

**INFORME EN DERECHO SOBRE PROYECTO DE
REFORMA CONSTITUCIONAL RELATIVO A LA
COMPOSICION DEL SENADO, INTEGRACION DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ATRIBUCIONES DEL
CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL (1995)**

Con relativa periodicidad, el profesor Evans era consultado por las comisiones especializadas del Congreso Nacional respecto de materias en las cuales podía haber conflictos jurídico-constitucionales o bien su opinión respecto de la conveniencia de alterar instituciones contempladas en la Carta Fundamental.

En esta ocasión y, a propósito de un proyecto de reforma a la Constitución en materias relativas a los senadores vitalicios y designados y a la integración del Tribunal Constitucional y del Consejo de Seguridad Nacional, se emitió una opinión favorable a la iniciativa presidencial del año 1995.

INFORME

Señor
Secretario de la Comisión de Constitución,
Legislación, Justicia y Reglamentos.
Senado de la República
Valparaíso

De mi consideración:

Contesto el Oficio 899-95 en que Ud., por orden del Señor Presidente de la Comisión, solicita mi opinión acerca del Proyecto de Reforma Constitucional iniciado por el Presidente de la República en Mensaje 364-331 de 22 de Agosto de 1995.

CONSIDERACION PRELIMINAR

Compartimos plenamente los fundamentos del Mensaje Presidencial. La composición actual del Senado, la integración del Tribunal Constitucional y la composición y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional expresan una concepción de la estructura de las potestades estatales cuya inspiración es bien conocida y que pudo tener alguna justificación o validez política en el decenio anterior o en alguna etapa de transición muy determinada mientras se probaba en la práctica la eficacia de una nueva perspectiva constitucional. Pero, luego del transcurso de seis o más años desde que rigen las normas de un Estado de Derecho y de una Democracia política absolutamente vigentes, no resulta lógico ni aceptable que aún puedan regir institutos ajenos a la tradición política del país y que generan rechazos, tensiones y susceptibilidades que erosionan la convivencia colectiva. Nadie puede sostener, de buena fe, con argumentos serios e incontestables, que la subsistencia de un grupo importante y generalmente decisorio de personas integrando el Senado sin elección popular, o que la forma de integrar el Tribunal Constitucional o que deba ser intocable el número de ocho personas formando el Consejo de Seguridad Nacional, constituyen elementos cuya permanencia sea imprescindible para la seguridad nacional o la solidez de nuestras instituciones fundamentales. Por todo ello, pensamos desde el exclusivo punto de vista de quien ha dedicado cincuenta años al Derecho Constitucional, que es

conveniente y oportuno revisar la preceptiva vigente en los aspectos reseñados.

I. DEL SENADO DE LA REPUBLICA

Compartimos casi totalmente la proposición del Mensaje presidencial sobre esta materia, con la salvedad de que los ex Presidentes de la República integrarían el Senado si así lo desean y por un período de doce años, o sea tres períodos legislativos. No somos partidarios de darle carácter vitalicio a esta designación, pues sería, eventualmente, transformar el honor cívico que ella implica en una pesada carga para personas de avanzada edad que podrían ser sometidas, en situaciones de gran trascendencia pública, a presiones que dañarían su investidura.

Además, creemos que debe aprovecharse la oportunidad para establecer que en las elecciones de Diputados y Senadores o en general en las elecciones populares se empleará un procedimiento que dé por resultado, en la práctica, una efectiva proporcionalidad, regulada fuertemente para impedir el exceso de partidos, en la representación de partidos políticos y corrientes de opinión.

El sistema bipersonal que ha regido últimamente es injusto y distorsiona seriamente la representación de los diversos actores políticos.

