -y no solo esa es la tendencia del derecho internacional y del derecho comparado, sino también la nuestra a partir de las reformas de 2005- ser baremo de constitucionalidad en el contexto de la inaplicabilidad o de cualquier gestión judicial, y en el contexto de la inaplicabilidad, por cierto, que no puede un tribunal... pero no suele ocurrir que los tribunales declaren inaplicables una determinada norma si el Tribunal Constitucional no la declara inaplicable, sino que más bien en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales pueden optar por usar una norma u otras.

Entonces, me parece que la norma es poco clara en el objetivo que persigue.

Esas son las reflexiones que me plantea esa normativa.

Por otro lado, respecto de lo que planteó el comisionado Lovera, si la norma que remite al Congreso Nacional es o no una norma dialógica, en la medida en que permite que el órgano de deliberación pueda mantener la posibilidad de resolver en el juego de la deliberación democrática un determinado diseño institucional y su conformidad con el texto constitucional.

Coincido en que este mecanismo debería ser lo más deferente con ese ejercicio democrático, pero ahí es donde viene el problema del control preventivo, porque, en la medida en que este no está necesariamente en el ámbito de los conflictos de constitucionalidad -porque no es un conflicto de competencia ni un conflicto de colisión normativa, que es el que se genera cuando se dicta una norma y esta se testea respecto del texto constitucional-, incide en el momento de la deliberación democrática.

Lo que se debe prevenir es que, por esta vía, la Corte Constitucional o el órgano que sea pueda incidir en el diseño político que está proponiendo el órgano legislativo, y eso es muy problemático cuando se entra al contenido sustantivo de las normas. Creo que hay allí un problema que es muy complejo de resolver, y esa es la razón de nuestro disconforme institucional.

Sin embargo, me parece que el diseño canadiense es interesante, precisamente porque habilita que el órgano de deliberación política pueda incluso insistir en su propuesta legislativa por medio de garantizar su legitimidad democrática con un *quorum* mayor.

Otra alternativa es que en el seno del órgano de deliberación se establezcan los mecanismos de control constitucional, porque también es una alternativa que dentro del Parlamento haya mecanismos llamados a prevenir aquellos vicios de constitucionalidad que pudieran generarse como consecuencia de la producción normativa del Parlamento como órgano técnico, pero si ese rol lo cumple un tribunal jurisdiccional, como sería la Corte Constitucional, debe tener mecanismos eficaces que vuelvan al diálogo o a la discusión democrática la decisión final de la problemática.

En eso coincido con lo que plantea el comisionado, pero no represento a todos los miembros del Tribunal Constitucional en este punto.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, presidenta.

Tiene la palabra la comisionada Martorell.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- Muchas gracias, Presidenta.

Quiero saludar a la presidenta del Tribunal Constitucional y agradecerle la disposición, el trabajo y la precisión de todos los puntos; también que se abra a darnos su opinión personal, más allá de la opinión del Tribunal Constitucional.

Más allá de la discusión del control preventivo, que actualmente es una indicación y una discusión que como Subcomisión debemos tener, y por cierto que todas estas observaciones que se hacen, la misma propuesta -primera vez que la dice- que ha señalado el comisionado Lovera en cuanto

a que vaya nuevamente a votación al órgano legislador lo que resulte de este control; más allá de eso, y teniendo en cuenta que aún no tenemos una respuesta sobre si esto va a ser aprobado o no, así como hay diferencias en el Tribunal Constitucional, también las tenemos acá en la Subcomisión.

Sin embargo, la enmienda 002/08 establece que, en el ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional observará los principios de deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución.

Entonces, entendiendo que no sabemos todavía si vamos a tener o no un control preventivo, estos principios, desde su perspectiva -y aquí le pido una opinión personal-, ¿limitan, restringen de alguna manera la labor de análisis del Tribunal Constitucional? ¿Es sano establecer estos principios, o es mejor dejar que el Tribunal tenga todas las herramientas posibles, las visiones y las miradas para poder dictaminar?

Esa la pregunta.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra la señora Nancy Yáñez.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora). Muchas gracias.

Si me permite, creo que, efectivamente, estos principios son los que justifican la existencia de la justicia constitucional. No se concibe la justicia constitucional sin estos principios.

Creo que nosotros, en el día a día de nuestra labor jurisdiccional debemos tener a la vista estos principios.

No conozco ninguna corriente, ni doctrinaria, ni marcos normativos, que no estimen que esto fija, precisamente, los contornos de la justicia constitucional y, más bien lo que se observa es que, cuando la justicia constitucional olvida estos principios, se empiezan a generar los problemas de la justicia constitucional, que invade, finalmente, los ámbitos de competencia de otros poderes del Estado y, por lo tanto, debilita su labor de contrapeso en el equilibrio de poderes fundado en estos principios.

Observo que el texto provee cierta certeza y densidad normativa a la Constitución cuando los explicita en el texto, en la Carta Fundamental, así que no podría sino estar de acuerdo.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra el comisionado Larraín.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Tenía algunos comentarios, pero voy a empezar por este último, porque me parece complejo en general que las constituciones incorporen principios sin que estos tengan claridad en su contenido normativo, porque no se sabe de qué estamos hablando.

Yo tuve una mala experiencia con el Tribunal Constitucional -usted no formaba parte de él, así que no es una diferencia personal- hace años, cuando se estableció el actual sistema de distritos y el actual sistema electoral. Me tocó

cuestionarlo por su constitucionalidad, por falta de igualdad ante la ley, entre otros factores, porque establecía distritos con la misma población electoral que en unos casos tenían la posibilidad de elegir tres diputados, en otros cuatro y en otros cinco, y me parecía que eso era claramente contrario a una igualdad básica.

Por eso mismo estaba pidiendo que se revisara esa situación, por ser contraria a la igualdad de los electores, a que hubiera ciudadanos de primera, de segunda y de tercera categoría, porque en algunos lugares su voto tenía mucho más efecto en la composición del Congreso Nacional, y eso era injusto.

Claramente, la razón tenía un trasfondo político, eso lo podemos analizar, pero nada más que desde una perspectiva puramente jurídica, así descrito, y la respuesta fue: "No, está bien", de modo que se confirmó la ley y se rechazó ese requerimiento, presentado por un grupo de parlamentarios que me correspondió representar.

Y el argumento fue la deferencia al legislador.

Entonces, ¿qué es la deferencia al legislador? ¿Dejemos que el legislador, con sus buenos criterios de interpretación política, justifique y "subsidie" algunos distritos por sobre otros?

A mí me parece que los principios, si no son criterios normativos claros, permiten justificar lo injustificable.

Pero ese es un comentario que me surgió luego de oírla, porque todavía estoy molesto con eso, y sobre todo porque - bueno, es una anécdota- después de eso me tocó ir invitado a

un almuerzo, fuimos la Comisión de Constitución del Senado al Tribunal Constitucional y tuvimos un intercambio que a ratos fue bastante duro con algunos de sus integrantes.

Pero da lo mismo, es un tema.

Ya vimos el tema de los derechos humanos, que se despejó.

El segundo es el del control preventivo, donde no hay claridad -como me pareció entenderlo en su primera intervención, en la ocasión anterior- respecto del control preventivo.

Le pido que esclarezca si esa decisión de no pronunciarse es por el control preventivo en todas sus formas o respecto del control preventivo sustantivo, o cuál es el alcance de la diferencia de opinión entre los miembros del Tribunal Constitucional, para tratar de tener criterios, porque aquí también tenemos una discusión, y creo que puede ser útil conocer un poco cuál es el trasfondo de esta discusión, que nos ayude a resolver.

Enseguida, respecto del tema del reenvío.

Creo que, si el Tribunal Constitucional define que una norma es contraria al texto de la Constitución, el reenvío al Congreso es para que pueda subsanar, si lo estima bien el Congreso, pero para que se entienda que la decisión política final radica en el Congreso, pero no puede ser que aquello que un tribunal declare inconstitucional no sea así respetado por el órgano, porque entonces no tendría ningún sentido el Tribunal Constitucional.

Este no es un órgano de recomendaciones o de consejos, es un órgano jurídico que resuelve, y sobre lo que resuelva hay cosa juzgada.

Lo que pasa es que, puede ser, por ejemplo, si esa norma que se declara inconstitucional es presupuesto para el funcionamiento de otras normas de ese proyecto de ley, es conveniente que pueda volver al Congreso para que se reacomode y la ley pueda funcionar, porque, si se publica así, puede quedar trunca la ley, puede quedar ineficaz en su objetivo; o puede haber otras formas de resolver el problema que suscitó la inconstitucionalidad, de otra manera.

Dejarle al Congreso la última palabra me parece razonable, y eso es dialógico.

Lo otro, lo de decir que lo que diga el Tribunal Constitucional son meras opiniones no vinculantes, no tiene sentido. Es lo mismo que consultar a un grupo de expertos. Podemos convocar a expertos constitucionalistas de varias universidades y pedirles su opinión, y lo que opinen será tenido a la vista buenamente, pero eso no es un Tribunal Constitucional, es un tribunal de derecho que opina técnicamente, y tratemos de que sea bien.

La inquietud por la politización que ha habido en el Tribunal es un dato que queremos evitar, porque queremos que haya un Tribunal preocupado de la supremacía constitucional, que es clave para el funcionamiento de la democracia. Esa es nuestra convicción, y por eso queremos salvar con control preventivo.

Finalmente, creo que el comisionado Lovera explicó por qué incorporamos esta disposición que usted objetaba, respecto de pronunciarse sobre la declaración de inconstitucionalidad de movimientos o partidos políticos que sean proviolencia o cuestiones de ese tipo.

Eso nos llegó como sugerencia, que hicimos nuestra, de la subcomisión que está viendo la estructura de los partidos políticos, todo el tema de representación y participación política.

Pero me pregunto -porque nosotros no somos partidarios de la democracia protegida, sino de la democracia- ¿es posible que conviva la democracia con partidos políticos que propicien y practiquen de alguna forma la violencia como método de acción?

Esto ha existido en Chile, no estamos hablando de cuestiones teóricas.

Yo recuerdo -era joven, pero recuerdo- contenidos programáticos de partidos políticos que así lo decían, y afirmaciones de congresos de partidos políticos que sostenían literalmente -no estoy improvisando- literalmente que la violencia es un método legítimo para alcanzar el poder, no solo las elecciones, sino...

La pregunta es ¿no hay nada que hacer al respecto? ¿Quién podría hacer algo al respecto?

A lo mejor lo que hay que hacer es evitar que se constituya un partido, más que tener que disolverlo, porque eso puede ser interpretado como una democracia protegida, pero, si no hay un compromiso con los principios democráticos, ¿por qué

vamos a querer instalar en una democracia una bomba que pueda desarticular estos principios? en momentos de alto populismo, como viven otros países -para no decir nada del nuestro y no se malinterprete-, puede ser un riesgo.

Me pregunto el tema, porque -repito, no fue una cosa que surgiera de aquí, pero que la hemos hecho nuestra- creemos que aquí hay que buscar alguna forma de no legitimar a quienes, por ejemplo, creen en la violencia y la quieren como lenguaje y modo de expresión en política. Nadie va a estar de acuerdo con que sería muy democrático.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Voy a ofrecer por última vez la palabra.

Presidenta, puede contestar la pregunta y después le daremos término a su exposición.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Muchísimas gracias.

Creo que estos principios han tenido un desarrollo doctrinario, jurisprudencial, que permiten dar cuenta de que no están vacíos de contenido.

Cuando estamos hablando del principio de deferencia al legislador, al menos, hay dos aspectos que es necesario considerar, que es prevenir que las cortes constitucionales obren como legisladores positivos y, por lo tanto, con potestades normativas, salvo las que corresponden a su regulación interna, pero, evidentemente, busca limitar la tentación de que la Corte supla la actividad que corresponde a los colegisladores.

El segundo punto en el principio de deferencia al legislador también dice relación con la labor de interpretación jurídica que corresponde a la justicia constitucional y que previene que no invada aquellas áreas que dicen relación con el diseño político en distintos ámbitos, como la política criminal, la política de salud, la política de educación, etcétera, porque bien podría ocurrir que a uno no le guste determinado diseño político. El legislador positivo fundamentalmente tiene y busca, pero también entiende que hay un amplio campo para la política, por medio del cual los distintos poderes se hacen cargo del gobierno y, por lo tanto, de la prosecución del bien común del mandato que corresponde al Ejecutivo y de la deliberación democrática en la producción normativa, que es lo que corresponde al Parlamento.

Creo que allí hay un punto importante cuando uno ejerce su función jurisdiccional.

Lo otro dice relación con la presunción de constitucionalidad de la ley como mandato conforme al cual todos los órganos del Estado actúan de acuerdo con el principio de constitucionalidad, de legalidad. Fundamentalmente, cuando uno analiza normativamente la conformidad de un precepto con la Constitución, inmediatamente descarta el conflicto de constitucionalidad si hay una interpretación conforme con la Constitución.

O sea, la circunstancia de que pueda haber una interpretación conforme con la Constitución declina inmediatamente esa discusión al juez del fondo, al juez de

mérito, aquel que, finalmente, está llamado a resolver sobre la legalidad y, por lo tanto, tendrá que dirimir respecto de una cuestión de interpretación de la normativa, que debe llevarlo a favorecer la interpretación conforme y que tiene vías recursivas para su impugnación. De esa manera, uno logra que el diseño institucional funcione.

Siempre puede haber un mal fallo. Ahora, ¿cómo se testea un mal fallo? No es un problema de indefinición de los principios. Alguien puede no aplicar los principios, como también no ejercer adecuadamente su mandato jurisdiccional.

Aquí viene un punto que fue observado en mi primera comparecencia a esta subcomisión, y es que en los tribunales hablamos por la sentencia. Por lo tanto, la autoridad de esta sentencia está precisamente en la forma, en el razonamiento jurídico que la sostiene, el cual debe responder a un test de dogmática constitucional, porque, de lo contrario, sería una disquisición política y no jurídica.

Ahí opera la forma a través de la cual un juez constitucional está llamado a resolver, que es utilizando estos principios.

Respecto del control preventivo, las posiciones son muy disímiles en el Tribunal Constitucional, como los son también en la doctrina. Dentro del Tribunal Constitucional hay quienes sostienen que hay que eliminar el control preventivo, que no es útil al ejercicio de la justicia constitucional y que, por el contrario, el riesgo del control preventivo, de politizar el Tribunal Constitucional y transformarlo en una tercera cámara, de igual forma que invadir las competencias

del órgano de deliberación democrática en la producción normativa, como es el Parlamento, es insoslayable cuando hay un sistema de control preventivo. Hay quienes dicen: mire, esta es la posición.

Hay quienes estiman que debiera haber un control preventivo de carácter formal, no procedimental, a efectos de salvaguardar que no se vulnere la Constitución en la producción de la ley por parte del Parlamento, y hay quienes estiman que este control preventivo debe ser de carácter sustantivo y que, de esa manera, nos permite prevenir situaciones de inconstitucionalidad que luego se van a visibilizar también por medio de la inaplicabilidad en el caso concreto.

Yo diría que, en general, lo que parece ser un mínimo consenso es que los problemas se plantean por la distinta naturaleza que tiene el control preventivo de leyes que no han sido dictadas, que están en proceso de elaboración, y por eso es control preventivo a la hora de ejercer un test de constitucionalidad cuando hay colisión normativa. Creo que ahí hay un problema conceptual complejo y un problema que dice relación con la división de poderes y la legitimidad democrática de órganos contramayoritarios, como son los tribunales de justicia.

La mayoría de los modelos institucionales, cuando han colocado un sistema equivalente al control preventivo de la ley, básicamente para salvaguardar la integridad del sistema legal, dicen: si la Constitución, efectivamente, es nuestro ente supremo, entonces, fortalezcamos los mecanismos de

control, pero busquemos distintas fórmulas por medio de las cuales se morigeren los impactos antidemocráticos que pudiera tener el control contramayoritario.

Por eso es que me parece que estos mecanismos de reenvío han sido la fórmula y, por cierto, debilitan el rol de la justicia constitucional en ese ámbito, pero no lo debilitan en el ámbito de hacer un control *ex post* de las leyes que ya han sido aprobadas por el Parlamento cuando hay conflicto constitucional entre la norma aprobada y el texto constitucional, de igual forma que los que pudieran derivar de los conflictos de competencia, que son materias en las que las cortes constitucionales tienen funciones y competencias.

Sigo pensando que es relevante la unificación de jurisprudencia para estandarizar criterios de interpretación constitucional. Por otro lado, si hay algo importante del control de constitucionalidad de la ley, como control represivo, es que permite sacar y limpiar el ordenamiento jurídico *ex post* de aquellas normas viciadas de constitucionalidad con un *quorum* agravado de los miembros de un tribunal constitucional, para generar un efecto *erga omnes* de una normativa que ha sido declarada inconstitucional, teniendo a la vista su impacto en casos concretos.

Ahí hay un ejercicio jurisdiccional propiamente tal. El problema del control preventivo es si es o no un ejercicio jurisdiccional.

Finalmente, no puedo dejar de referirme a la norma que declara la inconstitucionalidad de partidos u organizaciones políticas. Creo que el sistema democrático debe hacerse cargo

de juzgar a las personas naturales y jurídicas, a los movimientos sociales y políticos, por sus actos, no por sus ideas. El ampliar la posibilidad de juzgamiento por las ideas conspira contra el pluralismo democrático.

