

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA OBJECION DEMOCRATICA

*Fernando Atria Lemaitre**

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Talca

I. INTRODUCCION

Normalmente, muchos de los defensores del Tribunal Constitucional en nuestro país razonan de una manera relativamente cercana a la siguiente:

La democracia consiste en la protección de los derechos de las minorías. Para ello, precisamente, se han asegurado en la mayoría de las constituciones del planeta catálogos de derechos de las personas. Estos derechos no pueden ser violados ni modificados por el Parlamento, salvo que éste cuente con la mayoría suficiente para reformar la Constitución. Como ésta es un quórum muy alto, normalmente no podrá reformarse para oprimir a las minorías. Por tanto, la existencia de una Constitución es útil en la medida en que ella constituye una limitación real al ejercicio que la mayoría hace del poder. Deben existir mecanismos a través de los cuales los miembros de la minoría puedan hacer entrar en marcha el aparato constitucional en contra de la mayoría, y debe haber *algo* (un órgano, normalmente) con poder suficiente para imponerse a la mayoría y evitar que ésta oprima a la minoría. Ese algo es el Tribunal Constitucional.

El objetivo de este trabajo es estudiar esta afirmación: descubrir cuales son los más importantes supuestos conceptuales e históricos que exige, y qué tienen que ver éstos con nuestra cultura jurídica. Por último, deseo proponer algunas conclusiones que eviten las objeciones democráticas de un poder como el Tribunal Constitucional pero que satisfagan el atractivo intuitivo de la tesis recién presentada, que denominaré, para simplificar, "tesis de la supremacía".

* Agradezco los comentarios que a un borrador preliminar de este artículo me hiciera el profesor Carlos Carmona.

II. LA OBJECION DEMOCRATICA

Pretendo examinar la tesis de la supremacía a la luz de la siguiente objeción: "En un Estado democrático es necesario que, en lo que se refiere al arreglo de las instituciones y a la distribución del poder, alguien tenga la última palabra. Lo que precisamente define a la democracia es que tal supremacía la detenta un órgano representativo, de generación popular. No puede el Tribunal Constitucional tener poder sobre el Poder Legislativo". Esta crítica, formulada de un modo tosco (por ahora), será denominada en lo sucesivo la "objeción democrática".

En esta parte intentaré exponer los razonamientos conceptuales y empíricos a través de los cuales se ha pretendido responder, por los partidarios de la tesis de la supremacía, la objeción democrática.

1

En primer lugar, hay un modo seductoramente simple de responder a esta objeción. Consiste en sostener que la Constitución, esto es, los derechos consagrados en ella (nuestro capítulo tercero, especialmente el art. 19)¹, han sido dictados por los máximos detentores de la soberanía (el pueblo).² En consecuencia, cuando un tribunal dice que el Poder Legislativo no puede dictar la norma X, no es el tribunal en cuestión el que detenta el poder, sino sólo actualiza el poder constituyente, democrático por excelencia. Para facilitar esta exposición, llamaré a esta respuesta "tesis de la respuesta correcta demostrable".

¹ Aunque la doctrina sostiene que la Constitución contiene otras disposiciones, en el presente trabajo me referiré a "la Constitución" entendiéndolo por tal sólo su parte *garantística*.

² Podría responderse a esto que ello no fue así, en Chile. No me interesa este tema, aunque no es indiferente. La reforma constitu-

A mi juicio, la concepción de la función de un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1980 es la descrita por la tesis de la respuesta correcta demostrable. Así se desprende de la lectura de su art. 81: de los 7 miembros, 3 son ministros de la Corte Suprema y 1 debe tener una larga trayectoria como abogado: El constituyente de 1980 creía que para ser un buen juez constitucional había que haber tenido experiencia como juez, y que este requisito era más importante que la representatividad política (de los mismos siete, sólo dos son designados por el Presidente y el Parlamento, uno cada uno).

Como ya está dicho, no me interesa evaluar la corrección histórica de esta última afirmación. Sólo por los fines del argumento aceptaré que ella no es cuestionable. Me interesa, ahora, solamente destacar los supuestos conceptuales de esta opinión.

Sostener que el Tribunal Constitucional no detenta más que un poder de *actualización* de la Constitución es muy similar a sostener que los tribunales ordinarios no detentan sino un poder de *actualización* de la ley. En otras palabras, parece que no puede pensarse que el Tribunal Constitucional es sólo *la boca de la Constitución*, a menos que uno sostenga que esa es una correcta descripción de la actividad jurisdiccional en su globalidad, tesis que está hoy totalmente pasada de moda.

Lo que esto quiere decir es que, al menos en principio, una caracterización conceptual de la labor jurisdiccional-constitucional depende de una teoría más amplia de la adjudicación. En consecuencia, quisiera decir dos cosas sobre este último tema.

El modelo tradicional sobre el cual se ha levantado la tesis de respuesta correcta demostrable ha sido el de la *xégesis*. Hoy, sin embargo, nadie reconoce en éste una teoría aceptable de lo que hacen los jueces cuando resuelven casos (al menos los llamados *dificiles*).

cional de 1989 parece debilitar seriamente esta objeción. Sin embargo, creo que este hecho (la generación antidemocrática de la Constitución de 1980) tiene importantes implicaciones en cuanto a métodos de interpretación constitucional. No puedo extenderme aquí sobre esta materia, pero creo que la más importante de ellas es que debilita (yo diría: destruye) el argumento *histórico*, en tanto éste recurre a las *actas constitucionales*, que reflejan una discusión que sólo por casualidad representa (si lo hace) la voluntad popular.

Uno de los debates más interesantes que en el último tiempo ha ocupado a la filosofía o a la teoría general del derecho es precisamente el de la función judicial. Como ya es un lugar común recordarlo, este es precisamente el punto en el cual la sólida y elegante doctrina de H.L.A. Hart³ recibió la importancia crítica de R. Dworkin⁴. Mi opinión, sin embargo, es que cualquiera que sea la posición que uno adopte en este debate es necesario abandonar la solución a la objeción democrática que se viene estudiando.

