

## MESA REDONDA

### FUNCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1980\*

Raúl Bertelsen  
Enrique Barros  
Sergio Diez  
Teodoro Ribera

Comentario del Sr. Raúl Bertelsen\*\*:

Agradezco al Centro de Estudios Públicos la oportunidad que me depara de intervenir en una discusión sobre un tema que me ha ocupado, si bien en forma intermitente, desde hace a lo menos 20 años, y la ocasión es particularmente grata por hacerlo formulando un comentario a un trabajo de Teodoro Ribera, a quien aprecio mucho, y ante una concurrencia tan distinguida como la que hoy día nos acompaña.

Quisiera centrar mi comentario sobre algunos puntos del trabajo.

En primer lugar una referencia al origen de la jurisdicción constitucional en Chile. Bajo la Constitución de 1833, en efecto, se considero que los tribunales no podían entrar a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, por faltar una disposición expresa en la Constitución que diera atribuciones a un tribunal o a todos.

Creo que en esta actitud, como lo sugiere Teodoro Ribera, fue efectivamente determinante la influencia francesa. Desde la perspectiva, podemos llamar, del constitucionalismo francés, se estimaba, al menos en el siglo XIX en forma inequívoca, que la ley era una declaración de la voluntad soberana, y que los tribunales no podían en caso alguno entrar a impedir que la ley tuviera pleno efecto.

\* Versiones escritas de las exposiciones orales realizadas en el Centro de Estudios Públicos con motivo de un seminario sobre el tema, en el cual participaron los Sres. Raúl Bertelsen, Enrique Barros, Sergio Diez y Teodoro Ribera.

\*\* Abogado, Universidad Católica de Valparaíso; Doctor en Derecho, Universidad de Navarra; Rector Universidad Católica de Valparaíso; Profesor de Derecho Político y Constitucional, Universidad Católica de Santiago.

La misión de los tribunales es aplicar la ley sin discusión. Hay aquí un recuerdo de aquella atribución de los parlamentos y de los tribunales del antiguo régimen que en algunos casos podrían negarse a registrar ciertas leyes, y la revolución francesa contra esta institución reaccionó en forma muy dura, incluso penalizando la actitud de los jueces que no dieran aplicación a la ley. El recurso de casación en el fondo, por lo demás tiene esta connotación política. Es un medio para asegurar que los tribunales aplicarán efectivamente las leyes decididas por el Parlamento.

De modo, entonces, que en esta actitud de recelo, de no otorgar a los tribunales atribuciones para conocer de la constitucionalidad de las leyes en el Chile de 1833, creo que efectivamente se refleja una influencia francesa.

Lo que se temía no era la extralimitación del Poder Legislativo, sino que la extralimitación del gobierno. Y si uno se fija en la Constitución de 1833 hay algunos resguardos en este sentido. El principal de ellos es la Comisión Conservadora, formada originariamente por siete senadores que actuaba en receso del Congreso Nacional y que, como decía la Constitución en el Artículo 58, tenía como misión velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, y dirigir al Presidente de la República las representaciones convenientes al respecto, pudiendo incluso representarlas si no tenían efecto.

Hay en esta comisión un eco lejano de influencias españolas, de la antigua comisión de Cortes de la época de las Cortes estamentales, recogida en la Constitución Española de 1812 que, como es sabido, influye en el constitucionalismo chileno en textos anteriores al de 1833. También de cierta manera hay un reflejo de los Senados conservadores napoleónicos incluso de la Constitución de 1818.

La Constitución provisoria dictada al comienzo del gobierno de O'Higgins señalaba que el Senado debía velar por la puntual observancia de ésta. De modo que había cierta tradición en el sentido que tenía que vigilar al gobierno para que no se extralimitara y fuera más allá en sus atribuciones, en el ejercicio del poder, que lo que la Constitución y las leyes le permitían. Pero no se desconfiaba ni mucho menos del Congreso Nacional, porque se suponía que el legislador, representante de los ciudadanos, respetaba la Constitución.

No es extraño, a mi juicio, el desconocimiento de *Barbury vs. Madison*, porque en verdad este caso formulado en 1803 no es reiterado por la jurisprudencia constitucional norteamericana hasta bastantes décadas más atrás. Mariano Egaña conocía muy bien el derecho inglés; no puede decirse que conociera otro tanto el derecho constitucional norteamericano, de modo que en verdad la inspiración en el constitucionalismo es más bien europea que norteamericana. Ni siquiera se había pensado por lo que conozco de 1833,

otorgarle a la Corte Suprema o a los Tribunales una jurisdicción constitucional.

Es cierto, y Teodoro Ribera lo recordó, que a lo largo ya del siglo XIX algunas decisiones de la Corte Suprema, ciertas posiciones de los principales autores se pronuncian sobre el particular; algunas veces, como Jorge Huneeus en un sentido muy negativo, muy crítico.

En segundo lugar, deseo tratar el tema del poder neutro. Es sin duda muy interesante determinar conceptualmente qué tipo de funciones desempeña el Tribunal Constitucional en la perspectiva de las distintas funciones estatales. Sin embargo, he de señalar que no me resulta convincente encuadrar al Tribunal Constitucional dentro de la teoría del poder neutro.