En esa perspectiva, el sistema penal y otros mecanismos están sometidos a un mayor control democrático respecto de la resolución del problema de la violencia a través de distintas figuras institucionales. Esta figura tiene un tremendo riesgo, cual es que sea utilizada para perseguir a opositores políticos por sus ideas. Creo que, desde esa perspectiva, no es adecuada.

*-La comisionada Katherine Martorell habla sin micrófono.*

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Brevemente, porque estamos sobre el tiempo.

Tiene la palabra la comisionada Martorell.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- Respecto del último punto, quiero saber si es una apreciación personal o del Tribunal.

La señora **NANCY YÁÑEZ** (expositora).- Personal.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- Gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra el comisionado Larraín.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Presidenta, quiero precisar que es evidente que las ideas, los pensamientos, no son susceptibles de ser perseguidos. Sin embargo, cuando un grupo de personas hace una propuesta, en términos de una declaración de principios que constituye un movimiento, un partido, o lo que sea, para poder ordenar sus actividades y acciones, deja de ser una mera idea que está en el pensamiento de alguien, porque se transforma en un llamado a la acción.

Entonces, la pregunta es si, en esa instancia, es posible que la sociedad tenga alguna acción o habría que esperar que esos grupos constituyan hechos, considerando que son los que dicen: nos organizamos para actuar en forma violenta, de manera de derribar al régimen establecido. ¿Acaso no basta con la mera declaración y compromiso de voluntad de un grupo de personas para actuar en ese sentido?

La señora **NANCY YAÑEZ** (expositora).- Muchas gracias.

Creo que no basta con la manifestación de voluntad, pero, desde la aprobación del código penal, nuestro sistema jurídico tiene la figura de la asociación ilícita.

Yo soy chilota y eso ya fue utilizado para perseguir a los brujos de la provincia. Todo hace pensar que era una organización que tenía distintos objetivos en la sociedad de la época.

Nuestro sistema legal contempla la figura de la asociación ilícita, por ejemplo, para perseguir organizaciones que no tienen fines lícitos. Es precisamente el juez del fondo el

que puede evaluar adecuadamente el mérito de los antecedentes.

Es muy complejo encomendar a la justicia constitucional algo tan delicado para la convivencia democrática, tanto por su conformación como por las atribuciones que tiene para poder conocer de cuestiones de mérito, en las que debe ponderar situaciones de hecho y no solo normativas y jurídicas. Creo que nuestro sistema jurídico da respuestas adecuadas para ello.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- O sea, que no se pueda hacer algo es un problema de institución. Estaba preocupado por el alcance de su propuesta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Agradecemos, presidenta, su asistencia a la Subcomisión y que haya podido responder las preguntas.

Vamos a suspender la sesión hasta las 15:00 horas.

Se suspende la sesión.

*-Transcurrido el tiempo de suspensión.*

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Continúa la sesión.

Siguiendo con el objeto de la sesión, corresponde ahora escuchar al señor Javier Couso, abogado, profesor titular del Departamento Derecho Público de la Universidad Diego Portales, catedrático en tendencias globales del constitucionalismo de la Universidad de Utrecht, de Países

Bajos, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor y Máster en Jurisprudencia y Políticas Sociales por la Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos.

Muy bienvenido, profesor, a la Subcomisión.

Le ofreceré la palabra para que exponga sobre las enmiendas que han sido presentadas al texto aprobado en general, relativo al Capítulo de Corte Constitucional.

Tiene la palabra.

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- Muchas gracias, Presidenta.

Saludo a las comisionadas y comisionados que están acá. Es un gusto estar aquí.

Tengo entendido que cuento con quince minutos para hacer la exposición, pero antes de revisar los comentarios específicos sobre el texto aprobado y las enmiendas propuestas, me parece relevante dedicar un par de minutos a explicitar la concepción de justicia constitucional que subyace en esos comentarios, para que se entienda.

Como ustedes han estado trabajando en este par de meses, cuando uno se pregunta cuál es el rol esencial de la judicación constitucional, lo primero que ustedes mismos establecieron, en uno de los artículos que se propone, es velar por la supremacía de la Constitución para garantizar derechos fundamentales, pero también para zanjar conflictos entre otros poderes del Estado.

Aunque sabemos que hay algunas democracias constitucionales, algunas de las que mejor protegen los derechos fundamentales no exhiben este tipo de controles y zanján de otras formas los conflictos entre poderes, pero que pertenecen, quizás, a otras culturas jurídicas, como Nueva Zelanda, el Reino Unido o los Países Bajos.

Por otra parte, los países que sí tienen justicia constitucional, en esos países las cortes constitucionales o las cortes supremas que realizan esa función deben desplegar lo que Jürgen Habermas a denominado "discursos de aplicación", como algo opuesto a lo que él llama "discursos de justificación". En un discurso de aplicación, un tribunal aplica lo decidido por otro ente. En un discurso de justificación, todo tipo de consideraciones -filosóficas, éticas, de costo-beneficio, políticas públicas- son válidas y legítimas. Pero las cortes constitucionales basan su propia legitimidad en el hecho de que están aplicando lo decidido por otro ente y, no habiendo sido designado para sustituir su voluntad por el constituyente, tienen que ser leales a lo elaborado por otros -tienen un rol experto, diríamos-, de lo contrario, se exponen a ser acusados, nada menos, de haber usurpado el poder constituyente.

Dicho lo anterior, embarcarse en estos discursos de aplicación, en ocasiones, es más fácil plantearlo que hacerlo. Puede ser extremadamente difícil y, lo que es peor, suele ocurrir en los casos más emblemáticos y controversiales. ¿Por qué sucede esto? Porque habitualmente, en casos difíciles, lo que está involucrado son

interpretaciones de principios constitucionales o aquella parte de los derechos fundamentales que tiene que ver más con principios que con reglas. Y los principios suelen ser indeterminados, por lo que ni siquiera las teorías interpretativas más sofisticadas son a veces de ayuda. Para poner un ejemplo simple -y voy terminando con estas consideraciones previas-, para algunos, por ejemplo, el principio de dignidad de la persona demandaría la legalización de la eutanasia activa, mientras que, para otros, representaría un grotesco atentado el mismo y exacto principio.

Considerando, entonces, esto, el espectro de la politización de las cortes constitucionales, o de las cortes supremas que ejercen este tipo de roles, se vuelve algo muy vivido. Si crecientemente, en esta era de la judicialización de la política, muchas de las controversias que más agitan a las sociedades pruralísticas, como la nuestra, son finalmente zanjadas por cortes constitucionales, es probable que el mundo político busque capturar a dichas cortes.

Así las cosas, las cortes constitucionales deben ser extremadamente cuidadosas en su práctica jurisprudencial, pero el diseño constitucional en el que ustedes se encuentran embarcados, como anteproyecto, puede jugar un rol también importante.

Ahora sí entró de lleno al análisis del texto aprobado en general y de las enmiendas propuestas.

Un primer comentario general. Hasta ahora, creo que hay un consenso bastante transversal en cuanto a que en materia de

Corte Constitucional esta Subcomisión ha hecho un trabajo encomiable. Se han planteado perfeccionamientos importantes y, muchos de ellos, con consensos transversales.

Voy a pasar -pero muy rápido- a cada uno de los aspectos que me parece que deben ser mantenidos.

Es una buena idea que la Corte parta en un número impar de integrantes, alineado, en general, con la práctica comparada.

Es valorable que el Presidente de la Corte no tenga un voto dirimente, pues creo que complica las cosas.

Es extraordinariamente relevante que el Presidente la República no designe por sí y ante sí al 30 por ciento de la Corte, o a un número tan significativo.

La duración en el cargo de los ministros parece razonable. También los requisitos para ser designados.

Aún mejor es la enmienda propuesta -entiendo que transversalmente- que cambia el órgano que da el impulso al proceso de designación, desde el Presidente de la República a la Corte Suprema.

Aunque considerando que hay tres órganos diferentes interactuando, cabe preguntarse si no sería bueno que la excesiva votación final del Senado fuera por mayoría absoluta de sus integrantes y no por el *quorum* agravado que se plantea.

La única duda que cabe plantearse a este respecto es, si en un escenario de choque de trenes -me refiero a un potencial conflicto entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional-, ¿es recomendable que se entregue el impulso del proceso de

designación de los integrantes de la Corte Constitucional solo a la Corte Suprema?

Una alternativa a explorar, creo, podría ser que la Corte Suprema designe a tres integrantes de la quina y la Cámara Diputados a dos. Esto se relaciona con una enmienda distinta, de Arancibia, Frontaura, González, Ossa, Pavez, Peredo, Rivera y Soto, que busca, por decirlo así, disciplinar a la judicatura ordinaria: "Solo la Corte Constitucional ejercerá el control de compatibilidad de preceptos legales contrarios... Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, inaplicar la ley por esta razón...", etcétera.

¿Qué pasa si los tribunales desobedecen? Es más bien exhortativo, "...en ningún caso...", pero no hay una consecuencia por si ese mandato no se cumple.

Más allá de mis dudas acerca de esta particular propuesta de enmienda -porque no otorga la facultad de fiscalizar lo que mandata, lo que podría minar la autoridad de la Corte Constitucional si es desobedecida-, esto, a mí juicio, refuerza el que no parezca aconsejable que todo el impulso de la designación de los integrantes de la Corte Constitucional se radique en la Corte Suprema. Tampoco consideraba útil que partiera con el Presidente, así que esta alternativa -sugiero- podría atenuar ese peligro.

En materia de integración tengo una pregunta, que es una cuestión que creo que es importante abordar, relativa a la asignación de los ministros suplentes. Si bien existe cierta literatura escéptica acerca de incluir ministros suplentes - estamos hablando del acto de aplicación del derecho

probablemente más importante del país: la interpretación de la Constitución: definitiva, inapelable, por parte de la Corte Constitucional, este caso-, la pregunta es: ¿si va a existir esta institución, no debieran ser designados por idénticos mecanismos que los ministros titulares y no algo entregado a la ley?

Ahora -para finalizar esta sección, relativa a la integración-, renovar integrantes de la Corte uno a uno por año tiene sus ventajas. Se entiende la lógica de evitar cambios bruscos en la jurisprudencia, pero también es un cuerpo colegiado, donde hay ciertas rutinas humanas que se generan, y cambiar año a año un integrante podría conspirar con esa rutina. Quizás, cada dos años podría ser algo digno de considerarse, pero, en todo caso, el espíritu de evitar cambios abruptos parece sensato.

En cuanto al funcionamiento de la Corte, me parece que la propuesta de enmienda, de que se fusionen dos salas, parece también atendible.

Quisiera pasar ahora a las atribuciones, que quizás es el corazón de lo que en una Subcomisión que ha trabajado con notables niveles de consenso, ha generado algún disenso, que es el alcance del control preventivo facultativo.

La propuesta de enmienda sobre lo aprobado en general, que repone lo dispuesto en la actual carta fundamental, con algunas modificaciones, como un *quorum* más elevado, me parece que, para el caso chileno, podría ser inapropiado.

En la reciente práctica legislativa del país pareciera estar muy arraigada la idea de que la reserva de

inconstitucionalidad es algo así como una estrategia legislativa; que no es la supremacía de la Constitución lo que está, en general, detrás de esto, sino que se levanta por si acaso, por si resulta, y esto me parece que distorsiona tanto el proceso legislativo como el trabajo de una Corte Constitucional.

La percepción de una cámara legislativa no electa, que interviene en el proceso legislativo, creo que es algo que ha quedado en la retina de muchas personas. Y la siempre presente tentación de los órganos políticos de capturar una Corte Constitucional, creo que toma más fuerza en el caso del control preventivo.

Por supuesto, es evidente que abortar un proyecto de ley que es contrario a la Constitución sería presumiblemente más oportuno, pero también es cierto que en la aplicación de una ley se advierte más nítidamente si es contraria o no a la Constitución, especialmente en casos controvertidos, y aumentar el *quorum*, para aceptar la impugnación, no me parece que solucione estos peligros.

Dicho esto, me parece -algo que me llamo positivamente la atención es que la técnica legislativa ha sido mejorada en todas las propuestas de enmiendas, y si se va a optar por un control preventivo facultativo, solo por vicios de procedimiento, me parece mucho mejor la redacción, e infracciones de procedimiento de competencia, para referirse a este tipo de cuestiones- que es razonable que se mantenga el *quorum* de la mayoría de los integrantes en ejercicio para hacerlo, como también cabe celebrar, muy enfáticamente, que

el texto aprobado en general haya establecido una suerte de diálogo constitucional, tanto para la hipótesis del control preventivo facultativo como para el control de constitucionalidad de normas. Ese reenvío al legislador, para que subsane en ambos casos, me parece que es una novedad muy bienvenida.

Finalmente, porque el tiempo se agota, quisiera referirme a una cuestión que ya el constituyente derivado del 2005 y la Convención Constitucional resolvieron mal -a mí juicio- y que sigue siendo poco abordado -entiendo que tuvieron poco tiempo para analizar todos los temas-, que es la relación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

Como se sabe, desde el 2005 se alteró la redacción original de la Constitución de 1925, redacción que mantuvo la Constitución de 1980 por sus primeros veinticinco años, que permitía que la Corte Suprema pudiera declarar de oficio o a petición de parte todo precepto legal que fuere contrario a la Constitución. El cambio a inaplicar, porque una aplicación tenga un resultado inconstitucional, es lo que permite, justamente, plantear que los hechos son relevantes. Y hacer una ley que puede ser perfectamente constitucional, en muchas de sus aplicaciones, puede, en un caso particular, producto de la situación fáctica a la que se aplica, generar un resultado contrario a la Constitución. Está muy bien la inaplicabilidad en ese sentido, es un control concreto.

Ahora, el problema de plantearlo como un prerrequisito para hacer efectiva la acción de inconstitucionalidad, es doble. En primer lugar, porque no se entiende, si los hechos a los

cuales se aplica una norma son los que generan un resultado inconstitucional, por qué habría eso de ser un requisito para declarar inconstitucional una norma. Pero lo más complicado es que la práctica de estos últimos diecisiete años, de esta relación entre una inaplicabilidad reformulada y la acción de inconstitucionalidad, es que ha hecho que el Tribunal Constitucional, en los hechos, siga, en el 90 por ciento de los casos o más, operando como si fuera un control abstracto. Hay algo así como una -digamos-, se mencionan los hechos, pero en realidad no se realiza un control concreto, es como si el hecho de saber que la inaplicabilidad es un prerrequisito para la inconstitucionalidad hubiera [...]

Si se quiere, uno puede entender que lo que quizás subyacía a esta intrincación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, era el temor a tomarse demasiado a la ligera algo tan importante como lo que es una acción de inconstitucionalidad: expulsar del ordenamiento jurídico el producto del legislador democrático. Entonces, aquí uno hubiere dicho, "bueno, esperemos que haya un par de inaplicabilidades, a lo menos una", pero creo que la lógica que el juez constitucional tiene que ocupar para detectar una inaplicabilidad y la lógica para establecer que hay una inconstitucionalidad abstracta, son radicalmente diferentes y se distorsionan mutuamente.

Así, la pregunta que surge es ¿qué otro mecanismo podría haber para evitar que se inunde de acciones de inconstitucionalidad? Eventualmente la Corte Constitucional, y ahí creo que la solución española, que pasa por la

legitimación activa -digamos- de solo órganos políticos, eventualmente uno podría incorporar algún otro, pero me parece más razonable, dejando a la inaplicabilidad como el gran baluarte de la protección de los derechos fundamentales de las personas y minorías: grupos minoritarios y personas individuales.

O sea, en otras palabras, creo que la actual situación solo prefigura la continuación de algo que, a pesar de que hay mucha doctrina, incluso ministros del Tribunal Constitucional, como Bertelsen, plantearon en su momento -en un fallo del 2007, si no recuerdo mal- que se estaba desnaturalizando la lógica de la aplicabilidad y que, producto de esta relación, es algo que podría continuar.

Y entendiendo que puede ser una salida fácil y rápida, comparado con establecer algo como tener que abocarse a cómo impedir que la acción de inconstitucionalidad sea fácilmente utilizada, requiere más trabajo, pero si no se resuelve bien, en general, esas cosas terminan siendo resueltas malamente por la jurisprudencia.

Mi tiempo ha terminado. Estoy disponible para las preguntas que puedan surgir.

Gracias, Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesor Couso.

Tiene la palabra la comisionada Martorell. Luego el comisionado Lovera.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- Muy corto, Presidenta.

Muchas gracias, profesor. Gracias por acompañarnos, por su tiempo y por cumplir así de perfecto.

A propósito de la acción de inconstitucionalidad, usted decía que en el modelo español eran los órganos políticos los legitimados activos para ejercer la acción.

Me gustaría si pudiera ahondar más, porque usted planteaba que, quizás por un tema de tiempo, no ha sido fácil poder revisar esta relación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad. Sería interesante que nos pudiera iluminar un poco más respecto de cuál sería esa alternativa.

Gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Comisionado Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Muchas gracias, Presidenta, y muchas gracias, Javier, por la presentación.

Yo tenía la misma pregunta que la comisionada Martorell; la había anotado antes de que ofreciera su reflexión respecto a cómo sujetar esta acción de inconstitucionalidad. Porque hoy, con acción popular, corremos el riesgo de que liberalizándola -o sea, no atándola a la inaplicabilidad- la Corte se transforme en ese eminente Tribunal -para usar la frase canónica-. Entonces, me sumo a la pregunta de la comisionada Martorell.