Creo que es importante tocar este tema, por cuanto una confusión muy grave ha afectado a la recepción en Chile de las tesis de este último autor en lo que se refiere a lo que tiene mayor relevancia para este trabajo: su tesis de la respuesta correcta (*right answer thesis*). Quiero, en consecuencia, analizar el impacto que sobre la tesis de la respuesta correcta demostrable tienen las teorías de Hart y de Dworkin, para luego afirmar que, aun cuando se acepte la de este último, la tesis de la respuesta correcta demostrable es insostenible (en otras palabras, sostendré que nada hay más lejano de la tesis de la respuesta correcta que la de la respuesta correcta demostrable).

Según Hart, las reglas jurídicas, formuladas a través de las palabras de los lenguajes comunes (naturales), tienen, como esos lenguajes, un área de lo que él llama *textura abierta*⁵. Esto quiere decir que en ciertos casos las reglas no señalan una solución clara a un determinado problema. En estos casos los jueces tienen lo que él denomina *discrecionalidad*. En otras palabras, pueden fallar en un sentido u otro (o en más de dos: en cualquiera de los sentidos que la regla deja abiertos), sin

³ Véase HART H.L.A., *El Concepto de Derecho* [1960], traducción de Genaro Carrió. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1977.

⁴ Véase DWORKIN, "El Modelo de las Reglas (I)" [1967], en su *Los Derechos en Serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 61-101. Este artículo aparece también, con modificaciones menores, en DWORKIN, Ronald (ed.): *La Filosofía del Derecho* [1977], traducción de Javier Sáinz. Ed. FCE, México, 1980, pp. 75-127.

⁵ Carlos Carmona me llamó la atención sobre el hecho de que en Derecho Administrativo esa *textura abierta* es más común de lo normal (y de lo que los jueces creen). En efecto, los llamados *conceptos jurídicos indeterminados* son precisamente fuente de discreción por presentar casos paradigmáticos de lo que Hart llamaría "textura abierta del derecho".

violar tales reglas. En definitiva, lo que Hart sostiene es que en los *casos difíciles* el juez no está obligado a fallar en un sentido: tiene *discreción*⁶.

Cuando Dworkin objetó el uso del concepto de *discreción* hecho por Hart, introdujo importantes elementos en la arena. Según él, como es sabido, los jueces no sólo deben respetar las reglas de derecho, sino también lo que él denomina *principios*, esto es, "un estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad"⁷. Según Dworkin, cuando las reglas son insuficientes para solucionar un problema jurídico, el juez siempre encontrará principios, por lo cual él nunca será libre para fallar según otras reglas: deberá fallar conforme a las reglas del caso, y si ellas no bastan, conforme a los principios del sistema jurídico respectivo que sean pertinentes al caso.

Como está dicho, creo que muchas de las ideas de Dworkin han sido malentendidas por una persistente confusión en torno a su concepto de "respuesta correcta". Algunos de estos malentendidos son pertinentes en esta discusión. En efecto, cuando Dworkin dice que los jueces no tienen *discrecionalidad*, no quiere decir que su función sea concebida por él a la manera de los exégetas. Quiere decir, según lo entiendo, que el juez no se libera de su obligación de fallar conforme al derecho al constatar que su caso no es resuelto por la regla que debería hacerlo. Como él dice, "nuestros jueces prestan mayor atención a las llamadas fuentes convencionales del derecho (...) de lo que les permite (la teoría de Hart)"⁸. La descripción de Dworkin sostiene que los jueces son responsables de sus fallos aun cuando se trate de un *caso difícil*. En éstos, lo que *Hércules* debe hacer es interpretar los principios del sistema para proveer una solución. Como esto es recurrir a estándares que se encuentran en los límites que separan (si lo hay) la moral del derecho, el resultado puede ser mucho más controvertido, aunque no por esto deja de ser, desde el punto de vista del juez que la dicta, *la respuesta correcta*⁹.

⁶ Véase HART, *op. cit.*, especialmente el capítulo VII, pp. 155 ss. Lo dicho, naturalmente, no quiere decir que para respetar otras reglas los jueces no estén obligados a fundamentar adecuadamente sus fallos.

⁷ *Op. cit.*, p. 72.

⁸ DWORKIN, *El imperio de la Justicia* [1986], traducción de Claudia Ferrari. Ed. Gedisa, Barcelona, 1988, p. 100.

⁹ En la conferencia que dictó en la Universidad Diego Portales, el día 15 de diciem-

bre de 1993, el propio Dworkin se refirió a este tema: El dijo estar sorprendido de que la tesis de la respuesta correcta hubiera suscitado tanto interés, por cuanto ella es, en la práctica, *trivial*. No dice que hay una respuesta y que ella es demostrable. Sólo dice que cuando una persona dice "yo creo que la respuesta a este caso es A", no puede decir al mismo tiempo "yo creo que este caso no tiene respuesta". Los abogados y los jueces, sin embargo, suelen formarse opiniones aun en los más difíciles de los casos (es decir, sustentan la primera proposición). En consecuencia, ellos no pueden afirmar al mismo tiempo la segunda tesis. Esta es (como lo reconoció en esa conferencia el propio Dworkin) la misma objeción que en filosofía se ha levantado en contra del relativismo ético: nadie puede decir que una cosa es buena si cree al mismo tiempo que *nada* es bueno o malo. De esto no se sigue, ni en la ética ni en el derecho, que haya un modo de verificar si la respuesta es o no correcta, de la manera en que sí lo hay para saber si el resultado de una operación matemática es correcto. La respuesta correcta no tiene una función evaluadora en este sentido; por ello su utilidad práctica es nula, y en este sentido es trivial. El interés de Dworkin al alegarla es otro: *la legitimidad de la decisión*. Si ninguna respuesta es correcta, ninguna es incorrecta tampoco (o, dicho de un modo más estricto: ninguna de las posibilidades no excluidas por el tenor literal es incorrecta). Esto demuestra que, si bien, como está dicho, la utilidad práctica de la tesis es nula, no ocurre lo mismo con su utilidad *teórica*. Pero esto ya no tiene nada que ver con la implausible tesis de la respuesta correcta demostrable.

