

# REPÚBLICA DE CHILE



## DIARIO DE SESIONES DEL SENADO

PUBLICACIÓN OFICIAL

LEGISLATURA 366<sup>a</sup>

**Sesión 16<sup>a</sup>, en miércoles 16 de mayo de 2018**

**Especial**

**(De 12:7 a 14:4)**

*PRESIDENCIA DE SEÑORES CARLOS MONTES CISTERNAS, PRESIDENTE,  
Y CARLOS BIANCHI CHELECH, VICEPRESIDENTE*

*SECRETARIO, EL SEÑOR MARIO LABBÉ ARANEDA, TITULAR*

---

### ÍNDICE

*Versión Taquigráfica*

	<u>Pág.</u>
I. ASISTENCIA.....	1687
II. APERTURA DE LA SESIÓN.....	1687

**III. ORDEN DEL DÍA:**

Análisis de las actuales facultades del Tribunal Constitucional, así como la sujeción de su actividad a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, que regula el principio de legalidad y ordena los ámbitos de competencia de cada poder del Estado..... 1687

*A n e x o***DOCUMENTO:**

- 1.- Proyecto de acuerdo, presentado por los Senadores señoras Allende, Goic, Muñoz, Órdenes, Provoste y Rincón, y señores Araya, Bianchi, De Urresti, Elizalde, Girardi, Harboe, Huenchumilla, Insulza, Lagos, Latorre, Letelier, Montes, Navarro, Pizarro, Quintana y Soria, por medio del cual se pronuncian acerca del ejercicio de las competencias del Tribunal Constitucional y proponen la difusión que indican (S 1.982-12)..... 1716

## VERSIÓN TAQUIGRÁFICA

### I. ASISTENCIA

Asistieron las señoras y los señores:

—Allamand Zavala, Andrés  
 —Aravena Acuña, Carmen Gloria  
 —Araya Guerrero, Pedro  
 —Bianchi Chelech, Carlos  
 —Castro Prieto, Juan  
 —Chahuán Chahuán, Francisco  
 —Coloma Correa, Juan Antonio  
 —De Urresti Longton, Alfonso  
 —Durana Semir, José Miguel  
 —Ebensperger Orrego, Luz  
 —Elizalde Soto, Álvaro  
 —Galilea Vial, Rodrigo  
 —García Ruminot, José  
 —García-Huidobro Sanfuentes, Alejandro  
 —Girardi Lavín, Guido  
 —Goic Boroevic, Carolina  
 —Harboe Bascuñán, Felipe  
 —Huenchumilla Jaramillo, Francisco  
 —Insulza Salinas, José Miguel  
 —Kast Sommerhoff, Felipe  
 —Lagos Weber, Ricardo  
 —Latorre Riveros, Juan Ignacio  
 —Letelier Morel, Juan Pablo  
 —Montes Cisternas, Carlos  
 —Moreira Barros, Iván  
 —Muñoz D'Albora, Adriana  
 —Navarro Brain, Alejandro  
 —Órdenes Neira, Ximena  
 —Ossandón Irarrázabal, Manuel José  
 —Pérez Varela, Víctor  
 —Pizarro Soto, Jorge  
 —Prohens Espinosa, Rafael  
 —Provoste Campillay, Yasna  
 —Pugh Olavarría, Kenneth  
 —Quintana Leal, Jaime  
 —Rincón González, Ximena  
 —Sandoval Plaza, David  
 —Soria Quiroga, Jorge  
 —Van Rysselberghe Herrera, Jacqueline  
 —Von Baer Jahn, Ena

Actuó de Secretario General el señor Mario Labbé Araneda.

### II. APERTURA DE LA SESIÓN

—Se abrió la sesión a las 12:7, en presencia de 16 señores Senadores.

El señor MONTES (Presidente).— En el nombre de Dios y de la Patria, se abre la sesión.

### III. ORDEN DEL DÍA

#### ANÁLISIS DE FACULTADES DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUJECIÓN DE ACTUACIONES DE ESTE ENTE A ARTÍCULO 7º DEL TEXTO FUNDAMENTAL

El señor MONTES (Presidente).— Esta sesión fue convocada a solicitud de los Comités Partido Por la Democracia e Independientes; Partido Socialista; Partido Demócrata Cristiano, y Partido Revolución Democrática, con el fin de analizar las actuales facultades del Tribunal Constitucional, así como la sujeción de su actividad a lo dispuesto en el artículo 7º de la Carta Fundamental, que regula el principio de legalidad y ordena los ámbitos de competencia de cada Poder del Estado.

Invitamos al señor Presidente del Tribunal Constitucional, quien por segunda vez nos dice que tiene otras actividades, que no puede estar con nosotros y que está dispuesto a venir en el futuro a alguna reunión.

También invitamos al señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y al señor Ministro Secretario General de la Presidencia, ninguno de los cuales ha venido.

Me informan que ambos se excusaron.

El señor Secretario va a informar de los tiempos disponibles por bancada.

El señor LABBÉ (Secretario General).— Señoras Senadoras y señores Senadores, para esta sesión los tiempos asignados son los siguientes: Partido Unión Demócrata Indepen-

diente, veintitrés minutos; Partido Por la Democracia e Independientes, veinte minutos; Partido Renovación Nacional, veinte minutos; Partido Socialista, dieciocho minutos; Partido Demócrata Cristiano, trece minutos; Partido PAÍS e Independientes, ocho minutos; Partido Evópoli, cinco minutos, y Partido Revolución Democrática, tres minutos.

Nada más, señor Presidente.

El señor MONTES (Presidente).— Para iniciar el diálogo, la discusión, tiene la palabra el Senador señor Insulza.

El señor INSULZA.— Señor Presidente, no era mi intención inaugurar este debate. Pero, en fin, si usted lo plantea así, lo haré con mucho gusto.

El señor MONTES (Presidente).— Lo razonable es que lo inauguren quienes solicitaron la sesión.

El señor INSULZA.— Señor Presidente, considero muy importante que el Senado discuta abiertamente sobre algunos temas que han preocupado sobremanera a la ciudadanía en las últimas semanas.

No podemos negar que un conjunto de decisiones y actitudes del Tribunal Constitucional han provocado críticas. Hay numerosos artículos de prensa al respecto. Y, por lo tanto, creo que está sobre la mesa el debate en torno a la legitimidad del referido ente.

Por cierto, ese debate tiene un límite, el que debemos respetar escrupulosamente: no referirnos a las sentencias que ha dictado el órgano en comentario.

La Carta Fundamental es clara respecto de aquella abstención.

En consecuencia, no me voy a referir a ninguno de los fallos del Tribunal Constitucional que han provocado alguna agitación, sino más bien a la situación general del mencionado ente.

Debo decir, sin embargo, que no solo se trata de una cuestión de fallos.

La actitud que ha tenido el Tribunal Constitucional, y en particular su Presidente, de salir

al paso de las críticas que se hacen; de entrar en un debate político en el que jamás se debería involucrar; de, incluso, visitar hace pocos días el Palacio de Gobierno en momentos en que el Presidente de la República estaba presentando un requerimiento ante el referido órgano, son cosas no siempre bienvenidas y que, a mi entender, también contribuyen a la agitación.

Señor Presidente, sabemos bien que la lógica para disponer que haya un Tribunal Constitucional es la existencia de cierto contrapeso en el ejercicio del poder constitucional por los órganos del Estado y procurar siempre que todos ellos, y también las personas, respeten lo que preceptúa el Texto Fundamental.

Empero, estimo que su actual diseño y, además, su actuación reciente han determinado que el Tribunal Constitucional no sea visto como un contrapeso, como un garante de la Carta Fundamental, sino más bien como un órgano político, lo que, evidentemente, limita su legitimidad democrática.

Como bien sabemos, dicho Tribunal posee algunos instrumentos que muchas veces han sido discutidos. Por ejemplo, la facultad de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes con rango orgánico constitucional, lo cual es casi como constituirlo en una tercera Cámara.

Cuando uno está legislando en esta Sala, más allá de lo que escriba, más allá de lo que diga, sabe que va a haber después de la aprobación por la Cámara de Diputados y el Senado un tercer poder que finalmente va a decidir acerca de la constitucionalidad, y a veces, incluso pasando por sobre el Texto Fundamental, respecto de las cuestiones políticas envueltas en un proyecto de ley.

Además, tal facultad está reforzada por el hecho de que las sentencias del Tribunal Constitucional no son objetables a través de recursos y por la circunstancia de que los integrantes de ese órgano son inamovibles y no pueden ser acusados constitucionalmente, al revés de lo que sucede con otros jueces. Uno puede

acusar constitucionalmente a un ministro de la Corte Suprema, mas no a un miembro del Tribunal Constitucional.

Todo ello, sumado a la forma como se integra el Tribunal Constitucional y a los poderes que tiene este órgano en cuanto al ejercicio del control de constitucionalidad de ciertas leyes, ha sido objeto de mucho cuestionamiento.

Por falta de tiempo, solo quiero referirme a dos de ellos, señor Presidente.

Se ha discutido acerca de la forma de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional y del número de ellos; yo mismo he planteado aquí lo concerniente a su inamovilidad, etcétera. Pero hay dos temas que han estado sobre el tapete en el último tiempo.

El primero es, por cierto, el control que el mencionado órgano ejerce perentoriamente sobre determinadas decisiones del Congreso Nacional.

En la legislación comparada no existen casos en que se tenga la posibilidad de modificar tales decisiones, que lleva al riesgo de generar un gobierno de jueces -como lo han escrito algunos autores- y de convertir al Tribunal Constitucional en una especie de cámara legislativa no elegida por el pueblo que puede frenar proyectos ya aprobados por el Parlamento, provocar retrasos en el procedimiento legislativo y dilatar la tramitación de la ley.

El segundo es la forma como se designa a los miembros del referido órgano.

Reconozcamos que el mecanismo existente para tal propósito no ha surtido el efecto esperado.

Ha sido bastante lamentable la manera en que se han hecho los nombramientos.

Es normal que en instituciones como el Senado y la Cámara de Diputados, donde existen equilibrios, haya gente que piensa de una forma u otra y que representa de algún modo a las principales corrientes de la sociedad.

Eso no debería escandalizarnos.

No obstante, muchas veces la decisión sobre las designaciones es simplemente parti-

daria, sin siquiera revisar las credenciales de quienes son propuestos. Ello da lugar a que lleguen al Tribunal Constitucional personas sin capacidad para integrarlo.

Tal situación está más centrada en el Poder Legislativo; también, en alguna medida, en el Ejecutivo. En la Corte Suprema el problema generalmente no se presenta.

Ahora, ¿qué hacer para cambiar aquello?

Existen varias fórmulas.

Hay incluso un proyecto sobre la materia -seguramente se referirá a él el Senador Harboe-, que yo también suscribí.

Sin embargo, solo quiero plantear una idea que ha surgido (descubrí que algunos colegas son asimismo afines a ella), cual es la de volver el poder constitucional a donde estaba: a la Corte Suprema.

Yo todavía no entiendo por qué razón nuestro Poder Judicial, al que siempre queremos reforzar para ponerlo al nivel de los otros Poderes del Estado -el Ejecutivo y el Legislativo-, no tiene la facultad constitucional. Y no me refiero a la facultad constitucional que poseía antes, porque era limitada, de reacción: hecha la petición respectiva, podía declarar inaplicable un precepto legal para un caso específico.

Con atribuciones parecidas a otras, pero sin revisión preventiva obligatoria, la Corte Suprema perfectamente podría cumplir tal función. De ese modo la colocaríamos en la jerarquía que le corresponde como parte de uno de los tres Poderes del Estado.

Señor Presidente, dejo mi intervención hasta aquí, pues el tiempo no es suficiente.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor Huenchumilla.

El señor HUENCHUMILLA.— Señor Presidente, frente al debate de esta mañana, yo me pregunto por qué en los últimos meses hemos tenido en nuestro país una discusión, una controversia pública a propósito de distintos fallos del Tribunal Constitucional sobre proyectos altamente sensibles para distintos sectores de

la sociedad.

De ahí surge mi siguiente pregunta: ¿cuál es el tema central, desde el punto de vista no solo jurídico sino también político, que está detrás de todas estas actuaciones del Tribunal Constitucional?

En mi concepto, nuestro Tribunal Constitucional tiene un pecado de origen: quebró la esencia del sentido fundacional que tuvieron los tribunales constitucionales en los distintos ordenamientos jurídicos en el derecho europeo occidental.

Ese pecado original consiste en que, mientras los tribunales constitucionales se crearon para establecer la supremacía del Texto Fundamental sobre el resto de la legislación ordinaria de los países, el Tribunal Constitucional consagrado en la Carta Fundamental del 80 fue establecido para proteger determinado modelo económico-social, plasmado en ella.

Esta es una vieja discusión, que se dio a propósito de la Constitución de Weimar, en Alemania, entre dos grandes juristas: Kelsen y Schmitt.

Kelsen, uno de los más grandes juristas occidentales, creó el concepto de la teoría pura del derecho y de la teoría del ordenamiento jurídico, y en la cúspide de este último colocó la Constitución.

Por lo tanto, el sentido primigenio del tribunal constitucional era el de convertirse en un legislador negativo, en cuanto con su actuación debía expulsar del ordenamiento jurídico toda norma inferior contraria al Texto Fundamental.

En consecuencia, el sentido de los tribunales constitucionales es la primacía de la Constitución y no la defensa de determinado modelo político, social o económico.

Schmitt, el otro jurista a que me referí, sostenía que no era el ordenamiento jurídico sino el poder lo que deberían defender los tribunales constitucionales. Y por eso decía: “Aquí lo que tiene que primar es la voluntad del presidente del Reich alemán”.

Bueno: todos sabemos en qué terminó la experiencia de los alemanes, que posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, los llevó a establecer en la Ley Fundamental un tribunal constitucional que hoy día es ejemplo en el mundo, pero en la línea de Kelsen y no en la de Schmitt, en el sentido de que el objetivo final de dicho órgano es la supremacía de la Constitución.

Pero sucede que en Chile la Carta del 80 dispuso que debíamos tener una democracia autoritaria y protegida. Y estableció una serie de mecanismos en tal dirección, algunos de los cuales se suprimieron: por ejemplo, la facultad de disolver la Cámara de Diputados, la institución de los Senadores designados; otros se modificaron en la reforma de 2005. Pero todavía quedan otras cosas, como el Tribunal Constitucional, con el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales, y los *quorums* supramayoritarios que se requieren en el caso de diversos cuerpos legales.