Tenemos clara conciencia de que la actual Constitución no establece sistema alguno para la elección de los Diputados y que sólo habla de que se elegirán dos Senadores por cada circunscripción (art. 45) y que el binominal está consagrado en la Ley 18.700 sobre Votaciones y Escrutinios de 6 de Mayo de 1988, modificada por la Ley 19.237 de 20 de Agosto de 1993 (art. 109 bis). Sin embargo, opinamos difícilmente sería completa una reforma a la estructura del Senado que no se ocupara del sistema electoral, o de votación. La Constitución de 1925, en su artículo 25, preceptuaba las ideas que señalamos anteriormente y en su virtud se consagró en la Ley General de Elecciones la práctica del sistema de cifra repartidora ideado por el Profesor belga D'Hont.

Conviene recordar que en nuestro país, antes de la introducción del mecanismo proporcional en la Carta de 1925, se habían empleado para las elecciones populares todos los sistemas conocidos: lista completa, lista incompleta, voto acumulativo, o sea mayoritarios y minoritarios. Ninguno de ellos arraigó.

El sistema proporcional empleado hasta 1973 puede ser perfeccionado al regulárselo en la Ley de Votaciones y Escrutinios, en reemplazo del binominal. Existen variadas posibilidades para que la proporcionalidad en la representación no signifique exceso de partidos o corrientes políticas y para que solo tengan representación en el Congreso aquellas fuerzas que cuentan con el apoyo real de un sector importante de la opinión pública que se expresa en los actos electorales.

Finalmente, si bien parece aceptable entregar al legislador la determinación de las circunscripciones electorales y el número de Senadores y Diputados que elegiría cada una de ellas, considerando básicamente que un sistema proporcional puede requerir listas de candidatos más numerosas, creemos que la Reforma Constitucional y la legislativa no deberían, en caso alguno, considerar un aumento de los Senadores electos que reemplacen exactamente a los institucionales. Ello no sería presentable, hoy por hoy, ante la opinión pública ni aparece como un requerimiento serio en técnica constitucional. Ahora, si el aumento fuere para alcanzar un número redondo de Senadores, 40 por ejemplo, ello sería serio y defendible.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Creemos firmemente que la única forma de integración de este Tribunal que eliminaría las suspicacias que crea una generación a través de órganos políticos, sería una que dejara en manos de la Corte Suprema la designación de la mayoría absoluta de sus integrantes eligiéndolos de ternas presentadas por las Facultades de Derecho de Universidades estatales, o particulares y privadas autónomas que lo deseen. Sin embargo, entendiendo que esta idea es demasiado innovadora en este momento y tomando como base un trabajo de mi socio de estudio, Eugenio Evans Espiñeira, Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, planteamos sobre la base de antecedentes que señalaremos, algunas propuestas sobre la materia.

Una de las cuestiones más arduas que presenta el control de constitucionalidad de las leyes es la de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño.

En Chile, con la Reforma Constitucional de 1970, apareció por primera vez en nuestra historia constitucional un órgano del Estado con facultades específicas político jurisdiccionales, distintas

o fuera de la órbita de competencia de los demás poderes, es decir, del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial. Se consagró así el Tribunal Constitucional, que tenía por objeto ser el órgano capaz de imponer, con plena autoridad e imparcialidad, a los demás órganos y a la ciudadanía, la interpretación, en una contienda jurídico-institucional, que apreciará más conforme a la voluntad de la Constitución.

Tales facultades y funciones, como eran ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, interpretar obligatoriamente los preceptos de la Carta Fundamental y ser en definitiva el gran guardián del orden supremo otorgaron al Tribunal Constitucional una importancia determinante dentro del orden político y jurídico de un país.

La Constitución Política de Chile del año 1980 en su Capítulo VII, artículos 81 a 83 consagró la existencia de este Tribunal, cuya composición y atribuciones analizaremos brevemente más adelante. Como es sabido, existe en estos momentos cierta polémica pública relativa a la composición del Tribunal.

Parece conveniente para este trabajo, hacer un cotejo entre la reglamentación constitucional que da Chile a la configuración orgánica del Tribunal Constitucional y aquellas que entregan la Constitución de España del año 1978 y la de Francia del año 1958, las más importantes de los últimos decenios, para estudiar como estos países han consagrado la designación de los miembros de este órgano, el número de sus magistrados, el período de duración en sus cargos, requisitos o calidades que deben reunir, etc.