Es por esto que la tesis de la respuesta correcta demostrable fracasa: supone lo que es falso, esto es, que los jueces (y el Tribunal

Constitucional, como uno de ellos) no detentan un poder autónomo, sino que sólo aplican el poder del legislador (o constituyente). Si eso fuera así, deberíamos adherir a la explicación exegética. En este caso sería correcto decir que legitimar al que dicta la norma general y abstracta es legitimar, *por accesión*, al que la actualiza. Al contrario, como la actualización de una regla abstracta no es un proceso matemático, el que lo realiza tiene *poder autónomo*.

Cambiando los términos, podemos decir entonces que el Tribunal Constitucional tiene *poder político autónomo*. En un sistema democrático el poder político lo detentan los representantes de los electores. Esto parece reforzar la objeción democrática.

En efecto, ya no parece tan claro que lo que el Tribunal Constitucional haga sea sólo interpretar lo que el constituyente dijo hace 12 años, sino solucionar (entre otras) casos difíciles recurriendo a argumentación que muchas veces no es propiamente jurídica, sino también depende de ideologías y concepciones morales.

2

La segunda manera que deseo examinar aquí a través de la cual puede un Tribunal Constitucional sortear la objeción democrática, asume que éste tiene un poder que no se explica y legitima sólo a través de la legitimación de la Constitución.

Esta tesis insiste en lo necesario que este órgano resulta para un sistema democrático, a la luz de la tesis de la supremacía. Reconoce también que, como el poder que detenta es muy grande y no de mera actualización, requiere una justificación adicional. Esta viene dada por los siguientes elementos.

a) La generación

En un sistema democrático no se requiere que todo órgano que detente poder sea electivo. Es posible que muchos de ellos sean generados por otros, a su vez generados democráticamente. Un Tribunal Constitucional puede obtener legitimidad de origen a través de un procedimiento de generación al cual concurren el Presidente de la República y el Parlamento, que sí son de generación claramente democrática.

Esta es la razón que explica la modificación propuesta por el Ejecutivo al Congreso con fecha 1 de junio de 1992. En efecto, de aprobarse este proyecto, la composición del Tribunal Constitucional pasará a ser predomi-

nantemente generada por los poderes democráticos¹⁰.

b) La independencia

La importancia de este punto es clave, como la propia tesis de la supremacía lo deja ver. En efecto, ésta insiste sobre el hecho de que el órgano que le corresponde interpretar la Constitución debe buscar el *sentido* de ésta, con prescindencia de las opiniones interesadas sobre el tema.

En efecto, una de las más fuertes críticas que, a mi juicio, merece el actual Tribunal Constitucional chileno se refiere precisamente a este punto. En muchas ocasiones el fallo del tribunal es perfectamente predecible conforme a la ideología de sus integrantes.

Exigir independencia al Tribunal Constitucional es exigir que éste no sea un suprapoder que coincida sistemáticamente con las opiniones de la oposición. Si con las de alguien tiene que coincidir, debe ser con las mayorías parlamentarias. Esto, que puede sonar chocante, será considerado más adelante. Por el momento, baste decir que lo que se necesita es alguna especie de *teoría de la deferencia judicial* aplicada al Tribunal Constitucional.

Como es común, sin embargo, esta importante característica presenta una gran cantidad de aspectos, algunos de los cuales son los siguientes:

(i) *Independencia orgánica*. Este es el más evidente. No puede pretenderse que un tribunal juzgue a alguien si ese alguien es superior jerárquico del juzgador. Lo que este punto destaca es que no es posible que haya entre el juzgado y el llamado a juzgarle una relación de subordinación de éste a aquél. Creo que no vale la pena insistir en este tema, especialmente considerando que hay muchas formas mucho más insidiosas de dependencia.

(ii) *Independencia funcional*. En este término incluyo una serie de otras condiciones de independencia. Para funcionar de modo independiente se requiere prestigio de los integrantes, prestigio que les permita emitir una opinión impopular. Esto es importante toda vez que si se pretende justificar la controvertible existencia de un Tribunal Constitucional sobre la base de la tesis de la supremacía, es necesario que los miembros de este órgano se opongan (o que puedan oponerse) a la ma-

¹⁰ Nótese, sin embargo, que este saludable hecho ya disminuye el atractivo de la tesis de la supremacía.

yoría, cumplidas que sean las demás condiciones (si éstas no se cumplen, la oposición entre la mayoría y el Tribunal Constitucional debería solucionarse en desmedro de éste).

(iii) *Insularidad política*. Aunque el nombre es ambiguo y elusivo, este es el punto sobre el cual quiero detenerme. Llamaré *insularidad política*¹¹ al hecho de que en el ejercicio de sus potestades las cortes no tengan un compromiso ideológico. Esta definición es débil. En efecto, parece que para interpretar adecuadamente la legislación civil es necesario tener un cierto compromiso interno con la ideología jurídica que sustenta el Código Civil (autonomía de la voluntad, santidad del contrato, etc.). Esto es discutible, pero no me interesa detenerme en esto. Si nuestro objeto es la jurisdicción constitucional, el tema es mucho más simple. La insularidad política sólo exige que la corte que ejerza jurisdicción constitucional no esté comprometida con una de las dos visiones ideológicas en pugna. Las disputas ideológicas en una democracia deben zanjarse a través de mecanismos representativos.

Al igual que la mujer del César, no basta que el tribunal sea *insular*. Es necesario que también lo parezca. En esta parte me interesa formular algunas cuestiones preliminares para después analizar dos casos ejemplares que demuestran el hecho de que no hay en Chile insularidad judicial.

Naturalmente, la mejor manera en la cual un juez puede demostrar su insularidad es dando a conocer las razones por las cuales decidió un caso. Si el perdedor puede entender que perdió no porque el tribunal estuviera ideológicamente coludido con la contraparte, sino que (por las *buenas* razones dadas en el fallo) aquél le dio más peso a las de ésta, es probable que acepte el resultado de la lid. Al contrario, si en el fallo no están las razones verdaderas, el perdedor tiene derecho a considerar que su derrota se debe, precisamente, a razones *inconfesables*. Lo que esta idea enfatiza es que se requiere también una adecuada fundamentación de las resoluciones dictadas por el tribunal, que demuestre que ella no obedeció a un impulso o capricho de la mayoría (o a una colusión ideológica con alguna de las partes).