Mi tesis es la de que nuestro Tribunal Constitucional se basa en la defensa del modelo establecido en la Carta del 80. En consecuencia, le introdujimos a ese Texto Fundamental un elemento político que convierte a los juristas en políticos. Ello, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución alemana, conforme a la cual los integrantes del Tribunal Constitucional son miembros de la CDU, del SPD, de los Verdes, de los Liberales. Y la discusión que se produce al interior de esa corte constitucional es de carácter jurídico para expulsar una ley contraria a la Constitución y no una discusión jurídica para justificar una postura política.

Por lo tanto, en Chile los integrantes del Tribunal Constitucional terminan divididos políticamente en función de justificar determinada resolución, lo que es malo para la institucionalidad.

Entonces, nosotros estábamos pendientes de quién era el Presidente del Tribunal Constitucional, pues sabíamos que si era de un lado su voto dirimente sería para ese lado, y vice-

versa.

Eso constituye una anomalía evidente que existe en nuestro Tribunal Constitucional.

Señor Presidente, esta no es una materia nueva, que no hayamos visto en el derecho occidental.

¡Pero si en la Quinta República Francesa el General De Gaulle estableció el Consejo Constitucional para defender las prerrogativas del presidencialismo galo!

Eso terminó después de que el General De Gaulle perdiera el plebiscito, luego de que muriera. Y el Consejo Constitucional de Francia, con su jurisprudencia, colocó las cosas en su lugar en el sentido de que su misión era la supremacía constitucional y no la justificación de un modelo como quería el General De Gaulle. Así, hoy día el Consejo Constitucional de dicho país tiene un amplio prestigio en el mundo porque mantiene la línea prístina del jurista que creó esto: Hans Kelsen.

Estamos, pues, ante un problema, porque tenemos al Tribunal Constitucional dividido, no en postura jurídica, sino en postura jurídica para justificar una decisión política en los proyectos.

Entonces, ¿somos conscientes, el Gobierno, la Derecha, nosotros, de que tenemos un problema?

¿O no tenemos un problema?

¡Tenemos un problema!

Por ejemplo, ¿qué va a pasar si, para presionar, nosotros nos restamos a aprobar la designación de los ministros suplentes o de los ministros que haya que nombrar y generamos una crisis institucional?

A mí me parece que esta es la incubación de una crisis que puede surgir más adelante si no tenemos la grandeza y la responsabilidad políticas de comprender que enfrentamos un problema con la naturaleza del Tribunal Constitucional y de que germinan posibles dificultades.

En consecuencia, creo que deberíamos sentarnos a conversar para buscar una salida que permita recuperar la esencia de estas en-

tidades, tal como fueron creadas por el jurista Hans Kelsen, como señalé.

Ahora bien, es evidente que habrá aspectos sobre los cuales conversar: nombramientos, leyes orgánicas constitucionales y bastantes más. Pero lo más importante es que Gobierno y Oposición abriguemos la certeza de que nos hallamos ante un tema al cual abocarnos. Eso es lo que tenemos que resolver seriamente.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Puede intervenir el Honorable señor Allamand.

El señor ALLAMAND.— Señor Presidente, ha sido particularmente importante la intervención del Senador señor Insulza, quien de alguna manera ha establecido cuál es el límite de la sesión y expresado en forma adecuada que a esta Corporación no le corresponde referirse a las sentencias del Tribunal Constitucional. Ciertamente, coincido con su punto de vista.

A mi juicio, ello marca el sentido del debate y nos obliga a concentrarnos básicamente en las facultades del organismo, en sus atribuciones, en el método de su integración o, como lo ha mencionado recién el Honorable señor Huenchumilla, en la existencia o no de un problema.

Me parece que este último efectivamente se registra, y diría que la dificultad esencial es que no veo que tenga lugar, a nivel de las organizaciones políticas, un consenso suficientemente sólido respecto de la necesidad y del funcionamiento de la entidad.

¿Por qué lo digo? Por una razón muy simple: durante la campaña presidencial recién pasada, varios Comités que han solicitado la presente sesión apoyaron entusiastamente la candidatura de nuestro colega Alejandro Guillier. ¿Qué planteaba, en definitiva, la propuesta programática de Su Señoría, respaldada, si no me equivoco, por los partidos Socialista, Por la Democracia, Radical Social Demócrata y Comunista? En su página 15 se expresaba exactamente lo siguiente:

“Asimismo se propondrá eliminar el Tri-

bunal Constitucional... Se acabará con dicho enclave antidemocrático, fortaleciendo la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas”.

No han transcurrido más de seis meses de los comicios.

Entonces, ¿qué estamos abordando en verdad acá: las atribuciones del organismo o, solapadamente, su existencia?

¿Las bancadas del frente -lo digo con el mayor respeto y en el sentido elevado del debate- mantienen su posición de hace pocos meses?

¿Están por eliminar el Tribunal, al considerarlo antidemocrático -no obstante que todas sus normas fueron objeto de la reforma constitucional del año 2005-, o, a la inversa, por su funcionamiento?

Este es el problema de fondo. Esta es la gran discusión. En caso de no dilucidarse en forma absolutamente nítida si nos encontramos en una posición o en otra, es imposible que el debate sea fructífero.

En realidad, hay dos concepciones: algunos creemos en una democracia constitucional y otros no. Los primeros sostenemos que la existencia de organismos jurisdiccionales -de tribunales o de la propia Corte Suprema, como en el caso de los Estados Unidos- con la facultad de asegurar que la legislación emanada del Congreso se ajusta a la Carta favorece la democracia y protege los derechos de las minorías. Los segundos -quienes no mantienen la visión de una democracia constitucional- opinan que tales entidades son innecesarias, antidemocráticas y contramayoritarias.

En consecuencia, lo anterior es lo primero que cabe resolver para que la discusión pueda traer luz. Sería extraordinariamente importante que a medida que se sucedan las intervenciones se vaya clarificando cuáles son las posiciones reales: quiénes estamos por el funcionamiento de un Tribunal Constitucional y quiénes están por derogarlo.

Resuelto eso, obviamente que podemos debatir acerca de las facultades.

Al respecto, básicamente deseo referirme, en esta primera exposición, a una crítica permanente esgrimida respecto del control preventivo. Se afirma que este, que puede funcionar vía requerimiento o vía control obligatorio, es contrario a lo que debe existir en materia de tribunales constitucionales.

Lo primero que quisiera consignar es que se trata de una atribución surgida en 1970, cuando el Tribunal se incorporó a nuestra institucionalidad política. ¿Y por qué se planteó el mecanismo? Porque el recurso de inaplicabilidad del cual conoció la Corte Suprema durante toda la vigencia de la Carta de 1925 había resultado completamente ineficaz para resolver conflictos institucionales entre los poderes y garantizar efectivamente la supremacía de esta última normativa.

Por eso, el Presidente Frei Montalva, al argumentar en favor de la creación del organismo, expresaba que todo ordenamiento jurídico precisaba “un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquier otra disposición fundamental de la Constitución Política”.

Ello ocurrió en 1970, pero esas palabras se mantienen absolutamente vigentes.

¿Por qué es importante un control preventivo, ya sea por la vía obligatoria o por la vía de un requerimiento?

Ello, al menos por tres razones, la primera de las cuales es que el sistema resulta mucho más oportuno. Si se trata de que una ley inconstitucional no forme parte del ordenamiento jurídico, ¿cuándo es más razonable determinarlo: antes o después de la entrada en vigencia? En el primer caso, el daño se evitaría; en el segundo, se necesitaría depurar la norma del ordenamiento jurídico. Eso resulta evidente. Basta recurrir al sentido común para concluir que es mucho mejor hacerlo *a priori*

que *a posteriori*.

En segundo término, el control preventivo es mucho más eficaz, ya que no solo impide que el proyecto inconstitucional se transforme en ley, sino que la decisión también reviste un carácter general. El control represivo -la llamada “inaplicabilidad”- no presenta este último efecto, sino uno solo relativo, esto es, alcanza únicamente a las partes.

Además, como todos sabemos, la tramitación del procedimiento es extensa, engorrosa y compleja.

Ya he mencionado que el control preventivo existe desde 1970, y no se ve razón alguna para suprimirlo. Por el contrario, ha sido utilizado desde entonces por moros y cristianos.

En tercer lugar, es importante hacer ver que se trata del único medio para la comprobación efectiva de la constitucionalidad formal, es decir, la verificación del cumplimiento de las reglas de la formación de la ley, lo que es una garantía para la correcta deliberación y el respeto de las minorías legislativas. Si no se ejerciera, ello quedaría entregado a las mayorías, lo que obviamente amenazaría a las demás posiciones.

Ni la Corte Suprema, que conoció de la inaplicabilidad entre 1925 y 2005, ni el Tribunal Constitucional, que lo viene haciendo desde entonces, la han acogido por vicios de forma. Por eso es que el control preventivo es el mecanismo para hacer efectivas las normas y garantías del procedimiento legislativo.

Abrigo la impresión de que haber desvirtuado -o al menos haberlo intentado- la crítica respecto al mecanismo es precisamente uno de los aspectos más importantes de la discusión.

Quiero concluir simplemente aseverando que, desde nuestro punto de vista, el Tribunal es fundamental para el buen funcionamiento de una democracia, así como para garantizar la supremacía constitucional y que nunca mayorías parlamentarias ocasionales puedan vulnerar los derechos de las minorías.

La integración, las facultades y las atribu-

ciones del actual organismo -conviene recordarlo- provienen de la reforma constitucional del año 2005, que tuvo lugar quince años después de terminada la dictadura militar y recogió un amplísimo acuerdo político, de modo que mal puede ser tildado de “enclave autoritario”.

El control preventivo, en sus dos facetas -obligatorio y vía requerimiento-, conforma un elemento clave de las atribuciones del Tribunal, y no hay duda alguna de que este debe poder calificar las normas sometidas a su control atribuyéndoles o descartando su rango de orgánicas constitucionales.

Termino consignando que el Tribunal Constitucional, como toda institución, es perfectible y que es posible imaginar ajustes a algunos aspectos de su integración y funcionamiento, pero ello debe darse en un clima adecuado de búsqueda de acuerdos y negociación y no en un ámbito de injustificada hostilidad y beligerancia hacia el organismo.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Saludo a los alumnos de cuarto año medio del liceo Agustín Ross Edwards, de la Región de O’Higgins, que se encuentran en las tribunas.  
¡Bienvenidos!

—(Aplausos en la Sala y en tribunas).

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra la Senadora señora Ebensperger.

La señora EBENSPERGER.— Señor Presidente, a solicitud de algunos miembros de la Corporación, se ha citado a esta sesión especial “con el fin de analizar las actuales facultades del Tribunal Constitucional, así como la sujeción de su actividad a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política de la República que regula el principio de legalidad

y ordena los ámbitos de competencia de cada poder del Estado”.

Me parece relevante para ello recordar el origen de la supremacía constitucional, su relevancia y la trascendencia de cuidarla y respetarla para nuestro país y su democracia, al igual que las instituciones a las cuales se ha asignado el cometido de velar por el mantenimiento del principio.

Este último se origina, durante el siglo XVII, ante el absolutismo reinante en esos tiempos en Europa. La respuesta obedeció a la necesidad de limitar el poder para garantizarles a las personas sus derechos y libertades, lo cual dio lugar al Estado de Derecho, que establecía precisamente el sometimiento del primero al ordenamiento jurídico. Las Constituciones nacen para el cumplimiento de este fin.

Cito a los profesores señora Vivanco y señor Martínez Estay, quienes expresan, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XVIII, de 1997: “lo que hace que una Constitución sea tal es su carácter de límite al poder. Más aún, puede decirse que la Constitución representa la idea de que el poder debe estar sometido al Derecho. Por ello la Constitución tiene una doble naturaleza política y jurídica. Política porque en sí misma es el resultado de un fin político: limitar el poder. Jurídica porque el medio para conseguir esa meta es el Derecho, y porque con la limitación del poder se aseguran facultades de carácter jurídico, los derechos y libertades. Pero para que esto sea posible la Constitución debe estar por sobre el poder, y sus preceptos deben ser de directa aplicación, fundamentalmente mediante su invocación ante los jueces pues, como ya se dijo, la Constitución es en parte Derecho.”.

Para que ese fin de limitar el poder sea efectivo, se debe reconocer, respetar y valorar el principio de supremacía constitucional. Es decir, no existe norma legal, autoridad ni poder alguno que pueda estar, aun invocando sus

propias facultades, por sobre lo que la Carta nos mandata.

Para cautelar lo anterior, la Ley Fundamental reguló el Tribunal Constitucional en su *Capítulo VIII*, estableciendo, entre otras materias, su integración, atribuciones y la fuerza de sus resoluciones.

Considero esencial, para mantener la supremacía constitucional, el respeto por las resoluciones de dicho organismo. Ello significará el respeto y mantenimiento del Estado de Derecho imperante.

Como dice el autor Bernard Schwartz, “una constitución no es más que palabras si no puede ser exigida por los Tribunales”.

Dicho lo anterior, estimo que en esta sesión especial se quiere hacer algo peligroso y que atenta precisamente contra dicho principio. Se vulnera, en efecto, el inciso segundo del artículo 7° de nuestra Carta, que prescribe que “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”.

Lo que se persigue, en el fondo, es fiscalizar al Tribunal por la dictación de algunas sentencias con las que no se está de acuerdo. Ello atenta contra la disposición recién citada, pues debo recordar, además, que el Senado carece de facultades fiscalizadoras.

Por último, quiero señalar claramente:

-Que la supremacía constitucional es indispensable para la democracia.

-Que la Carta obliga al legislador y, naturalmente, al Congreso.

-Que debemos ser cuidadosos al legislar y no violentar la Ley Fundamental.

-Que sin justicia constitucional no hay supremacía constitucional, y

-Que la deferencia razonada del Tribunal Constitucional hacia el legislador no puede obligar al primero a mirar al lado cuando el Congreso aprueba leyes contrarias a la Carta.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Puede intervenir el Honorable señor Harboe.

El señor HARBOE.— Señor Presidente, creo en la existencia de un Tribunal Constitucional tal como lo pensó y diseñó Eduardo Frei Montalva, pero no en uno que se arrogue facultades que afectan gravemente, a nuestro juicio, el principio de deferencia con el trabajo legislativo.

Desde la reforma de 2005, ese organismo y su actividad de control han ocupado un lugar clave, sin duda, en el resguardo de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico y permitido sentar una importante evolución jurisprudencial en la forma de interpretar la Carta, en especial en lo tocante a las garantías fundamentales.

Se trata, por lo tanto, de un órgano encargado de desplegar una labor de control, pero de constitucionalidad, no de juridicidad o mera legalidad, que es de competencia de los tribunales ordinarios. Es decir, se trata de “la garantía jurisdiccional de la primacía de la constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del estado”, al decir de Cruz Villalón.