Esta teoría, como se ha señalado, tiene sus orígenes en Benjamín Constant, pero hay que tener presente y no olvidar que Constant al elaborarla piensa en el poder real, el poder del rey en las monarquías constitucionales. Poder que Constant se empeña por diferenciar del poder de los ministros. Poder del rey no es el Poder Ejecutivo, el de los ministros sí es el Poder Ejecutivo. El poder del rey es de una especie distinta. ¿De qué especie? Constant nos dirá que es un poder neutro con las características que se han señalado. Intermediario, preservador del orden, reparador. Arbitro en general. Poder, entonces, neutro es básicamente un poder moderador, que tiene por misión procurar que los otros poderes no choquen entre sí, y no se extralimiten; interesado no en perturbar, sino en mantener el equilibrio. "El rey —y cito a Constant—, en un país libre, es un ser aparte, por encima de la diversidad de opiniones, no teniendo otro interés que el mantenimiento del orden y de la libertad". (*Curso de Política Constitucional*, p. 16.)

Constant distinguía cinco poderes en una monarquía constitucional: Poder representativo de la opinión, radicado en la asamblea electiva; poder representativo de la tradición, radicado en una asamblea hereditaria; poder ejecutivo, radicado en los ministros; poder judicial, en los tribunales, y poder neutro en el rey.

A su juicio, la forma de operar de este poder neutro o moderador en la constitución inglesa, en la que él señala que se inspira, es la siguiente: Si la acción del poder ejecutivo, de los ministros, es peligrosa, el rey destituye a los ministros; si la acción de la asamblea o cámara hereditaria llega a ser funesta, muy rígida, el rey le da una tendencia nueva creando nuevos pares, es decir, nuevos miembros de la cámara hereditaria, cuyo número era ilimitado en la Carta Constitucional de 1814 de la Restauración francesa.

Si la acción de la cámara electiva, en cambio, se anuncia amenazadora, el rey puede vetar sus decisiones, o bien disolverla y anticipar las elecciones para que haya una nueva generación de esta cámara que es temporal, y no vitalicia como la cámara hereditaria. Si la acción del poder judicial es perniciosa, los tribunales actúan con mucho vigor, en forma muy severa para sancionar delitos, el

rey puede hacer uso de su derecho de indulto y atemperar este rigor excesivo de los jueces.

Aunque no es un poder activo el del rey, en el sentido que impulsa la actividad gubernativa, por eso Constant dice que no forma parte del poder ejecutivo, no es tampoco un mero poder de control; es, si se me permite la expresión, un poder prudencial que al arbitrar, al procurar el funcionamiento armónico de los distintos poderes del Estado, tiene iniciativa para actuar con un criterio, con una perspectiva de prudencia política, no simplemente jurídica.

Pueden entrar efectivamente consideraciones de tipo jurídico en las razones que llevan al poder neutro a actuar, pero más bien serán criterios o razones de prudencia política. Si hay mucho rigor, atemperar, solucionar o prever conflictos.

Si tenemos en cuenta esto, la función del Tribunal Constitucional de la Constitución del 80, a mi juicio, no puede encajar aquí. Su función, me parece, es netamente jurídica, no es una función de prudencia política como era la del poder neutro en Constant. Es una función netamente jurídica, destinada a hacer efectiva la supremacía constitucional en los distintos ámbitos de su competencia, en las cuales no podemos entrar en este momento. Es decir, a mi juicio, es una jurisdicción independiente, pero jurisdicción.

Por último, unas palabras en cuanto a la elección de los ministros del Tribunal Constitucional. Teodoro Ribera teme que la Constitución haya privilegiado en esta materia la calidad e independencia del tribunal por sobre su legitimidad democrática. No ignoro que la forma de generar el Tribunal Constitucional ha suscitado críticas, y en especial por la intervención que se le da al Consejo de Seguridad Nacional en la designación de parte de sus integrantes. Temo, sin embargo, que estas críticas se han formulado en ocasiones sin tener en cuenta el funcionamiento real que ha tenido el Tribunal Constitucional; sin haber entrado a examinar las distintas decisiones que ha sido llamado a emitir, y la actitud que han tenido sus diferentes ministros sobre el particular. De modo que en esto creo ver más opiniones o prejuicios que un análisis sereno de la realidad.

Me parece también que hay un cierto rechazo de las funciones del Consejo de Seguridad Nacional como órgano que pueda nombrar ministros del Tribunal Constitucional. Reconozco que no tengo temor alguno en esta materia, creo que en la búsqueda de un órgano moderado, que no vaya a actuar por criterios netamente partidistas a la hora de designar ministros del Tribunal Constitucional, difícilmente podría encontrarse un órgano más adecuado que el Consejo de Seguridad Nacional. Si ahora se le colocara en sus reglamentos algún resguardo adicional, en el sentido que debiera hacerlo por una mayoría cualificada -cinco de sus siete integrantes- el efecto se aseguraría mucho mejor.

En cambio, he de señalar que considero peligroso buscar una mayor legitimidad democrática en la designación de los ministros del Tribunal Constitucional, sobre todo si por la fórmula que se

idea se llega a una situación en que la mayoría de sus integrantes emanen de los órganos encargados de hacer la ley, porque dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional, buena parte de ellas o las más importantes se refieren a este tema del control de la ley. Entonces, a mi juicio, es muy peligroso que haya mayoría entre los integrantes del Tribunal Constitucional, que provengan de los órganos colegisladores.

Por ejemplo, una composición como la establecida en la Constitución Española de 1978, por muy democrática que sea y lo es efectivamente, puede llegar a politizar el Tribunal Constitucional y hacerlo perder rápidamente prestigio. Entiendo que, al menos escuché hace poco a un catedrático español de una Facultad de Derecho, ya hay reparos en este sentido. Debido a que el gobierno socialista ha actuado en una forma mucho más partidista a como lo hiciera el gobierno de Adolfo Suárez, de la Unión de Centro Democrático, que buscaba más bien designaciones por consenso.