Para ello, el tribunal debe fundamentar su respuesta lo suficiente no para que el vencido cambie de opinión, sino para que éste acepte

la decisión como resultado de *buena fe* de las razones que en él se exponen. No estimo que nadie pueda creer que la razón de *fondo* que motivó a la Corte Suprema a aceptar el recurso de inaplicabilidad interpuesto por Colonia Dignidad en contra de los artículos 558 y 561 del Código Civil sea el mero hecho de que la Constitución de 1980 no hubiera mantenido el antiguo¹². En este caso, la deficiente justificación de la decisión adoptada por la Corte lleva a que las personas se pregunten cuál fue la *razón* por la que falló en ese sentido. Y ésta es la más insidiosa fuente de dependencia.

En efecto, aun cuando en los hechos el Tribunal no sea dependiente, el descrédito público que provoca al fundar sus soluciones de este modo es suficiente para poner en duda su conveniencia. En definitiva, la constitucionalidad de las normas sometidas a su decisión no parece estar determinada por razones jurídicas importantes, sino por (en el mejor de los casos) caprichos de sus integrantes, o (en el peor de ellos) por sus opiniones políticas.

Esta segunda manera de defender al Tribunal Constitucional de la objeción democrática, en consecuencia, supone (además de la generación democrática, que es un problema convencional, y de la independencia orgánica, que también lo es), independencia *funcional* e *insularidad política*. Estas dos cuestiones no son convencionales en el mismo sentido que las anteriores. A mi juicio, por el contrario, son las que impiden solucionar este problema.

En efecto, para que haya independencia funcional es necesario que el Tribunal tenga *auctoritas*. Esta institución, como es sabido, la hemos copiado de los Estados Unidos, como muchos (por no decir la mayoría) de los sistemas jurídicos occidentales después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, las condiciones de ese país son diferentes de las

¹¹ El término es de Owen Fiss, "El grado adecuado de independencia", de próxima aparición en *Derecho y Humanidades*.

¹² El considerando clave en el razonamiento de la Corte para concluir como lo hizo, a mi juicio, es el 19, que sostiene que "es conclusión forzosa que la eliminación en la Constitución de 1980 de la facultad que la Constitución de 1925 otorgaba al Presidente de la República de cancelar las personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, fue para privarlo de esa facultad" (destacado agregado). A continuación agrega: "y porque fue eliminada de la Constitución esa facultad, es obvio que constitucionalmente carece de ella". Véase Correa, Rodrigo, "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el Recurso de Inaplicabilidad Interpuesto por Colonia Dignidad", en 2 *Derecho y Humanidades* (1993).

nuestras. Y diferentes no trivialmente, sino en ciertos sentidos relevantes para el problema con el que tratamos.

En efecto, la potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos como Tribunal Constitucional se afirmó en la resolución del caso *Marbury vs Madison*, en 1803. El modelo que copiamos tenía, cuando lo hicimos, más de 160 años de funcionamiento ininterrumpido. Nuestra tradición continental siempre ha sido recelosa del poder de los jueces (no ha estado muy errada en esto, como lo ha demostrado la historia reciente), y se pretendió, de la noche a la mañana, entregarle el *poder máximo*. Esto no podía sino generar problemas.

Sin embargo, es obvio que toda institución antigua en algún momento fue joven, por lo que este argumento no es decisivo. Por lo demás, hoy hay países con sistemas continentales que tienen tribunales constitucionales con un gran prestigio.

Creo que lo que he llamado *insularidad política* puede contribuir a crear independencia funcional, *auctoritas*. Por ello no es raro que los sistemas insulares la tengan, ni que la tengan también algunos sistemas continentales (como Alemania). En tales sistemas, el rol del juez tiene un prestigio inimaginable entre nosotros, y por ello es razonable que detenten un poder mayor.

El tema, en consecuencia, es lo que he llamado *insularidad política*. Como ya está dicho, esto quiere decir que al fundar sus resoluciones, el Tribunal debe estar en condiciones de explicar, de un modo convincente, cuáles fueron sus razones para fallar como lo hizo. Y que éstas sean buenas razones.

Supuesto imprescindible para este tipo de independencia es el desarrollo dogmático de los conceptos constitucionales. En otras palabras, el desarrollo de un aparato dogmático que constituya una especie de credo común a las personas involucradas, y dentro del cual se encuentren soluciones y, más importante, *modos autorizados de solucionar* casos difíciles. Ninguna de estas cosas existe en Chile. No tenemos una importante tradición publicista, al menos modernamente (aunque sí puede decirse que la hubo en el pasado). Los avatares sufridos por el tema clave de interpretación constitucional son a mi juicio indiciarios de los problemas a que me refiero.

Sólo ahora último algunas personas se están ocupando de este problema. Hasta hoy, los órganos con jurisdicción constitucional han funcionado con criterios civiles para interpretar la Constitución. Esto es obviamente absurdo. Basta, por ejemplo, pensar en la importancia que el argumento a *contrario* tiene en

materia civil y preguntarse si su uso es válido en materia constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene la labor de interpretar la Constitución (cosa que nadie sabe muy bien cómo se hace), e interpretarla en un capítulo (el tercero) especialmente oscuro para nosotros. Aunque muchos tenemos importantes intuiciones *morales* en torno al significado de los derechos garantizados, lo cierto es que, si uno elimina de todos los libros de derecho constitucional nacionales (al menos todos los que conozco) las referencias y citas de la comisión Ortúzar, queda sólo un conjunto de trivialidades tales como "la igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales". Tampoco ha habido en nuestro país un desarrollo jurisprudencial sistemático de las garantías constitucionales. Tal evolución, por el contrario, ha estado vinculada fundamentalmente a solucionar problemas políticos desde una óptica conservadora, y por lo general identificada con las ideas de derecha (el caso de los Contratos-Ley o de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo es ejemplar en este punto).

En otras palabras, lo que se pretende es que el Tribunal Constitucional haga algo que no se sabe bien cómo se hace, que trabaje con textos que no se sabe bien qué dicen, y que lo haga bien.

Lo anterior es más grave si se repara en el hecho de que la única doctrina actual publicista más o menos sistemática es la que se ha elaborado desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que es profundamente antidemocrática y que, con la excusa de defender los derechos de las personas, parece tener como objetivo desnudar al Estado (nulidad de derecho público, regla de clausura del derecho público, responsabilidad patrimonial del Estado, derecho de dominio¹³).