La función principal del Tribunal se erige, por consiguiente, como una necesidad democrática de verificar la constitucionalidad de normas de diversa naturaleza y solo así comprobar la coherencia y jerarquía de todo nuestro sistema de fuentes del derecho.

Es una entidad con facultades de control de constitucionalidad, pero con contornos bien definidos, ya que no se trata de un poder absoluto, pues, como ha señalado el profesor Colombo, la atribución no se puede traducir en “inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al presidente de la República o a los Tribunales ordinarios de Justicia”.

En otras palabras, el norte del organismo

debe ser el origen democrático de las normas legales, por lo cual tiene que orientar su actuación en torno al principio de deferencia con el legislador, tal y como ha ocurrido en otras materias al observarse la deferencia técnica, por ejemplo, a la hora de analizar potestades de la Administración.

El primero no es una creación antojadiza de un Congreso, sino que reviste carácter universal. Es clave en un sistema con separación de poderes, ya que permite que cada uno de los órganos del Estado esté sujeto a la ley, entendida como manifestación de la voluntad soberana, tal como expresa el artículo 1º del Código Civil. Se trata de respetar la voluntad del pueblo representada en las cámaras, y no la de un grupo de ministros.

Al decir del profesor Jeremy Waldron, el Tribunal se arroga, por mayoría, la facultad de echar abajo una norma aprobada también por mayoría en el Congreso. Es decir, el rango de esta última es menor que la de un conjunto de ministros designados. Ello, epistemológicamente, supone considerar que las mayorías del organismo son mejores que las de un Congreso democráticamente electo.

Lo anterior no parece adecuado.

Es necesario recordar que, dentro del entramado funcional constitucional, el legislador siempre tiene la prerrogativa frente al Tribunal Constitucional. Al Parlamento, por su legitimación democrática, le corresponde no una posición de supremacía formal, pero sí una de primacía de legitimación.

Esta no es una opinión personal, sino, ni más ni menos, la del magistrado Andreas Vosskuhle, quien fue presidente del Tribunal Constitucional alemán. Él recientemente estuvo de visita en nuestro país y les dio una verdadera cátedra a los ministros de nuestro Tribunal Constitucional respecto de cómo ejercer las funciones.

Cito algunas de las frases del profesor Vosskuhle:

-“El reconocimiento de los márgenes de de-

cisión del legislador, que no pueden ser examinados por el Tribunal Constitucional”.

-“El tribunal alemán -dice el jurista- se cuida de no intervenir en el ámbito del legislador. El tribunal es entendido desde siempre como un guardián de la democracia y con ello, por naturaleza, como defensor también de los derechos del Parlamento”.

-“Si el bando político que perdió en el trámite político legislativo intenta ganar finalmente la batalla política por la vía de la acción de inconstitucionalidad, estamos entonces ante el peligro de un desplazamiento disfuncional de la responsabilidad y sería fatal que se genere la sensación en el ciudadano de que los asuntos no se deciden en el parlamento, sino que en el tribunal”.

-“La audiencia oral ante el tribunal constitucional no puede” -en ningún caso- “sustituir el debate parlamentario. La decisión jurídica no puede remplazar la discusión sobre la sensatez de determinados programas políticos”.

Por su parte, el profesor Silva nos dice: “las desventajas del control preventivo obligatorio, a mi juicio, superan sus ventajas porque la sola existencia de la atribución lleva al riesgo de producir un Gobierno de los Jueces, convirtiendo al Tribunal en una especie de Cámara legislativa no elegida por el pueblo, ya que puede frenar proyectos ya aprobados por el Parlamento, además de generar retrasos en el procedimiento legislativo al dilatar la tramitación de la ley”.

Se trata de un Tribunal que se ha transformado en los hechos en un verdadero órgano contramayoritario, donde más que los argumentos jurídicos, de Derecho, están primando consideraciones políticas o visiones ideológicas (muy legítimas desde el punto de vista individual, pero no adecuadas desde el punto de vista colectivo).

Lo anterior queda reafirmado al analizar las distintas posiciones que han existido sobre esta materia. En doctrina se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica del control preventivo, y

existen dos visiones.

Una de ellas es que el control preventivo tiene una naturaleza política. Esto significa que el órgano contralor estaría actuando antes de que la ley entre en vigor. Por ende, el mencionado control no implicaría una reparación al ordenamiento jurídico, sino, más bien, un mecanismo destinado a evitar la infracción de aquel.

En esta hipótesis, el órgano contralor, entonces, forma parte del proceso legislativo, actuando como una tercera Cámara legislativa, pero careciendo de la legitimidad democrática que posee una Cámara electa por la ciudadanía.

Sin ir más lejos, precisamente esta fue la razón que tuvo en vista España al restringir el control preventivo solo a los tratados internacionales. Cabe tener presente que esta visión se encuentra abandonada y superada y, si existió en algún momento, fue a propósito de lo ocurrido en Francia con la Constitución de 1958.

Señor Presidente, tenemos un problema real. Somos de aquellos que queremos que se respete la Constitución Política, y lo hemos demostrado. Pero el respeto de la Constitución Política no supone obviar una discusión necesaria para el país.

Tenemos hoy un Tribunal Constitucional que, a través del control preventivo obligatorio, está alterando las mayorías legítimas del Parlamento.

Tenemos un Tribunal Constitucional que, en virtud del recurso de inaplicabilidad, que otrora recaía en la Corte Suprema, hoy se arroga facultades para echar abajo procesos judiciales llevados adelante por los tribunales ordinarios de justicia. Ello, a pesar de que sus integrantes no poseen la condición de jueces ni su preparación.

Debemos realizar un debate respecto a su integración e idoneidad técnica. No resulta lógico que para ser miembro de un tribunal ambiental se exija un conjunto de requisitos académicos, una experiencia vasta y ser

especialista en la materia; mientras que para integrar el Tribunal Constitucional baste una cantidad de años con el título de abogado, sin necesidad de ningún tipo de especialización.

Señor Presidente, no es aceptable que hoy día el Tribunal Constitucional se arrogue la facultad de calificar los artículos que vota este Parlamento, y lo hace *ex post*. Es decir, si este Congreso, soberanamente, por la mayoría de sus integrantes o por las Mesas de las Corporaciones, decide que determinado artículo no es de rango constitucional, el citado Tribunal, una vez finalizado el proceso legislativo, se puede arrojar la facultad de decir que sí era de *quorum* especial, pudiendo incluso derogarlo por no haber conseguido los votos suficientes.

¿Cómo habremos de conseguir los votos suficientes si la calificación unánime del Parlamento ha señalado que era de *quorum* simple?

En otras legislaciones se establece un procedimiento distinto, donde ese artículo es devuelto al Parlamento para que se corrija o se insista. Bueno, nada de eso existe en nuestro ordenamiento jurídico, lo que significa una afectación grave al principio de deferencia.

Señor Presidente, no es aceptable en este nivel de desarrollo democrático que tengamos un Tribunal designado sin ningún tipo de sistema de remoción de sus integrantes y sin que se apliquen a estos siquiera las normas que rigen para todos los jueces de la república en materia de prevaricación u otro tipo de faltas. En consecuencia, es muy importante asumir un debate profundo respecto a esta materia.

Antes de terminar, quiero citar la frase que el profesor Vosskuhle usó de corolario en su clase magistral la semana recién pasada. Él dijo que el Tribunal Constitucional “no es un jugador en la banca, que cuando llega al campo de juego quiere mostrarle a los jugadores cómo se hacen los goles”, sino que “es solo el árbitro de un juego político realizado en otras instancias”.

Señor Presidente, cuando las resoluciones de un tribunal constitucional, en cualquier

república, son predecibles en razón de la adscripción ideológica de sus integrantes, significa que tenemos un problema real, un problema institucional. Hoy es posible advertir los tipos de resoluciones y las decisiones de fondo que adoptará, en función de su integración.

El Parlamento, los líderes políticos somos los llamados a enfrentar este tema con responsabilidad y también con decisión, sin ejercer derechos a vetos que dan los *quorums* especiales, pero con la altura de miras de entender que si no introducimos modificaciones al Tribunal Constitucional, dentro de poco su deslegitimación ya no ocurrirá solo en la política, sino también en la ciudadanía. Porque sus fallos están teniendo consecuencias graves para esta.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Le ofrezco la palabra al Senador señor Navarro.

El señor NAVARRO.— Señor Presidente, el artículo 164 de la Constitución de 1833 establecía que solo el Congreso podía disipar las dudas de las leyes que derivaran de él.

La Constitución de 1925, en su artículo 86, estableció el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, el cual, como ha señalado el Senador Allamand, terminó siendo inviable. La Corte Suprema defendía su rol solo en los temas de fondo. Y se generó un consenso, ante esta crisis, en torno a la idea de que un órgano ajeno debía ejercer el control de las leyes.

El 23 de enero de 1970 se crea el Tribunal Constitucional, el que se disuelve mediante el decreto ley N° 119, del 10 de noviembre de 1973, en dictadura militar, para luego ser ratificado en la Carta Fundamental de 1980 como un órgano permanente.

¿Control político o control legal? Ese debería ser el debate.

¿El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo, objetivo? ¿En su constitución y en su ejecución de la tarea preventiva de la constitucionalidad de las leyes es una instancia que dé garantías?

Deseo plantear que el Tribunal Constitucional no es aséptico. Sus miembros no son asexuados, como los ángeles. Tienen una raíz política, tienen opinión política.

Este Senado ha hecho uso de la facultad de la Constitución en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. El último fue Cristián Letelier, elegido por 31 votos a favor y uno en contra. Yo voté en contra porque ahí estaba en juego un tema de mayorías.

El actual Presidente, Iván Aróstica, fue nombrado por el Presidente Piñera el 12 de julio de 2010, y permanecerá hasta el 12 de julio de 2019.

Vamos a tener un debate. El actual Presidente será remplazado el próximo año, y nos veremos emplazados a determinar cómo elegimos.

Claramente, si uno analiza cómo se eligen los integrantes de este órgano, se da cuenta de que existe una raíz política: uno para ti, uno para mí.

En definitiva, se busca un cierto equilibrio en este Tribunal Constitucional que cada día cobra más poder, llegando a un punto en donde el Estado de derecho, con sus tres Poderes, comienza a ser remplazado.

Un Congreso Nacional debilitado por la monarquía presidencial ve limitada su capacidad de ejercer la función de colegislador debido a que un órgano anexo de control preventivo de la constitucionalidad es capaz de anular lo que la soberanía del pueblo, depositada en aquel, cree que es lo mejor para el país. Todo ello, sobre la base de que aquí estamos los depositarios de esa soberanía, quienes ejercemos el derecho entregado por la ciudadanía a fin de representar en las leyes lo mejor para el pueblo.

Está claro que el Tribunal Constitucional ha actuado así por la debilidad de los propios Poderes del Estado, con un Congreso que no supera el nueve por ciento de aprobación, con un Ejecutivo que ejerce el poder como una monarquía presidencial. El poder pasa y se tras-

pasa.

Lo que ocurre es que ante el debilitamiento de los partidos políticos, que tienen menos de diez por ciento de aprobación; ante el debilitamiento del Congreso Nacional y también del Ejecutivo -que puede tener aprobación política, pero que es visto como un Estado que no cumple-, la desconfianza de la ciudadanía ha hecho que el Tribunal Constitucional, como un órgano aséptico, regulador, vaya adquiriendo más poder y sienta que, frente al dilema de aquello que puede ser controversial, en el ejercicio de los Poderes del Estado, debe intervenir. Y lo hace de oficio, de manera preventiva, y también *ex post*.

No se trata de poner en duda la necesidad de un control preventivo o *ex post* de las leyes. Este se requiere debido al fracaso histórico de los mecanismos, que pueden terminar, efectivamente, en la concentración excesiva del poder.

Señor Presidente, felicito la iniciativa de la Mesa, porque creo que esta reflexión es necesaria; hay que hacerla.

La ciudadanía no logra entenderlo: las encuestas indican mayoritariamente “Educación gratuita para Chile”; el Gobierno hace una propuesta; se confrontan mayorías y minorías en el Congreso Nacional; ganan las mayorías -que reflejan las aspiraciones ciudadanas- ¡y luego el Tribunal Constitucional dice otra cosa!

Tenemos un gran desafío como Congreso. Si el concepto de soberanía radica en el pueblo, y este la delega en el Congreso, esas mayorías deben estar ratificadas claramente en el ejercicio de su función y las leyes deben aprobarse sin rasgos de inconstitucionalidad.

Por tanto, esta tarea del Tribunal Constitucional tiene que ser debatida. Creo que puede transformarse en un abuso permanente, desvirtuando la esencia de la democracia.

Este Senado ha criticado las democracias de otros países. Se ha dicho que no existe democracia cuando hay un órgano superior que ejerce el poder absoluto. Pero hoy día tenemos

un órgano no elegido por el pueblo que puede transformar la voluntad popular.

La pregunta, entonces, para los teóricos, es si ello representa una democracia real y efectiva, en circunstancias de que las decisiones soberanas pueden ser trastocadas por una decisión política o valórica. Ese es el tema en cuestión.

El Tribunal Constitucional ha estado sometido a dirimir lo que el Congreso no ha sido capaz de resolver por consenso y ha enfrentado a mayorías y minorías en temas valóricos; a dirimir lo que no ha tenido consenso pero que ha sido aprobado por una clara mayoría en materias económicas u otras que dicen relación con el tipo de sociedad que queremos construir.

¡Yo me niego a aceptar que sea el Tribunal Constitucional el que determine qué tipo de sociedad queremos construir en Chile! Esa definición debe estar dada por los órganos de representación: este Congreso.

Si el Tribunal, en lo que viene, puede revertir decisiones que hayamos tomado ¡incluso por consenso! -porque puede actuar de oficio, de acuerdo a su propio criterio-, habremos cometido un grave error al no percibir con claridad que, en definitiva, la democracia requiere el respeto de las mayorías y las minorías, pero, también, que ese respeto sea acorde a la ley.

Si el problema es que hacemos leyes de manera inconstitucional, yo pregunto: ¿por qué no las hacemos a la inversa? ¿Por qué no, dentro de la misma ley, establecemos la reforma respectiva, dando así certeza jurídica y evitando la incertidumbre que hoy día existe de que la derecha, la izquierda, la centro izquierda -o también el centro político- harán prevenciones de constitucionalidad?

Existe un problema con el Tribunal Constitucional y hay que aclararlo. Este debate es muy necesario, oportuno y debe tener un resultado.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Le ofrezco la palabra al Senador señor Latorre.

El señor LATORRE.— Señor Presidente, por su intermedio, me dirijo a esta Corporación para manifestar nuestra profunda preocupación, como Revolución Democrática, como Frente Amplio, por el desarrollo que ha evidenciado la práctica más reciente del Tribunal Constitucional; preocupación que es, por cierto, transversal.