En esta fórmula española, los doce miembros del tribunal constitucional son todos designados por el rey, pero no por su iniciativa, sino que para solemnizar este nombramiento. Cuatro a propuesta del Congreso de Diputados, que los propone por una mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado, que también lo hace por una mayoría de tres quintos; dos a propuesta del gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. No es improbable, entonces, dado el régimen parlamentario imperante, que un mismo partido tenga mayoría en el Congreso de Diputados, en el Senado y naturalmente en el gobierno. Si tiene mayoría en el Congreso de los Diputados, necesariamente por ser un régimen parlamentario la tiene en el gobierno. De modo que un gobierno prolongado no es imposible, siempre que tenga esta mayoría de los tres quintos en el Congreso de Diputados y en el Senado, que llegue a designar por lo menos la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional, lo cual le hace tener un carácter inequívocamente democrático, pero comprometido por ello mismo con sus electores.

Si se decidiera entonces introducir algunas reformas a la composición del Tribunal Constitucional, yo acepto que ellas debieran ir más bien en la línea de prolongar la duración en el cargo de sus integrantes, de modo que fuera superior a la de quienes desempeñan los cargos políticos, con objeto de asegurar más su independencia, de reforzar la renovación por parcialidades a fin de evitar cambios bruscos en los criterios sustentados y permitir una adaptación más gradual en sus posiciones. Por ejemplo, no sería, a mi parecer, una mala fórmula que los ministros duraran nueve o doce años en sus cargos, dado que el Presidente de la República dura ocho y los senadores duran ocho, y se renovarían por terceras partes cada tres o cada cuatro. Pero para ello habría que aumentar su número a nueve, para que pudiera efectuarse una renovación por terceras partes cada tres o cuatro años. Aumento de siete a nueve que, creo, no suscitaría gran resistencia, y a lo mejor podría permitir que la Cámara de

Diputados —que es uno de los órganos colegisladores— eligiera al menos un ministro.

Sin embargo, más fundamental, a mi juicio, que posibles cambios que se introdujeran en la composición del Tribunal Constitucional, que no es una materia necesitada de suyo, hay otras en la Constitución, de una reforma, más importante que esta alteración en la integración, es meditar serenamente sobre un tema que Teodoro Ribera sugería al final de su intervención: las distintas jurisdicciones constitucionales existentes hoy día en Chile. Ejercen jurisdicción constitucional las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema al conocer el recurso de protección; la Corte Suprema al conocer de la inaplicabilidad; el Tribunal Constitucional al conocer de distintos conflictos de constitucionalidad.

Pues bien, tal vez fuera importante y significativo permitir que la Corte Suprema ejerza con mayor dedicación atribuciones jurisdiccionales de tanta importancia como las constitucionales y que están quedando en un segundo lugar, penales o funciones tipo civil, sin olvidar el contencioso administrativo que algún día en Chile tendrá que regularse y corresponder a los tribunales ordinarios en su segunda instancia, por lo menos.

Sugiero reflexionar sobre la posibilidad de engarzar las jurisdicciones constitucionales hacia un fortalecimiento del Tribunal Constitucional, de modo que éste pudiera conocer, por ejemplo, en segunda instancia, los recursos de protección fallados por las Cortes de Apelaciones en primera instancia, y también de las declaraciones de inaplicabilidad que pudieran serle solicitadas, como ocurre en algunos países europeos, por los jueces, y no sólo por las partes. El juez, al momento de emitir un fallo, puede estimar que una ley por la cual debe decidir es contraria a la Constitución y diferir o solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Comentario del Sr. Enrique Barros\*:

Creo que uno de los temas jurídicos más importantes y que ciertamente se proyectarán hacia adelante, en particular respecto del Tribunal Constitucional, es el de los límites entre lo constitucional y lo político.

En definitiva, esos límites entre lo constitucional y lo político me parecen mucho menos nítidos de lo que creía la doctrina constitucional clásica. Un ejemplo en tal sentido es la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Al definir el ámbito de la Constitución, la Corte ha ido definiendo el alcance de las principales opciones políticas del país. Primero, impidiendo la dictación de leyes sociales y de leyes que limitaran de cualquier modo las libertades económicas; después promoviendo la propia Corte la filo-

\* Doctor en Derecho, Universidad de Munich; Miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios Públicos.

sofía del New Deal de una manera absolutamente protagónica. Contemporáneamente, la gran discusión que se presenta en los Estados Unidos, entre el sector conservador de la interpretación constitucional, que tiende a mirar la creación de nuevos derechos constitucionales con reserva, y el sector más liberal, que considera que la Corte tiene que seguir teniendo un papel de vanguardia e ir "descubriendo", como dice esa doctrina, nuevos derechos de las personas.

Una discusión semejante se ha promovido en Alemania Federal donde no existía jurisdicción constitucional con anterioridad a la Constitución de Bonn. La transformación del régimen de Weimer en una "dictadura legal" de sesgo totalitario, indujo a crear un fuerte Tribunal constitucional. De hecho, la Constitución alemana actual es un complejo sistema de reglas que se basa en el texto constitucional, pero que ha sido desarrollado por el Tribunal. En todos los casos límites no sólo se ha planteado un problema de valores o normas constitucionales en conflicto, sino también el tema del alcance de la Constitución, por un lado, y de la facultad legislativa, esto es, política, del Parlamento, por el otro.