Además, tengo una pregunta -quizás reflexión-, a propósito de lo que menciona sobre el *quorum* de nombramiento de las y los integrantes de la Corte. Porque es verdad que hasta ahora

lo mantenemos en tres quintos para distintas designaciones, pero es verdad que también en todas esas otras designaciones intervienen solo dos poderes del Estado. Pasa eso en Ministerio Público, con Presidencia y Senado; pasa en Banco Central y pasa en Contraloría.

Pero aquí intervienen tres poderes del Estado. Entonces, creo que es razonable la invitación a remirar el *quorum* de ratificación de los integrantes de la Corte, en la medida en que intervienen. Y eso es lo que hicimos: Corte Suprema, Presidencia y Senado.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Ofrezco la palabra.

Yo tengo algunas preguntas, Profesor Couso.

Usted se refirió a los vicios de procedimiento y señaló que es mucho más perfecta la fórmula que utiliza la enmienda 017/11, que se refiere a las infracciones de procedimiento de competencia. Pero, además, esa enmienda se refiere no solo a infracciones de procedimiento de competencia que están establecidas en la Constitución, sino que también en la ley institucional y en los reglamentos de ambas cámaras. Entonces, me gustaría saber su opinión sobre eso.

Respecto de la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, también quiero preguntarle... Tiendo a coincidir con usted; de hecho, tiene la razón en que efectivamente el Tribunal Constitucional ha terminado comunicando la naturaleza abstracta de la acción de inconstitucionalidad al control concreto.

Mi pregunta es si ese es más bien un problema de argumentación del Tribunal de cómo está entendiendo su competencia; entiendo este problema de conexión entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad, pero creo que en la práctica no ha funcionado tan mal. Pienso en el artículo 116 del Código Tributario, donde la única forma en que se pudo acceder a la justicia constitucional fue a través de la inaplicabilidad y se fue resolviendo caso a caso, como usted sabe.

Pero inmediatamente el Tribunal se da cuenta: "esta norma no es inconstitucional en este caso solo, sino que en todos los casos"; entonces, ahí hay una comunicación hacia la acción de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el Tribunal, en su jurisprudencia de inconstitucionalidad, también ha señalado, cuando hace el control de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, que no corresponde pronunciarse sobre los hechos del caso de inaplicabilidad -de la sentencia que funda el acceso a la acción de inconstitucionalidad-, sino solo sobre si los criterios de derecho en base a los cuales se acogió esa inaplicabilidad coinciden con aquellos que se plantean en el requerimiento de inconstitucionalidad.

Y también quiero preguntarle respecto de esta conexión, que es un tema largamente debatido en la doctrina sobre la acción de inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, sobre el sistema norteamericano. En dicho sistema, como usted sabe, no existen dos acciones como en nuestro sistema, pero la Suprema Corte de Estados Unidos sí decide cuándo va a resolver un

caso con efectos relativos al caso concreto y cuándo en abstracto.

Entonces, he llegado un poco al convencimiento de que el sistema chileno resulta bien ordenado, porque el litigante sabe de antemano cómo tiene que litigar; en la inaplicabilidad tiene que hacer una argumentación concreta, y en la inconstitucionalidad tiene que hacer una argumentación abstracta, en este sistema escalonado.

Entonces, mi pregunta es si, a lo mejor, no estaremos perdiendo algo que, en la práctica -entiendo el debate teórico y académico que hay detrás-, tiendo a pensar que ha funcionado bien. Pero coincido con usted en que al Tribunal le falta hacer un esfuerzo de argumentación concreta en la inaplicabilidad, y no solo abstracta.

De hecho, también quería preguntarle su opinión sobre esta frase que agregamos en la inaplicabilidad para reforzar, precisamente, su carácter concreto.

Tiene la palabra.

El señor **JAVIER COUSO**.- Gracias, Presidenta.

Partiría por la última pregunta: el problema de la frase es que es una exhortación que, si no va acompañada de la revisión, por parte de la Corte Constitucional, de las decisiones de la adjudicación ordinaria, es solo una exhortación y eso mina la autoridad de la Corte Constitucional.

Sé que es un paso demasiado grande -que no me atrevería a hacer en este momento, y con el poco tiempo que han tenido-,

que es autorizar a la Corte Constitucional a revisar las decisiones de la adjudicatura ordinaria. Eso sería, para Chile, refundacional, por así decirlo.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Perdón, me refiero a otra frase, que está en la enmienda 019/08, que, luego de enumerar los requisitos de admisibilidad de la inaplicabilidad, señala: "la Corte acogerá la acción cuando se pruebe que, en las circunstancias concretas del caso, la afectación actual o inminente.."

El señor **JAVIER COUSO**.- No, eso está muy bien. Ahora entiendo; creí que se refería a esa exhortación que se hacía, que en ningún caso los tribunales podrían aplicar... Está bien en un caso, pero si no se puede implementar esa prohibición, está difícil.

Creo que hay dos opciones. ¿Cuál era el problema que tenía la primera? Me parece que era más fácil y limpia la solución de la Constitución de 1925, y la original de 1980, que, para la inaplicabilidad, la Corte Suprema básicamente podía declarar todo precepto contrario a la Constitución inaplicable para el caso concreto. Pero generaba desigualdades ante la ley; sabemos toda la literatura que Gastón Gómez y otros desarrollaron en su momento.

Pero ahí era más limpia la relación: se entendía por qué, antes de dar el paso de declarar inconstitucional una norma, que hubiera un par de inaplicabilidades que tenían la misma

exacta lógica teórica fueran un antecedente. Se había *testeado*, por decirlo así.

Acá, en la práctica, creo que distorsiona, porque -esta es una manera muy coloquial de decirlo- hay una suerte de saludo a la bandera por parte de los litigantes: buscan hechos para tratar de que quepan bajo la idea de que aquí hay una aplicación de la ley que puede ser perfectamente constitucional en abstracto, pero que, por los hechos específicos, deviene en un resultado inconstitucional. Porque lo que están buscando, en definitiva, es tratar de ligar a una inconstitucionalidad.

Entonces, puede parecer un prurito academicista, pero mi impresión es que, cuando no queda bien resuelto algo... Y tenemos jurisprudencia de jueces constitucionales relevantes, que desde el principio advirtieron que no estaba bien resuelta la forma en que se articulaban las dos, en que se ensamblaban las dos. A mí me hace ruido.

No sé bien el efecto negativo que podría tener en la práctica, pero, en general, cuando uno parte con un diseño que requiere mucho trabajo de los operadores -en este caso, que la jurisprudencia se pusiera al día-, casi me parece más limpia la solución de dejar la inaplicabilidad como un control concreto, totalmente desapegada de la acción de inconstitucionalidad. No veo problema -porque este mecanismo de protección de derechos para el individuo y los grupos va a estar- en que haya una legitimación reservada.

Y aquí voy a la pregunta que me hacía la comisionada Martorell: no veo problema en que la legitimación activa esté

entregada a órganos específicos y no haya acción popular. Creo que la solución española... No es la única; hay varios otros países, de los que tienen inconstitucionalidad, que también la tienen.

Pero es difícil imaginarme qué pasaría si es que no hay esa evolución jurisprudencial que usted mencionaba. Me da la impresión de que existe aquí la oportunidad de distinguir entre las dos acciones, de distinguir quién puede accionar una, quiénes otra.

Por otra parte, también está la interacción entre los distintos *quorum*. Porque ese es otro problema que hemos tenido en los últimos 15, 17 años, pero que también podría repetirse. No está muy clara la lógica; si la inaplicabilidad es abstracta -como decía-, en el fondo, ¿por qué es tanto más baja?

Y se producen estas asimetrías. Básicamente por razones abstractas se declaró la tabla de factores, en los casos de Isapres, como inaplicable; pero no estaban los votos para declararla inconstitucional en el Tribunal Constitucional, porque el *quorum* era muy alto.

Entonces, ese tipo de cuestiones, si quedan mal... Uno nunca va a controlar cómo los operadores -en este caso, la Corte-, con su jurisprudencia, a ir moldeando la situación; pero, ¿partir con algo que ya ha generado problemas? Me parece que vale la pena plantearse la posibilidad de reservar la inconstitucionalidad para órganos del Estado legitimados para invocarlos.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra la comisionada Katherine Martorell.

La señora **KATHERINE MARTORELL**.- ¿Poder Ejecutivo y Poder Legislativo? ¿Esa es la mirada?

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- No descartaría que la Contraloría tuviera también... O sea, no tengo diseñado algo; solo advertiría que hay que distinguir claramente entre lo que es un ciudadano al cual la aplicación de una ley le genera un resultado inconstitucional respecto de su persona, de lo que es ese otro trabajo profiláctico del sistema legal de eliminar normas contrarias a la Constitución. Hay un espacio para hacerlo.

Respecto de lo que planteaba como pregunta el comisionado Lovera, en relación con la integración. Creo que la preocupación por un *quorum* demasiado elevado por parte del Senado en el momento final, es evitar lo que hemos visto las últimas dos décadas: esta idea de que un cierto cuoteo le hace daño al propio Senado, a la política, pero también a la eventual Corte Constitucional, al Tribunal Constitucional.

Ha ocurrido esta idea de que, si hay un *quorum* demasiado exigente, obligo a un cuoteo, porque siempre debo tener un grupo... Cuando es mayoría absoluta de los senadores en ejercicio, hay un espacio para que la o el candidato que tenga una mayor solvencia logre concitar un apoyo de la mayoría que inevitablemente va a requerir que sea transversal. Pero, como decía el comisionado Lovera -no

había reparado en eso-, efectivamente son tres los órganos que estarían participando y no dos, pero es algo relativamente...

O sea, insisto, no fue por lisonja que dije que se había producido un muy buen trabajo en esta Subcomisión y se había avanzado en problemas de larga data. En términos de integración, duración, etcétera, se han resuelto muchos problemas, así que, en ese sentido, no cabe sino elogiar el trabajo de la Subcomisión.

La última pregunta que había hecho usted, señora Presidenta, no la retuve.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Era sobre una enmienda que ha sido presentada, sobre vicios. Dice: "...infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución, en la ley institucional y en los reglamentos de ambas Cámaras..."

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- Es algo bienvenido. Por supuesto, supera el rol de control de constitucionalidad de las leyes, pero tiene una cierta relevancia, particularmente...

Y entiendo que hay otra, en relación a los decretos supremos -no la comenté porque no había tiempo en la presentación inicial-, que también apoyo; había quedado pendiente. Esta es otra enmienda propuesta por un grupo de comisionados, que tiene que ver con la constitucionalidad de los decretos supremos cualquiera sea el vicio invocado, que es algo que existe.

En general, la gran duda que queda -es como la pregunta del millón- es qué pasa con la relación entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema. Y reconozco que eso daría para un debate quizás demasiado largo, que ustedes no tienen tiempo de abordar. Pero eso va a quedar pendiente -creo yo-.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias.

Tiene la palabra el comisionado Hernán Larraín.

Con eso terminamos.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Me disculpo ante el profesor Couso, porque estaba siguiendo una indicación que estoy promoviendo en otra subcomisión; por eso es que he estado entrando y saliendo.

Me pareció, sin embargo -en el tiempo en que oí su exposición inicial-, que se manifestó contrario al control preventivo del Tribunal o Corte -como finalmente se llame-. Me interesa esclarecer esto, porque me hace mucho ruido ver el trámite de una ley en el Congreso que, porque tiene mayoría en un minuto dado -y se dan mayorías, a veces, con signos curiosos- puede estar promoviendo algo que sea a todas luces obvio.

Le exagero: digamos, una norma contraria a los derechos humanos, por dar una cosa que puede ser casi grotesca; eso no va a pasar nunca, pero de repente empezamos a mirar las cosas como Bukele, entonces los imputados no tienen derechos, no son seres humanos... De pronto, puede ocurrir esa situación.

Y después tenemos que esperar que se produzca una situación concreta, con las dificultades que hay para interponer una inaplicabilidad que siempre está circunscrita, no es de cualquier cosa. Ya tenían ustedes la discusión sobre cómo y cuándo esta procede.

¿No tiene sentido que los tribunales constitucionales se aboquen a esa tarea, que eviten ese proceso?

Entiendo que aquí estamos muy prejuiciados por un Tribunal Constitucional que, a ratos, ha operado malamente. Y es curioso, porque el Tribunal Constitucional más criticado es el que fue producto de la reforma del 2005, que fue hecho de nuevo y a modo y semejanza del tribunal alemán y... en fin. No es el Tribunal de la dictadura. No, fue un Tribunal generado en democracia que, sin embargo, ha motivado mucha crítica por su politización. La habido, independiente de eso, por momentos.

Pero estamos tratando de hacer un Tribunal en serio, con una nueva Constitución, tratando de achicarle la cancha y hacerlo lo más jurídico y técnico posible.

Y, en el caso del control preventivo, con algunos aspectos nuevos -incluso, a mi juicio, casi exagerados-: el *quorum* muy alto, con a lo menos un año de tramitación. Eso me parece muy bien, por lo menos un año, de manera que el Congreso puede ir revisando; tampoco dejándolo necesariamente para el final porque ya puede ser muy tarde, con reenvío.

Me parece que tiene sentido y que es muy común que los tribunales constitucionales lo hagan. No quisiera que el prejuicio -no es que usted lo tenga, profesor; no estoy

haciendo una imputación, pero es el ambiente que habido respecto del Tribunal Constitucional- impida tener una herramienta que así fue pensada desde el principio, en nuestro país, en el año 1970. Y creo que, si se hace bien, puede tener una enorme utilidad para tener en vigencia la supremacía constitucional.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Tiene la palabra, profesor.

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- La pregunta es muy legítima y muy profunda; de hecho, creo que aquí hay lo que Isaiah Berlin llamaba un choque de absolutos, en el sentido de que todos los argumentos que plantea el comisionado Larraín son efectivos. Es como decir para qué esperar si hay una grosera violación a la Constitución.

Pero el valor que está al otro lado es que la percepción de... no producto de la Corte; producto, probablemente, de la acción de cualquier Congreso a futuro, cualquier minoría parlamentaria. Así como se ha abusado de la acusación constitucional, tener esto como una herramienta de la minoría para intentar dilatar o plantear un punto político, el uso es casi inherente a la naturaleza humana, de decir, esto es inconstitucional.

Cuando uno se plantea si un Congreso va a violar derechos de manera grosera a los derechos humanos finalmente la experiencia, por lo menos, del derecho constitucional comparado, es que solo -por decirlo así- la sociedad civil es

la que logra detener ese tipo de cuestiones, es poco lo que las cortes hagan, ya sea antes o después.

En el caso de Hungría o Polonia, que estaban dentro de la Unión Europea, o sea, que tenían un contexto del cual nosotros carecemos, que tiene una carta democrática, etcétera, un grupo movilizad para destruir los derechos es muy difícil que una corte lo detenga, pero hay herramientas, uno puede imaginarse herramientas como una depuración de la inaplicabilidad para efecto de que, por ejemplo, por el lado de la ley orgánica que pudiera plantear que no bien se aplique la persona pueda inmediatamente impugnarla, creo que es una forma de evitar algo que no solo pasaba en Chile. Vivimos en la era del populismo, la erosión democrática, ese es el nombre que tiene el contexto en que estamos, combinado con la judicialización de la política.

Entonces, el riesgo de que sea acusado de haberse politizado va a ser, aunque no lo esté haciendo la corte. En ese contexto, enredar a la corte y yo celebré todos los resguardos que ya considera el reenvío, todos estos elementos que ustedes han hecho, moderan bastante el peligro.

Las constituciones de los países responden a ciertos contextos, y el contexto es que la Corte Constitucional -el Tribunal constitucional que sería reemplazado por ella- está bajo de esta acusación que fue hecha por un norteamericano analizando la Corte Constitucional francesa.

Esto es de tercera cámara, fue Alec Stone Sweet -ahora se llama Sweet, se llamaba Stone en ese momento-, quien analiza la Corte Constitucional y dice: "yo lo que aquí veo, es una

tercera cámara". No era alguien contrario, era un norteamericano, venía de la tradición norteamericana que es solo *control ex post*.

Sin embargo, me da la impresión de que también darle alguna chance, estoy pensando que los casos difíciles van a ser en general casos dudosos, los casos grotescos. Para que un Parlamento pase una ley grotesca, es que ya todo el sistema está en bastantes problemas.

En esos casos dudosos, dejar que la ley... van a ser casos discutibles, los norteamericanos como tienen esta posibilidad del *exceptionary* pueden incluso ver que los Estados, ellos tienen como laboratorios dejan que, a ver veamos cómo está ley en el Estado de Oregón y en Texas, y ahí recién la Corte Suprema toma el caso y resuelve a nivel federal.

Esto es como que dejan que la ley entre a operar, porque eso permite calibrar mejor, incluso, tienen una doctrina que es muy interesante que le llaman que esté maduro el caso. Hay casos que nos los toman, porque no está *rihgt*, no está maduro para ser analizado.

Entonces, si se trata de algo tan importante como echar abajo, porque en el fondo el abortar una ley es como la inconstitucionalidad antes de que nazca, esta especie de *exocet*.

Eso, no solo en Chile, en muchos otros lugares es resistido, y hay cultura como la de los alemanes, nosotros no hemos logrado desarrollar una cultura judicial como esa; ellos consideran que el pueblo alemán tiene derecho a saber lo que significa la Constitución y les parece que un fallo

por un voto entrega una pésima señal y hacen una especie de retiro en casos emblemáticos hasta que tienen por lo menos dos tercios del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de acuerdo en que esto significa la Constitución.