Más allá del diseño normativo relativo a la composición y atribuciones de este órgano, el tipo de relaciones institucionales que ha protagonizado en el último tiempo ponen en riesgo no solo la seriedad y legitimidad del Tribunal, sino la estabilidad y calidad de nuestro régimen democrático.

Por de pronto, hemos presenciado un Tribunal demasiado expansivo en su actuar, que pareciera más preocupado por proteger una cierta interpretación de la Constitución que de garantizar los pilares que esta representa para la viabilidad de la democracia. Esta actitud -que podríamos calificar de militante- ha llevado al Tribunal a intervenir en el proceso legislativo tomando partido por una de las concepciones particulares en disputa, arrogándose un protagonismo en el proceso legislativo que vulnera los límites de la justicia constitucional.

La intervención del Presidente del Tribunal Constitucional alemán, de visita en Chile durante la semana pasada, es muy ilustrativa del mal funcionamiento del TC chileno. Él dijo -abro comillas-: **“es necesario recordar que, dentro del entramado funcional constitucional, el legislador siempre tiene la prerrogativa frente al Tribunal Constitucional (...) Al Parlamento, por su legitimación democrática, le corresponde no una posición de supremacía formal pero sí una primacía de legitimación (...) La audiencia oral ante el Tribunal Constitucional no puede sustituir el debate parlamentario. La decisión jurídica no puede reemplazar la discusión sobre la sensatez de determinados programas políticos”**.

Esto demuestra que nuestra preocupación

no emana de la existencia de un Tribunal Constitucional, sino de las prácticas que está impulsando el actual.

Dentro de esta preocupación, me parece importante considerar el impacto que tienen ciertas conductas -tanto personales como institucionales- en el normal funcionamiento de nuestras instituciones.

Entre las primeras, quisiera llamar la atención sobre el contenido de las declaraciones que el señor Aróstica, en su condición de Presidente del Tribunal Constitucional, ha realizado a la prensa escrita. Una autoridad de tamaño investidura no puede usar su posición institucional para ventilar sus convicciones políticas personales. Nos parece que eso le hace daño no solo a la institucionalidad, sino que al propio Tribunal, por lo que parece necesario llamar a su Presidente a la prudencia.

Entre las segundas conductas, las de carácter institucional, es posible advertir una politización indebida del Tribunal, lo que quisiera ejemplificar en un asunto que ha salido a la luz pública en las últimas semanas: la postergación injustificada de causas de derechos humanos que, curiosamente, han sido presentadas al conocimiento del Tribunal masivamente. Sin embargo, más allá de la razonabilidad de recurrir de inaplicabilidad en estas materias, la tramitación de estas causas ha debido enfrentar una demora absolutamente injustificada, cuestión que se ha intensificado desde que el señor Aróstica asumiera como Presidente.

Creemos que es fundamental avanzar en una agenda que permita delimitar el ámbito competencial del Tribunal con mayor precisión, para evitar que sea el propio órgano la única instancia competente para pronunciarse respecto de sus propias atribuciones y de las condiciones adecuadas para su ejercicio.

Ello supone:

1.- Disponer de un estatuto jurídico más claro para el ejercicio del cargo de ministro del Tribunal.

2.- Establecer mecanismos para hacer exi-

gible su responsabilidad institucional.

3.- Incorporar la aplicación de las causales de implicancia y recusación junto a un procedimiento que garantice imparcialidad para hacerlas efectivas.

Asimismo, parece necesario establecer un mecanismo que permita algún sistema de revisión de las sentencias del Tribunal, especialmente de aquellas en las cuales se traba un diálogo institucional con el Legislador durante el proceso legislativo. Es importante regular este tipo de discrepancias, para evitar la politización de dicho órgano técnico y la extralimitación de sus competencias.

Hay muy buenas razones para establecer cierta preferencia democrática del Legislador por sobre el Tribunal, la que exige un diseño respetuoso de los equilibrios institucionales y una regulación constitucional de sus atribuciones que asuma la vigencia de sus principios.

Por último, nos preocupa especialmente también la forma en que este Tribunal ha utilizado sus atribuciones en relación con el control preventivo respecto a las normas de carácter orgánico constitucional. Sobre todo, a raíz de fallos como el que declaró inconstitucional el artículo 63 del proyecto de ley sobre educación superior, el cual no fue sometido a su competencia originalmente, o aquel respecto al cual declaró inconstitucionales las nuevas facultades sancionatorias del SERNAC, extendiéndose, de oficio, a 28 preceptos que no fueron contemplados originalmente para ser controlados.

Por todo lo expresado, señor Presidente, quiero hacer un llamado al Ejecutivo para que se acerque al Congreso Nacional con el objeto de generar un gran acuerdo que permita comenzar un proceso de revisión profunda a la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, especialmente en lo relativo al control preventivo.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).- Tiene la palabra el Senador señor Kast.

El señor KAST.— Señor Presidente, miro con preocupación las distintas declaraciones que se han expresado, toda vez que, si entendemos de verdad lo que es una democracia, debemos asumir que esta busca no solamente aplicar la lógica de apoyar mayorías circunstanciales, que son muy legítimas, sino también defender a las minorías.

Si queremos tener un debate en serio sobre la Constitución, tengámoslo. Pero de ahí a decir que no es necesario un control preventivo hay mucha distancia. De hecho, tal control tiene la gran virtud de lograr eso que el Senador Navarro acaba de manifestar, que es hacer leyes que sí se ajusten a la Carta Fundamental. Justamente gracias al control preventivo podemos contar con mejores leyes, pues así sabemos de antemano que aquellas que las mayorías busquen imponer con transgresión de la Constitución no lograrán pasar dicho test.

Se nos olvida, además, cómo son elegidos los miembros del Tribunal Constitucional: de los diez, cuatro los designa el Congreso; solo tres, el Presidente de la República, y los tres restantes, la Corte Suprema.

Por lo tanto, pido un mínimo de seriedad y hacernos responsables de cómo se ha ido conformando dicha Magistratura. Este Parlamento, y específicamente este Senado, elegido por el pueblo -y aquí me excluyo, porque yo solo soy Senador desde hace pocos días-, nombra al 40 por ciento de sus miembros. El Presidente de la República, también elegido por el pueblo -me refiero a los anteriores, y en el futuro, a los que vayan ocupando el cargo- escoge al 30 por ciento. Y la Corte Suprema elige al 30 por ciento restante.

Por consiguiente, la invitación que les hago es a tener una discusión honesta, si realmente valoramos una democracia que cree que la Constitución debe ser tomada en serio. Ahora, si no creemos en eso, digámoslo.

Después, si consideramos efectivamente que el Tribunal Constitucional es una herramienta que está siendo politizada, tengamos

una discusión seria sobre las materias en que dicho organismo estaría siendo utilizado de esa forma.

Yo no creo que sea así.

A mi juicio, los miembros de esa Magistratura están realizando una labor difícil -y que nosotros, desgraciadamente, a veces hacemos más difícil aún-, consistente, como ya he dicho, en ir en algunas ocasiones contra las mayorías. Ir contra las mayorías no es una tarea políticamente fácil. Solo les pido que ojalá no tomemos ese atajo, ocupado por distintos gobiernos y distintos parlamentarios, que, cuando sienten que una mayoría aprueba algo que va en contra de sus principios, recurren a esta instancia. Nosotros mismos muchas veces recurrimos a ella.

Por lo tanto, no cuestionemos este equilibrio, sano para toda democracia. Sabemos que tenemos que cuidar la democracia. Sabemos, además, que en Chile costó mucho recuperarla. Y sabemos también que las modificaciones al Tribunal Constitucional se han venido dando, muchas veces, en forma gradual.

En consecuencia, la invitación que les hago es a no caer en la lógica de argumentar que se está cuestionando la soberanía del pueblo, sin atribuirnos, más encima, ninguna responsabilidad, en circunstancias de que fuimos nosotros quienes hemos ido eligiendo a los diferentes integrantes del referido organismo.

Por otro lado, comparto el principio de deferencia hacia el legislador que planteó el Senador Harboe. Pero esa deferencia no debe ir en contra de la genuina labor que le compete al Tribunal, como es la de actuar de buena fe y creer que la Constitución debe ser defendida.

Es ahí donde siento que siempre va a estar latente nuestra tentación, como miembros del Congreso, de decir: “Mire, no me están respetando”. Y es ahí cuando pienso que cualquier modificación que se introduzca en esta materia no debe atentar contra el principio del control preventivo, muy necesario para obligarnos a nosotros mismos a tomarnos en serio

la Constitución Política de la República y no obviar, simplemente, la existencia de mecanismos contramayoritarios. Y si es que efectivamente creemos que determinada ley tiene que aplicarse, aunque choque con preceptos de la Carta Fundamental, siempre se podrá recurrir a una reforma constitucional.

Tal es el camino que realmente permite respetar a las minorías, que en cualquier democracia merecen respeto y cuidado.

Por último, estimo relevante que abordemos esta discusión con una perspectiva que vaya más allá de los ciclos políticos que estamos viviendo. Sabemos que hoy día el Parlamento tiene una composición; el día de mañana puede tener otra. Por lo tanto, mi invitación es a que pensemos no solamente en la coyuntura, sino en la institucionalidad de largo plazo de este organismo, para no desprestigiar la política aún más de lo que ya lo está.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor Lagos.

El señor LAGOS.— Intervendré brevemente, señor Presidente, porque apenas dispongo de dos minutos.

Creo que este debate va a ser largo y complejo. En él podemos tomar posiciones bien político-partidistas, pero, para mí y en resumen, sí siento que tenemos un Tribunal Constitucional que ha distorsionado lo que piensan las mayorías. Podemos discutir un fallo o dos-fuera de acá, porque aquí ello no es posible, pero yo tengo esa percepción.

Solamente quiero decir que en el derecho comparado este tema es político. ¡Si la Constitución no viene del cielo!

En Estados Unidos no existe Tribunal Constitucional. El órgano que ejerce esa labor es la Corte Suprema, cuyos miembros son nueve supremos, no veinte. ¡Nueve! Y todos son nombrados por el Senado norteamericano.

El señor COLOMA.— ¡Ratificados por el Senado!

El señor LAGOS.— Tiene razón, señor Se-

nador: son ratificados por esa Corporación. Y son elegidos por simple mayoría. ¡Nada de *quorums* calificados, etcétera!

Además, esos jueces son sujetos de acusación constitucional (*impeachment*).

Entonces, si los nombra el Presidente de la República y los ratifica o no el Senado, es una decisión eminentemente política. La decisión sobre si hay segregación o no en las escuelas, como sucedió en los años cincuenta en los Estados Unidos, o la que se tomó a propósito del aborto en el famoso caso Roe contra Wade, que duró años y donde se determinó que una mujer podía abortar, no nacieron del Derecho Natural. ¡Fueron jueces los que debieron tomarlas, y estos jueces fueron nombrados por el Senado norteamericano, por simple mayoría! Y, si no gusta cómo funciona la Corte Suprema estadounidense, pueden ser acusados constitucionalmente.

¡Nada de eso tenemos en Chile! ¡Ninguna de esas herramientas! Nosotros, para designar a un supremo, debemos reunir un *quorum* especial. Para nombrar a un ministro del Tribunal Constitucional, lo mismo. Y no los podemos remover ni cuestionar.

Al final del día, la decisión es política, considerando la política en sentido grande, no como politiquería. ¡Y para eso está el Senado! Pero, con lo que existe hoy día, no nos alcanza.

El señor MONTES (Presidente).— A continuación, tiene la palabra la Senadora señora Rincón, por dos minutos.

La señora RINCÓN.— Señor Presidente, Honorable Sala, creo que este es un debate, más que necesario, justo. Y me alegro de que el Senado esté abordando el tema.

Coincido con lo que han planteado varios de mis colegas, entre ellos el Senador Felipe Harboe.

Pienso que es indispensable un control de constitucionalidad, aunque considero que debemos abrirnos a debatir cómo se hace, quién lo hace y cuáles deben ser sus características. E invito al Senado a llevar a cabo ese debate,

ojalá en una sesión más larga que esta.

En el caso particular de los fallos del Tribunal Constitucional relativos a derechos fundamentales, se debe tener presente:

-Que esta Magistratura no está por encima de la Constitución, y que su poder reconoce como límite la soberanía popular, como cualquier otro órgano del Estado.

-Que, al no respetarse la voluntad soberana de la nación, manifestada en el Congreso por medio de legisladores democráticamente elegidos, existe una afectación del artículo 5º, inciso primero, de la Constitución por parte de dicha institución.

-Que no queda claro que el Tribunal Constitucional confiera a los tratados sobre derechos humanos y a los principios del derecho internacional de los derechos humanos rango constitucional, como parte integrante del sistema jurídico chileno, y que, si así lo hiciera, debería incluirlos regularmente en sus razonamientos. De lo contrario, tendría que explicar por qué no lo hace.

En principio, su postura no se condice con las prohibiciones contenidas en las letras b) y c) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las normas de dicho precepto se consideran parte integrante del derecho general de los derechos humanos a nivel americano y no simples normas de la Convención Americana, aplicables solo a los derechos que ella consagra.

Así, atendido el artículo 5º de la Carta, que protege en Chile los derechos fundamentales de los actos de los propios órganos del Estado, el Tribunal Constitucional está obligado a realizar un examen y control de convencionalidad. Y así debiese estar expresamente establecido dentro de sus obligaciones.

En efecto, en el año 2006 la Corte Interamericana se refirió por primera vez al control de convencionalidad en el caso Almonacid Arellano y otros versus Chile. En esta sentencia afirmó que **“los jueces y tribunales internos**

**están sujetos al imperio de la ley, y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”**.

Señor Presidente, creo que debemos incluir, dentro de las obligaciones del Tribunal Constitucional, la realización del “control de convencionalidad”, lo cual implica abrir expresamente la posibilidad de que sus fallos, en cuanto sean relativos a derechos fundamentales, sean revisados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que así el Tribunal podría verse enfrentado a la acusación de no respetar el límite a su poder que le impone la propia Constitución en su artículo 5º.

Gracias.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor Pérez Varela.

El señor PÉREZ VARELA.— Señor Presidente, coincido en que este es un debate necesario, que hay que realizar, oportuno, y que debe ser abordado con altura de miras y también en la perspectiva histórica de lo que ha sido el Tribunal Constitucional en Chile.

Este debate nunca fue fácil.

Cuando Eduardo Frei Montalva propone su creación, la Unidad Popular señala que representa “la fabricación de un organismo represivo que será una verdadera tumba para los derechos del pueblo”.

No fue fácil en esa época su instalación y convencer que una simple mayoría no le da la razón a esa mayoría. Ni siquiera la unanimidad repara vicios de inconstitucionalidad. Aquí podemos tomar una resolución todos juntos, unánime, pero, si es claramente inconstitucional, el Tribunal tiene como deber decirnos que vulnera cierta norma fundamental.