La frontera, por consiguiente, es más bien difusa; creo que la discusión jurídica acerca de cuál es propiamente el terreno de lo constitucional y cuál el terreno de lo político, clave en toda democracia constitucional.

En esa perspectiva, adquiere gran relevancia la forma cómo se genera y ante quién responde el Tribunal Constitucional. Es cierto que la función del Tribunal es jurídica, pues tiene que fallar en derecho, esto es, justificar normativamente sus decisiones. Sin embargo, estas decisiones se producen en la frontera del sistema político. La legitimidad pública de la jurisdicción constitucional es, por esta razón, muy decisiva.

A ese respecto quisiera hacer una observación de carácter histórico.

Creo que el Tribunal Constitucional y en general la jurisdicción constitucional, y en eso recojo observaciones de Raúl Bertelsen, no tiene tradición en Chile. La Corte Suprema, en la Constitución de 1925, tenía una jurisdicción constitucional restringida, que ejerció con una especie de autorrestricción adicional muy fuerte. El Tribunal Constitucional del año 1970, creado en la Reforma Constitucional de fines de los años 60 —por lo menos ante la opinión pública— fue expresión de la profunda politización de la época. Cuando, por último, se trató de un serio conflicto de potestades entre el Congreso y el Presidente, el Tribunal se declaró incompetente. Cuando pudo haber contribuido a dar una salida jurídica a un conflicto político-constitucional, el tribunal fracasó.

En ese sentido, comparto la opinión de que se está afirmando en la conciencia jurídica chilena la conveniencia de que exista un Tribunal Constitucional que ejerza las funciones con la independencia con que las ha empezado a ejercer el actual Tribunal. Especial-

mente en el fallo sobre el Registro Electoral mostró un camino de argumentación que ha dado lugar, en el derecho comparado, a la jurisprudencia constitucional verdaderamente relevante. El puro análisis semántico de la Constitución jamás es suficiente para calar en su estructura normativa. La interpretación de la Constitución supone tener presente los criterios, principios y reglas que se estiman que son la parte inexcusable del orden político, sea quien sea quien está en el poder.

En cuanto al rol de la jurisdicción constitucional, quisiera efectuar un par de observaciones respecto de los tribunales que poseen competencia en esas materias.

Pienso que el Tribunal Constitucional debiera tener una especie de monopolio de la jurisdicción constitucional general. En otras palabras, la competencia constitucional compartida, que tiene un acento preventivo en el caso del Tribunal Constitucional, y un acento curativo respecto de la Corte Suprema, creo que puede dañar la homogeneidad de la jurisdicción constitucional.

En ese sentido, creo que las facultades generales de control constitucional, preventivas y a posteriori, podrían estar por completo radicadas en el Tribunal Constitucional. Aquí hay una serie de problemas técnicos no resueltos, especialmente cuando una ley ha sido objeto de control preventivo por el Tribunal. A este respecto, me parece que deben observarse dos criterios: el Tribunal Constitucional debe estar facultado para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley antes y después de su entrada en vigencia, con efectos generales, y, además, el control preventivo no debe impedir la revisión a posteriori, porque es una ilusión pensar que de la revisión preventiva de una ley puedan surgir todas las dudas acerca de su constitucionalidad. Muchos problemas surgen recién cuando las leyes son aplicadas.

Además, quisiera referirme al recurso de protección, tema que está íntimamente vinculado con el de la constitucionalidad. Mirado desde el punto de vista del derecho comparado y de la doctrina política se pueden presentar dudas respecto de la naturaleza del recurso de protección. Las Cortes de Apelaciones aplican directamente la Constitución para proteger muchas veces derechos que podrían estar cautelados por la legislación común (por ej., principio de no discriminación administrativa).

El recurso de protección fue una muy ingeniosa e inteligente creación jurídico-política, para que se desarrollara derecho administrativo sobre la base de las normas de la Constitución. En otras palabras, lo que ha hecho el recurso de protección es llenar un enorme vacío de nuestro derecho público. Y en ese sentido se ha creado, por una vía jurisdiccional basada en la Constitución, una protección contra los abusos de la administración. Usando las armas de la Constitución, se ha llenado el vacío que tiene nuestra jurisdicción administrativa y también la civil.

Así se ha llenado la laguna provocada por el recelo que han



tenido los propios Tribunales para juzgar materias administrativas. Una equivocada y extemporánea aplicación del principio de separación de poderes privó a los chilenos, durante décadas, de protección frente al gobierno y a los órganos estatales. La existencia del recurso de protección, con todo, no debiera inhibir el desarrollo de acciones propiamente administrativas.

Por último, respecto del origen del Tribunal Constitucional, quisiera hacer sólo una observación. No tengo escepticismo respecto de la generación que se podría llamar política de los miembros del Tribunal Constitucional. ¿Por qué razón? La función del Tribunal Constitucional está en el límite entre lo jurídico y lo político; una de las situaciones de mayor peligrosidad que puedo imaginar sería aquella en que el poder político, básicamente el Parlamento, estuviera en una posición de disputa permanente con el Tribunal Constitucional. Pienso que el hecho de que el Parlamento y el Presidente, esto es, los órganos políticos, participen en la generación de los miembros del Tribunal Constitucional, los vincula también a las decisiones del Tribunal. La distinción tan tajante, entre órganos jurisdiccionales de generación no política y los órganos propiamente políticos puede incluso perjudicar, en el largo plazo, las propias funciones del Tribunal Constitucional.