¹³ No puedo, en este contexto, justificar totalmente esta afirmación. Pero sí enumerar sus consecuencias: aceptar la tesis de la nulidad de derecho público implica sostener que, como Allende había actuado fuera de la Constitución (según la interpretación que el Ejército hizo de ésta), el Golpe de Estado no sólo no era contrario a la Constitución, sino que la cumplía escrupulosamente. Aceptar la tesis de la regla de clausura del derecho público implica sostener (entre muchas otras cosas poco plausibles) que todos los Contratos-Ley son nulos, por cuanto el Parlamento no estaba *expresamente* autorizado para dictarlos (los defensores de esta tesis siempre defendieron la validez de los Contratos-Ley sobre la base del derecho de dominio, aparentemente sin darse

III. UN EJEMPLO

Creo que muchos de los fallos del Tribunal Constitucional demuestran que éste carece de este tipo de independencia. Cuando las resoluciones corresponden a temas políticos, las razones no aparecen en ellos. Como justificar totalmente esta afirmación necesita de un libro dedicado a ella, quiero ejemplificarla con el siguiente caso:

En enero de 1992 un grupo de parlamentarios opositores concurrió al Tribunal Constitucional haciéndole presente una serie de inconstitucionalidades de las cuales adolecía, a su juicio, el proyecto de ley orgánica constitucional de Municipalidades. En lo que nos interesa, el problema era el siguiente:

El proyecto permitía a los candidatos a concejales celebrar pactos entre sí para conformar listas electorales, cuyo más importante efecto es que permiten a dos o más candidatos aprovechar los votos de otros de su misma lista. El proyecto, sin embargo, iba más allá, y permitía lo que él llamaba "subpactos electorales", es decir, pactos entre dos o más integrantes de una misma lista, con el objeto de beneficiarse mutuamente frente a los demás integrantes de la misma lista¹⁴.

El problema que ahora interesa se planteó porque el proyecto establecía, como requisito habilitante para celebrar un subpacto, el hecho de pertenecer a un partido político, de modo tal que los candidatos independientes no podían celebrar subpactos electorales, con una sola excepción: que los celebraran entre sí.

cuenta de que para ser dueño de X es necesario adquirir X de un modo amparado por el sistema jurídico, lo que no era el caso si se aceptan las tesis de la nulidad y la regla de clausura del derecho público); aceptar la tesis de la responsabilidad patrimonial del Estado, con la amplitud que se le da, implica acabar con la función social de la propiedad. Por último, el crecimiento canceroso del derecho de dominio, que lleva a confundirlo con la titularidad de los derechos, es profundamente inmovilizador.

¹⁴ Así, por ejemplo: supóngase que a una elección se presentan los candidatos A, B, C D y E, A, B y C pueden celebrar entre sí un pacto formando la lista 1 (y D y E pueden, naturalmente, hacer lo mismo para formar la lista 2), de modo tal que sus votos se sumen para los efectos de calcular la correspondiente cifra repartidora. Pero, conforme al proyecto, A y B podían, entre sí, al interior de la lista 1, celebrar un subpacto, de modo tal que sus votos se sumaran frente a los de C.

Algunos parlamentarios de la oposición consideraron que esto era una clara violación del art. 18 de la Constitución, que establece que una Ley Orgánica Constitucional "garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos".

La argumentación que sostuvo el Gobierno alegaba que la realización de pactos implica un acuerdo en ciertas líneas o ideas importantes, acuerdo que deja un amplio margen para diferencias. Sin embargo, sostenía el oficialismo, la realización de subpactos implica una especificidad estricta, es decir, una definición ideológica muy acotada. Si (por ejemplo) en un pacto entre dos partidos políticos de derecha ingresa un independiente, es razonable pensar que éste mantiene sus diferencias con ambos pese a estar de acuerdo en lo grueso (por algo será independiente y por algo de derecha, en el ejemplo). Sin embargo, si dentro del pacto, subpacta con uno de los dos partidos, decía el gobierno, estaría asimilándose en los hechos a un militante de éste, con lo cual quedaría desnaturalizada su calidad de independiente.

Esta larga reseña de la postura del Poder Ejecutivo es necesaria para apreciar el problema que afecta a la sentencia de 12 de febrero de 1992. En ésta el Tribunal, antes de analizar el requerimiento, presentó las premisas sobre las cuales razonaba, y sostuvo que

las eventuales acumulaciones de votos entre candidatos de una misma lista, resultan consiguientemente como producto de un acuerdo electoral destinado a que los candidatos, es decir, las personas que con este título la integran, obtengan beneficios a través de tal acumulación, para acceder, de esta manera, con mejores posibilidades, a un resultado favorable a su postulación (...). Al darse el caso de que sea la ley la que regule las modalidades de tales acuerdos, imponiendo la aplicación de ciertas normas sobre el particular, sus regulaciones sólo podrían hacerlo cuando con ellas no se violara la igualdad a que esos candidatos tienen derecho para convenir beneficiarse con la acumulación de sus respectivos votos, *con prescindencia de si ellos son independientes o miembros de un partido político*. Toda norma que rompiera esa igualdad entre candidatos, que estableciera *discriminadamente que sólo algunos pudieran ejercer el derecho a subpactar* y a obtener los beneficios consiguientes, que impidiera o restringiera a otros hacerlo (...), estaría contrariando el inequívoco precepto constitucional del art.18 de la Carta Fundamental (...) (c. 9).

Los conceptos vertidos en esta larga cita no aparecen justificados, pues son planteados como las premisas sobre las cuales razona la Corte. Obviamente, aceptada que sea esta premisa, lo demás sigue de suyo: como el proyecto establece distinciones y restricciones al derecho a subpactar de los independientes, ésta debe ser inconstitucional.

El problema, sin embargo, no radica en este punto, sino en el hecho de que el Tribunal deja sin responder la argumentación del Ejecutivo, que sostenía que la disposición cuestionada era la única compatible con las características y la naturaleza de los independientes.