En lo que debiéramos estar todos de acuerdo es en el desafío que planteó el Senador Allamand, que es clave: quiénes estamos por la supremacía constitucional y por que exista un órgano jurisdiccional que vele por ella. Una vez que lleguemos a ese acuerdo, indudablemente que podremos conversar y acordar mejoramientos, perfeccionamientos o moderniza-

ciones a la institución que hoy tenemos.

Me parece que entrar en la lógica de la deslegitimación para generar un debate político no es el camino, menos cuando quienes adoptan tal postura participaron activamente en la reforma del 2005, que le entregó a esta Magistratura la atribución de declarar inaplicables las leyes por inconstitucionales. Es una facultad que no tenía, y que la reforma de ese año le otorgó y amplió.

Por eso, este debate debe llevarse a cabo con mucha responsabilidad y seriedad.

Se ha mencionado en distintas oportunidades al Presidente del Tribunal Constitucional alemán, que nos visitó la semana pasada junto con algunos miembros de dicho organismo. Yo me quedo con una frase suya que es notable: "Si el Tribunal Constitucional siempre dicta sentencias que son acogidas favorablemente por el Gobierno y el Parlamento, es probable que no esté tomando en serio su tarea".

No hay duda del rol que debe cumplir una entidad de esta naturaleza: debe actuar frente a resoluciones de la mayoría. Las decisiones de la minoría no le interesan, porque no pueden transformarse en leyes. Son las decisiones de la mayoría las que tiene que revisar.

Por lo tanto, si se formula el alegato de que altera la voluntad popular del soberano es porque no se cree en la democracia y la supremacía constitucional, sino en una mayoría relativa que puede hacer lo que quiera, como ocurre en Venezuela, por ejemplo, donde de repente una mayoría determinó que debía sacarse el Parlamento e instalar una asamblea distinta. En una democracia constitucional, con supremacía de la Carta Fundamental y un tribunal especializado, aquello sería impensado, por cuanto es lo que le da certeza al desarrollo de un país.

En mi opinión, señor Presidente, debemos analizar esta materia teniendo claros cuáles son nuestros acuerdos.

El propio Gobierno del Presidente Piñera ha invitado a algunos Senadores a conversar, particularmente a los que integran la Comisión

de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. De hecho, en su programa gubernativo ya adelantó lo que significaba modernizar el Tribunal Constitucional: revisar y perfeccionar el recurso de inaplicabilidad, así como el sistema de nombramiento de sus miembros, elemento que aquí se ha aprovechado para, de una manera muy subjetiva, atacar a algunos Ministros de dicho organismo, diciendo que algunos son buenos, otros malos, o que tienen tales y cuales características.

A mi juicio, debemos alejarnos de eso.

El Presidente Piñera propone reducir de diez a nueve el número de integrantes para evitar que asuntos de relevancia sean resueltos por el voto dirimente de quien encabeza la entidad, discusión que nosotros hemos tenido. El Senador Huenchumilla indicó que cuando el presidente del órgano era de un lado o de otro ya se sabía cómo se iba a fallar.

No hay duda de que hay que superar tal situación y ello figura en el programa del Primer Mandatario.

Por lo tanto, si abordamos esta materia con racionalidad, con responsabilidad y, por sobre todo, con claridad de que tenemos un acuerdo en cuanto a que debe haber democracia constitucional, supremacía de la Carta Fundamental y un tribunal especializado -de cuya legitimidad no se puede dudar, como injustamente se ha hecho en esta Sala-, vamos a ir conversando sobre un tema que es absolutamente necesario. Pero tengamos clara una cosa: puede que a la mayoría no le gusten las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin embargo, este debe cumplir su función. Y me parece que la frase del presidente de la entidad alemana ilustra adecuadamente cuál es su rol.

Chile tiene una democracia constitucional, con un órgano creado durante el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva; fortalecido en la década de los ochenta -con discusiones respecto de las cuales jamás vamos a coincidir-, y robustecido el 2005 gracias a un gran acuerdo político.

Por lo tanto, alegar hoy día que no es legítimo lo que el Senado aprobó y que un Congreso Pleno ratificó no es el camino correcto.

Conversemos, discutamos y analicemos el tema, para ir construyendo un acuerdo que, en mi opinión, es absolutamente necesario para el país y para la sanidad de nuestra democracia.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor Chahuán.

El señor CHAHUÁN.— Señor Presidente, Honorable Sala, resulta relevante para la centralidad del debate definir el objeto de esta sesión especial.

Hemos sido convocados para analizar las actuales facultades del Tribunal Constitucional, así como la sujeción de su actividad a lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución Política de la República, que regula el principio de legalidad y ordena los ámbitos de competencia de cada Poder del Estado.

Es importante aclararlo, puesto que los Comités que solicitaron la celebración de esta sesión han hecho referencia, incluso en sus intervenciones en la propia Sala, a un supuesto carácter de “tercera cámara” del Tribunal Constitucional. Más aún, el Senador Latorre ha llegado a comentar determinadas causas que hoy se encuentran en tramitación.

En ese contexto, conviene puntualizar que la tarea de aplicación de la ley es distinta de la que cumple el legislador; que las reglas que reconocen derechos fundamentales no son solamente expresiones de identidad política ni puros conceptos, sino normas jurídicas susceptibles de interpretación relativamente predecible y razonablemente independiente de las concepciones del juez de turno; que la justicia constitucional, pese a cargar ciertos costos en términos de extensión del autogobierno, es, sin embargo, defendible por sí misma, puesto que ella sirve fines valiosos, asociados, fundamentalmente, a la seguridad, la libertad y la igual consideración, y que la legitimidad de un sistema de justicia constitucional depende de

que este haya sido adoptado, o aceptado, por libre decisión del pueblo, y del hecho de que su diseño y su ejercicio respeten, en la mayor medida posible, los espacios de la deliberación política. Estoy citando un libro del profesor Zapata.

Nadie podría desconocer la importancia de la justicia constitucional. En todas las democracias serias y consolidadas existen mecanismos que consagran controles de constitucionalidad de la legislación, estableciendo y reforzando la preeminencia de la Carta Fundamental como norma suprema de la República.

Hoy día existen 91 constituciones en el mundo que contemplan cortes constitucionales con algún tipo de atribuciones de control judicial, y -cito- “160 tienen alguna forma de revisión judicial de las leyes”.

Por tanto, poner en duda la importancia de la justicia constitucional, como lo ha hecho -por su intermedio, señor Presidente- el Senador Navarro, me parece que no se condice con el estado y la salud de las democracias serias y consolidadas.

En ese orden de cosas, habría que hacer referencia a lo que en 1970 inspiró al Presidente Frei Montalva para constituir justamente el Tribunal Constitucional.

La crítica de Teitelboim a que se refirió hace unos minutos el Senador Víctor Pérez -por su intermedio, señor Presidente-, en cuanto a que “la fabricación de un organismo represivo sería una verdadera tumba para los derechos del pueblo”, fue claramente desdibujada al poco andar, por cuanto el Gobierno de la Unidad Popular utilizó el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. La Administración del Presidente Allende recurrió a él en siete oportunidades para resolver contiendas de mayorías parlamentarias en el Congreso.

Eso no solamente lo ha transformado en el Presidente de la República que más ha recurrido al Tribunal Constitucional desde entonces, sino que también validó a este como una instancia para dirimir los conflictos entre las

mayorías y las minorías políticas.

Por cierto, el año 80 dicho organismo inició una nueva etapa, con una composición de carácter eminentemente jurídico y no político, y entre sus atribuciones básicamente se sumó el control preventivo obligatorio, es decir, el que se hace sobre normas orgánicas constitucionales. En lo demás, su regulación fue similar a las facultades que tenía en 1970.

Posteriormente, en 2005, se le introducen al Tribunal Constitucional una serie de modificaciones: se amplía el número de sus integrantes; se unifica a dicho órgano en lo que dice relación al control preventivo y posterior de la constitucionalidad de las leyes; se abre la posibilidad de declarar inconstitucionales los autos acordados de los tribunales superiores de justicia.

Es la reforma más importante, pues se confirió al Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que antes estaba radicada solamente en la Corte Suprema.

Cuando uno hace referencia a quienes estuvieron impulsando esa reforma -por ejemplo, la primera, la de 1970-, puede destacar, lo que señaló el ex Presidente Aylwin en la época en que era Senador: **“evitará muchos problemas relativos a la constitucionalidad de las leyes en el curso de su generación, sin suspender la tramitación de ellas”**.

Por su parte, el Senador Bulnes Sanfuentes expresaba: **“evitará la dictación de preceptos inconstitucionales -hoy tan frecuentes-...”**.

Y el propio Presidente Frei Montalva señalaba: **“cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es, la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidas”**.

En consecuencia, si la lógica ha sido citar a esta sesión especial por existir disparidad de consideraciones desde el punto de vista de los fallos del Tribunal Constitucional, me parece

que eso vulnera claramente los artículos 6° y 7° de la Carta, que son la base del Estado de Derecho.

¡Esas normas son la base del Estado de Derecho chileno y establecen el principio de separación de los Poderes!

Por otra parte, con respecto a la autonomía constitucional, en palabras de la Contraloría General de la República, es un **“atributo esencial que le garantiza (al Tribunal Constitucional) la más absoluta independencia respecto de los demás órganos del Estado”**.

Ahora bien, esta sesión podría vulnerar, incluso, el artículo 76 de la Constitución, que dice que **“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.”**

Además, es posible establecer incluso que sentencias de este tipo, sin lugar a dudas, podrían amenazar la autonomía del propio Tribunal Constitucional. Porque ¿qué artículo de la Carta Fundamental permite concluir que el Senado tiene atribuciones para analizar sentencias de tribunales en sus sesiones especiales?

Entonces, si el objetivo es otro: abocarse a ver cómo podemos modernizar el Tribunal Constitucional, por supuesto que eso merece un espacio importante.

Como lo señalaba el Senador Víctor Pérez en su intervención -insisto-, claramente el propio Presidente Piñera, en su Programa de Gobierno, contempla la necesidad de la “modernización” del Tribunal Constitucional. Ahora, si esto se hace al amparo de las intervenciones de los Senadores Insulza y Navarro, en el sentido de que dicho organismo es una tercera cámara y que está quebrantando la voluntad popular, es una cosa. Pero, si se hace en virtud de determinar cómo somos capaces de modernizar el Estado, sus instituciones y, fundamentalmente, lo relativo a la sujeción del control normativo a la supremacía constitucional, es otra cosa

completamente distinta.

Por consiguiente, señor Presidente, yo diría que hoy día estamos en un momento en que existe un punto de inflexión en términos de ver si somos o no capaces de seguir avanzando a fin de darle a nuestro país un desarrollo a través de la responsabilidad, de la función normativa que tienen las dos Cámaras del Parlamento en virtud de los derechos contemplados en nuestra Carta Fundamental.

Ahora bien, un tema interesante por desmitificar tiene que ver con lo siguiente.

¿Cuáles son las fuerzas políticas que han recurrido más veces al Tribunal Constitucional?

Un estudio reciente elaborado por el Observatorio Judicial demuestra que en el período comprendido entre los años 2006 y 2017 la Centroizquierda acudió como oposición en un 60 por ciento más que la Centroderecha en la misma condición por requerimientos de inconstitucionalidad. Este estudio también indica que el llamado “uso político” del Tribunal Constitucional ha sido fundamentalmente -si uno lo quisiera señalar en términos crudos- más bien desde la Centroizquierda que desde la Centroderecha.

Por lo tanto, realizar una sesión especial porque a alguien finalmente no le gusta un fallo del Tribunal Constitucional en una u otra dirección, me parece complejo desde el punto de vista de la autonomía que debe tener el organismo que efectúa el control de constitucionalidad de las normas.

Quisiera simplemente manifestar que acá tenemos una oportunidad para determinar si este tema lo vamos a enfrentar con altura a los efectos de enfocarse en cómo somos capaces de modernizar el Estado y darle autonomía al Tribunal Constitucional. Porque, como se ha expresado, todas las democracias serias y maduras tienen un organismo de esta naturaleza.

Por otra parte, deseo expresar que me parece interesante lo señalado por la Senadora Ximena Rincón -por su intermedio, señor Presidente-, en términos de ver qué ocurre final-

mente con nuestro sistema normativo desde el punto de vista de la aprobación en su oportunidad del artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile son ley de la república, otorgándose de esta forma competencia a la justicia internacional, no solamente a la Corte Penal Internacional en lo referente a la suscripción del Tratado de Roma por este Congreso, sino también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Señalo esto porque a lo mejor alguna garantía constitucional pudiera ser vulnerada, ya sea por un acto de administración o también por un proceso normativo o legislativo que resulte en una norma contraria a alguna garantía amparada por un marco legal que esté más allá de las fronteras de nuestro país, que sea supranacional.

Ese es otro tema, otra discusión que habrá que enfrentar en su oportunidad.

En definitiva, señor Presidente, el llamado que nosotros hacemos es a enfrentar este asunto con la altura de miras que merece.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).- Tiene la palabra el Senador señor Quintana.

El señor QUINTANA.- Señor Presidente, fuimos convocados a esta sesión especial para analizar la situación del Tribunal Constitucional, organismo que últimamente no ha hecho noticia por el prestigio de sus fallos, como debería ser, sino más bien por los cuestionamientos a ellos no solo desde la ciudadanía ni del mundo político, sino también desde el mundo jurídico.

Partiré refiriéndome a dichas resoluciones.

A pesar de que hay quienes, legítimamente, sostienen que no se pueden comentar los fallos, es preciso señalar que, claramente, la Constitución hace alusión a los organismos que imparten justicia.

El Tribunal Constitucional, en autos rol Nº 4317-17, se inclinó, conforme a una mayoría de 6 a 4 de sus miembros, por declarar

la inconstitucionalidad del artículo 66 de la propuesta y del artículo 18 transitorio, referidos al estatuto jurídico de los controladores de universidades, que impedía a aquellos con fines de lucro mantener bajo su mando a instituciones como centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades.

Este fallo se suma a las recientes sentencias que infunden una fuerte inquietud en cuanto al límite de acción del Tribunal Constitucional, órgano que en más de una ocasión ha mostrado una clara tendencia a exceder los límites de su propia función y estructura, demarcada tanto en nuestra Carta Fundamental como en la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Y, a simple vista, pareciera no importarle.