Coincido en este punto con el enfoque de don Teodoro Ribera, en orden a que la legitimidad del Tribunal Constitucional es una cuestión básica a la hora de juzgar cuáles son los límites y la naturaleza de su función.

Comentario del Sr. Sergio Diez\*:

A mí me parecen sumamente interesantes y valiosas las exposiciones que hemos oído sobre el Tribunal Constitucional; y concuerdo con los dos expositores que la materia es fundamental en el manejo de la jurisdicción chilena futura.

Estoy en desacuerdo con el expositor, en cuanto a poner en duda la legitimidad de origen del Tribunal. Creo que la legitimidad de todos los órganos del Estado no deriva sólo del juego de minorías y mayorías políticas, sino que también hay otras circunstancias que legitiman la autoridad. Por ejemplo, el que la Corte Suprema elija tres de sus miembros es, a mi juicio, democráticamente legítimo de origen, porque no puede haber organismo más legítimo que la Corte Suprema, cuyos miembros tienen treinta o cuarenta años de actuación judicial, cada uno de ellos ha recibido la sanción de presidentes de la República provenientes de los más distintos colores políticos.

De manera que la legitimidad democrática no reside solamente en haber sido elegido, sino hay también otras causales de legiti-

\* Abogado; Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Universidad Católica; Vicepresidente Fundación Chile.

dad. Y el llegar a ser ministro de la Corte Suprema es un origen democrático, y el encargarles a los ministros de la Corte Suprema la elección de miembros del Tribunal también es democrático.

Ahora, hay además en el concepto del expositor, que es muy inteligente y maneja muy bien los conceptos, el juego de las mayorías y de las minorías.

Nos da la impresión de que estamos hablando de juegos de mayorías y minorías políticas o ideológicas, y lo que quiere el constituyente del 80 es que el tribunal esté fuera del juego de las mayorías ideológicas y partidistas. Yo concuerdo con él en que nunca va a poder estar fuera de lo político; pero jamás lo jurídico está fuera de lo político, de manera que cuando un juez tiene que dictar un fallo tiene que mirar las consecuencias y los precedentes que va a crear su fallo y la bondad o no bondad de la disposición que está aplicando, de lo que él señala con mucha justicia, que la forma cómo debe juzgar el Tribunal Constitucional los problemas que a su conocimiento llegan, es la forma que cualquier tribunal de cierta jerarquía tiene que juzgar la aplicación de las disposiciones, sin que esto signifique que se esté abandonando el terreno de lo jurídico. Porque el terreno de lo jurídico tiene una amplia riqueza conceptual. Si la Constitución insiste en la formación jurídica es por separar lo jurídico de lo ideológico, lo jurídico de la política partidista.

En seguida, concuerdo con él en que es muy importante cómo funcionan las cosas para que los pueblos las acepten y se transformen realmente en instituciones que tengan una legitimidad efectiva frente a la opinión pública. Esta legitimidad efectiva en materia de disposiciones constitucionales proviene más del acatamiento y la aplicación de la norma que de la forma como se originó la norma. Si una Constitución es respetada, es aplicada y funciona, se transforma en una Constitución absolutamente legítima, aunque su origen no haya sido tal, porque es imposible que los pueblos hagan sus propias constituciones. De alguna manera tiene que hacerse una constitución.

En seguida, concuerdo con él en que en lo de la participación del Consejo de Seguridad Nacional no aparece tan clara la razón del constituyente. Y quiero imaginar la razón del constituyente. El Tribunal Constitucional, que tiene un carácter jurídico, que no quiere ni debe representar mayorías ni minorías ideológicas partidistas, debe también estar integrado por personas, que de alguna manera tengan la confianza, la aceptación y la vinculación con las Fuerzas Armadas. Eso puede resultar teóricamente discutible, pero las constituciones no son hechas para ser enseñadas, son hechas para que los países vivan con ellas, y por eso son importantes las constituciones prudentes y que son un "corte a la medida". Nosotros hemos tenido Fuerzas Armadas que, durante nuestra historia, han tenido desde luego fama de legalistas y en seguida no han sido corruptas, no se han dejado influenciar por las tendencias políti-

cas. Yo diría que son muy estables, y que han ido adquiriendo una tradición muy fuerte.

Ahora, el suponer que una persona que llega al cargo máximo de una de estas instituciones, después de recibir una formación y que son nombradas comandantes en Jefe por un presidente de la República, que tiene que analizar no sólo las calificaciones militares, sino una serie de consideraciones para nombrar a una persona de Comandante en Jefe de una institución, no va a llegar al Consejo de Seguridad Nacional a elegir a un hombre que ideológicamente represente a un sector o a otro, sino que no hay duda que ejercerá su cargo con esa prudencia que le da el mirar las cosas de afuera.

No creo que en el Tribunal Constitucional sea conveniente que las tendencias políticas estén ni directa ni indirectamente representadas, es cierto que habrá un representante del Presidente de la República, un abogado con una serie de condiciones de edad y de funciones que señala la Constitución, y habrá también un representante del Senado. Pero son dos, en un tribunal bastante más numeroso, de siete, entonces no van a ser como estos tribunales arbitrales en los cuales elegimos tres árbitros, uno por cada parte, y un tercero que es en realidad el árbitro.