No obstante, en el considerando 10, que sigue inmediatamente al citado, el Tribunal parece percibir el vicio señalado en su argumentación, y, para solucionarlo, sostiene que

es conveniente destacar que la igualdad a que se hace referencia es la que corresponde que se aplique a las personas que, como independientes o miembros de partidos políticos, participan en un proceso electoral, para ser candidatos y para ser elegidos. *No debe confundirse, por ello, con las obvias distinciones que se dan entre independientes y los partidos políticos mismos.*

Si se entiende que la referencia hecha por la sentencia a "los partidos políticos mismos" es en realidad hecha a los militantes de partidos políticos, queda a mi juicio claro el vicio señalado: el Ejecutivo precisamente dice que una de esas obvias distinciones (no tienen por qué ser *obvias*: esto parece ser un ingrediente meramente retórico) que se dan entre los independientes y éstos, es el derecho a subpactar. Arbitrariamente (esto es, sin razón alguna), el Tribunal da por sentado que la diferencia en cuestión no es de aquellas *obvias* que él mismo reconoce existir entre independientes y militantes de partidos políticos.

Contra todo lo dicho en este punto podría alegarse que la tesis sostenida por el Ejecutivo era tan absurda, que no era necesario pronunciarse sobre ella. "Quizás, podría decir un crítico, el tribunal sólo dio por sentado algo que era tan obvio que no requería ser discutido: que un trato tan abiertamente discriminatorio entre los independientes y los militantes no puede sino ser inconstitucional, conforme al claro tenor del artículo 18 de la Constitución".

La objeción anterior supone una discutible premisa: cuando el Tribunal cree que algo es obvio, no debe argumentar su justificación, aun cuando ese algo sea (como era el caso) el centro de un candente problema político. Creo que esta tesis no tiene asidero.

Sin embargo, aunque tal discutible premisa existirá, el tema esquivado por la mayoría no era obvio. La demostración más clara de ello es que en el propio Tribunal Constitucional no fue capaz de imponerse por unanimidad. Tres ministros votaron en contra de la parte comentada de la sentencia, porque,

el proyecto analizado no establece diferencias arbitrarias entre los candidatos independientes y los afiliados a partidos políticos, *sino que tiende razonablemente a mantener la naturaleza e identidad de los primeros* y armoniza en lo fundamental con los principios que sobre la materia sigue la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinio (...).

La fundamentación que la minoría dio a sus dichos es tan cuestionable y desaprensiva como la de la mayoría. Tampoco hay un análisis reflexivo de los temas planteados: se limita a aceptar sin cuestión la tesis oficialista, incurriendo en una nueva petición de principios¹⁵.

Como ya dije, para demostrar que este fallo no es excepcionalmente deficiente entre los muchos dictados por el Tribunal Constitucional, se requeriría de una investigación muchísimo más amplia de lo que pretenden ser estas líneas. Si como hipótesis se acepta que este fallo *es representativo*, es clara la conclusión: la justicia constitucional en Chile, al menos al nivel del Tribunal Constitucional, se resuelve según las opiniones ideológicas de los ministros.

¹⁵ Es obvio que cualquier tribunal, al fallar, debe aceptar una de las dos tesis en disputa. Reprocharle eso sería no entender la naturaleza del litigio. Lo que se dice aquí es otra cosa: si A y B llegan a un tribunal, A podrá alegar el argumento A+ (y solicitar la consecuencia A*, por ejemplo, la entrega de la cosa), y B alegará el correspondiente B+ (solicitando al tribunal la consecuencia B*, por ejemplo, que se declare la excepción de contrato no cumplido). Naturalmente el tribunal al final podrá decir que acepta uno de los dos. Pero, antes de eso, el tribunal deberá sopesar los méritos y deméritos, las fortalezas y debilidades de cada argumento, A+ y B+. Si *después* de realizar ese análisis, concluye que el mejor argumento es A+, y explica las razones que llevan a considerarlo así, B pierde buena parte. Pero B tendría derecho a sentirse estafado si el juez sólo dijera, a este respecto: "es obvio y evidente que la ley dice A+. Consideremos ahora los diferentes argumentos de las partes".

IV. OTRO EJEMPLO

El artículo 19 N° 21 de la Constitución en su inciso primero dispone: que [La Constitución garantiza a todas las personas:] "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

La expresión "respetando las normas legales que la regulen" ha suscitado discusiones en cuanto a su correcta interpretación entre los constitucionalistas nacionales.

1

En 1985 la profesora de la Universidad de Chile, Luz Bulnes Aldunate, publicó un artículo denominado "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica"¹⁶. Tratando de interpretar la frase final del inciso primero del número 21 del artículo 19 de la Constitución ("respetando las normas legales que la regulen"), se enfrenta al problema de si las normas que regulen el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica deben ser de rango *legal*. Al respecto, después de haber reseñado la historia de la regla en cuestión, formula lo que a su juicio es "la doctrina correcta"¹⁷.

- a) que las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica *puedan ser ordenadas por la autoridad administrativa;*
- b) que la autoridad administrativa debe estar premunida de las correspondientes facultades legales de acuerdo al artículo 62 inciso 4, número 2, que señala que las funciones y atribuciones de los servicios públicos deben establecerse por ley¹⁸.

A continuación, después de analizar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que recoge su tesis¹⁹, sostiene que

[e]ste fallo guarda plena concordancia con nuestra tesis, expuesta anteriormente, *en el sentido de que no es el legislador la auto-*

¹⁶ En 37-38 *Revista de Derecho Público* (1985), pp. 149 ss. La contradicción que expondré me la hizo notar Patricio Zapata, aunque él obviamente no tiene responsabilidad alguna por lo que sostendré.

¹⁷ *Idem*, p. 158.

¹⁸ *Ibidem*. Las cursivas son mías.

¹⁹ Recurso de Protección rol N° 2541-82, de la Corte de Santiago, en *idem*, pp. 158 ss.

ridad llamada a imponer las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, *pues esa competencia no le está asignada expresamente*. Será entonces la autoridad administrativa debidamente autorizada por ley (...), *la que podrá imponer a este derecho limitaciones o prohibiciones sustentadas en la moral, el orden público y la seguridad nacional*²⁰.