Porque fallos como en Estados Unidos de cinco a cuatro, para ellos son una muy mala noticia, que lo único que hacen es atraer la politización, la captura del tribunal finalmente.

Entonces, no es solo un prejuicio respecto de Chile o de la última experiencia de los últimos años. Ustedes han tomado resguardos, creo que con todos estos resguardos sería menos negativos de lo que tenemos hoy, pero aun así me parece que dejar que la ley opere, teniendo una inaplicabilidad que para casos que tenga elementos de algo así. El mismo recurso protección habrá que ver si es que ustedes lo van a reponer o no, eso creo que es una cosa que se traslapa con otra subcomisión, pero es algo que también tiene esa idea de mantenerlo como una *in action* en el sentido anglosajón de la palabra, una acción rápida.

Hay mecanismos que uno podría imaginar para proteger a la persona, pero esta idea de que uno puede abortar antes de que la ley nazca, creo que involucra demasiado a la Corte Constitucional en un contexto en que hay una historia a la acusación de que está sustituyendo la voluntad, no solo del legislador, del constituyente, que siempre va a ser una acusación, porque tenemos el problema de que la interpretación constitucional en temas de principios, eso partí diciéndolo, es un problema.

Hoy día no hay una sola teoría de cómo se interpretan los principios a nivel constitucional, y mencionaba un ejemplo: imaginemos una ley que en Chile autoriza la eutanasia activa. Yo les aseguro que va a haber un debate en sede legislativa a nivel de control preventivo, para algunos el don *plus ultra* de la dignidad humana, la muerte digna, incluso, le llaman; para otros, es lo más grotescamente antidignidad de la persona humana.

En ese tipo de sociedad vivimos, creo que por lo menos dejar que la ley evolucione un poco -termino ahora, Presidenta, disculpe- era una pregunta muy importante la que hizo el comisionado Larraín.

Así que, atendidas todas estas consideraciones, yo pasaría del control preventivo por vicios de fondo.

Gracias, señora Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesor Couso, por su presentación hoy y su completa respuesta a las preguntas formuladas por los integrantes de la Subcomisión, le agradecemos su asistencia hoy y le deseamos un muy buen día.

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- Muchas gracias a ustedes, ha sido un gusto estar acá.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Corresponde ahora recibir a la profesora Alejandra Ovalle, le pedimos que tome asiento, por favor.

Tiene la palabra la profesora Ovalle.

La señora **ALEJANDRA OVALLE** (expositora).- Muy buenas tardes, gracias Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- La académica Alejandro Ovalle, es abogada, magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, es licenciada en Derecho de la misma casa de estudios, profesora asociada del Departamento de Derecho Público, también de esa Universidad y es consejera de la Facultad de Derecho, también de la Universidad Católica.

Muy bienvenida, profesora Ovalle, tiene la palabra.

La señora **ALEJANDRA OVALLE** (expositora).- Agradezco muy sinceramente esta invitación y saludo a todos los integrantes de esta Subcomisión, y coincidentemente voy a dar continuidad a la conversación que se había iniciado con la pregunta del comisionado Larraín y que respondió el profesor Couso, introduciendo algunos contrapuntos, pues pretendo referirme en esta breve presentación a las normas aprobadas en general y a las enmiendas presentadas en materia de control preventivo.

En ese sentido, las alternativas de arreglos constitucionales son innumerables, cada una de ellas presentan ventajas y desventajas, por lo que es muy difícil optar por unas sobre otras, si es que no existe claridad

respecto al objetivo que se intenta alcanzar a través de esta nueva regulación constitucional y el diagnóstico en el que esté se sustenta.

Entonces voy a referirme muy sucintamente a un breve diagnóstico, respecto de la forma en que ha operado el control preventivo, porque ello determina el lugar desde donde me situó para efecto de luego comentar las normas en específico y las enmiendas.

En cuanto al diagnóstico, parto del supuesto de que existe una tensión ineludible, entre el Poder Legislativo y la justicia constitucional, es innegable el efecto político de las decisiones, y, además, es muy complejo, la verdad que fijar claramente las fronteras entre las respectivas esferas de competencia.

Es en este contexto de tensión que se advierte en el último tiempo una creciente politización del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control preventivo; comparto el juicio que expresaba el profesor Couso minutos atrás, y me parece que esta politización que se ha vuelto un poco una etiqueta, se expresa básicamente en una agudización del problema del control de mérito de los proyectos de ley examinados por el tribunal, en una interpretación extensiva de sus atribuciones y en dificultades para desarrollar y atenerse a ciertos criterios de contención y de fortalecimiento de su independencia.

Teniendo presente este diagnóstico, me parece entonces que un objetivo primordial que debiera tenerse a la vista es optar por aquellas definiciones institucionales que

favorezcan una mejor delimitación entre las competencias de control de constitucionalidad de la ley y la potestad legislativa.

Atendido el particular desbalance que se ha dado en el último tiempo quizás habría que agregar que esta nueva regulación debiese estar orientada a reforzar de forma importante la capacidad decisoria del legislador democrático y, al mismo tiempo, la aproximación técnica, jurídica e independiente de un órgano de naturaleza jurisdiccional como lo es el tribunal.

Ese es el contexto a partir del cual voy a realizar ahora los comentarios.

Parto con el control preventivo facultativo.

Las normas aprobadas en general circunscriben este tipo de control a los vicios de procedimiento, descartándose por el momento -cuestión que ponía sobre la mesa el comisionado Larraín- la invocación de vicios de naturaleza sustantiva o de fondo en el ejercicio de esta atribución.

La enmienda 15 propone una redacción que incluiría tanto los vicios formales como los sustantivos. Y, si bien no se indica expresamente en la fundamentación de la iniciativa, pareciera ser que esta fundamentación del control preventivo a los vicios de procedimiento responde a una valoración crítica respecto del modo en que el Tribunal Constitucional ha ejercido esta atribución, apreciación que -como ya he señalado- comparto.

Ahora bien, a mi juicio, la pregunta que cabe realizarse es si la solución más apropiada para enfrentar este diagnóstico,

que aparentemente es bastante amplio y compartido, es la eliminación del control preventivo de naturaleza sustantiva, atribución que ostenta nuestro Tribunal Constitucional desde su creación en 1970.

Y aquí me voy a apartar de lo expresado por el profesor Couso, porque lo primero que hay que plantear es que esta decisión de eliminar el control preventivo de naturaleza sustantiva tiene costos para el Estado de derecho. Porque si el vacío que genera la eliminación del control preventivo de naturaleza sustantiva pudiese remediarse de un modo más o menos equivalente a través del control posterior, a mí me parece que lo razonable sería eliminar esta atribución cuyo ejercicio ha sido programático.

El punto es que, a mi juicio, eso no es así. Los objetivos que se persiguen a través de este tipo de control no se logran alcanzar o no son reemplazables mediante el control posterior, al menos del modo en que está planteado hasta este momento vía la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad. Esto, porque el control preventivo de naturaleza sustantiva refuerza la supremacía constitucional y la certeza jurídica en aquellas oportunidades en que queda de manifiesto, tras un examen abstracto de enunciado normativo, que lo recomendable es que exista un mecanismo que impida que dicho precepto contrario a la Constitución entre en vigencia. Además, fortalece la igualdad ante la ley, atendido el efecto *erga omnes* de la sentencia estimatoria.

La sentencia de inaplicabilidad solo produce efectos en la respectiva gestión pendiente que originó el requerimiento,

por lo que un precepto legal podría ser aplicado a hipótesis de hecho idénticas a la que justificó un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en otro caso concreto.

A esto habría que agregarle, a mi juicio, las diferencias que se producen como consecuencia de los déficits que lamentablemente aún tenemos en nuestro país en materia de acceso a la justicia. Ello, porque el quedarnos con el control posterior obligaría a cada una de las personas que consideran que la aplicación de un precepto inconstitucional produce un resultado contrario a la Constitución, a interponer el respectivo requerimiento, con las complejidades y dificultades que ello acarrea.

En tercer lugar, el control preventivo sustantivo ofrece una solución jurídica a los conflictos entre los órganos políticos suscitados durante el proceso de formación de la ley.

Esa fue una de las principales razones que justificaron la creación del Tribunal Constitucional en 1970 y, además, un mecanismo funcional al propósito de fortalecer la gobernabilidad que ha orientado la discusión del régimen político en este contexto.

Soy consciente de que en la actualidad este objetivo no se cumple en los hechos. Pero sí es un mecanismo idóneo para canalizar de un modo institucional eventuales conflictos entre los órganos políticos que han generado graves problemas de estabilidad en la historia de nuestro país.

Dicho todo lo anterior, me parece que -soy consciente de eso- las ventajas que presenta a nivel teórico el control

preventivo de naturaleza sustantiva y que no son posibles de alcanzar mediante el control posterior justifican ponderar detenidamente si el problema que exhibe en la actualidad el Tribunal Constitucional obedece necesaria y principalmente a la existencia de esta atribución, o bien, puede ser consecuencia de otros factores que han influido en el difícil funcionamiento de este tipo de control. Y creo que hay ciertos elementos que vuelven plausible a lo menos esta segunda hipótesis: la de que puede haber otros elementos que hayan incidido en lo anterior.

Lo primero es que el control preventivo de la ley no es una peculiaridad chilena. Según el estudio empírico del profesor Delaveau, a quien probablemente han citado en varias oportunidades, el 59 por ciento de los tribunales constitucionales -tribunales especializados; están descartados los otros- ejercen un control preventivo.

Ello debiera inhibirnos en principio de considerar que el control preventivo conlleva indefectiblemente una decisión constitucional sustentada en criterios ideológicos: que va a operar siempre como tercera cámara y que reemplaza la correspondiente decisión democrática.

Al menos, debiéramos prestar atención a ese factor.

Pero más relevante que el dato comparado -porque aquí soy una convencida de que el funcionamiento de la justicia constitucional está muy determinado por la particular cultura política y judicial de un país- es atender a nuestra propia historia constitucional.

Aunque nunca ha estado exento de controversias -eso hay que tenerlo muy claro- el control preventivo funcionó de forma adecuada en períodos anteriores, sin que haya sido objeto de los intensos y extendidos cuestionamientos que ha enfrentado en los últimos tiempos.

Se ha destacado el rol que jugó en la resolución de conflictos de alta trascendencia política en el período 1971-1973, el primer período del Tribunal Constitucional.

También se ha destacado su contribución a la transición a la democracia. Conocidos son sus fallos en esta materia. Incluso, en la decisión del poder constituyente derivado, del año 2005, de concentrar y fortalecer el control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional influyó, entre otros elementos, por supuesto, la positiva valoración acerca de la forma en la que este órgano había ejercido sus funciones.

Existen constancias de intervenciones en esta línea en la historia de la tramitación de dicha reforma.

Entonces, los problemas asociados al ejercicio del control preventivo la verdad es que se han ido agudizando en el transcurso del último período del Tribunal Constitucional, en circunstancias de que este ha contado con la atribución del control preventivo de forma y de fondo desde sus orígenes. Y la reforma del 2005 prácticamente no innovó en esta materia.

En lo que sí innovó la reforma del 2005 fue en el sistema de nombramiento y estatuto orgánico de los ministros del Tribunal Constitucional, aspecto que incide directamente en el perfil del juez constitucional, en su nivel de

independencia y en el modo en que el órgano comprende el alcance de su función.

La forma en que en la práctica ha operado este sistema de nombramientos, especialmente aquellos que corresponden al Presidente de la República y al Congreso Nacional, me parece que ha influido significativamente en esta politización.

En síntesis, me parece que puede ser precipitado prescindir de una forma de control de constitucionalidad que sirve a variados y relevantes objetivos jurídicos e institucionales sin darle la oportunidad de operar tras corregir ciertos elementos orgánicos y procedimentales, que pueden no solo haber influido, sino haber sido decisivos en el problema de la politización que se intenta enfrentar.

Quizás erramos al atribuir a la facultad ser la causa única de una cuestión que puede ser bastante más compleja, y en algunas de ellas ya se ha avanzado bastante en esta Subcomisión, con la enmienda 6, que modifica el sistema de nombramientos más otros elementos funcionales a los que me voy a referir muy brevemente, porque ya estoy muy avanzada. Son dos: la oportunidad del control preventivo y el efecto de la sentencia o el llamado reenvío.

En la enmienda 15 se introduce una modificación a la regulación actual, en el sentido de acotar la oportunidad para interponer el respectivo requerimiento. No puede formularse antes de que el proyecto sea despachado por alguna de las Cámaras. Esta definición me parece muy pertinente, en cuanto contribuye al objetivo de delimitar las competencias de los órganos involucrados.

Si el conflicto se traslada al Tribunal Constitucional en el transcurso de la discusión legislativa, como ocurre en la actualidad, se frustra la posibilidad de que sean el propio órgano legislativo, los mismos órganos políticos quienes arriben a soluciones que permitan superar las objeciones planteadas por algún sector respecto de la constitucionalidad de una norma en tramitación.

Este efecto, que se logra bastante con la fórmula planteada en la enmienda 15, se podría profundizar si se exigiera que el requerimiento solo sea interpuesto una vez que el proyecto haya sido completamente despachado por el Congreso Nacional y, por cierto, antes de su promulgación, de modo que la competencia del Tribunal Constitucional podría activarse únicamente luego del agotamiento de todas las instancias legislativas: controles de admisibilidad, sucesivos trámites constitucionales y reglamentarios, y las comisiones mixtas, que podrían jugar un rol en esta materia.

Esta modificación que vuelve a la intervención del Tribunal Constitucional en un instrumento de *ultima ratio*, podría contribuir a reducir las hipótesis de conflicto, y, lo más relevante, a mi juicio, es que expresa una mayor confianza en el legislador y en su capacidad de arribar a soluciones.

En el caso de que se rechazara la enmienda 15, me parece que podría ser recomendable introducir una limitación a la oportunidad, para formular el requerimiento al actual artículo 159, letra a), o sea, si permanece únicamente el control preventivo respecto de vicios formales, podría agregarse también una limitación a la oportunidad por los

efectos que se derivan de ello, sea del modo planteado en la enmienda 15 o la sugerencia, que he formulado, de acotar aún más la oportunidad para interponer el requerimiento.

Finalmente, en relación con el reenvío, también celebro esta innovación, porque propicia una legislación de mejor calidad, por cuanto el legislador tendrá la oportunidad de completar eventuales vacíos o corregir incoherencias que se producen tras una declaratoria de inconstitucionalidad. Pero, además, expresa un mayor respeto por la competencia, que le es inherente al Congreso Nacional.

Sin embargo, me parece que, para el cumplimiento cabal de estos dos objetivos, es necesario, tanto mejorar la calidad de la legislación como expresar un respeto por la capacidad decisoria de este órgano, permitir que el Congreso Nacional pueda subsanar el vicio antes de la promulgación del proyecto de ley, de modo que el órgano depositario de la potestad legislativa pueda pronunciarse con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

La regla que está contenida en el artículo 159 y que también replica la indicación 15, que amplía el control, señala que el requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, agregando que la parte impugnada del mismo no podrá ser promulgada hasta que el vicio sea subsanado.

Yo desprendo de lo anterior -ustedes me podrán corregir- que el resto del proyecto de ley sí podría ser promulgado, por tanto, y, en tal caso, la situación sería la misma que la actual, diluyéndose, a mi juicio, los efectos positivos que genera la técnica del reenvío.

En este sentido, me parece que una posible solución sería establecer el mismo plazo de noventa días que se contempla para el reenvío, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, de modo que el proyecto de ley no pueda ser promulgado -con las excepciones correspondientes- antes del cumplimiento de dicho término. Si el Congreso Nacional no subsana el vicio dentro de ese plazo, simplemente se promulgará el proyecto con exclusión del precepto inconstitucional.

Finalmente, advierto un segundo vacío en materia del reenvío. Si tras el reenvío, el Congreso Nacional legisla para subsanar el vicio, pero se aparta del marco de la sentencia constitucional, se va a interponer un nuevo requerimiento ante el Tribunal Constitucional. Si este se acoge, se generaría un nuevo reenvío al Congreso Nacional; es decir, la regla, me parece, permite una iteración infinita entre el Congreso Nacional y el Tribunal Constitucional, propiciando la generación de conflictos entre ellos, cuestión que me parece que uno debería tender a evitar con el nuevo diseño institucional.

En el fondo, aquí lo que no está resuelto es quién tiene la palabra definitiva ante una discrepancia; imagino que puede haber razones para ello. Quizás una posible solución sea establecer que ante una segunda sentencia estimatoria no procederá un nuevo reenvío y que el precepto declarado inconstitucional no podrá convertirse en ley.

Quedo hasta aquí, porque me excedí. Tenía un par de palabras sobre el control preventivo obligatorio, pero lo dejamos hasta aquí.

Muchas gracias, Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesora Alejandra Ovalle.

Tiene la palabra el comisionado Domingo Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Señora Presidenta, quiero agradecer la presentación de la profesora Alejandra Ovalle.

Pensé que después del diagnóstico respecto del control preventivo iba a decantar por una conclusión distinta, pero...

Quiero preguntar si acaso los objetivos de control preventivo se satisfacen únicamente a través de este mecanismo. Yo creo que la respuesta es negativa.