Es bueno que en el Tribunal Constitucional no estén los abogados de las partes; creo además que la independencia con que las personas actúan no depende de la forma como son elegidas. Porque también se puede elegir por votación popular a alguien que no tenga ninguna independencia; de manera que creo que ello depende más de la condición moral de las personas. Y ante un Tribunal de esta jerarquía, estimo que el constituyente tiene razón al poner las limitantes para que el electorado los elija, directamente, o indirectamente. Este cuerpo va a ser elegido por la Corte Suprema, por la mayoría del Senado y por el Consejo de Seguridad Nacional.

Los cargos de representación popular van a estar en el Congreso, en el Poder Legislativo, en el Poder Ejecutivo, en las fiscalizaciones, etc., pero alguien tiene que tener el control supremo de la jurisdicción. Y pienso que el Tribunal Constitucional está básicamente bien elegido, me parece que si el Tribunal ha tenido la suerte de nacer ahora, como usted lo dice muy bien, y de tener fallos y hombres que lo prestigian, va creando su propio ámbito, su propia imagen, su propia personalidad. Se va creando a sí mismo ante la opinión pública; el Tribunal no va a nacer en la opinión pública en el articulado. El Tribunal realmente se va a afirmar en la opinión pública, en la medida que la opinión pública le vaya tomando confianza a lo que va haciendo el Tribunal. Y hemos tenido suerte. Hemos tenido suerte porque este Tribunal nació, empezó a operar a tiempo, está bien formado, tiene personalidad y, en consecuencia, va a lograr afirmarse más allá de algunas disposiciones de la propia Constitución.

En seguida, sobre la concentración del poder constitucional, o jurisdicción constitucional, ella me gusta como profesor de Derecho Constitucional; pero como político la encuentro de gran peligrosidad; porque vincula el Tribunal Constitucional a una serie de asuntos pecuniarios; supóngase que le entreguemos el conocimiento del recurso de protección al Tribunal Constitucional. En consecuencia, de alguna manera u otra, lanzamos y creamos en la opinión pública la idea, porque tenemos que darnos cuenta en política que las cosas tienen más importancia como se ven que como son, y si hay un fallo que diga relación con una suma cuantiosa en un recurso de protección, no faltará prensa que vincule al Tribunal Constitucional con los grupos económicos, con el poder o con la demagogia, etc., de manera que a mí no me parece conveniente vincular al Tribunal Constitucional en la concentración de la jerarquía de la Constitución.

No le puedo tener más cariño al recurso de protección. Lo presenté siendo diputado y no me lo admitieron a tramitación y lo volví a presentar siendo senador y lo insinué en las primeras reuniones de la Comisión de Estudios de la Constitución, así que no le puedo tener más cariño. Yo sé que como toda cosa nueva, va a crear una serie de dificultades en su desarrollo; bueno, todas las cosas vivas son así, es necesario que pasen por su infancia, por su adolescencia, sufran crisis, se modifiquen. Pero no sería partidario de concentrar la justicia constitucional en un sistema constitucional que jerárquicamente dependa del Tribunal Constitucional.

Le entregaría al Tribunal Constitucional quizá más atribuciones que las que tiene, pero en la línea de las que tiene. En la línea de ser el guardián no sólo del equilibrio de los poderes, sino de los gobernados frente a los gobernantes. Y generalmente se nos ha vendido la idea, por formación, por prensa, por universidad, que la defensa del gobernado se hace frente al Poder Ejecutivo, creo que la lección de Chile nos dice que quizá la defensa del gobernado sea más indispensable frente al Legislativo. Porque es frente a la ley donde tengo que defender al hombre, frente al aparato jurídico donde tengo que defender los valores del hombre.

De manera que a mí me parece que esa función de defender los principios del hombre, que en esta Constitución tratamos de que fueran fuertes, poderosos y amplios, y que tuvieran la fuerza para irse recreando y adaptando, sean protegidos por un organismo intachable y de gran prestigio frente a la opinión pública. Por ese motivo mi opinión personal es que no debería entregarse al Tribunal Constitucional materias que van a estar en tela de juicio de la opinión pública, distintas de esta función suprema que la Constitución está entregando.

## Comentario del Sr. Teodoro Ribera\* :

Quisiera hacer un pequeño comentario previo, comprometiéndome, eso sí, a contestar luego todas las preguntas que se formulen.

Es claro, y don Raúl Bertelsen tiene razón, cuando manifiesta que la teoría de Constant debe ser forzada para aplicarse en Chile, teniendo esto ya explicación, pues Constant la creó pensando en la figura de un monarca. Sin embargo, la teoría de Benjamín Constant tiene un núcleo esencial que hace posible que subsista en el tiempo y pueda ser extrapolada también a los sistemas republicanos de gobierno, tal como lo han hecho ciertos autores europeos. Su esencia está en la distinción entre poderes activos y poderes neutros, o de poderes activos y poder neutro. La circunstancia que la Constitución chilena de 1980 contemple una serie de órganos que no pueden ser encuadrados dentro de la división tripartita de las funciones del poder, hace imprescindible recurrir a alguna fundamentación doctrinaria para comprender su existencia y delimitar sus atribuciones. Decirles: Señores, ustedes llegan hasta aquí. De ahí para allá, ustedes hacen política, por lo que tienen que circunscribir su actuar. Por ello es que la teoría de Constant sea interesante para distinguir entre poderes activos y poderes neutros, como para entender cabalmente la existencia de ciertos órganos constitucionales.