El Tribunal Constitucional en España

Mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley superior, la Constitución, España no escapando al concierto europeo en su globalidad, se imbuía del concepto de la voluntad general en la cual los individuos iban a ser protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento. La doctrina de Rousseau de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión real de la voluntad general, incidirá en el pensamiento jurídico europeo y con él en España.

En el contexto de que el juez –antes fiel servidor del soberano– ahora obediente servidor y ejecutor de la ley, resultaba evidente

que el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por un órgano destinado al efecto enfrentaba radicalmente la doctrina rousseauiana.

Concluida la primera guerra mundial, y bajo la influencia de Hans Kelsen, Profesor austríaco luego radicado en Estados Unidos, el constitucionalismo comenzará a acoger el estatuto del control de constitucionalidad, aún cuando de una manera diversa al ejercido en el sistema norteamericano. En este último caso, el control difuso permite a cualquier juez desestimar leyes que estime contrarias a la Constitución, mientras que el sistema ideado por Kelsen concreta un control concentrado que se confía a un órgano, el Tribunal Constitucional, único competente para declarar inconstitucional una norma.

Concluida la Segunda Guerra, los textos fundamentales europeos –con la excepción de Francia- harán suya la institución del control de constitucionalidad de las leyes, reacción favorecida por los penosos recuerdos dejados en el viejo continente por los regímenes dictatoriales y por la omnipotencia de las asambleas legislativas.

España, luego de un precedente constituido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República creado en 1932, consagra formalmente la existencia de un Tribunal Constitucional de la Constitución de 1978.

1. Estructura del Tribunal Constitucional en España

La Constitución de 1978 dedica el primero de los preceptos del título IX (el artículo 159) al diseño del perfil orgánico del Tribunal Constitucional, precepto que es desarrollado básicamente por los artículos 16 a 26 de la Ley Orgánica de ese Tribunal de 3 de octubre de 1979. Se compone de 12 miembros.

Conforme aparece de las fuentes de la Constitución, dos alcances merece ese número de magistrados. Por una parte, como señaló Tomás Villarroya¹, “el Tribunal no debe parecerse a una Asamblea

1. VILLARROYA, J. Tomás. “El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución”, en la obra colectiva “*Estudios sobre el Proyecto de Constitución*”, Madrid, cec, 1978, págs. 199 y siguientes.

llamada a discutir cuestiones políticas, sino que debe ser una instancia llamada a cumplir la misión jurídica de interpretar y aplicar la Constitución”, alabando de esa manera el número reducido de magistrados ya propuestos por Kelsen años atrás! •

El número de jueces, sin embargo, ofrece un aspecto polémico cual es su número par. Ello produce frente al evento de la igualdad de votos la decisión calificada del voto del Presidente del Tribunal. La doctrina española ha advertido sobre los peligros de tal solución señalando que ella puede complejizar y politizar en exceso la elección del presidente del Tribunal! •

2. Nombramiento de los Magistrados

La C.E. al tenor de lo dispuesto por el artículo 159 opta por una propuesta tripartita de los magistrados en la que intervienen los restantes órganos constitucionales, a saber, el gobierno, las dos cámaras y el Consejo General del Poder Judicial.

Manuel García Pelayo considera positiva la norma por cuanto ella acentúa la significación integradora del Tribunal! • el artículo 159.1 de la Constitución, ocho magistrados son propuestos por el Congreso y el Senado con mayorías equivalentes a los tres quintos de los miembros de cada cámara. Igual mayoría se hace extensiva a las propuestas de los jueces constitucionales que tengan su origen en el Consejo General del Poder Judicial. Los nombramientos los hace el Rey.

3. Duración en el ejercicio del cargo

La Constitución ha fijado un período de nueve años para el desempeño del cargo de los magistrados constitucionales.