Las modificaciones y declaraciones efectuadas respecto de temas tan sensibles, como la reforma impulsada a efectos de fortalecer el SERNAC, la reforma a la educación superior y la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (recordemos que es la razón originaria que nos tiene en el debate respecto a la legalidad de los protocolos, tras establecer una genialidad única en el mundo: “que la objeción de conciencia es de carácter personal pero podrá ser invocada por una institución”) han llevado a importante parte de la doctrina constitucional y administrativa a cuestionar seriamente la calidad y el contenido de los fallos.

El Tribunal Constitucional tiene facultades de control de constitucionalidad pero con límites bien claros, ya que no se trata de un poder absoluto, pues, como ha señalado el profesor Colombo, esta atribución no puede traducirse en “inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales ordinarios de Justicia”.

El principio de deferencia con el legislador, que citaba el Senador Harboe, es clave en un sistema de separación de poderes, ya que permite que cada uno de los órganos del Estado esté sujeto a la ley, entendida como una mani-

festación de la voluntad soberana, como señala el artículo 1° del Código Civil.

Se trata de respetar la voluntad del pueblo representada en las Cámaras y no la voluntad de un grupo de Ministros pertenecientes a un órgano contramayoritario que, con pocos y espurios argumentos, borra de un plumazo o alteran de manera indefectible la voluntad ciudadana y los acuerdos políticos a los que transversalmente han arribado sus representantes, infligiendo, además, un grave daño al propio prestigio del Tribunal Constitucional como institución.

Es realmente oprobiosa la reacción poco jurídica de algunos miembros del Tribunal. Me refiero principalmente a su Presidente, quien en su voto de minoría se inclinó por declarar inconstitucional todo el proyecto de ley de educación superior, en una conducta no solo irresponsable, sino que además vulneraba con creces la esfera de sus atribuciones. Es un fallo lleno de contenido ideológico, fáctico, poco fundado, que viste meras opiniones con los ropajes de un fundamento jurídico.

El fallo, en concreto, tiene efectos gravísimos sobre el sistema de educación superior, toda vez que al declararse inconstitucional el artículo 63 se deja sin efecto la prohibición de lucro efectivo, porque, como dijera el Presidente del Consejo de Rectores, una manera de hacer eficaz esta prohibición era precisamente establecer la obligación de que las instituciones de educación superior no fueran controladas por entidades de carácter lucrativo.

Entonces, ese objetivo se perdió.

Quiero recordar las palabras del CEO de Laureate Eilif Serck-Hanssen pocas semanas antes de conocerse el fallo, quien dijo: “Siempre y cuando se implemente esta ley tras la revisión constitucional se desencadenaría un evento para la desconsolidación de nuestros activos en el país”. Este tipo de declaraciones y amenazas son las que legítimamente nos hacen preguntarnos en función de cuáles intereses está fallando el Tribunal Constitucional.

Por tanto, en un sistema democrático robusto toca al legislador y es materia de ley determinar y configurar quiénes podrán participar en un sistema de educación superior, máxime cuando involucra ingentes recursos públicos. Así las cosas, el legislador no afecta el principio de igualdad ante la ley cuando determina que cierta categoría de entidades han de participar en la política de gratuidad y otras no. No es arbitraria la distinción, ya que responde a elementos de política pública, con base a un programa y un derrotero legitimado además por la voluntad popular.

El legislador puede discriminar o hacer distinciones. Lo importante es que ellas no sean arbitrarias. Eso es lo que prohíbe la Constitución Política. Por ejemplo, permite en materia laboral que haya discriminaciones por límite de edad o nacionalidad. Lo mismo ocurre en materia de igualdad ante la ley. Por ejemplo, el matrimonio es una institución aplicable solo a parejas de distinto sexo y no por eso es inconstitucional, pues será el legislador quien correrá los cercos si el debate ciudadano avanza hacia permitir el día de mañana el matrimonio igualitario.

En materia de educación opera la misma lógica: los requisitos para adscribir al sistema de gratuidad los determina el legislador. Ya verán los planteles si pueden o no cumplir con dichas exigencias. Pero ello en lo absoluto implica una discriminación arbitraria.

Además, señor Presidente, la abierta agresión del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional no solo dice relación con el fondo de la norma, sino también con la forma. Es decir, el Tribunal Constitucional torcidamente llevó hacia la esfera de sus atribuciones el pronunciamiento de una norma que durante el iter legislativo fue calificada como ley de *quorum* simple, y a la que ahora se le da un tratamiento de ley orgánica constitucional, argumentando en su considerando 57 que la exigencia de los planteles universitarios que opten por la gratuidad de ser personas sin fines de lucro cons-

tituiría un requisito necesario para obtener el reconocimiento oficial del Estado y que, por tanto, a la luz del artículo 19, N° 11°, inciso final, dicha modificación sería de naturaleza orgánica constitucional y, por consiguiente, controlable por el Tribunal Constitucional.

Esta forma de abocarse...

El señor MONTES (Presidente).— Tiene un minuto más, señor Senador.

El señor QUINTANA.— Gracias.

Esta forma de abocarse al conocimiento de ciertas materias en contra de lo que el legislador entendió no es respetar el principio de “deferencia del legislador”, pues pasa por encima de las atribuciones que tienen los Presidentes y la Sala para determinar si una norma es o no de carácter orgánico constitucional y tuerce demasiado los argumentos.

Señor Presidente, asistimos a un momento muy delicado de nuestra historia constitucional, en que vemos cómo un órgano contramayoritario, destinado a ser el guardián de la constitucionalidad, se ha transformado en los hechos en un legislador de facto.

No puede ser que los acuerdos políticos alcanzados en la arena democrática -por ejemplo, en materia de lucro- carezcan de valor ante una corte que, más que velar por la constitucionalidad, la transgrede permanentemente, amparada en sus decisiones que no son recurribles.

Por eso, señor Presidente, valoro la disposición de los Senadores, como los señores Allamand y Chahuán, para abrir esta conversación, para construir acuerdos, pues evidentemente esta situación no solo desprestigia lo que tenemos hoy día, al Tribunal Constitucional, sino a toda la institucionalidad de este país.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— De hecho, señor Senador, todas las intervenciones están abiertas a discutir la necesidad de una reforma al Tribunal Constitucional.

Tiene la palabra la Senadora señora Provoste.

La señora PROVOSTE.— Señor Presiden-

te, somos partidarios de que exista un control de constitucionalidad no solo porque esto fue instaurado en el Gobierno del Presidente Frei Montalva, sino porque creemos que es necesario avanzar en esa dirección.

Desde el año setenta a la fecha han sucedido diferentes reformas. La última, mencionada por muchos en las intervenciones anteriores, la del año 2005, no generó ningún cataclismo político y ya es hora de que impulsemos nuevas modernizaciones al Tribunal Constitucional.

El propósito de aquello es lo que hoy día se está discutiendo en este Senado. Lo que actualmente vemos en dicho órgano del Estado es una suerte de alineación política de sus integrantes en las decisiones que adoptan.

Quienes somos contrarios al lucro en la educación con recursos públicos consideramos que es absolutamente constitucional el proyecto de ley de educación superior. Y quienes opinan lo contrario hoy día celebran decisiones del Tribunal Constitucional.

Me pregunto si es normal que una decisión dependa de quién es su Presidente.

A la luz de lo ocurrido en las últimas sentencias, si el Presidente hubiera sido otro estas serían distintas. Uno se pregunta claramente qué hubiese pasado en iniciativas legislativas como la Ley de Inclusión Escolar.

No es posible aceptar que minorías en el Congreso usen al Tribunal como una amenaza frente a la aprobación mayoritaria de una norma que no les gusta o que no les conviene.

¿No es acaso el Parlamento la expresión de la voluntad popular?

La sentencia del Tribunal en materia de educación superior es la mejor demostración de lo que afirmamos.

Por sí y ante sí, la mayoría determina que el artículo 63 es ley orgánica, para con posterioridad declararlo contrario a la Constitución, en circunstancias de que otra norma de la misma naturaleza está contenida en un decreto con fuerza de ley.

¡Una vez más, por razones de afinidad po-

lítica, se burla la voluntad mayoritaria en el Congreso Nacional!

Señor Presidente, más allá de nuestra opinión sobre el actual Tribunal Constitucional, lo que Chile necesita es una nueva Carta Fundamental, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular; una legítima y respetada por todos, que la convierta en motor de la unidad nacional y no en una fuente de permanente conflicto. Debe ser la casa común de nuestra patria, que nos proteja a todos y nos permita avanzar juntos.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor Elizalde.

El señor ELIZALDE.— Señor Presidente, más y mejor democracia para Chile. Ese es el desafío que tenemos por delante.

Nadie se puede sentir amenazado, porque una mejor democracia permite una mayor legitimidad de las instituciones, que los ciudadanos se sientan representados y, por tanto, tener una mejor convivencia, un mejor país, una mejor sociedad.

La Constitución -ya lo dijo la Senadora Proveste-, sin duda adolece de una falla de origen. Chile necesita una nueva Carta Fundamental en la que todos nos sintamos representados, incluso aquellos que se oponen a ella. Hablo de una Constitución nacida en democracia, no impuesta por la fuerza, de la que todos formemos parte.

Sin embargo, a este problema estructural de nuestro sistema político se suma la existencia de un Tribunal Constitucional que en el último tiempo ha asumido un evidente activismo político, con una lógica de trinchera; desempeñando un papel partisano; transformándose en el brazo político de un sector; pasando a llevar el principio de deferencia razonada con el legislador; arrogándose funciones legislativas, y conociendo asuntos que no son propios de su competencia. Hoy juega la misma función que en el pasado ejercían los Senadores designados: la de una “tercera Cámara”, la cual altera

la voluntad mayoritaria expresada por el pueblo en la composición del Congreso Nacional.

Además, sus fallos adolecen de errores jurídicos evidentes, e incluso en su redacción se observa falta de coherencia.

El mejor ejemplo es el fallo referido al Servicio Nacional del Consumidor, en que, junto con cercenar parte importante de las atribuciones que se le otorgaban a dicho Servicio -el Tribunal Constitucional se transformó en una especie de guardián del abuso, sin pensar en la protección de las personas-, no señala lo mismo en su parte considerativa que en su parte resolutive.

Ante la consulta de la Cámara de Diputados respecto del fallo, el mencionado Tribunal dijo: “No ha lugar”. O sea, no estuvo dispuesto a aclarar los problemas de redacción. Y ya hemos visto toda la complicación que se ha generado a propósito del decreto promulgatorio del Presidente de la República y de la representación del Contralor.

En síntesis, han pasado meses -medio año- desde que se inició el control de constitucionalidad del proyecto respectivo, y la Contraloría no ha podido tomar razón del decreto promulgatorio correspondiente. De tal manera que la ley que protege de mejor forma a los consumidores ante los abusos de que puedan ser objeto, no ha entrado en vigencia.

Podríamos citar muchos otros ejemplos.

El Tribunal Constitucional -por decirlo de alguna manera- se ha convertido en el principal enemigo del Tribunal Constitucional y en el mejor promotor de una Constitución nacida en democracia, reforzando la crisis de legitimidad de nuestro sistema político y funcionando -como señalé al principio de mi intervención- como un actor político más bajo la lógica de trinchera.

Resultan claras las palabras del Diputado Bellolio cuando se discutía la reforma educacional. Luego de perder una votación señaló: “No importa, vamos al Tribunal Constitucional: allá estamos 6 a 4”.

Aquello da cuenta de que, lamentablemente, el Tribunal Constitucional, sobre la base de sus fallos recientes, se ha transformado en una herramienta de determinado sector político que no aplica en forma adecuada la justicia constitucional y que emite fallos -ya lo dije- que adolecen de errores de coherencia y de fundamento jurídico.

Por lo tanto, resulta imprescindible debatir acerca de un nuevo marco de control de constitucionalidad en nuestro país. Asimismo, es preciso reiterar la principal necesidad que tiene Chile: una nueva Constitución nacida en democracia.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).- Tiene la palabra el Senador señor Coloma.

El señor COLOMA.- Señor Presidente, ciertamente, el debate sobre el Tribunal Constitucional ha ido evolucionando, y lo ha hecho desde la racionalidad conceptual, al objeto de ver cómo mejorar una institución -esto siempre es factible; en las últimas décadas el Tribunal Constitucional ha sido objeto de tres modificaciones-, hasta transformar al Senado en una trinchera contra el referido Tribunal, lo que, a mi juicio, es de la máxima gravedad.

Quien me antecedió en el uso de la palabra, sabiéndolo o no, violentó claramente el artículo 76 de la Constitución al avocarse causas ya resueltas y revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones.

El señor ELIZALDE.- ¡Ese es el control del Poder Judicial, señor Senador!

El señor COLOMA.- La cuestión de fondo, señor Presidente, es que a algunos les importa la Constitución cuando ganan y a otros no les importa cuando no se les da en el gusto.

Me parece que ese es el principal problema que existe hoy en el Congreso y que se advierte en el análisis que estamos realizando.

Creo que no hay dos opiniones: la citación de la semana pasada para esta sesión especial era groseramente impropio. Y estuvo bien -no sé quién habrá sido; tal vez fue el Presiden-

te de la Corporación- que se estableciera una forma distinta de plantearla.

Pero, a propósito de cambiar el envoltorio, algunos Senadores -porque no son todos-, en particular los que usaron de la palabra ahora último, han tratado de generar un escenario para debilitar al Tribunal Constitucional con el objeto de que no pueda tener control sobre los actos del Parlamento.

En tal perspectiva, quiero hacer tres reflexiones.

En primer lugar, la supremacía constitucional busca justamente generar normas que fijen límites tanto al poder del Estado como al de una decisión mayoritaria, cualquiera que sea.

Es profundamente incorrecto el razonamiento de quienes sostienen que por tener mayoría no puede haber control constitucional, que es lo que insinúan cuando hablan de una “tercera Cámara”. Los controles constitucionales en el mundo se establecen precisamente para defender ciertos principios y valores que se hallan consensuados en términos de que ninguna mayoría circunstancial los violente. Y ello se hace en defensa de los derechos de las personas y de las sociedades.

Eso es lo que, lamentablemente, parece no entenderse, a la luz de determinado momento político o de una resolución específica que a alguien le importe.

Este asunto es de gran profundidad, y tiene que ver con la revisión constitucional de las leyes, que no es solo de ahora.

Les tengo una mala noticia a aquellos que hoy día quieren demonizar el control constitucional: ¡esto viene desde 1803!

El Derecho Constitucional moderno nace en esa época, en que se estableció, con talento, que las sociedades funcionan mejor cuando no se le entrega a determinada mayoría el monopolio excluyente para generar derechos o violentarlos, sino que lo aceptado se compromete con ciertos valores y principios.

Eso es lo que defiende adecuadamente la Constitución Política.

Hablo de la misma Constitución que, paradójicamente, le dio poder al Tribunal Constitucional en 2005.