Ahora bien, en cuanto al criterio sustentado por el profesor Bertelsen, que el Tribunal Constitucional ejerce una función netamente jurídica, disiento del mismo. El Tribunal Constitucional, por los argumentos dados en esta charla, no ejerce una función netamente jurídica, sino que jurisdicción constitucional, vale decir, una jurisdicción que se ubica en una zona donde confluyen el Derecho y la política. Esto dio pábulo a que se creara un Tribunal Constitucional y no se le dieran sus atribuciones a la Corte Suprema; que en su conformación participen altos magistrados de este último tribunal como otras personalidades, a las cuales si bien tienen que tener sólidos conocimientos jurídicos, se les exige que tengan experiencia en la vida pública o académica. Igual que en otros tribunales constitucionales del mundo, se busca estructurar una Corte Constitucional donde se reúna la experiencia judicial, la pública y los conocimientos académicos. Por tanto, no estoy de acuerdo con la opinión del comentarista, con que la función del tribunal es netamente jurídica. Creo que especialmente este tipo de tribunal no tiene que fallar con un criterio netamente jurídico, sino que tiene que sopesar las consecuencias políticas y tratar de arbitrar entre las partes. No falla sola-

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Doctor iuris utriusque, Julius Maximilians Universität, Würzburg, Alemania Federal; Abogado, Profesor del Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

mente; tiene que tratar de acercar posiciones, pues de lo contrario requeriríamos una tribuna con una conformación netamente jurídica. Los miembros del Tribunal, además, tienen que caracterizarse por ser personas que ven mucho más allá de la mera norma jurídica, que tienen que evaluar las consecuencias de sus fallos, e incluso no decirlo todo en sus sentencias, para así permitir la evolución política, decantando paso a paso los contornos jurídicos al actuar político. Esa es la función del tribunal.

Respecto de mis dudas sobre la participación del Consejo de Seguridad Nacional en la conformación del Tribunal Constitucional, debo reconocer, no obstante, que la actuación y calidad del tribunal han sido notables. Sin perjuicio de la limitación de las atribuciones del Tribunal Constitucional debido a las disposiciones transitorias de la Carta Magna, el tribunal se ha transformado en el principal órgano constitucional, desarrollando cabalmente sus funciones y ejerciendo un real control. El Tribunal ha establecido hitos y ha fijado límites tendientes a encauzar el desarrollo constitucional hacia una democracia plena.

También debe reconocerse, como incluso lo ha hecho cierta oposición, que ha sido la calidad y entereza de los miembros del Tribunal el elemento fundamental que ha influido en darle su actual prestancia. Cuando se creía, por algunos, que el Tribunal se subordinaría al Ejecutivo y al Legislativo, el Tribunal Constitucional se ha erguido como un baluarte de la constitucionalidad, como aquel que ha impulsado jurídicamente el proceso de transición hacia la democracia plena. Me refiero, con estas palabras, a ciertos fallos del Tribunal Constitucional donde éste ha ejercido sus atribuciones con altura de miras, con independencia, con gallardía. Valga como muestra la sentencia recaída sobre la Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones. Pero esta integridad de los miembros del Tribunal Constitucional no resta que tengamos que plantearnos qué pasaría si la misma no estuviera a futuro presente, si un Tribunal conformado de otra manera careciera de la virtud republicana indispensable para ejercer el cargo. Las constituciones y las leyes no se hacen para los tiempos buenos; se hacen para los malos, donde las tensiones constitucionales hacen flaquear la virtud republicana. Por ello es que se deben tomar todos los resguardos para preservar la calidad e independencia de los miembros del Tribunal Constitucional, como para fortalecer, además, su legitimidad democrática. Siendo ese un punto neurálgico de mi exposición, es que crea conveniente realizar, con espíritu crítico, un análisis de la participación del Consejo de Seguridad Nacional en la conformación del tribunal.

Señor Raúl Bertelsen:

En cuanto a la composición e integración del Tribunal, de lo dicho por don Sergio Diez, creo que podríamos acuñar una fórmula satisfactoria.

El Tribunal Constitucional debiera reflejar las mejores tradiciones republicanas chilenas, que no son sólo aquellas específicamente democráticas, que emanan de la voluntad popular, sino de aquellas instituciones que tienen realmente un prestigio ganado a través de las generaciones.

Desde este punto de vista, creo que es indiscutible que una intervención en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, de instituciones como la Corte Suprema, las Fuerzas Armadas, junto a instituciones que también tienen su prestigio institucional, como el Presidente de la República o el Senado, es una fórmula bastante equilibrada. Yo, aunque manifesté ciertos reparos al origen electivo de los órganos colegisladores de los miembros del Tribunal Constitucional, de ninguna forma los excluí completamente.

Cuando formulé una crítica a la Constitución española de 1978, lo hice en el sentido que considero peligroso que la mayoría de los ministros o de los integrantes del Tribunal Constitucional tengan su origen en los órganos colegisladores, porque creo que pudiera darse una supeditación que de ninguna forma debiera ser admisible, a una mayoría política. En los órganos colegisladores tiene que haber una mayoría política, y esa misma mayoría política pudiera reflejarse en la integración del Tribunal Constitucional.

En cuanto a lo de función jurisdiccional, efectivamente la hay. Es difícil deslindar lo jurisdiccional de lo político, pero existe una diferencia entre decidir algo en base a criterios jurídicos, si bien ejercitados con prudencia política, que es lo que debe esperarse de un Tribunal Constitucional, a actuar en base a criterios políticos buscándoles un ropaje o una apariencia jurídica.