El primero de ellos es que se reforzaría la supremacía constitucional cuando hay un vicio que queda de manifiesto, pero yo quisiera saber en qué tipo de ejemplos está pensando usted, en los que efectivamente quede de manifiesto. Yo esperaría -lo digo, haciéndome cargo solo de mi intervención; no le estoy imputando absolutamente nada- ejemplos razonables, no del tipo de ejemplos que leemos muchas veces en los mismos libros de teoría, que el Congreso Nacional decide que el 20 por ciento de la población más pobre pasa a ser esclava del 80 por ciento más rico, porque entiendo, evidentemente, que eso no es un caso en el cual estamos pensando.

Ahora, si el vicio es un vicio que queda de manifiesto, ¿es posible que más de doscientos legisladores y legisladoras, no se den cuenta de que es un error manifiesto, como ocurrió en el caso del Sernac, por ejemplo? O sea, más de doscientos legisladores y legisladoras no se dieron cuenta de un error manifiesto, pero un puñado -porque ni siquiera eran los diez magistrados el Tribunal-, una mayoría de jueces y juezas, sí se dieron cuenta de un error que era manifiesto. Entonces, yo no estoy seguro de que sea la fórmula más adecuada para representar el objetivo que el control preventivo busca satisfacer.

Desde luego, tampoco es claro que solo preventivamente los errores manifiestos puedan mejorarse. Las sentencias del Poder Judicial, por ejemplo, no se controlan preventivamente y pueden infringir derechos fundamentales; de hecho, más de un par de ellas nos han costado condenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Entonces, ¿qué pasa respecto de las sentencias del Poder Judicial que no son controladas preventivamente? ¿No existe respecto del Poder Judicial supremacía constitucional, o hay un sistema de control interno, cosa que también podría existir en el Poder Legislativo?

Segundo, respecto del fortalecimiento de la igualdad ante la ley. Claro, usted mencionó solo la inaplicabilidad, pero ese principio parece satisfacerse con la inconstitucionalidad, o sea, sería posible que la inconstitucionalidad sí aborde el fortalecimiento de la igualdad ante la ley, cuando declara la inconstitucionalidad

de la ley con efectos generales. Ahora, es cierto que puede haber problemas de acceso a la justicia. Lamento que el comisionado Hernán Larraín no esté ahora, porque justamente es algo que mencionó antes -también me voy a parar ligerito a otra Subcomisión-, pero hay otras alternativas para abordar esos problemas.

Por ejemplo, una Defensoría del Pueblo con legitimación activa para poder representar a las personas frente a la justicia constitucional sería una alternativa que permitiría abordar esos problemas de acceso a la justicia. Y si bien es cierto que el origen del Tribunal Constitucional, en 1970, era el de arbitrar conflictos de órganos políticos -lo que comparto-, lo hacía con ánimo de dirimir sus competencias, cosa que, efectivamente, hasta hoy, como está, al menos, el artículo 159, letra a) -lamento que la frase "son atribuciones" nos impida colocar numerales en las atribuciones, pero puede ser algo que, en mi cruzada personal, podamos abordar después-, queda cubierto.

Ahora, respecto del reenvío y en materias de fondo, yo creo que queda evidentemente de manifiesto que no hay una posibilidad de diálogo allí entre la Corte Constitucional y el Poder Legislativo, porque, finalmente, lo que termina ocurriendo es que la Corte Constitucional o el tribunal, según sea el caso, termina imponiendo su decisión sobre el Poder Legislativo y, de hecho, cuando usted se refirió a la posibilidad de que el Congreso Nacional pudiese seguir insistiendo en su tesis, usted calificó eso como un conflicto, cosa que yo considero que es más bien un genuino

diálogo, como pasa con cualquier persona, como los que hemos tenido acá, donde vamos y volvemos con argumentos, insistimos muchas veces en nuestras posiciones, nos abrimos y las cambiamos otras veces, pero sobre la base del convencimiento de las razones y no de una orden que una o uno le puede dar a la otra persona.

Ahora, no puedo dejar de compartir que la justicia constitucional no debe estar ni animada a corregir incoherencias ni a mejorar la calidad de la legislación, nada de eso es objetivo de la justicia constitucional. Lo único que debiese hacer la justicia constitucional es resguardar que la ley no infrinja la Constitución. Podremos buscar otros mecanismos, porque son efectivamente objetivos valiosos que permitan abordar esos problemas o deficiencias.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Profesora Ovalle, quiero dar la oportunidad de que se refiera al control preventivo obligatorio, pues no tuvo tiempo para hacerlo.

Tiene la palabra la señora Ovalle.

La señora **ALEJANDRA OVALLE** (expositora).- Señora Presidenta, voy a aclarar un par de cuestiones.

Cuando me referí a que quedaba de manifiesto, lo que pretendía hacer... A ver, parto de la base de que el control preventivo tiene efectos limitados, porque es imposible que un control abstracto permita identificar con antelación todos los posibles efectos que puede producir la aplicación de un

precepto legal. Entonces, dado que tiene un efecto limitado, intentaba señalar, a continuación, que, pese a ello, hay ocasiones en que la inconstitucionalidad queda de manifiesto o se expresa o es posible de advertir tras una un examen en abstracto del enunciado normativo, prescindiendo de los efectos que produce su aplicación. A eso intentaba aludir con la expresión "queda de manifiesto".

Respecto de los ejemplos, no estoy pensando en ejemplos burdos que suponen infracciones evidentes a los derechos humanos, etcétera. Tengo meridianamente claro que, si uno acepta el control de constitucionalidad, un control fuerte de constitucionalidad, eso supone imponer una determinada visión respecto de otra. Por supuesto, eso está muy relacionado con las posiciones que uno tenga al respecto y, si bien, tengo un diagnóstico negativo sobre la forma en que el Tribunal Constitucional chileno ha ejercido esta potestad en el último tiempo, sigo convencida de la idea de que reconocer la libertad -y no solo reconocer, respetar y fortalecer la libertad de configuración del legislador- no puede ser comprendida de un modo ilimitado, y que, para que esos límites puedan hacerse efectivos, me parece que lo idóneo es que exista un órgano distinto; me parece que el control que descansa únicamente en el propio órgano controlado no es un control eficaz y, por cierto, estoy consciente de que, en ese control, se va a producir quizás una imposición de una determinada visión, y que incluye, además, cuestiones políticas y morales. Yo no creo que esta cuestión sea una cosa matemática ni mucho menos.

La cuestión es cómo valoramos eso. Sé que para algunas personas esa sola imposición resulta incomprensible o genera rechazos; a mí me parece que lo que no podemos hacer es entender que la posición que debiera tener un Tribunal Constitucional, que ejerce un control preventivo respecto de vicios de fondo, es la que ha tenido en la actualidad el tribunal: que el control de mérito, que tiene que ver con la conveniencia, la oportunidad de soluciones que son perfectamente constitucionales, así obsesiva; ciertas técnicas que ha empleado en su sentencia, que ha tornado las sentencias en verdaderas sentencias de reemplazo, en el fondo, cuando tarja una palabra respecto de otra. Todas esas, incluso las mismas sentencias interpretativas, me parecen que son complejas desde la perspectiva del respeto a la potestad legislativa.

Entonces, me parece que todas esas expresiones van más allá de la competencia de control de constitucionalidad. Sin embargo, reconozco y admito que el aceptar el control de constitucionalidad o la idea del constitucionalismo limitado supone entender que, ante una discrepancia en cuestiones de fondo y que no son necesariamente burdas, prime la visión o la posición que tiene el Tribunal Constitucional por sobre la del legislador.

Por supuesto, la acción de inconstitucionalidad remedia en parte el problema de la igualdad ante la ley. El problema es que, en la práctica, como es bien sabido, ha sido un instrumento que no ha sido eficaz; no sabemos bien si por los *quorum*, por lo que representa; pero cinco declaratorias de

inconstitucionalidad con efectos generales, o seis, desde 2005, me parece que no logran ser un suficiente contrapeso.

El diálogo es muy relevante, por supuesto; pero, así como ustedes proponen en una enmienda transversal, una regla por defecto para el tema del nombramiento, en caso de que no se alcance en la segunda designación la aprobación del Senado, creo que ayuda tener una instancia de diálogo, pero que al mismo tiempo exista una regla de cierre. Puede ser cualquier otra, pero a mí no me parece que sea conveniente mantener este ir y venir de forma indefinida.

Respecto del control preventivo obligatorio, me quiero referir a una indicación, porque me parece una decisión acertada eliminar el control preventivo obligatorio por una serie de razones que no voy a expresar, porque no existen enmiendas destinadas a reponerlo en los términos actuales. Pero me parece que es adecuada la enmienda 25, que propone incorporar un control preventivo obligatorio únicamente para el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Creo que esta es una alternativa que además no es extraña en el derecho comparado y permite armonizar el principio de supremacía constitucional con la prohibición de invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Creo que esto permitiría dar fuerza a la idea de eliminar definitivamente la posibilidad de declarar la inaplicabilidad de una disposición de un tratado internacional y, además, es una indicación que se volvería aún más pertinente si es que en la Subcomisión de Principios -entiendo-, se aprueba alguna

norma que le reconozca el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Ante ese escenario, que es eventual por el momento, adquiere aún más relevancia el establecer un control preventivo obligatorio acotado únicamente a esto.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesora Alejandra Ovalle por su presentación, la que, además, fue muy propositiva.

Por lo menos, anoté algunos puntos sobre los cuales podemos reflexionar respecto del texto aprobado en general, así que ha sido realmente un aporte. Agradecemos su asistencia hoy y que haya hecho una exposición muy completa sobre una materia que tendremos que discutir en esta Subcomisión.

La señora **ALEJANDRA OVALLE** (expositora).- Muchas gracias, Presidenta. Por su intermedio, quiero agradecer la atención prestada en mi exposición al resto de los comisionados.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Que tenga muy buen día.

Vamos a suspender la sesión por tres minutos y volvemos mientras ingresa nuestro próximo invitado.

Se suspende la sesión.

*-Transcurrido el tiempo de suspensión:*

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Se reanuda la sesión.

Corresponde escuchar a la académica, señora Tania Busch, quien es abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción y doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es docente de Derecho Constitucional de las universidades Andrés Bello y de Concepción.

Bienvenida, profesora Busch. La vemos perfectamente a través de la plataforma Zoom, así que le ofrezco la palabra para que pueda realizar su exposición sobre las enmiendas presentadas del texto aprobado en general, relativo a la Corte Constitucional.

Tiene usted la palabra.

La señora **TANIA BUSCH** (expositora) [vía telemática].- [...]

He organizado estas críticas sobre las deficiencias de la actual jurisdicción constitucional en tres líneas.

En primer lugar, me referiré a la objeción contramayoritaria y la politización de la justicia constitucional. Esta es una crítica que se hace a todo sistema de justicia constitucional; sin embargo, en el caso chileno, esta se ve agravada por el estatuto de sus ministros, su organización, sus atribuciones y la ausencia de controles externos.

En segundo lugar, a sus atribuciones, toda vez que se ha criticado largamente la hipertrofia de las atribuciones del

Tribunal Constitucional y una falta de coherencia en el diseño del control represivo.

Y, por último -y es a lo que menos me voy a referir-, al sistema de integración y nombramientos, el cual ha sido criticado por ser opaco, por tener requisitos de integración laxos, lo que ha llevado a distintos cuestionamientos por deficiente idoneidad técnica o competencia en la disciplina de algunos nombramientos.

Entonces, con eso en mente, y pensando en la similitud [...] por la Comisión Experta, voy a pasar al análisis de las indicaciones.

Respecto de las indicaciones que voy a evaluar en relación con la crítica contramayoritaria y la politización de la justicia constitucional, haré algunas observaciones a la enmienda 002/08, que recae sobre el artículo 155 de la propuesta de texto constitucional, la cual propone incorporar lo siguiente: "2. En el ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional observará los principios de deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución."

[...]

Estos principios de interpretación, tienen un fundamento teórico común, que es el respeto al principio de separación de poderes, que, a su vez, es un pilar fundacional del constitucionalismo. En este sentido, la indicación que se comenta propone constitucionalizar lo que Alexander Bickel llamaba "las virtudes pasivas". Estas son pautas, principios de interpretación o teorías, que buscan impedir que el juez

constitucional, en el ejercicio de su labor, extienda su competencia, invadiendo los ámbitos reservados tradicionalmente a los poderes electos, como son el Legislativo y el Ejecutivo.

Estas virtudes entienden que para que el juez constitucional ejerza virtuosamente su rol debe concebir de forma restrictiva su lugar en el sistema democrático institucional.

En un contexto en que la justicia constitucional ha sido cuestionada, precisamente, por ser muy politizada, reforzar la obligación de los órganos de justicia constitucional de respetar la voluntad democrática, incorporando en su argumentación principios de interpretación que han sido, además, ampliamente reconocido no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia de este actual tribunal constitucional, me parece que es una buena noticia y sería una favorable indicación e innovación en nuestro sistema.

Un punto muy relacionado con lo anterior, y quizás demasiado relacionado, es el análisis de las indicaciones relativas a las atribuciones del Tribunal Constitucional.

Como había indicado previamente, una de las críticas que se hace a este Tribunal Constitucional es que tiene demasiadas atribuciones o que está diseñado de un modo que le permite intervenir con demasiada intensidad en el sistema democrático.

En este sentido, voy a comentar la indicación número 015/08, que se realiza al artículo 159, en referencia al control preventivo de constitucionalidad.

La propuesta de la Comisión Experta limita el control preventivo facultativo a las inconstitucionalidades de forma por vicios de procedimiento, incorporando, además, una solución dialógica en el artículo 160, número 5, al indicar que, en caso de acogerse, esta es remitida al Congreso Nacional, el que puede subsanar en noventa días el vicio.

El control preventivo facultativo, como se sabe y ha sido largamente discutido por la doctrina nacional, aumenta sustantivamente la politicidad de la jurisdicción constitucional. Tanto es así, señora Presidenta, que en algunos manuales se considera el control de constitucionalidad preventivo -en lo obligatorio- como un trámite dentro de la formación de la ley, lo que, a todas luces, denota su politicidad.

Esto último, en nuestro sistema particularmente, ha implicado una creciente erosión de la legitimidad del Tribunal Constitucional, que esta Subcomisión tiene la oportunidad de corregir.

El uso de esta atribución por quienes no logran concretar sus aspiraciones en la arena política es inevitable, y su eliminación en el proyecto constitucional es una de las buenas noticias que trae este capítulo.

Además, la eliminación del control preventivo es uno de los consensos a los que se llegó en el informe final del Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional en 2019, con una reflexión muy pausada y transversal, que creo que debería ser considerada por esta Subcomisión.

De esta forma, la indicación 015/08 viene a aumentar la politicidad, por lo que creo que la solución a la que se había llegado previamente fortalece la legitimidad, mientras que la incorporación del control preventivo facultativo la viene a debilitar.

También en materia de atribuciones, cabe comentar la indicación 024/08, que se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos, movimientos u otras formas de organización que no respeten principios básicos del régimen democrático.

La propuesta de la Subcomisión elimina esta atribución que, además, no es muy propia o frecuente en la justicia constitucional, porque la pone en una posición de tutela de las ideas políticas que puedan circular en una sociedad y en una democracia. Es una atribución que ha sido ampliamente cuestionada y, prudentemente, el Tribunal Constitucional prácticamente no la ha ejercido.

El mismo informe que mencionaba previamente señala que se trata de un resabio autoritario que no tiene eficacia práctica ante los altos estándares de procedencia que ha fijado el propio Tribunal en su jurisprudencia y aconseja su eliminación, posición a la que me sumo.

Por estas razones, si bien me sorprendió la indicación que buscaba reponerla, creo que debería quedar la propuesta de la Subcomisión.

A continuación, haré algunas observaciones en torno a las atribuciones de control represivo en materia de inaplicabilidad.

La propuesta de la Comisión Experta mantiene el sistema de inaplicabilidad e inconstitucionalidad actualmente vigente, con muy pocas modificaciones.

Una de las cosas que me llama la atención es que se mantenga la incoherencia -que ha sido muy denunciada por la doctrina- entre el control de inaplicabilidad, que es un control concreto, y el de la inconstitucionalidad, que es uno abstracto.

Este problema ha sido ampliamente discutido, porque tiene dificultades en cuanto a delimitar las competencias, bien lo sabe usted, señora Presidenta, entre el juez del fondo y el juez constitucional. Además, no hay una coherencia en exigir un razonamiento de control de constitucionalidad concreto en la sede de inaplicabilidad, para luego exigirlo como requisito en un control abstracto, como es el de la inconstitucionalidad.

Por lo tanto, la propuesta no resuelve estas incoherencias de diseño.

Con esto en mente, paso a referirme a las indicaciones.

La indicación 018/08 incorpora expresamente a los tratados internacionales a los preceptos legales impugnables vía inaplicabilidad. Esto, que también se ha discutido, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido uniforme en la materia, abre la puerta -así se ha denunciado- a que se incurra en responsabilidad internacional, porque, como se sabe, los Estados no pueden incumplir obligaciones internacionales suscritas por razones de derecho interno, aunque sean de orden constitucional.

Es importante decir que la propuesta, en todo caso, no deja sin control a los tratados internacionales, porque se contemplan por la vía del control preventivo facultativo. Por eso, mi posición es que yo no recomiendo acoger esta indicación.