Entiendo que el acuerdo para llevar a cabo dicha reforma fue suscrito, en calidad de autores, por algunos de los presentes, como el ahora Senador Insulza, quien no solo concurrió con su firma, sino que con pasión nos invitó a formar parte de ello, porque decía relación con el “nuevo Chile”.

Les quiero recordar a Sus Señorías que aquí nos plantearon que se trataba del “nuevo Chile”, que dejaba atrás cualquier signo autoritario y se comprometía con una fórmula moderna para enfrentar los problemas que vinieran.

De ahí nace la composición del Tribunal Constitucional, la misma que ahora es execrada. Porque hasta hace pocas semanas, cuando el señor Carmona era el Presidente del Tribunal Constitucional, no oí a ninguno de quienes hoy día argumentan con tanta vehemencia contra esta institución manifestar algún reclamo.

Entonces, admitamos que acá -y es mi temor-, más que el intento por revisar legítimamente una institución, se trata de una manera de presionar al objeto de no tener un fallo adverso del Tribunal, en función de los requerimientos que legítimamente realizan las personas.

Soy de aquellos que han recurrido al Tribunal Constitucional varias veces. Y les digo que son más las veces que he perdido que las que he ganado. Pero eso no me inhibe para decir que se trata de una institución extremadamente valiosa, bastante importante, muy controvertida; y que, a diferencia de lo que muchos han planteado aquí, no se ha alineado nunca con cierto esquema político, pues de ser así habría ganado tales requerimientos.

Adicionalmente, muchas veces se ha planteado disminuir los *quorums*.

Algunos de ustedes han expresado que en ciertos momentos una mayoría ha considerado que se requiere *quorum* especial para aprobar determinada materia y que otras veces ha ocu-

rrido exactamente lo contrario. Y el Tribunal Constitucional ha hecho mención de las formas contrapuestas en que se entiende la lógica de los *quorums*.

Señor Presidente, o establecemos que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de ciertas leyes, o disponemos que pueda vulnerarse la Carta Fundamental con cualquier ley ordinaria. No hay caminos intermedios.

Honestamente, considero que la lógica que ha adoptado el Derecho Constitucional chileno apunta en el sentido correcto: velar por que exista una Constitución, por que haya un Tribunal Constitucional, por que exista control de determinadas normas.

Tal como han señalado algunos Senadores, hay ciento cincuenta países que efectúan algún tipo de control (algunos son *a posteriori*; muchos son anticipatorios); y noventa naciones poseen sistemas parecidos al nuestro.

Entonces, no confundamos la revisión de un proceso constitucional con el hecho de que a uno no le guste determinado fallo.

Me parece una mala señal que aquí se esté confundiendo el principio de supremacía constitucional con el “principio” de que no me agradan las sentencias, y, por tanto, se empiece a reclamar del fallo A, B o C, cuestión que expresamente no se puede hacer dentro de esta institución.

Señor Presidente, este tipo de debates puede tener dos destinos: o se transforman en un resumidero de rabias, en que se plantean límites a lo que a uno le gustaría hacer sin importar si es justificado o no, o se convierten en una fuente legítima para revisar -es perfectamente normal- la manera de lograr una mejor composición del Tribunal Constitucional.

Yo me alegré mucho del camino que se tomó al principio de la discusión. Pero luego se ha ido deslizado hacia una lógica de carácter partidista, en que se trata de inhibir lo que a mi juicio el Tribunal plantea con sabiduría y conocimiento de las causas.

Por eso, hago un llamado a no violentar la Constitución; a respetar el sentido de lo que nosotros mismos votamos en su momento; a cuidar las instituciones, pues es fácil denostarlas y destruirlas.

Ahora, si es necesario introducir alguna modificación en la materia, se discutirá en su mérito. Pero a propósito de una mala causa no desdibujemos el verdadero sentido de este desseo.

Me parece fundamental preservar al Tribunal Constitucional. Creo que es una institución que le hace muy bien a Chile.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el Senador señor De Urresti.

El señor DE URRESTI.— Señor Presidente, en primer lugar, quiero felicitar a Sus Señorías por el debate que se ha registrado en esta Sala.

Planteamos la necesidad de llevar a cabo esta sesión especial porque consideramos preocupante lo que está ocurriendo con el Tribunal Constitucional en nuestro país.

Seamos claros: acá no estamos ante la interpretación de algún fallo en el sentido de si nos favorece o no.

Esa no es la cuestión de fondo.

Consideramos que es deber del Senado abocarse a la discusión sobre el funcionamiento actual del referido Tribunal.

Creo rescatar del debate, de la intervención de todas las bancadas, que estamos ante un inconveniente: el funcionamiento del Tribunal Constitucional no es el adecuado.

Entonces, debiéramos buscar la manera de modificar esa situación.

No me voy a extender en los argumentos que han planteado Sus Señorías. Pero claramente creo que nos hallamos frente a un tribunal expansivo. Y así lo hemos consignado en un proyecto de acuerdo respecto del cual estamos recabando firmas para poder presentarlo a la Sala y aprobarlo.

Y cito textualmente la parte pertinente, pues me parece que sitúa el estado en que nos ha-

llamos:

“Este Senado debe llamar la atención sobre la preocupante expansión de las atribuciones del Tribunal Constitucional que está ocurriendo por la propia reinterpretación de sus competencias, que este mismo hace de su jurisprudencia. Esto está ocurriendo por la vía de sobrecalificar como leyes orgánicas constitucionales todas aquellas normas que tanto el Senado, la Cámara de Diputados y el Presidente de la República han calificado en otro rango.

“Un ejemplo de este ímpetu expansivo en sus competencias, se produce en el fallo sobre la Ley de Educación Superior. En este, el Tribunal declaró como artículos materia de ley orgánica constitucional, normas que no fueron declaradas como tales por el Congreso Nacional, ni sus secretarías técnicas, y de los cuales no se hizo reserva de constitucionalidad alguna.”

Entonces, señor Presidente, estimados colegas, ¿de qué estamos hablando!

Nosotros le hemos entregado atribuciones al Tribunal Constitucional, y la ley así lo establece. Pero de ninguna manera podemos permitir que ellas se expandan, por una interpretación propia, hacia ese ámbito.

Confiamos en la calificación que sobre cada norma hacen las Mesas de ambas Cámaras. Esto lo realizan las propias Comisiones, con sus respectivos presidentes y secretarios. Y luego de generado el debate constitucional correspondiente -porque se fijan los *quorums* para cada una de las disposiciones-, vemos que el Tribunal Constitucional efectúa otra interpretación, cuando no hay posibilidad alguna de retrotraer o de evaluar esas calificaciones.

Eso no existe en otros tribunales constitucionales. Nosotros hicimos la investigación pertinente. Y no estamos hablando de las facultades preventivas, en fin, sino simplemente del hecho de abocarse, como tribunal expansivo, a competencias que no posee.

De otro lado, acá hemos estado hablando de cómo el Tribunal colabora en el funcionamien-

to del andamiaje constitucional. ¡Lo entendemos! Así están definidos los tribunales constitucionales. Varios Senadores han señalado de dónde nace esto. Por ejemplo, el Honorable señor Huenchumilla, entre otros, hizo una importante remisión al caso alemán, señalando cómo se construye esa arquitectura.

Reitero: ¡lo entendemos! Así se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero hoy día tenemos casos irritantes, en que ya no solo se invaden las competencias en términos de lo que el propio Parlamento, con sus mayorías, ha establecido: también ocurre aquello en el ámbito de la justicia, cuando el Tribunal Constitucional se transforma en un refugio, en un reducto para, por ejemplo, impetrar a través de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad la paralización de causas de violaciones a los derechos humanos, que son quizá las causas más emblemáticas de nuestro país.

Chile ha asumido compromisos internacionales para juzgar en la materia; pero el Tribunal Constitucional termina siendo un refugio ideológico, no constitucional, para paralizar ese tipo de causas.

Aquello es realmente inadmisibile. Y planteamos el punto hace un par de semanas con organizaciones de derechos humanos.

Eso le está haciendo mal a nuestro ordenamiento jurídico.

Tenemos la capacidad para ponernos de acuerdo. No evitemos el debate.

Señor Presidente, no me voy a referir a las actuaciones y expresiones del Presidente del Tribunal Constitucional, que claramente exceden sus atribuciones.

Es el momento de legislar, de ponernos de acuerdo, de entender que debemos discutir al respecto.

Y hago un llamado al Gobierno, pues no me cabe duda de que los Ministros, especialmente los del área política, entienden que con este funcionamiento, con esta composición, con esta expansión de atribuciones, con esta

paralización de casos de violaciones a los derechos humanos, el Tribunal Constitucional no está contribuyendo a la función para la cual fue creado.

Esa es la discusión que hemos de realizar.

Por eso presentamos un proyecto de acuerdo sobre la materia.

No tengo dudas -entiendo a los Ministros- de que se trata de una situación preocupante.

No olvidemos que tuvimos instituciones anquilosadas durante largo tiempo y que algunos sectores de este Parlamento no querían eliminar. Pero la realidad se impuso, y hemos ido legislando para cambiarlas.

Yo creo que ese es el camino que debiera recorrer la modificación profunda, en los aspectos en que hemos coincidido, del Tribunal Constitucional.

He dicho.

El señor MONTES (Presidente).— Tiene la palabra el señor Secretario.

El señor LABBÉ (Secretario General).— En el curso de la sesión ha llegado a la Mesa el siguiente documento:

#### Proyecto de acuerdo

Proyecto de acuerdo, presentado por los Senadores señoras Allende, Goic, Muñoz, Órdenes, Provoste y Rincón y señores Araya, Bianchi, De Urresti, Elizalde, Girardi, Harboe, Huenchumilla, Insulza, Lagos, Latorre, Letelier, Montes, Navarro, Pizarro, Quintana y Soria, por medio del cual se pronuncian acerca del ejercicio de las competencias del Tribunal Constitucional y proponen la difusión que indican (boletín N° S 1.982-12).

—**Queda para ser votado en su oportunidad.**

El señor MONTES (Presidente).— Hemos llevado a cabo un buen debate, bastante profundo, el cual da pie para seguir conversando sobre el particular.

En la Comisión de Constitución ya se ha iniciado un proceso de reflexión a fondo respecto de esta materia.

Por haberse cumplido su objetivo, se levanta la sesión.

—**Se levantó a las 14:4.**

*Manuel Ocaña Vergara,*  
Jefe de la Redacción

## A N E X O

## DOCUMENTO

1

**PROYECTO DE ACUERDO, PRESENTADO POR LOS SENADORES SEÑORAS ALLENDE, GOIC, MUÑOZ, ÓRDENES, PROVOSTE Y RINCÓN, Y SEÑORES ARAYA, BIANCHI, DE URRESTI, ELIZALDE, GIRARDI, HARBOE, HUENCHUMILLA, INSULZA, LAGOS, LATORRE, LETELIER, MONTES, NAVARRO, PIZARRO, QUINTANA Y SORIA, POR MEDIO DEL CUAL, SE PRONUNCIAN ACERCA DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PROPONEN LA DIFUSIÓN QUE INDICAN**  
(S 1.982-12)



Boletín N° S 1.982 -12

Proyecto de acuerdo, presentado por los Honorables Senadores señoras Allende, Goic, Muñoz, Órdenes, Provoste y Rincón, y señores Araya, Bianchi, De Urresti, Elizalde, Girardi, Harboe, Huenschumilla, Insulza, Lagos, Latorre, Letelier, Montes, Navarro, Pizarro, Quintana y Soria, por medio del cual, se pronuncian acerca del ejercicio de las competencias del Tribunal Constitucional y proponen la difusión que indican.

**Considerando:**

- A. Que el artículo 4° de la Constitución Política dispone que "Chile es una república democrática". El concepto de república significa que la vida común de nuestra sociedad se ordena bajo instituciones que expresan el "gobierno de la ley", en tanto orden constituido por normas generales y abstractas. A partir de esta definición entendemos que es la ley, particularmente la ley fundamental, la que distribuye las competencias de los órganos públicos y define el marco dentro del cual estos actúan válidamente.
- B. Que la organización del Gobierno bajo la forma democrática, significa radicar en el pueblo la soberanía, que se manifestará en las instituciones que son expresión de ella. La democracia representativa, como expresión institucional de la soberanía popular, permite reconducir la voluntad que se expresa en la ley al titular de la soberanía, esto es, a los ciudadanos.
- C. Que la Constitución, en su artículo 7, establece que los órganos del Estado actúan válidamente sólo si lo hacen dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.
- D. El Tribunal Constitucional, en tanto órgano del Estado, está sujeto al deber de ejercer su rol dentro del marco institucional establecido. Este respeto a su ámbito de acción es especialmente sensible considerando que su infracción tiene un impacto directo en las atribuciones propias del Congreso Nacional y del Presidente de la República, en consideración al especial rol de control que se le asigna a aquel. La Constitución dispone en su artículo 93, que el Tribunal Constitucional sólo está habilitado para expulsar normas del ordenamiento jurídico, nunca para crearlas o legislar. Esto quiere decir que tiene competencia para pronunciarse, cuando ha sido debidamente requerido o ha debido pronunciarse por el tipo de materia de que trata, sobre si una determinada regla, es o no contraria a la Constitución. En caso afirmativo, es competente para declarar que ella no puede llegar a ser ley o no ha de ser considerada como una norma válida del sistema jurídico. En consecuencia, tiene una competencia ablativa o negativa. Lo que definitivamente no puede hacer, es decidir cuáles son las reglas por las cuales ella debe ser reemplazada. No puede jamás en el proceso



MAJ  
16/5/11



de control arrogarse labores legislativas. Por eso el Tribunal Constitucional ha sido habitualmente descrito como un "legislador negativo".

- E. Omitiendo realizar comentarios o calificaciones sobre el fondo de las sentencias, sobre su pertinencia, idoneidad o incluso su calidad argumentativa, quisiéramos advertir que en un grupo de fallos recientes del Tribunal Constitucional, bajo la presidencia del señor Iván Aróstica, han producido lo que consideramos una extralimitación en sus atribuciones, invadiendo el ámbito de este Congreso Nacional y, en general, una invasión en las atribuciones de los órganos del Estado con legitimidad democrática directa, llamados a crear legislación. Solo desde esta perspectiva de las competencias haremos referencia a los fallos del Tribunal Constitucional.