Lo primero es lo que a mi juicio debe buscarse en un Tribunal Constitucional; por ello debe estar conformado por hombres de gran criterio y experiencia jurídica, pero naturalmente prudentes, prudentes para no perder de vista las consecuencias políticas que pueden tener sus decisiones. Por lo demás, creo que todo juez no sólo debe tener formación jurídica, sino debe tener prudencia a la hora de juzgar; juez civil, juez penal, juez de policía local.

Esto, a mi parecer, explica que el Tribunal Constitucional, que es una jurisdicción con todas las peculiaridades que tiene una jurisdicción constitucional, no es, aunque puede ser muy atractiva su existencia, un poder neutro moderador. Pero eso es un poder político, poder político que puede remover gobernantes, designar nuevos ministros, anticipar la disolución de la Cámara de Diputados, pedir la renuncia de los ministros, es decir, algo distinto a lo que hace un Tribunal Constitucional.

Y, por último, aclarar que no he afirmado con plena convicción la necesidad de concentrar toda jurisdicción constitucional en el Tribunal Constitucional. Sí creo que debe estudiarse una forma para permitir en Chile que la Corte Suprema no sea absorbida por la jurisdicción constitucional que ha surgido con motivo del desarrollo, para algunos excesivo, del recurso de protección, porque efecti-

vamente no hay que olvidar que la Corte Suprema tiene otras atribuciones, tanto o más importantes, que fallar en apelación los recursos de protección provenientes de las Cortes de Apelaciones. Y hay otras vías. Formar salas: una sala en lo Civil, una sala en lo Penal, una sala de Derecho Público en la Corte Suprema. Sé que esto no es muy atractivo, incluso para los miembros de la Corte Suprema, pero es una fórmula que no debiera ser desechada y que cuenta con un buen funcionamiento en otros países.

Señor Teodoro Ribera:

Me voy a referir solamente a determinadas materias que fueron tratadas principalmente por el profesor Bertelsen.

Aparentemente irradié una visión muy negativa o desconfiada del futuro. Todo lo contrario, confío especialmente en el futuro del Tribunal Constitucional y quiero resaltar nuevamente la labor que ha desarrollado en el pasado. Sin embargo, insisto que el estudio de una Constitución no debe realizarse sobre la base de que tenga o no fortuna en su aplicación, sino que contemplando reglamentaciones para que ciertos males no se presenten o sus efectos se atenúen. Cuando todo funciona bien, señores, no necesitamos de una Constitución, sino que cuando el sistema político-jurídico funciona mal; cuando alguien aspira a más poder del que tiene. Por ello es que recalco que debemos tratar que el Tribunal Constitucional tenga aún una mayor independencia, pues no se puede confiar exclusivamente en la calidad de los ministros que hoy ocupan tales funciones, pero que quizás en el futuro ya no estén. La calidad personal es un elemento determinante, pero más allá de eso tenemos que precaver que posiblemente con posterioridad no esté presente.

Por otro lado, y quizá me expresé en una forma que indujera a error, no me interesa elevar a calidad de dogma la absoluta legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, principalmente porque esto puede conducir a una verdadera comercialización de los cargos entre los grupos políticos y que la calidad del Tribunal decaiga en demasía. En todo caso, la legitimidad democrática es un elemento que debemos tener presente, pues esta Corte Constitucional inviste una doble calidad: Tribunal y órgano constitucional.

Considero también necesario separar o distanciar a la Corte Suprema del Tribunal Constitucional. Si bien es conveniente que la Corte Suprema participe en la designación de tres de sus miembros para que integren el Tribunal Constitucional, sería mejor que estos ministros dejaran de serlo del órgano elector, dedicándose exclusivamente a su nueva actividad. De esta manera, el Tribunal Constitucional adquiriría un carácter más permanente. Además, constituye una exigencia inhumana que estos tres ministros no sólo deban realizar sus actividades cotidianas en la Corte Suprema, sino que tengan que dedicarle también trabajo a otro órgano jurisdiccional. Es oportuno, por tanto, exigirles lo uno o lo otro, pero no más.



En cuanto a lo planteado sobre la legitimidad democrática y lo expresado por los comentaristas relativo al juego de mayorías y minorías, es necesario recalcar que éstas existen más allá que las queramos o no reconocer. Lo que deseo resaltar, es el peligro que las mayorías pretendan utilizar al Tribunal Constitucional para darles un sello de legalidad a sus decisiones arbitrarias e incluso inconstitucionales. Esto se puede precaver aumentando los quorums, obligando así a que las mayorías y minorías busquen personas de consenso que a todos den garantía.

En lo que respecta a la participación de los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros en la elección de dos miembros del Tribunal Constitucional a través del Consejo de Seguridad Nacional, estoy totalmente de acuerdo con lo expuesto en cuanto al carácter legalista de estas instituciones. Sin embargo, considero necesario separarlas de todas aquellas materias que puedan conducir las o inmiscuir las en la lucha política. Si esto no es estrictamente necesario, es mejor prescindir de su participación.

Sobre el tema de la legitimidad, debo resaltar, por su importancia, lo que señaló el profesor Enrique Barros. El problema de la legitimidad no es solamente dar el sello democrático al Tribunal, sino que concederle también el respaldo social necesario.

Deseo terminar mis palabras manifestando que confío en el Tribunal Constitucional chileno, el que hasta el momento ha realizado una labor interesante y constructiva. El Tribunal se ha erguido como un órgano soberano y autónomo, con una gran independencia frente a los que participan en su conformación. Con todo, insisto, sostengo que es posible realizar modificaciones tendientes a resguardar aún más su integridad y calidad.