Luego, la indicación 19 modifica e incorpora algunos elementos a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que me generan bastantes dudas; en particular, me genera muchas dudas la siguiente frase: "La Corte acogerá la acción cuando se pruebe que, en las circunstancias concretas del caso, la afectación actual o inminente de un derecho o interés constitucionalmente protegido, solo sea remediable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado".

Esta incorporación yo entiendo que trata de disminuir o establecer alguna especie de consideración para no admitir demasiadas inaplicabilidades, pero hay algunos elementos que son complejos y que a mí me generaron muchas inquietudes.

Primero, dice que se pruebe, dice que tiene que acoger la acción, según entiendo, solo cuando se pruebe y las cuestiones de prueba técnicamente corresponden al juez del fondo. Si la frase hace referencia efectivamente a la prueba de hechos, esto encierra una dificultad relevante, ya que el Proceso Constitucional no se refiere a eso, sino que, a cuestiones de otra índole, conceptuales, y, además, pudieran invadirse las competencias propias de la jurisdicción no constitucional, dependiendo de cómo esta inaplicabilidad se regulara luego, me parece compleja.

Ahora, otra opción -y creo que se entendía así-, que no era esa, sino que la otra forma es entender que, en realidad, es una imprecisión técnica y no se refiere a probar, sino que, a argumentar suficientemente, caso en el cual sugiero aplicar esa expresión o una similar que no lleve esto al ámbito de la prueba. Eso en relación con esa expresión.

Y, luego, la frase se refiere o usa la expresión: "interés constitucionalmente protegido,", y acá tampoco queda del todo claro a qué se refiere la disposición con interés constitucionalmente protegido.

Una forma de entenderla podría ser excluir de la inaplicabilidad los vicios de forma, es decir, requiere un interés sustantivo. Si ese fuera el sentido, parece buena idea, pues me parece que hay buenas razones para excluir los vicios de forma de la inaplicabilidad, pero sugiero señalarlo así explícitamente para evitar confusiones.

Otro sentido pudiera ser excluir algunas materias de la inaplicabilidad, lo que abre un espacio de incertidumbre.

Yo trataba de pensar, entonces, qué disposiciones constitucionales quedarían fuera de la inaplicabilidad o en qué tipo de inconstitucionalidad podría incurrirse en que no acarree la afectación de un interés constitucionalmente protegido; otra forma de entenderlo es que se exige un interés de quien recurre, de quien solicita la inaplicabilidad.

Estos mismos problemas o casi los mismos problemas se presentarían tratándose de la inaplicabilidad de preceptos de

autos acordados, de aprobarse la indicación 23, que incorpora esta misma frase.

El sentido de la incorporación de la frase, entonces, me parece que genera demasiadas inquietudes que, de aprobarse, tendría que hacerse cargo la dogmática constitucional.

Al parecer, la expresión intenta limitar la inaplicabilidad por acoger lo que me parece un objetivo importante y necesario de lograr, porque la declaración de inaplicabilidad siempre debiera ser o cualquier control de inconstitucionalidad de *ultima ratio*, o sea, el último recurso.

Y, además, la cantidad de inaplicabilidades que se conocen hoy recargan la carga de trabajo del órgano de justicia constitucional, pero la solución pudiera ser más expedita por la vía de la incorporación de la presunción de constitucionalidad de una ley o la etapa de un análisis previo, por el juez del fondo, antes de que llegue la inaplicabilidad a la justicia constitucional.

No fui capaz de identificar cuál era el sentido, el objetivo de la frase, por lo tanto, estoy, quizá, pensando en voz alta junto con ustedes. La fórmula propuesta, no obstante, me parece que abre la puerta a más problemas de lo que, a mi entendimiento, la indicación soluciona.

Voy a pasar a comentar una observación en relación con la acción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 159 que, en su letra c), la frase final dice: "La Corte Constitucional solo podrá acoger esta acción, si todas las

posibles aplicaciones del precepto cuestionado son inconstitucionales”.

Y la indicación 22 sugiere sustituir aplicaciones por interpretaciones. Me parece que esta indicación es adecuada, la cuestión de la aplicación o aplicaciones de un precepto legal corresponden a un control concreto y en materia del juez del fondo; y las interpretaciones sí pueden realizarse en abstracto como corresponde a un control abstracto de inconstitucionalidad.

Además, me parece que cambiar aplicaciones por interpretaciones refuerza la idea del respeto al legislador democrático y el principio de la interpretación conforme. Por lo tanto, en mi opinión, debiera acogerse la indicación 22.

Finalmente, voy a exponer algunas observaciones respecto de las indicaciones en materia de sistema de integración y otras.

La indicación 8 refuerza el requisito de idoneidad técnica del artículo 157, indicando que quienes integren la Corte Constitucional deben contar con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones. Creo que esta es una observación que va en la línea correcta, pensando en que este ha sido precisamente uno de los cuestionamientos que se han hecho a algunos nombramientos en el pasado.

Finalmente, en la misma disposición, artículo 157, indicación 11, propone agregar un nuevo inciso constitucionalizando que debe haber reglas de implicancias y

y recusaciones de los integrantes titulares y suplentes de la Corte Constitucional.

Hasta hoy las implicancias son menores que las de la judicatura no constitucional, las causales de implicancia, y no hay recusaciones para los jueces constitucionales. Por lo tanto, constitucionalizar un sistema propio de implicancias y recusaciones, que hoy día no existe, vendría a fortalecer la imparcialidad de justicia constitucional, reforzando nuestro sistema de justicia constitucional y, además, aunque no es evidente de la redacción, sugeriría que este debe ser creado especialmente para la Corte Constitucional, considerando las especificidades de la adjudicación constitucional.

Estas serían mis observaciones a las indicaciones, señora Presidenta.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesora Busch.

Antes de dar la palabra a los demás integrantes de la Subcomisión, comentar lo mismo que señalamos a la Presidenta del Tribunal Constitucional que, en lo relativo a los tratados internacionales, no es que el objeto sea controlar el tratado internacional, porque usted tiene razón, pues eso significaría incurrir en responsabilidad internacional del Estado, ya que, según entiendo, lo que buscan estas enmiendas presentadas por otros integrantes de la Comisión Experta es que esos tratados internacionales de derechos humanos sean parámetros de control al igual que la Constitución. Entonces,

el tribunal los usaría como un parámetro de control para inaplicar la ley. Ese es más o menos el sentido, pero no inaplicar el tratado internacional.

Ofrezco la palabra por si alguien quisiera hacer una pregunta.

Tiene la palabra la comisionada Sánchez.

La señora **LESLIE SÁNCHEZ**.- Gracias, Presidenta.

Por su intermedio, solo hacer dos preguntas a la profesora Busch, primero, respecto de la indicación 002/08, que es la que hace referencia al principio de deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad y búsqueda de interpretación conforme.

Por lo que he leído, entiendo que usted ha sido una de las autoras de estos principios, tanto en el proceso constitucional anterior como en la doctrina nacional, y tengo la percepción de haber escuchado en la mañana que se ha denominado como que no hubiese un concepto claro respecto de esto o que no hubiese una interpretación concreta de qué es lo que se quisiera decir, incorporando estos parámetros al texto constitucional. Pero, como le digo, al menos de lo que he revisado de la doctrina nacional, me parece tremendamente importante que estén, pero quiero saber su opinión al respecto.

Y, segundo, usted se refirió a las cualidades o requisitos que deben cumplir quienes quieran acceder a ser ministros del Tribunal Constitucional, como una mejora de este anteproyecto, el señalarlos con mayor énfasis, pero creo que

no se refirió al sistema de nombramiento, por lo que me gustaría saber qué opina usted del diseño actual o si nos sugiere alguna fórmula más adecuada.

Gracias, Presidenta.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias.

Ofrezco la palabra por si alguien quiere formular a la profesora alguna otra pregunta.

Entonces, tiene la palabra la profesora Busch.

La señora **TANIA BUSCH** (expositora) [vía telemática].- Muchas gracias.

Bueno, yo no soy autora de los conceptos, no podría darme ese crédito.

Primero, principios como la deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad y la interpretación conforme son conceptos doctrinarios o de creación y recogimiento jurisprudencial, son como teorías de la misma familia y por eso las agrupé como virtudes pasivas. Son pautas normativas que se entregan al juez constitucional, que tienen en común buscar que este no sea activista, que sea autorrestrictivo en la interpretación de sus competencias.

El principio de deferencia al legislador es democrático, quiere decir que debe tener en consideración cuáles son las competencias de otros órganos cuando interpreta la extensión de sus propias competencias constitucionales. Es importante entender que la justicia constitucional es un órgano constituido y que debe someterse a la Constitución también, y

en ese entendimiento debe considerar ver hasta dónde llega su competencia, la de otros órganos y respetarlas.

El principio de deferencia democrática ha sido ampliamente difundido en la doctrina nacional por el profesor Patricio Zapata, así que, quizá, ese principio pudiera ser mejor explicado por él que por mí, porque entiendo que también lo va a escuchar esta Subcomisión.

Y la presunción de constitucionalidad de la ley señala que cuando el legislador democrático legisla está también interpretando la Constitución y lo lógico, lo razonable, es que en esta interpretación la Constitución se cumpla. Por lo tanto, quien argumente la inconstitucionalidad tendrá la carga de probarla; la ley, por provenir de la legitimidad democrática del Parlamento, se presume constitucional. Hay autores como Ferreres Comella que, incluso, la gradúan, dependiendo de algunos factores como el nivel de deliberación o hace cuánto se dictó la ley, etcétera.

Y la interpretación conforme es un principio de contrainterpretación constitucional, principalmente sostenido por Konrad Hesse, que señala que antes de declarar la inconstitucionalidad, si es que existiera alguna interpretación que permitiera interpretar ese precepto legal en los términos de la inaplicabilidad, esa disposición conforme a la Constitución, entonces, debe entenderse constitucional. Eso es lo que pudiera decir.

Respecto de las cualidades o requisitos, me parece que es muy importante atender a la realidad de cómo se han interpretado o cómo se ha entendido.

Nuestra realidad constitucional determina la operación del sistema y, en ese sentido, creo que insistir en la importancia de la idoneidad técnica de los jueces constitucionales es muy relevante, y llevándolo junto con el sistema de nombramiento, los sistemas deberían, en mi opinión, lograr varios objetivos a la vez, tales como la idoneidad técnica, la independencia, la imparcialidad, la legitimidad democrática, una trayectoria relevante, etcétera.

Ahora, entiendo la lógica del sistema de nombramiento propuesto, que busca llegar a mayores acuerdos, también se explica por las diferencias que se ha tenido respecto de los nombramientos realizados, pero me parece que la politicidad es inherente a la justicia constitucional y no es posible soslayarla.

Entonces, yo prefiero sistemas donde diversos órganos por sí mismos interpretan los requisitos; creo que en este caso al iniciarse con el *pool* de candidatos solo por requisitos que señala la Corte Suprema o que esta interpreta, de especial competencia, idoneidad o reconocida versación en las materias, quizá, nos prive de una pluralidad de visiones en el Tribunal Constitucional, porque, a mayor cantidad de órganos que deben ponerse de acuerdo, finalmente la cantidad de candidatos o candidatas que pueden llegar a la justicia constitucional va yendo hacia un centro o hacia un *statu quo*; y me parece que, en ocasiones la justicia constitucional puede ser más representativa, porque creo que la legitimidad democrática también es un valor. Si la Corte Suprema es quien controla el *pool* de candidatos, controla finalmente todo el

proceso, y una de las críticas que se ha hecho al sistema de nombramientos que tenemos es precisamente la participación de la Corte Suprema por no tener legitimidad democrática.

Sí quisiera destacar del sistema de nombramientos la incorporación de las audiencias públicas como un mecanismo de transparencia, participación y de control del proceso desde la ciudadanía.

A mí me gustan mucho las audiencias públicas de nominación, entonces, me hubiese gustado incorporarlas también desde el comienzo para el *pool* de candidatos que nombra la Corte Suprema, pero de todas formas verlas incorporadas en el sistema de nombramiento me parece una buena noticia, y espero que esa parte se mantenga de la propuesta.

Muchas gracias, y espero haber respondido a las inquietudes de la comisionada Sánchez.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesora Busch.

Y un punto simplemente para finalizar sobre la prueba en la inaplicabilidad tiene usted toda la razón; de hecho, ya lo habíamos anotado y conversado con el comisionado Lovera cuando redactamos esa norma, pero ya la habíamos presentado. Así que probablemente ahí tengamos una enmienda amistosa, porque efectivamente en la inaplicabilidad no hay término probatorio. Así que muy agudo su ojo respecto de esa redacción.

Le agradecemos su presentación el día de hoy, y le deseamos un muy buen día.

La señora **TANIA BUSCH** (expositora) [vía telemática].- Hasta luego, muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Que esté muy bien.

Corresponde recibir al académico, señor Patricio Zapata, abogado, candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Chile y máster en Derecho de la Universidad de Harvard.

Bienvenido, profesor Zapata.

Lo escuchamos para que pueda hacer su presentación respecto de las enmiendas presentadas al texto aprobado, en general, por la Comisión Experta.

El señor **PATRICIO ZAPATA** (expositor) [vía telemática].- Muy buenas tardes, señora Presidenta y miembros de la Subcomisión experta.

Comienzo disculpándome, pues me hubiera encantado asistir presencialmente, pero por alguna razón se me traspapeló la invitación; yo tenía preparada la presentación de hoy, no sabía cuándo me iba a tocar. Así que ofrezco mis disculpas y agradezco tener la oportunidad de hacer llegar mis comentarios por esta vía.

Yo quisiera muy brevemente, si se me permite, hacer una reflexión general sobre la decisión de tener un sistema de control de constitucionalidad concentrado. Me parece que es un objetivo valioso velar por la supremacía constitucional y encomendárselo a un órgano especializado.

En ese sentido, comparto la decisión gruesa de esta Subcomisión, que recoge más de 50 años de experiencia constitucional chilena desde la reforma [...] función o [...] horadar, debilitar la función de los jueces de fondo.

¿Cómo lograr una forma de constitucionalizar el derecho chileno que no signifique subordinar o sacrificar la autonomía y la especialización de los miles de jueces y juezas, cientos de ministras y ministros que están en condiciones de aplicar el derecho de fondo como nadie más?

Magistrados de la magistratura laboral, de familia, penal; magistrados especializados en la casación, magistrados que conocen el proceso civil. ¿Cómo evitar que un Tribunal Constitucional -llamado ahora Corte Constitucional- invada, subordine o actúe imperialmente respecto de esos jueces?

En ese sentido, con los años me he convencido de que la inaplicabilidad, más allá de los ajustes que haya que hacerle, es lejos -de las que se me ocurren- la mejor fórmula.

La decisión de fondo sigue en manos de nuestros tribunales ordinarios, pero cuando el conocimiento de un asunto contencioso tropieza con una problemática constitucional en que las partes -eventualmente el juez- pueden llevar la solución de ese problema a un tribunal especializado, pero que luego el problema vuelva o que nunca deje de estar en manos del Tribunal, y, por lo tanto, la intervención de la corte sea una intervención subsidiaria, específica, lo más breve posible, quirúrgica, el Tribunal Constitucional entra y sale del expediente de fondo, intentando dañarlo y

contaminarlo lo menos posible, e intentando que los aspectos de fondo y sustantivos tampoco lo distraigan de su tarea específicamente constitucional.

Es un equilibrio muy delicado que tengamos estos jueces especializados que conozcan suficientemente del asunto pendiente, porque es control concreto, pero que no se vean arrastrados ni inmersos a los detalles y recovecos de la cuestión pendiente, porque, si eso ocurre, la tentación de tratar de resolver el asunto de fondo se vuelve muy grande, y queremos justamente mantener la especialización.

Creo que, desde ese punto de vista, comparto muy significativamente el trabajo de esta Subcomisión. Comparto la decisión de conservar en su esencia la inaplicabilidad, con ajustes que voy a comentar, asumiendo que este modo siempre va a arriesgar la existencia de tensiones entre la Corte Constitucional y la excelentísima Corte Suprema, entre el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional y los tribunales ordinarios.

Ese es el costo de tener un sistema como este, como el italiano; es el costo de no poner a la Corte Constitucional por encima del Poder Judicial, como en España o en Alemania.

El costo es que uno sabe de antemano que se producirá un espacio para la tensión, el desajuste, el desacomodo, y que no va a ser sencillo conciliar esas tensiones, en la medida en que no hemos querido, deliberadamente, darle a la Corte Constitucional superintendencia sobre el Poder Judicial, superioridad.

Creo que es un precio que bien vale pagar, y confiar en que en el futuro la Corte Constitucional y la excelentísima Corte Suprema encuentren maneras de conversar; creo que es un costo que bien vale la pena pagar para evitar los otros costos, es subordinar a nuestros tribunales de justicia a una Corte Constitucional ubicada en la cúspide; costos de tardanza, porque, a fin de cuentas, en esos sistemas, especialmente en el español, el Tribunal Constitucional se transforma en una tercera o cuarta instancia; costos de justicia, porque uno termina entregando a un tribunal solo especializado en derecho público la resolución definitiva de asuntos laborales, mineros, comerciales, penales y de familia, es decir, hay un sacrificio en la calidad técnica de la decisión de fondo y un sacrificio en la independencia de esos jueces.

Quería decir esto simplemente para manifestar por qué valoro que los seis miembros de la Subcomisión hayan acordado una fórmula común, y en casi todos los temas por unanimidad, en acuerdo transversal, lo que me parece doblemente valioso.