#### **INFRACCIÓN DE SU ÁMBITO DE LEGISLADOR NEGATIVO**

- F. Da cuenta de una extralimitación en las facultades de legislador negativo del Tribunal Constitucional, cuando en la ley sobre despenalización del embarazo en tres causales, el Tribunal Constitucional procedió a ampliar y regular ante sí mismo, un estatuto de excepción de aplicación de la ley, por la vía de incluir a las "instituciones" como sujetos legitimados como objetores de conciencia, eliminando selectivamente algunas palabras de la regulación discutida y aprobada por el Congreso Nacional, alterando su sentido y corrompiendo su alcance. Este hecho, independiente de la opinión que personalmente tengamos como senadores respecto del fondo de la regulación, su pertinencia o idoneidad, importa una grave infracción al orden de distribución de poderes y roles que la Constitución asigna a los órganos con legitimidad democrática directa y al Tribunal Constitucional. En el referido proceso, el Tribunal procedió a eliminar la frase impeditiva "**en ningún caso**", que acotaba la aplicación de la objeción de conciencia a los profesionales que intervenían en el procedimiento. El efecto de eliminar solo esas palabras, tuvo como consecuencia ampliar a un nuevo grupo, las personas jurídicas o instituciones, el estatuto de la objeción de conciencia.
- G. El resultado del ejercicio de borrar solo algunas palabras, produce como resultado una redacción corrompida y mal construida lingüísticamente del texto de la ley que fuera aprobado por el Congreso Nacional e impulsado por el Presidente de la República. Históricamente, el Tribunal Constitucional, hasta antes de este fallo, había expulsado normas (como un todo completo) del sistema jurídico, nunca palabras aisladas que modelaran un nuevo sentido a una redacción de la ley.
- H. En el caso al que nos referimos, el Tribunal Constitucional, con la excusa de estar eliminando del proyecto una frase, creó una regla, precisamente contraria a la aprobada por el Poder Legislativo. Nótese que en este caso, la situación fue prevista por el legislador y se legisló con la expresa finalidad de excluir a las instituciones o personas jurídicas de la posibilidad de ser objetores de conciencia, lo que se modificó mediante la sentencia del Tribunal Constitucional. Este precedente es de la mayor gravedad, porque el hecho de que se trate de un



legislador "negativo" es la principal –si no la única– limitación formal que el Tribunal Constitucional tiene a sus competencias. Por ende, si no representamos el actuar del Tribunal Constitucional en este caso como un ejercicio abusivo de sus competencias, en el futuro podría decidir eliminar incluso letras, y de ese modo, eludir totalmente sus deberes constitucionales, cambiando reglas democráticamente establecidas en base a este "precedente" que se estaría intentando asentar.

1. Conforme a la Constitución, los únicos órganos que tienen competencia para decidir cuáles son las reglas que ingresarán como leyes al orden jurídico chileno son el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por tanto, avalar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en este caso, implica relegar la función legislativa a un rol secundario, lo que no se condice con la legitimidad democrática directa con que cuentan los órganos colegisladores. En el voto disidente al fallo aludido, dos ministros del tribunal reconocen la extralimitación y advierten que **"el Tribunal Constitucional no puede crear exenciones de ley"** (página 234 de la sentencia). Es decir, los mismos integrantes del tribunal reconocen que este rol de creación de ley se ha producido con ocasión de la sentencia aprobada por la actual mayoría.

Así mismo, el TC no puede pronunciarse sobre reformas constitucionales emanadas por el Congreso que cumplan con la regla formal del quórum.

Consideramos necesario también que el TC, al pronunciarse sobre un asunto de su competencia, lo haga observando el bloque de constitucionalidad completo e incorpore tratados internacionales de derechos humanos, de derechos civiles, sociales y culturales y todos aquellos incorporados al sistema jurídico chileno.

#### UN PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SE PRONUNCIA A TRAVÉS DE COMUNICADOS DE PRENSA

- j. Un hecho que ha de llamar la atención a este Senado, por su carácter inédito, es el comunicado de prensa emitido por el actual presidente del Tribunal Constitucional, Iván Aróstica Maldonado, donde se pronuncia sobre si existe o no prohibición del Banco del Estado de Chile de entregar créditos a candidatos, en las pasadas elecciones parlamentarias. En el texto de ese comunicado se declara que *"no habiéndose aperturado un proceso por alegaciones de inhabilidad respecto de algún parlamentario en concreto y, por ende, no existiendo sentencia que la declare, no corresponde ni procede jurídicamente dar por establecida inhabilidad alguna respecto de dichos créditos"*, aseveró. Independiente de la opinión que tengamos los senadores respecto del fondo del análisis jurídico expuesto en el comunicado de prensa, ha de llamar la atención que esta comunicación se haya realizado solo con la firma del presidente, que utiliza el timbre del Tribunal Constitucional en la esquina superior izquierda del documento, pero que no haya contado con el concurso del pleno del Tribunal Constitucional, ni haya sido discutido en su seno. Esto es irregular si consideramos que el Tribunal ejerce sus atribuciones como órgano colegiado y sus integrantes concurren como miembros de ese órgano colegiado, pero no tienen potestad de tribunal en tanto miembros individuales. En



este caso se ha quebrantado esa regla. Un segundo aspecto, y el más preocupante de todos, es que el Tribunal Constitucional debe ejercer sus atribuciones mediante sentencias, los tribunales hablan a través de sus sentencias, no existiendo otro medio idóneo para ejercer estas atribuciones. Es en los procedimientos legalmente tramitados ante el tribunal donde se fija el ámbito de competencia del mismo, en consecuencia, el uso de otros medios, como lo están siendo los comunicados de prensa del actual presidente del Tribunal, fijan un futuro de incertidumbre inimaginable respecto del uso del nombre del Tribunal Constitucional, sus timbres y sellos. En nuestra opinión, este uso de comunicados de prensa debe ser rechazado con mucha fuerza, por quebrantar la regla del artículo 7 de la Constitución Política de la República, que ordena a los servidores públicos actuar solo dentro del marco de su competencia.

- K. El Tribunal Constitucional debe hablar a través de sus sentencias, no a través de comunicados de prensa. Y su actuación debe limitarse al ámbito de su competencia.

#### UN TRIBUNAL EXPANSIVO

- L. Este Senado debe llamar la atención sobre la preocupante expansión de las atribuciones del Tribunal Constitucional que está ocurriendo por la propia re interpretación de las competencias, que éste mismo hace de su jurisprudencia. Esto está ocurriendo por la vía de sobre calificar como leyes orgánico constitucionales, todas aquellas normas que tanto el Senado, la Cámara de Diputados y el Presidente de la República han calificado con otro rango.
- M. Un ejemplo de este ímpetu expansivo en sus competencias, se produce cuando se declaran artículos materia de Ley Orgánica Constitucional, normas que no fueron declaradas como tales por el Congreso Nacional, ni sus secretarías técnicas, y de los cuales no se hizo reserva de constitucionalidad alguna. En su resolución, amplía de manera autónoma y contradiciendo el criterio del legislador, su ámbito de competencia, yendo en contra del análisis jurídico de los secretarios generales, tanto del Senado y de la Cámara, como también a los abogados de las Comisiones de Educación y de Hacienda de ambas ramas del Poder Legislativo. El oficio que la Cámara de origen envió a dicha Magistratura, incluye varios artículos calificados durante el proceso legislativo como normas de carácter Orgánico Constitucional, pero las normas que fueron cuestionadas no estaban contenidas en él. De hecho, en ningún momento de la iniciativa del proceso legislativo estas normas contaron con esa calidad. Sin embargo, el propio Tribunal extendió su competencia, unilateralmente reiteremos, a varias normas no contempladas, incluyendo las que objetó finalmente.
- N. El Tribunal Constitucional, al sobre calificar de LOC algunas normas que no han sido consideradas bajo ese rango, introduce su propio criterio sobre la pertinencia o no de tal o cual política pública tratada en el proyecto de ley. Un ejemplo de esto es que en el caso del lucro en la educación, considera que ya está suficientemente tratado en la legislación, estableciendo un cerco en la capacidad



del legislador para regular. El presidente del Tribunal Constitucional llega al límite de ser de la opinión de declarar todo el proyecto de ley inconstitucional. El mismo problema se puede observar en la Ley que modificó el Sernac y en la Ley que entregaba nuevas potestades a la Dirección de Aguas. En consecuencia, observamos un tribunal altamente expansivo en la interpretación de sus competencias.

#### SOBRE LA PARALIZACIÓN DE PROCESOS EN CAUSAS DE DDHH

- O. Finalmente, un hecho que ha de preocupar especialmente a este Senado es la paralización en la investigación y proceso de las causas de violaciones a los Derechos Humanos que se está produciendo por la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, en orden de acoger a trámite y suspender las investigaciones en los procesos criminales, mientras no se resuelva el recurso constitucional. Por los tiempos de demora en el trámite de los procesos, otro tema que deberemos observar para futuras modificaciones, la resolución de las causas en el TC pueden superar el año, cuestión que aleja la posibilidad de encontrar verdad y justicia en esta materia. Y relevamos que este no es solo un problema que están padeciendo los familiares de detenidos desaparecidos, es un problema de la sociedad completa que tiene interés en buscar la verdad y la justicia. En consecuencia, reviste la mayor preocupación para este Senado que no se entorpezca la labor de los ministros en visita de las Cortes de Apelaciones que llevan adelante estos procesos de investigación de delitos cometidos en dictadura.

#### El Senado de la República Acuerda.-

Oficiar este proyecto de acuerdo al Presidente de la República, a la Presidenta de la Cámara de Diputados, al Presidente de la Corte Suprema y a los miembros de la misma, al Contralor General de la República y al Presidente del Tribunal Constitucional y a cada uno de sus miembros.

22

Isabel Allende

PIRMAS:

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

89

90

91

92

93

94

95

96

97

98

99

100

101

102

103

104

105

106

107

108

109

110

111

112

113

114

115

116

117

118

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

136

137

138

139

140

141

142

143

144

145

146

147

148

149

150

151

152

153

154

155

156

157

158

159

160

161

162

163

164

165

166

167

168

169

170

171

172

173

174

175

176

177

178

179

180

181

182

183

184

185

186

187

188

189

190

191

192

193

194

195

196

197

198

199

200

201

202

203

204

205

206

207

208

209

210

211

212

213

214

215

216

217

218

219

220

221

222

223

224

225

226

227

228

229

230

231

232

233

234

235

236

237

238

239

240

241

242

243

244

245

246

247

248

249

250

251

252

253

254

255

256

257

258

259

260

261

262

263

264

265

266

267

268

269

270

271

272

273

274

275

276

277

278

279

280

281

282

283

284

285

286

287

288

289

290

291

292

293

294

295

296

297

298

299

300

301

302

303

304

305

306

307

308

309

310

311

312

313

314

315

316

317

318

319

320

321

322

323

324

325

326

327

328

329

330

331

332

333

334

335

336

337

338

339

340

341

342

343

344

345

346

347

348

349

350

351

352

353

354

355

356

357

358

359

360

361

362

363

364

365

366

367

368

369

370

371

372

373

374

375

376

377

378

379

380

381

382

383

384

385

386

387

388

389

390

391

392

393

394

395

396

397

398

399

400

401

402

403

404

405

406

407

408

409

410

411

412

413

414

415

416

417

418

419

420

421

422

423

424

425

426

427

428

429

430

431

432

433

434

435

436

437

438

439

440

441

442

443

444

445

446

447

448

449

450

451

452

453

454

455

456

457

458

459

460

461

462

463

464

465

466

467

468

469

470

471

472

473

474

475

476

477

478

479

480

481

482

483

484

485

486

487

488

489

490

491

492

493

494

495

496

497

498

499

500

501

502

503

504

505

506

507

508

509

510

511

512

513

514

515

516

517

518

519

520

521

522

523

524

525

526

527

528

529

530

531

532

533

534

535

536

537

538

539

540

541

542

543

544

545

546

547

548

549

550

551

552

553

554

555

556

557

558

559

560

561

562

563

564

565

566

567

568

569

570

571

572

573

574

575

576

577

578

579

580

581

582

583

584

585

586

587

588

589

590

591

592

593

594

595

596

597

598

599

600

601

602

603

604

605

606

607

608

609

610

611

612

613

614

615

616

617

618

619

620

621

622

623

624

625

626

627

628

629

630

631

632

633

634

635

636

637

638

639

640

641

642

643

644

645

646

647

648

649

650

651

652

653

654

655

656

657

658

659

660

661

662

663

664

665

666

667

668

669

670

671

672

673

674

675

676

677

678

679

680

681

682

683

684

685

686

687

688

689

690

691

692

693

694

695

696

697

698

699

700

701

702

703

704

705

706

707

708

709

710

711

712

713

714

715

716

717

718

719

720

721

722

723

724

725

726

727

728

729

730

731

732

733

734

735

736

737

738

739

740

741

742

743

744

745

746

747

748

749

750

751

752

753

754

755

756

757

758

759

760

761

762

763

764

765

766

767

768

769

770

771

772

773

774

775

776

777

778

779

780

781

782

783

784

785

786

787

788

789

790

791

792

793

794

795

796

797

798

799

800

801

802

803

804

805

806

807

808

809

810

811

812

813

814

815

816

817

818

819

820

821

822

823

824

825

826

827

828

829

830

831

832

833

834

835

836

837

838

839

840

841

842

843

844

845

846

847

848

849

850

851

852

853

854

855

856

857

858

859

860

861

862

863

864

865

866

867

868

869

870

871

872

873

874

875

876

877

878

879

880

881

882

883

884

885

886

887

888

889

890

891

892

893

894

895

896

897

898

899

900

901

902

903

904

905

906

907

908

909

910

911

912

913

914

915

916

917

918

919

920

921

922

923

924

925

926

927

928

929

930

931

932

933

934

935

936

937

938

939

940

941

942

943

944

945

946

947

948

949

950

951

952

953

954

955

956

957

958

959

960

961

962

963

964

965

966

967

968

969

970

971

972

973

974

975

976

977

978

979

980

981

982

983

984

985

986

987

988

989

990

991

992

993

994

995

996

997

998

999

1000

(Fdo.): Isabel Allende Bussi, Senadora.- Carolina Goic Borojevic, Senadora.- Adriana Muñoz D'Albora, Senadora.- Ximena Órdenes Neira, Senadora.- Yasna Provoste Campi-llay, Senadora.- Ximena Rincón González, Senadora.- Pedro Araya Guerrero, Senador.- Carlos Bianchi Chelech, Senador.- Alfonso de Urresti Longton, Senador.- Álvaro Elizalde Soto, Senador.- Guido Girardi Lavín, Senador.- Felipe Harboe Bascuñán, Senador.- Francisco Huenchumilla Jaramillo, Senador.- José Miguel Insulza Salinas, Senador.- Ricardo Lagos Weber, Senador.- Juan Ignacio Latorre Riveros, Senador.- Juan Pablo Letelier Morel, Senador.- Carlos Montes Cisternas, Senador.- Alejandro Navarro Brain, Senador.- Jorge Pizarro Soto, Senador.- Jaime Quintana Leal, Senador.- Jorge Soria Quiroga, Senador.