En definitiva, la tesis sustentada por Bulnes en 1985 implicaba no sólo afirmar que las normas que establecen prohibiciones o limitaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica podían ser dictadas por el administrador, sino que el legislador no era competente para establecer esas disposiciones.

2

El 29 de diciembre de 1992 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo de Obras Públicas N° 327. Este decreto derogaba el anterior del mismo ministerio N° 1.319 (1977) que, reglamentando el artículo 16 del DFL 206 (1960), establecía la reglamentación para la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquier otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país.

El DS 327 de 1992, junto con derogar al anterior, fijaba nuevas normas al respecto, estableciendo que la propaganda, ahora, sólo podría ser relativa a servicios prestados en la ruta, sin publicidad anexa, y que tales carteles deberían instalarse más allá de una franja de 1.000 metros contada desde la cerca del predio, y a no menos de 500 de cruces y empalmes peligrosos.

Con fecha 28 de enero de 1993 se presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento en contra de este decreto por parlamentarios de la oposición. Resumiendo, la argumentación de los recurrentes se basaba en que el decreto recurrido vulneraba la frase final del inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución, toda vez que conforme a estas disposiciones las limitaciones y prohibiciones al ejercicio de este derecho debían ser establecidas por ley en sentido estricto.

Este caso estuvo rodeado de una gran polémica pública, por cuanto aceptar la argumentación de los recurrentes acababa con la potestad reglamentaria autónoma en cualquier materia de relevancia económica, punto muy sensible para el gobierno. En el fallo que resolvió el asunto, el Tribunal sostuvo, entre otras cosas:

²⁰ *Idem*, p. 160. Las cursivas son mías.

Que, si bien por "regular", conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse "[a]justado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas *claramente*, de acuerdo al texto de la Constitución, *deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión "respetando las normas legales que lo regulen", pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19 N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador pueda regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado para ello por la Constitución*²¹.

Más adelante, resumiendo su doctrina, la mayoría afirmó:

Que, en mérito de lo expuesto puede concluirse que:

1. [E]l decreto supremo N° 327, de diciembre de 1992, en sus números 3 y 4, limitó el derecho a desarrollar una actividad económica;
2. [L]a atribución de limitar el derecho en el número anterior *le corresponde al legislador y no al administrador*;
3. [S]obre la materia el Tribunal ya se había pronunciado en la sentencia mencionada en el considerando anterior (la de 21 de abril de 1992)²².

El voto de minoría sustentó la tesis contraria a la de la mayoría (naturalmente), y sostuvo, entre otras cosas, que:

(...) [E]l decreto supremo N° 327 no hace otra cosa que usar de la facultad que *la ley* ha concedido al Ejecutivo para reglamentar la colocación de avisos en las franjas adyacentes a los caminos públicos²³.

Dentro de la Constitución de 1980 la potestad reglamentaria del Presidente de la República es mucho más amplia que bajo la de 1925, según la cual "sólo en virtud

de una ley" era posible establecer normas obligatorias para la convivencia jurídica (sic). Hoy día "sólo son materia de ley" aquellas que, de modo taxativo, se enumeran en el artículo 60 de la Carta Fundamental, el último de cuyos números, el único de carácter general, se refiere a normas que estatuyan "las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". *En estos casos, entonces, el legislador debe limitarse a establecer las bases, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de "reglamentos, decretos e instrucciones que crea necesarias para la ejecución de las leyes"*²⁴.

La última frase citada del voto de minoría es, en sustancia, la tesis sostenida por Bulnes en 1985. Recuérdese que ella alegó que "*no es el legislador la autoridad llamada a imponer las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pues esa competencia no le está asignada expresamente*. Será entonces la autoridad administrativa debidamente autorizada por ley (...), *la que podrá imponer a este derecho limitaciones o prohibiciones sustentadas en la moral, el orden público y la seguridad nacional*"²⁵.

Al voto de minoría concurren los magistrados Eugenio Velasco y Juan Colombo. Redactó este voto el primero de los nombrados. El voto de mayoría, a su vez, fue suscrito por Manuel Jiménez, Ricardo García y Luz Bulnes. El voto de mayoría fue redactado... por Luz Bulnes Aldunate.

3

Si el Tribunal Constitucional actuara con lo que he denominado *insularidad política*; si la dogmática constitucional chilena en materia de derechos fuera suficientemente desarrollada; si la cultura jurídica nacional prestara a este tema la atención que por su propia naturaleza requiere; y si sus miembros cultivaran el debate intelectual y académico necesario para desarrollar progresivamente los conceptos constitucionales, *entonces*, probablemente, no sería perfectamente indiferente, ni pasaría desapercibido el hecho de que un miembro del Tribunal Constitucional dijo una cosa cuando era sólo su opinión en las aulas, y otra inversa cuando debía solucionar un problema político

²¹ Sentencia rol N° 167 del Tribunal Constitucional, de 6 de abril de 1993. Considerando 12. Las cursivas son mías.

²² *Idem*, considerando 16. Las cursivas son mías.

²³ *Idem*, voto disidente, N° 2, *in fine*. Las cursivas son originales.

²⁴ *Idem*, N° 4. Las cursivas, ahora, son mías.

²⁵ *Idem*, nota 19.

y sus simpatías estaban con quienes sostenían la tesis que en su momento rechazó. Esta es una demostración, a mi juicio, palmaria de lo que se ha alegado más arriba: que el Tribunal Constitucional no actúa con *insularidad política*. Este hecho, como ha sido reiterado, es extremadamente grave.

En efecto, la tesis de la supremacía alega que un tribunal debe tener el poder para anular actos de los representantes de la mayoría porque ésta puede atentar contra los derechos de la minoría. La base de esta tesis es que los miembros de un tribunal podrán resolver sin estar atados a los vaivenes políticos.

Los dos ejemplos anteriores demuestran que el supuesto de la tesis de la supremacía en el caso chileno es simplemente falso: el Tribunal Constitucional no ha actuado como un órgano prescindente políticamente. Al contrario, funciona como un amplificador de las opiniones políticas de las minorías. En efecto, una vez que éstas han perdido en el limpio juego democrático, cuando a pesar de las limitaciones constitucionales no ha podido impedir la dictación de una disposición que política e ideológicamente les es inconveniente, entonces recurren al tribunal. Y los miembros del tribunal, o algunos de ellos, no tienen problema en tomar los alegatos de los recurrentes y presentarlos dogmáticamente como los razonamientos o premisas desde los que parten (en el primer ejemplo), o en variar su opinión asentada y publicada, y abrazar la que han rechazado previamente.