Paso ahora a hacer cinco observaciones puntuales, pues me pareció importante explicitar desde dónde vienen mis comentarios, desde qué filosofía.

En primer lugar, quiero comentar la enmienda 002/08 propuesta por los expertos Fuenzalida, Lagos, Osorio, Quezada y Rivas. Respecto del artículo 155 proponen decir en el número 2: "En el ejercicio de sus funciones, la Corte observará los principios de deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad de las leyes y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución".

Yo escribí hace muchos años -no voy a decir cuántos, para no exponerme- sobre el valor de la deferencia, y no he cambiado de opinión, pero no sé si es correcto colocar en este punto el principio de deferencia como un principio general para el trabajo de la Corte Constitucional, porque buena parte de lo que pienso sobre la deferencia, la interpretación conforme y la presunción de constitucionalidad aplica más al control abstracto que al control concreto.

Tiene más sentido cuando tenemos a una Corte Constitucional que está controlando, por ejemplo, un proyecto de ley en control preventivo, facultativo. En esos casos puede ser interesante si hay dos interpretaciones posibles, preferir aquella conforme a la Constitución como un signo de respeto o deferencia al hecho de que el legislador también interpreta la Constitución.

El Presidente de la República y los parlamentarios también interpretan la Constitución, y su interpretación no debiera ser desdeñada o despreciada. Ellos cuentan con órganos internos especializados para velar por la constitucionalidad: las comisiones de Constitución en la Cámara, los equipos jurídicos de la Presidencia de la República.

Deferencia significa decir "yo interpreto la Constitución, pero sé que usted también interpreta la Constitución, y si tengo dudas, si no estoy convencido de que su interpretación es disconforme, la voy a dejar pasar".

No tengo tanta claridad de que esos principios sean útiles o convenientes para el control concreto en sede de inaplicabilidad.

No estoy seguro de que sea útil, por ejemplo, una interpretación conforme y decir "se declara conforme a la Constitución este precepto" en el entendido de que, por ejemplo, esa técnica que puede tener mucho sentido en control abstracto, no estoy seguro de que tenga mucho sentido en control concreto.

Entonces, una solución -si este lenguaje parece razonable- es resituarlo, y que quede claro que es a propósito de la facultad establecida en el artículo 159, letra a), eventualmente no solo con control de procedimiento, sino de fondo, si esa es la decisión definitiva del comité de expertos.

Creo que es más complejo que, a propósito de la inaplicabilidad, se utilicen estas técnicas de interpretación general. Ese es un comentario.

Respecto de la integración que se propone, derechamente sería partidario de once miembros, no de nueve, si se va a funcionar en dos salas, y aplaudo que sean dos salas las que vean la admisibilidad, no tres, como en algún momento lo propuso el primer borrador. Ya es complejo que haya uniformidad de criterios de admisibilidad con dos salas, imagínense ustedes con tres.

Estoy pensando en -llamémoslo así- el derecho que tiene el justiciable a tener una cierta idea de cuáles van a ser los criterios de admisibilidad. Ya cuesta lograr ese criterio común en dos salas, imagínense en tres.

Valoro que sean dos, pero creo que dos salas de cinco integrantes y una presidencia -que pueda integrar cuando es

necesario, pero que no está obligada a integrar alguna de las dos salas- resuelven bien problemas prácticos, y creo que puede ser incluso muy práctico tener once y no nueve.

Respecto de la forma de elegirlos, me parece que la propuesta de enmienda firmada por los seis expertos de la Subcomisión es mejor que el primer borrador. Que esto parta por la Corte Suprema es mejor a que parta por el Presidente de la República, pero, si quieren saber mi opinión, creo que la Corte Suprema está muy muy habilitada y capacitada para hacer un primer filtro, pero no sé si es bueno que ella elija a los cinco.

Me explico, que sea condición *sine qua non* para integrar el Tribunal Constitucional haber acreditado una cierta habilidad o capacidad, y que eso lo certifique la excelentísima Corte Suprema, y que ahí tú tengas un *pool* de 40 o 50 potenciales candidatos o candidatas, bueno, eso despeja el asunto técnico, lo entrega a un organismo independiente, técnico, pero no le da un poder excesivo a la Corte Suprema, porque, aun cuando venga después el Presidente a elegir dos de cinco, y luego el Senado uno de dos, a fin de cuentas va a ser la Corte Suprema la que va a definir los contornos del personal de esta Corte Constitucional, y, como he dicho, estamos adoptando un sistema que supone el paralelo entre estos dos sistemas, el Poder Judicial y la Corte Constitucional, ninguno por encima del otro; con una Corte Constitucional que queremos que sea muy independiente.

Podría ocurrir que la excelentísima Corte Suprema tenga una influencia mayor a aquella que sea conveniente, por la vía de

ser ella la única puerta de entrada a la Corte Constitucional, no como una precalificación de un universo grande, sino como la definición del universo chico de cinco.

Por favor, yo creo que la Corte Suprema lo ha hecho bien en los nombramientos que ha hecho, a propósito del actual Tribunal Constitucional. Ella tuvo la inteligencia -la excelentísima Corte Suprema- de crear un sistema de audiencias, cosa que el Congreso pudo haber hecho y no lo hizo nunca, pero la Corte Suprema lo hizo.

Las personas nombradas por la Corte Suprema se han distinguido por un ejercicio muy adecuado, y en general han demostrado ser independientes de la Corte Suprema, porque, ojo, no siempre están alineados los intereses y las doctrinas de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional.

Hoy la Corte Suprema tiene a tres ministros nombrados por ella en el Tribunal Constitucional. Uno podría pensar que, aun cuando no son embajadores de la Corte Suprema -por favor, no estoy diciendo eso-, ellos nunca dejan, de alguna manera, de trasladar al Tribunal Constitucional la sensibilidad de la que vienen y de dónde provienen, que es la Corte Suprema, así como a veces ocurre que los nombrados por el Presidente de la República tienen mucha dificultad para dejar de representar la filosofía o la visión de esa Presidencia de la República.

Si queremos dotar a esta Corte Constitucional de la máxima independencia, creo que hay que mirar, de nuevo, el papel valioso que puede cumplir la excelentísima Corte Suprema, que creo que queda desmesurado si ella configura la quina, y nadie va a llegar, entonces, al Tribunal Constitucional si no

cuenta con la mayoría de los votos del pleno de la Corte Suprema.

Me referiré a continuación a la inaplicabilidad misma.

Yo me alegro de que se haya desechado la idea de que el juez de fondo pudiera participar de manera poco menos que permanente.

Decía el borrador inicial: "El juez de la gestión tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad".

Yo entiendo la razón que puede haber, pero la verdad es que, si queremos distinguir y separar suficientemente las tareas de unos y de otros, eso arriesgaba mezclarlas.

El juez de fondo iba a llegar a la Corte Constitucional con sus preocupaciones, con las preocupaciones de la prueba, con las preocupaciones de la justicia, con las preocupaciones de las atenuantes, de las eximentes, con las preocupaciones de la interpretación jurídica, y resulta que va a estar opinando en un espacio donde ninguna de esas es una preocupación pertinente, ni la prueba, ni la justicia intrínseca, ni tampoco las interpretaciones posibles; el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no interpreta la ley.

La Corte Constitucional va a tomar la ley en el sentido que le dan los tribunales de justicia, va a trabajar con una aplicación, no con una interpretación.

Eso me llevará a comentar después otra propuesta de enmienda, que propone reemplazar aplicaciones por interpretaciones, que yo creo que es un error.

El Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional, interpreta la Constitución, pero no interpreta las leyes, nunca, no le corresponde, y ese muro debe ser alto y firme - repito- para evitar que se produzca contaminación cruzada.

No queremos jueces de fondo que inapliquen, pero tampoco queremos una Corte Constitucional que interprete las leyes. Entonces, el lenguaje tiene que ser muy cuidadoso.

Que se escuche al juez de gestión para la suspensión, sí, puede ser.

Ahora, en términos prácticos, como ustedes saben, hoy la suspensión se otorga de inmediato, a propósito de acoger a trámite, porque muchas veces es indispensable que la suspensión se conceda de inmediato.

Las personas llegan muchas veces a la Corte Constitucional cuando ya han agotado todas las vías de convencimiento en el tribunal ordinario, y están *ad portas* de recibir una sentencia definitiva.

Entonces, que la decisión de suspensión se demore 15 días, mientras se escucha al juez de fondo, no parece muy práctico.

Ahora, se le podría escuchar después de tomada una primera decisión provisoria de suspensión, para ver si se conserva o se mantiene la suspensión.

El lenguaje sobre el nivel de convicción a que debe arribar la mayoría del pleno para acoger una inaplicabilidad.

Hay una innovación.

Leo en su parte pertinente la enmienda 019/08, firmada por las y los expertos Anastasiadis, Larraín, Lovera, Martorell, Salem y Sánchez:

"La Corte acogerá la acción cuando se pruebe que, en las circunstancias concretas del caso, la afectación actual o inminente de un derecho o interés constitucionalmente protegido, solo sea remediable mediante la declaración (...)"

No queda claro si eso está dicho de la decisión de fondo o de la decisión de admisibilidad. Hay un punto seguido, y pareciera ser que está hablando de la admisibilidad, pero yo entiendo que vamos a tener un punto aparte.

Comienza diciendo:

"Corresponderá a cualquiera de las salas de la Corte declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente (...), que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva y que la impugnación esté fundada razonablemente."

Entiendo que ahí habría un punto aparte.

La Corte acogerá la acción. Imagino que está acogiendo en el fondo. Ahora estamos hablando del fondo, de la sentencia estimatoria. ¿Cuándo? Cuando se pruebe.

Ya escuché a la profesora Busch. Yo tenía la misma observación. La palabra aprueba cambiémosla por "cuando se acredite", "cuando se demuestre", "cuando se justifique suficientemente". ¿Qué cosa? Que las circunstancias concretas del caso, la afectación actual o inminente de un derecho o interés constitucionalmente protegido solo sea remediable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado.

Se busca, de alguna manera, aumentar el nivel de convicción que debe tener esa mayoría. Es una norma prorecepto. Es otra forma de acoger el principio de deferencia, pero no sé si le hace justicia a la lógica subyacente a la inaplicabilidad. En ese sentido, me gusta más lo que dice hoy el texto constitucional. Debe declararlo inaplicable cuando se convenza de que resulte la aplicación decisiva del precepto para un aspecto importante de la gestión de fondo. ¿Por qué es tan importante la palabra resulte, más que "produzca efectos inconstitucionales"? "Resulte inconstitucional". Porque, muchas veces, la aplicación de un precepto va a producir dos tipos de efectos: contrarios a un derecho fundamental o favorables a un derecho fundamental.

Los preceptos no producen solo un tipo de efecto. Dependiendo del caso concreto, hay ocasiones en que la aplicación del precepto produce más efectos inconstitucionales que constitucionales, por lo que el resultado es inconstitucional, pero, otras veces, el mismo precepto, pero con otros hechos de la causa, otro caso concreto, produce una constelación diferente de efectos favorables y desfavorables.

El propio Tribunal Constitucional se ha dado cuenta de esto, cuando, por ejemplo, advierte que, aun cuando es verdad que la aplicación va a producir un efecto contrario a la Constitución, no debiéramos ignorar que simultánea y paralelamente produce otros efectos favorables o más contrarios para la otra parte.

Entonces, creo que esta idea le pone una carga muy seria y nuevamente difumina las fronteras entre lo que puede hacer el tribunal de fondo y la Corte Constitucional.

Nuestro sistema, que ustedes conservan en lo esencial, funciona bien cuando hay una coordinación tácita entre la Corte Constitucional y el juez de fondo. Fíjense en el gravamen que le están imponiendo: debe convencerse de que la única forma de impedir el daño al derecho o al interés es con la declaración de inaplicabilidad. Un juez de fondo, aunque tengamos la sentencia de inaplicabilidad, sigue teniendo un espacio o margen para atenuar eventuales efectos inconstitucionales. En otras palabras, puede aplicar atenuantes si el resultado de la aplicación de un precepto genera desproporción.

Este precepto va a ser aplicado en forma decisiva; es lo más seguro. Va a ser aplicado en este sentido, no porque crea que ese es el sentido correcto, sino porque es el sentido que se le van a dar los jueces de fondo. ¿Va a dañar bienes constitucionales? Sí. El resultado de los daños a los bienes constitucionales, ¿es mayor que eventuales ventajas constitucionales? Sí. Con eso cumplo mi deber de que la persona justiciable, cuando resulte condenada o absuelta, cuando gane o pierda la casación, el juicio laboral de tutela o la demanda de familia, sepa que la decisión la tomó un tribunal independiente, que conoció todos los hechos, donde hubo un probatorio como Dios manda, donde hubo plazos, recursos, apelación, y que el sistema le dio la oportunidad de evitar que una decisión importante en ese *iter* se tomara

contra la Constitución, pero los responsables principales de que se haga justicia siguen siendo los jueces de fondo.

Cuidar eso es importante para el equilibrio del sistema.

Me tomé la libertad de hacer llegar a la Subcomisión un texto que publiqué el año pasado, donde explico la filosofía constitucional detrás de mi aproximación a la inaplicabilidad. Ello, justamente, porque desconfío a troche y moche de los constitucionalismos, de la ambición del neoconstitucionalismo y porque quiero preservar el espacio de autonomía del juez de fondo y que haya una constitucionalización, pero la humedad de la Constitución llega por goteo, no como un aluvión que se deja caer sobre sobre el derecho laboral, sobre el derecho de familia, sobre el derecho penal.

La inaplicabilidad, bien dosificada, permite este riego por goteo que no inunda el terreno del derecho civil o del derecho minero, no suplanta la especialización del juez laboral o de la jueza de familia y no elimina el valor especializado que tienen normativas de décadas y siglos, como el derecho minero, el derecho comercial.

Respecto de los tratados internacionales, siempre me pareció discutible la decisión que tomó el Tribunal Constitucional, hace quince años, de incluir como normas susceptibles de ser inaplicables los tratados internacionales. Entiendo que el Tribunal ha sido prudente y nunca ha declarado un tratado internacional, pudiendo haberlo hecho. Han transcurrido catorce años desde la ley orgánica y cada vez que alguien ha llevado al Tribunal Constitucional

para su inaplicación un tratado internacional, el Tribunal ha encontrado la forma de eludir el paso dramático y drástico de declarar inaplicable un tratado. Creo que lo ha hecho así, porque capta las consecuencias para el derecho internacional y para la responsabilidad internacional del Estado chileno de incumplir un tratado. Creo que dejar sin aplicación un tratado, aunque sea para un caso concreto, es dejar de cumplir un tratado.

En ese sentido, no comparto la indicación de los expertos Arancibia, Frontaura, González, Ossa, Pavez, Peredo, Ribera y Sebastián Soto, de incluir expresamente en los tratados internacionales como normas objeto de inaplicación, pero sí estoy de acuerdo con incluir expresamente un control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de que entren en vigencia. Asimismo, podría compartir la idea de dejar explícito que la Corte Constitucional solo puede declarar la incompatibilidad entre un precepto legal y un tratado internacional.

Confieso que me resulta complejo, porque atisbo donde puede estar el origen de esa indicación. Quisiera creer que no solo responde a esto, pero ustedes saben perfectamente que, desde 1998, la Segunda Sala o Sala Penal de la excelentísima Corte Suprema viene dejando sin aplicación el decreto ley N° 2191, de amnistía.

A mi juicio, esa fue una de las más sabías decisiones que pudo haber tomado la Sala Penal, inspirada por mi maestro, don Enrique Cury, porque cuando la Corte Suprema pudo y debió declarar de inaplicabilidad del decreto ley de amnistía,

cinco años antes, no lo hizo. Fue el ministro Rafael Retamal quien entendió que el de decreto de ley de amnistía era contrario a la Constitución Política y, por vía de la Constitución Política, artículo 5º, inciso segundo, a tratados internacionales, como la Convención de Ginebra o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Han pasado los años y quizás ya no se necesita que la Segunda Sala de la Corte Suprema inaplique y podamos confiar en que, de ahora en adelante, lo pueda hacer la Corte Constitucional. Espero que no solo declare inaplicable el decreto ley de amnistía, sino que definitivamente lo declare inconstitucional, más allá de que tenga o no mayores impactos, dado el problema de la retroactividad.

En cuanto al control preventivo facultativo, entiendo que hay consenso respecto de que exista sobre materias de procedimiento. Esto me parece importante, porque, de lo contrario, la iniciativa exclusiva presidencial sería norma muerta o letra muerta. Un ejemplo de ello es que, si el Presidente no puede ir a defender la iniciativa exclusiva presidencial a la Corte Constitucional, no tiene ningún sentido consagrarla.

En cuanto al fondo, entiendo que se puede buscar un consenso o la vía de definir un momento para la interposición que no se cruce demasiado con el debate legislativo, por ejemplo, después de que ha terminado la tramitación del proyecto, pero antes de esa promulgación, como lo proponen algunos expertos en la indicación.

Me quiero disculpar nuevamente. A la señora Presidenta y a la Secretaría les consta que preparé estos papeles pensando en mañana o el lunes, pero cuando se me presentó nuevamente la oportunidad de exponer, dije: no quiero perderla, porque el tema parece demasiado importante. Por lo mismo, quisiera pensar que les servirá alguna de mis ideas.