2. KELSEN, Hans. *Teoría General de Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México 1949, pág. 128.

3. ALIAGA, Oscar. *La Constitución Española de 1978, Comentario Sistemático*. Ediciones del Foro, 1978, pág. 916.

4. GARCIA PELAYO, M. *El status del Tribunal Constitucional*. REDC, número 1, 1981, págs. 11 y siguientes.

Sobre el particular, García Pelayo señala que la duración en el cargo de los magistrados, los hará independientes de las coyunturas o contingencias políticas de los portadores de los órganos que intervienen en su nombramiento⁵. Por lo demás, en lo relativo al plazo del cargo, la Constitución se aproxima a las soluciones constitucionales dadas al tenor en otros países europeos, similitud que se acentúa y justifica por el hecho de que en todos los casos se ha previsto un plazo bastante superior a aquel que rige para los respectivos períodos legislativos considerando que en la designación del órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes, participan en mayor o menor grado, las asambleas parlamentarias⁶.

Ahora bien, conforme con el inciso segundo del artículo 159.3, se establece una fórmula de renovación parcial de los magistrados por tercios cada tres años. Esta solución constitucional posibilita, conforme lo señala Francisco Fernández S.⁷, una doble finalidad: "de un lado, evita cambios drásticos en la composición del supremo intérprete de la Constitución, dándole continuidad e impidiendo que un giro en la orientación política de las cámaras pudiera tener un impacto radical sobre su composición, con lo que ello pudiera suponer en relación con la jurisprudencia constitucional; de otro lado, posibilita al unísono que las nuevas mayorías parlamentarias tengan un reflejo atemperado -pero reflejo a fin y al cabo- en el perfil del Tribunal".

Finalmente, conforme lo dispone el artículo 16.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, "ningún magistrado, podrá ser propuesto al Rey por otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años". Con ello, el legislador español ha optado por hacer irreelegibles en forma inmediata a los jueces, regla que opera con carácter general y por tanto, independientemente del órgano del que pueda provenir la propuesta.

5. Obra Citada en (4).

6. En Francia los magistrados ejercen su cargo por 9 años, y 12 años en Italia.

7. Autor citado, "El Tribunal Constitucional". Un estudio orgánico. Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense, N°15, Monográfico. Madrid, 1989.

4. Requisitos que deben reunir los jueces constitucionales

El artículo 159.2 de la Constitución determina que los miembros del Tribunal Constitucional sean nombrados de entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional.

Así expuesta, la norma española ofrece una similitud encomiable con los restantes ordenamientos constitucionales europeos en el sentido de agregar entre los posibles jueces a quienes desempeñan funciones en las cátedras universitarias. Así por ejemplo, el artículo 135 de la Constitución Italiana circunscribe las categorías profesionales elegibles a los magistrados judiciales, profesores ordinarios de Universidad en materias jurídicas y abogados con más de veinte años de ejercicio profesional. Otro tanto ocurre con la constitución Austríaca que se refiere a categorías similares en su artículo 147.2.

5. Estatuto jurídico de los magistrados constitucionales

El artículo 159 de la Constitución complementado por los artículos 19 a 26 de la Ley Orgánica respectiva se refiere a esta materia.

Los jueces constitucionales de España, gozan de independencia e inamovilidad. Lo anterior al decir de Francisco Fernández S. constituye una obviedad, "pues es difícil pensar en el ejercicio de cualquier función jurisdiccional digna de tal nombre al margen de tales principios, la justicia no puede administrarse sino por inamovilidad (a la par que responsables), sujetos únicamente al imperio de la ley, como se encarga de precisar el artículo 117.1 de la misma Constitución"⁸. El artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional enumera las circunstancias que llevan consigo el cese de un integrante del Tribunal Constitucional. Tales son: a) Cuando dejare de atender con diligencia los deberes de su cargo; b) cuando violare la reserva propia de su función; y c) cuando hubiere sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave. En estos casos, es competencia del Pleno del Tribunal hacer la declaración

8. Autor Citado: "El Tribunal Constitucional". Un estudio orgánico. Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense N°15. Monográfico. Madrid, 1989.

correspondiente adoptando el acuerdo respectivo por las tres cuartas partes de sus miembros. Por su parte, la inviolabilidad de los jueces está garantizada por el artículo 22 de la citada ley orgánica al prescribir que los magistrados del Tribunal Constitucional no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones.