Quedan, creo, dos objeciones importantes a la tesis hasta ahora desarrollada. Una de ellas será tratada aquí, y con la otra finalizará este trabajo.

La primera objeción sólo llama la atención sobre el hecho (que cualquier abogado prudente conoce) de que las opiniones en derecho son siempre inestables, que no es extraño que un cambio de opinión. Esto es totalmente efectivo. No he sostenido en absoluto lo contrario. Pero es extraño que una persona declare primero (1985) que "(...) no es el legislador la autoridad llamada a imponer las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica"²⁶, y luego afirme que "si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas *claramente*, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. *No podríamos entender en otro sentido* la expresión "respetando las normas legales que lo regulen", pues ello significaría

violentar no sólo las claras normas del artículo 19 N° 21, sino que, también, *sería aceptar que el administrador pueda regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado para ello por la Constitución*"²⁷.

Los ciudadanos tenemos derecho a saber por qué ese cambio tan drástico de opinión se produjo justamente cuando había que resolver un problema político. Y mientras no tengamos buenas razones (aquéllas que no nos son ofrecidas en el fallo) tenemos derecho a pensar que hubo compromiso ideológico en el menos respetable de los sentidos de esta palabra.

V. CONCLUSION: ¿SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Con algunas reflexiones sobre este tema quiero terminar estas líneas. Lo que sigue serán algunas consideraciones que surgen de los argumentos anteriores, aunque no he podido considerar todas las posibilidades.

La tesis de la supremacía supone que la única manera que existe para defender los derechos de las minorías (o, al menos, la mejor de ellas) es crear un cuerpo con facultades suficientes para privar de vigencia una ley o un decreto.

Ello no es efectivo. Hasta 1970, la única que podía declarar inconstitucional un precepto legal era la Corte Suprema. Creo que la Corte no cumplió adecuadamente su labor. Por ejemplo, en materia de igualdad, nunca fue capaz de elaborar alguna doctrina sistemática y estable, y de aplicarla consistentemente. El fracaso de la Corte debe ser analizado no como un problema de asignación de responsabilidades, sino para determinar las razones por las cuales no pudo cumplir las tareas que se le encomendaron.

A mi juicio, una de estas causas la constituye la carencia de una teoría constitucional apta, que, como está dicho, afecta igualmente al Tribunal Constitucional. Si ello es así, ¿qué razones hay para confiar en un mejor desempeño de éste?

La pregunta es importante, porque si no hay razones muy importantes, el tribunal debería ser suprimido. En efecto, dado el muchísimo mayor poder detentado por este órgano, su ineptitud para ejercerlo adecuadamente podría crear distorsiones mucho mayores que las creadas por el fracaso de la Corte. Por otro lado, si esas razones no existen, no es razona-

²⁶ BULNES, *op. cit.*, p. 160.

²⁷ Sentencia rol N° 167 del Tribunal Constitucional, de 6 de abril de 1993. Considerando 12. Las cursivas son mías.

ble esperar del tribunal una protección a las minorías mayor o más efectiva que la brindada por la Corte, con lo que la tesis de la supremacía se desvanece, al desvanecerse sus supuestos.

A mi juicio, mientras no estén respondidas de un modo convincente estas preguntas, la existencia del Tribunal Constitucional será un obstáculo para la consolidación de un Estado verdaderamente democrático en Chile²⁸.

Pero creo que queda una última cuestión pendiente. Un objetor final podría alegar: "Es efectivo que un magistrado puede abusar de su poder para hacer más poderosas las opiniones políticas de sus partidarios, pero ese es un problema de que los magistrados son jueces y por lo tanto no son perfectos. Por consiguiente, si bien a veces se han equivocado y han abusado de su poder, ello no implica que el Tribunal Constitucional por ello deba dejar de existir".

Este supuesto objetor no ha entendido el argumento central que he intentado desarrollar hasta aquí. Naturalmente que una persona puede abusar de su poder y eso no es necesari-

amente indicio de que la institución a la cual pertenece y en nombre de la cual se detenta ese poder deba ser eliminada. Pero si el Tribunal Constitucional está llamado a decidir contiendas políticas con prescindencia, es obvio que para que cumpla su objetivo debe reunir dos requisitos: en primer lugar, debe ser factible que haga eso (y ya se ha alegado que eso significa al tribunal pedir que haga algo que nadie sabe cómo se hace, interpretando un texto que nadie sabe muy bien lo que dice, y que lo haga bien), y en segundo lugar debe estar sujeto a control. Ambas condiciones deben concurrir. Si ello no es así, en los hechos lo que habrá será una especie de Cámara más restringida que la de Diputados, sin representación democrática alguna, y que decidirá sobre si el Congreso y el Presidente, con toda la representación democrática posible, lo ha hecho bien. El tipo de razones de fondo que los magistrados usan (*i.e.*, utilizan) serán las mismas que se usan en la Cámara (aunque las escondan), y el atractivo intuitivo, la promesa tolerante y la confianza en la democracia de la tesis de la supremacía se perderá.

²⁸ Como en Chile seguirá existiendo un Tribunal Constitucional, las reformas del Ejecutivo a su composición son claves: en efecto, ellas podrían crear una suerte de deferencia judicial hacia las normas dictadas por los órganos democráticos. La idea de la *deferencia judicial* apunta hacia el hecho de que, dado que muchos problemas constitucionales son en definitiva cuestiones abiertas, ante un *caso difícil* la opinión de los órganos con legitimidad democrática directa debe tener cierta pre-

ferencia, debe haber hacia ella, por parte del juez, una cierta *deferencia*. Esto no es lo mismo que decir que el juez debe fallar siempre a favor del Congreso o del Ejecutivo. Quiere decir que las opiniones de éstos tienen un peso específico mayor que la de otras personas o autoridades, al momento de sopesarlas: nadie niega que ellas puedan ser sobrepasadas, pero ello obliga al juez a fallar con una mayor carga argumentativa.