Encantado si hay alguna pregunta o quieren conocer alguna una opinión adicional.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, profesor Zapata.

No queda claro por qué no está refundido el texto aprobado en general con las enmiendas. Vemos que hay varios invitados que han entendido que algunas enmiendas, como la 018, tienen por objeto inaplicar tratados internacionales, pero esa no es la intención, sino que el tratado internacional de derecho humano sea parámetro de control, al igual que la Constitución, para el control normativo de las leyes.

Respecto de por qué se está proponiendo ese control, no tiene que ver con un caso específico o con una sala específica de la Corte Suprema, sino con resguardar el sistema de fuentes del derecho a través de un sistema de control concentrado de constitucionalidad, a lo que se le estaría agregando "de compatibilidad" con los tratados internacionales de derechos Humanos. Ello, porque, como usted bien sabe, en la Comisión Experta se está discutiendo el rango normativo de esos tratados internacionales. Una de las

opciones es que tengan rango constitucional y, en ese caso, pasarían a ser derecho constitucional; material que puede ser utilizado para el control normativo que ejerce el Tribunal Constitucional.

Cuando uno no ve el texto refundido, queda otra impresión. Tiene la palabra la comisionada Paz Anastasiadis.

La señora **PAZ ANASTASIADIS**.- Muchas gracias, Presidenta.

Por su intermedio, agradezco al profesor Patricio Zapata por tan completa presentación y por la disponibilidad y disposición para participar en esta sesión.

En relación con el control preventivo, hemos fijado un criterio de unanimidad respecto de la forma, pero con una característica distinta, que incluso se ha señalado y celebrado, que es este reenvío que se genera hacia el Congreso Nacional. En este sentido, la indicación 015/08 genera el paso para mantener este control preventivo respecto de cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de ciertas materias de ley.

Entonces, respecto de esa alternativa y por lo que hemos conversado, la verdad es que me cuesta pensar que se deba mantener un rol con esta característica, incluso si no se combina con lo que estamos haciendo en materia de forma. ¿Por qué? Porque, tal como lo comentó el comisionado Lovera, si bien se reenvía al Congreso Nacional, la indicación finalmente señala: para que subsane el vicio. Entonces, la decisión ya no recae nuevamente en el Congreso Nacional, como si sucede con el control de forma, porque la decisión de la

misma Corte definiría el rol que debe cumplir la respectiva cámara.

Entonces, ¿cómo analizaría la posibilidad de que este reenvío fuese con las características de control de forma? Es decir, que pudiésemos entender que es un paso previo para evitar que, en lo sucesivo, pudiésemos ver un recurso de inaplicabilidad por alguna razón de inconstitucionalidad, pero sin quitar este rol legislativo y de definición respecto de las materias que recaen en funciones y atribuciones del Congreso Nacional. Asimismo, para evitar lo que ha sido entendido por distintos sectores, como dijo la comisionada Katherine Martorell en la mañana, como una tercera cámara.

Hay un juicio crítico respecto de ese punto y tenemos que abordarlo. Según mi consideración: o lo abordamos de una forma que logre modernizar y hacernos reflexionar, sin que continuemos con una modalidad que ha sido cuestionada, o analizamos la posibilidad de que solo sea un control *ex post*.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias, comisionada Paz Anastasiadis.

Tiene la palabra el comisionado Domingo Lovera.

El señor **DOMINGO LOVERA**.- Muchas gracias, Presidenta.

Aprovecho de saludar al profesor Patricio Zapata por su presentación y por el texto que nos envió. Siempre es un agrado escucharlo, profesor.

La verdad es que nos dimos muchas vueltas con el sistema de nombramientos y tuvimos varias alternativas sobre la mesa. Sin embargo, llegamos a la conclusión de que, ya sea que haya una mala evaluación respecto de la forma en que se ha politizado o no el Tribunal Constitucional o respecto de la práctica que han ejercido los órganos que hoy nominan a los integrantes del Tribunal Constitucional, el sistema, tal como está distribuido entre los distintos poderes del Estado, no está funcionando de manera adecuada.

No digo que fue la mejor solución, pero sí una de consenso, que pareció dejar tranquilos y tranquilas a los y a las integrantes de esta Subcomisión.

Entonces, me deja con algunas señales de alerta, que no sé si vamos a tener tiempo de abordar.

Por otro lado, aunque sé que esto lo comparten otras y otros integrantes de la Subcomisión, no necesariamente de aquí, me parece razonable contar con un solo sistema para la designación de todos y todas las integrantes de la Corte y con un sistema de reemplazos que sea decantado anualmente.

Vuelvo a insistir en que nos ha ayudado mucho el seguir teniendo el sistema de nombramiento sobre la mesa, porque, desde distintas posiciones, hemos tratado de derribar un sistema común. Por lo mismo, creo que haremos bien si damos una vuelta más al sistema de nombramiento, a pesar de que no es un sistema que me desagrade por completo.

Le quería hacer una pregunta, profesor Zapata. En la enmienda 024/08 se mantiene una atribución de la Corte Constitucional: "Declarar la inconstitucionalidad de los

partidos políticos, de los movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos, o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático...”, etcétera.

Mi pregunta es muy puntual: ¿cómo ve usted la posibilidad de que la Corte pueda evaluar actos o conductas? Yo lo tengo claro. Lo conversamos respecto de los objetivos. Y eso es algo que creo que la Corte, por su fisonomía y sus procedimientos, puede evaluar. Mi pregunta es: ¿usted considera que la atribución de conocer actos o conductas, para efectos de hacer esa misma evaluación, es una tarea que podría encarar bien la Corte Constitucional? De nuevo, esta es una duda que surgió en la mañana, a propósito de una presentación. Quisiera escuchar su opinión al respecto.

Muchas gracias.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Muchas gracias.

Tiene la palabra el comisionado Larraín.

El señor **HERNÁN LARRAÍN**.- Gracias, Presidenta.

Nuevamente, gracias, profesor Zapata, por su contribución tan lúcida. Es importante para poder avanzar en temas complejos como el que nos toca analizar

Seré muy breve.

Respecto de algunos temas quiero hacer una consulta, complementando la que recién hacía el comisionado Lovera, porque si ha habido algo difícil en la historia de nuestro Tribunal Constitucional ha sido definir cómo se nombran sus integrantes. Tenemos tantos sistemas en Chile como procesos

de designación de estos integrantes: el del 70, el del 80, el del 2005, el de la Convención y ahora estamos diseñando un quinto sistema. O sea, cada vez que se ha pensado en un sistema se inventa uno nuevo. Y la verdad es que, entonces, no tiene que ver con las circunstancias, sino que con la complejidad del tema. Y lo que usted ha hecho me hace consultarle: ¿por qué la Corte Suprema podría no ser un filtro adecuado en la selección de la quina? Y si no lo es ¿quién pudiere serlo? Porque lo otro sería que lo hiciera directamente el Presidente, que es todavía peor. Originalmente el sistema que se pensó, que fue diseñado por la comisionada Salem y el comisionado Lovera, y que después se fue ampliando, porque llegamos a un consenso en la Subcomisión, era inverso, primero era el Presidente el que hacía la quina, que se la proponía a la Suprema, luego la Suprema elegía una terna y esa terna iba al Senado.

Bueno, al final se volvió al origen, que me parece lo más adecuado, como está en el proyecto.

Pero la pregunta es ¿cómo estructurarlo sino con una institución de esta naturaleza, como es la Corte Suprema, que tiene oficio en la nominación de personas que van a ejercer labores jurisdiccionales? Algún criterio tendrá que tener para dirimir entre los distintos candidatos; para saber quiénes son los más adecuados.

Y luego está el Ejecutivo que le da una participación al gobierno, a la mayoría que conduce el país, para seleccionar nombres y luego le da dos nombres al Senado para que avance

en la designación. Tiene una cierta racionalidad, pero usted nos desarma el filtro original, por eso que lo consulto.

Y respecto del control preventivo. Me parece que la experiencia que hemos tenido en Chile no ha sido mala, sí lo ha ido en el último tiempo, por distintas razones, incluso con el diseño del Tribunal Constitucional hecho el 2005, porque antes, con otro diseño, más cuestionable democráticamente no hubo tantos cuestionamientos al Tribunal y este, que fue aprobado por moros y cristianos, ha tenido muchos, sin embargo, puede que el problema no sea el control preventivo, sino la forma en cómo evolucionó el Tribunal en estos últimos años y los prejuicios que tenemos a su respecto, pero me parece que una labor de esta naturaleza, por muchas razones, no las quiero repetir aquí, lo he dicho muchas veces, porque este es un tema que me interesa, me parece casi de la esencia que un Tribunal Constitucional tenga este control preventivo, ya que si no lo tuviera quedaría convertido en un tribunal de inaplicabilidad, en cuyo caso casi cabría la posibilidad de preguntarse si no sería mejor volverlo a la Corte Suprema.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Profesor Zapata, nos quedan nueve minutos de tiempo reglamentario.

Tengo una pregunta muy corta respecto del principio de deferencia.

Siempre lo he leído a usted y lo he escuchado decir que no es cualquier deferencia, sino una deferencia razonada. No sé si quisiera decir algunas palabras sobre eso.

Por favor, le pido que sea breve. Lamentablemente se nos acaba el tiempo reglamentario.

El señor **PATRICIO ZAPATA** (expositor).- Bueno, agradezco las preguntas.

Partiré agrupando la preocupación de los expertos Lovera y Larraín.

En todo caso, aprovecho de saludarlos a todos ustedes, no lo hice al principio. Tienen todo mi apoyo moral, si sirve de algo. Apoyo el trabajo que están haciendo.

En cuanto a la composición, siempre he pensado que tiene que estar construida en relación a la función que se busca satisfacer.

El primer Tribunal Constitucional chileno, el de 1970, tenía por objeto someter al Parlamento al cumplimiento de las reglas. Era un tribunal gaullista, como el que de Gaulle tenía en Francia y, entonces, el Congreso no nombraba a nadie. La Suprema nombraba a dos y el gobierno nombraba a tres. Es cierto, los tres del Presidente tenían que ser ratificados por el Senado.

En 1980 se creó otro Tribunal, con otro objetivo: defender las bases de la institucionalidad. Por eso se explica que el Cosena originalmente eligiera a dos, el Senado a uno, el Presidente a uno y la Suprema a tres. Nótese, el Congreso elegía a uno, que era del Senado.

En el año 2005 la idea fue asegurar la supremacía de la Constitución, con especial énfasis en los derechos de las personas. Luego, el Congreso recuperó un espacio, que siempre

fue propio y característico del origen de los tribunales constitucionales.

Entonces, la pregunta es, si este fuere un Tribunal de pura inaplicabilidad -y aquí tomo lo que planteó el experto Larraín- ¿por qué tendrían que estar tantos parlamentarios, o gente elegida por el Parlamento?

Pero si va a haber control preventivo, Kelsen diría, obviamente tienen que ser nombrados, por lo menos una parte importante, por el Congreso. Si en Alemania va a haber control preventivo, o en España va a haber control preventivo, el respeto al Parlamento no solo se manifiesta en el principio de deferencia, sino que el Parlamento elige a la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Entonces, yo diría, por un problema de lógica, que si alguien quiere que haya control preventivo tiene que permitir que el Parlamento tenga un rol importante en la nominación, y no llegar al final de la cola a elegir a uno de los dos que el Presidente le elige de los cinco que la Suprema le puso. Ello, si uno quiere un sistema de control preventivo coherente que respete la legitimidad democrática.

Yo personalmente no tengo problemas con el control preventivo sobre asuntos de fondo. A diferencia de otros colegas de sensibilidad similar, yo no tengo ese problema.

Hace una enorme diferencia que sea por mayoría simple con voto dirimente a que sea por dos tercios. En ese sentido, la indicación que han presentado varios expertos por supuesto que cambia. Era tanto más fácil que el control preventivo transformara al Tribunal en una tercera cámara, porque las

cosas se resolvían cinco a cinco con voto dirimente del presidente. Eso ocurrió durante muchos años: ¡cinco a cinco con voto dirimente! Difícilmente alguien podía salir de ese acuerdo y decir "está claro el sentido de la carta fundamental, aquí ha habido una violación clara e inequívoca". ¡Perdón, fue cinco a cinco con voto dirimente! Y quizás uno de los diez tuvo que ser sorteado porque hubo empate en la Corte Suprema; y la presidencia se tuvo que repartir porque después de ocho votaciones no se podían poner de acuerdo en quien presidía. Entonces, de que voz de la Constitución razonante y categoría podíamos hablar con un cinco a cinco con voto dirimente.

También parecía tercera cámara porque los requerimientos se producían durante el primer trámite...

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Profesor Zapata, nos quedan cinco minutos para levantar la sesión.

El señor **PATRICIO ZAPATA** (expositor).- Lo que quiero decir es que, aun cuando uno no compartiera completamente la enmienda que entiendo que el experto Larraín considera digna de atención y valiosa, uno tendría que reconocer que contiene bastantes correctivos para evitar que se produzca exactamente el tipo de comportamiento que tuvimos en tantas causas entre el año 2008 y 2022: cinco a cinco con voto dirimente; seis a cuatro. Pedir dos tercios es una gran garantía, pero yo creo que si va a haber control preventivo el Congreso Nacional debiera tener un papel más importante en la nominación de los

ministros del Tribunal Constitucional, a fin de cerrar el círculo de legitimidad.

Cierro con esto: lo que pasa, comisionado Lovera, es que yo entiendo que la expresión "actos o conductas" tiene una historia larga en el derecho público chileno. Cuando se discutió cómo sustituir el artículo 8, allá por el año 1983, 1985: acuerdo nacional. Hubo largos debates entre Luis Maita, Andrés Allamand, Francisco Bulnes, Ricardo Rivadeneira, Patricio Aylwin, sobre cómo tendría que ser la redacción de una norma distinta al artículo 8. Entonces, la palabra "objetivos", que es la más fácil de captar por un tribunal constitucional, fue acompañada de "actos o conductas". Y, efectivamente, plantea un desafío probatorio, pues las conductas tienen que probarse, y esta es una Corte Constitucional que no está construida, en general, para probatorios, no puede hacer inspecciones oculares, no tiene cómo contratar peritos para hacer peritajes. Pero hay una razón por la cual la expresión "actos o conductas" está dando vueltas, porque tiene que ver con la manera que encontramos de reemplazar el lenguaje peligrosamente vago del antiguo artículo 8 por algo más acotado.

Creo que el rol de "filtro" de la Corte Suprema es un aporte, y es preferible que esto parta por el Presidente. Solo digo que posiblemente podríamos permitir que la Corte Suprema hiciera un trabajo de preselección de treinta, cuarenta o cincuenta abogados habilitados para participar en este proceso y que de ahí sea el Presidente de la República quien escoja para que sea el Congreso -de hecho, yo

involucraría a las dos cámaras- el que elija de entre las ternas o quinas que le presente el Presidente de la República. Eso inevitablemente producirá una negociación entre el Presidente y el Congreso. Es más, se pueden buscar fórmulas para que el Presidente no imponga su voluntad: que se elijan de a dos o de a tres. Entonces, no se trata de eliminar el aporte fundamental de la Corte Suprema como primer filtro.

Eso es cuanto puedo decir.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Sí, solo la misma pregunta, pero en veinte segundos, sobre el principio de deferencia razonada.

El señor **PATRICIO ZAPATA** (expositor).- La idea de deferencia razonada evita que alguien pueda pensar que las normas legales gozan de una presunción fuerte.

Entonces, lo que exigen del tribunal es que se discutan críticamente las bases o fundamentos de esa norma legal y que solo después de una crítica exigente el Tribunal Constitucional diga: he hecho una crítica exigente, no he sido complaciente ni pasivo, pero he llegado a concluir que esta norma efectivamente admite dos interpretaciones, pero después de una crítica. Entonces, no es una presunción de derecho ni mucho menos, ni siquiera de hecho, es un gesto ante la duda razonable, y la duda razonable solo se obtiene después de la crítica.

La deferencia razonada supone que la Corte examine críticamente. Eso es principio de proporcionalidad; por ejemplo, de idoneidad, de proporcionalidad en sentido estricto, y no solo lo que los norteamericanos llaman *rational review*, que es la forma más leve de control. Se parece más al *strict scrutiny* de la Corte Suprema norteamericana, que es el nivel de revisión más exigente, solo que, si al final concluyo que hay cuestiones de mérito u oportunidad, defiero; si al final concluyo que hay dos interpretaciones igualmente razonables, defiero. En la duda, defiero, pero después de un proceso crítico.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Ahora sí, muchas gracias, profesor Zapata.

Su presentación ha sido muy completa y reflexiva, así que, como decía el comisionado Lovera, nos deja varios puntos para conversar en la discusión particular que tenemos pendiente.

Le agradecemos muchísimo su asistencia telemática el día de hoy y, por cierto, sus observaciones a las enmiendas que tendremos que discutir, así que muchas gracias. Que tenga una buena tarde.

El señor **PATRICIO ZAPATA** (expositor).- Muchas gracias, mucha suerte y mucho éxito.

Mis oraciones, para que les vaya muy bien.

La señora **CATALINA SALEM** (Presidenta).- Las necesitamos. Muchas gracias.

Por haberse cumplido el objeto de la sesión, esta se levanta.

*-Se levantó la sesión a las 18:01 horas.*

**MAURICIO CÉSPED MORA,**  
**Coordinador de Redacción.**