El Consejo Constitucional en Francia

Como ya se indicó, marcadas diferencias se observan en el desarrollo del control constitucional de las leyes producido en América, por una parte, y en Europa en general, por la otra.

En Norteamérica, donde nace el Judicial Review se tenía presente la historia del Parlamento inglés que aparecía como el gran opresor de las libertades, producto en gran medida de los hechos religiosos. En Europa continental, en cambio, la situación era casi la opuesta. El rey era el tirano asistido por los jueces, y, precisamente por ello, la liberación habría de ser la tarea de la Cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular. Cuna de este pensamiento, Francia ha sido quizá el país europeo que más tardó en abandonar las doctrinas revolucionarias, aún cuando jamás al nivel de otorgar a los jueces la posibilidad de declarar inconstitucional una ley conforme al sistema americano denominado "control difuso".

Francia ofrece los más típicos y numerosos ejemplos de un control político, no judicial, de constitucionalidad de las leyes.

En la Constitución de 1958, mientras por un lado no está previsto un poder difuso de los jueces de controlar la conformidad de las leyes a la Constitución misma, está previsto, por el otro lado, un Consejo Constitucional (artículos 56 al 63), cuya organización es regulada por la Ordenanza de 7 de noviembre de 1958, sucesivamente modificada.

Este Consejo se compone de nueve miembros, no renovables, que duran 9 años y se eligen por parcialidades. Su nombramiento se hace de la siguiente manera:

Tres de ellos los nombra el Presidente de la República.
Tres por el Presidente de la Asamblea Nacional.
Tres por el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo Constitucional es designado por el Presidente de la República y tiene voto decisivo. Forman parte también del Consejo Constitucional los ex – Presidentes de la República.

Referente a este órgano, señala Mauro Cappelletti: “Es bastante clara –y más o menos abiertamente reconocida, por lo demás, por numerosos estudiosos franceses- la naturaleza no propiamente jurisdiccional de la función ejercida por el Consejo Constitucional, y esto no solamente por la naturaleza más bien política que judicial del órgano, naturaleza que se revela, ya sea en la elección y en el estatuto de los miembros que forman parte de él y ya sea, sobre todo, en las varias competencias del órgano mismo y en las modalidades de su actuar”⁹.

Contrastando el criterio anterior, André Hauriou estima al Consejo Constitucional Francés como un órgano jurisdiccional. Señala que “el Consejo Constitucional es un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de la ambigüedad: sus atribuciones presentan, en lo esencial, un carácter jurisdiccional, pero por el modo de designación de sus miembros y por su composición de hecho, tiene marcado carácter político”. Sin embargo, continúa, “cabe señalar que esta última característica tiende a atenuarse”, para terminar tomando el partido por su característica jurisdiccional¹⁰.

En lo que se refiere al período durante el cual los miembros del Consejo ejercen su cargo, ya se señaló que la duración es de nueve años, excluyéndose la posibilidad de su reelección. Ello obviamente, sin perjuicio del carácter vitalicio de los cargos que en el órgano corresponde a los ex – Presidentes de la República.

Ello por lo demás, es una constante en los ordenamientos constitucionales europeos. A vía ejemplar, en el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la Corte Constitucional italiana el principio de irrevocabilidad absoluta es la regla general¹¹.

9. Autor Citado. "La Justicia Constitucional" (Estudios de Derecho Comparado), Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, págs. 29-30.

10. HAURIOU, André. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Colección Demos. Editorial Ariel, 1980, pág. 716.

11. Tanto en España como en Francia (art. 12 Ordenanza), existe la misma restricción.

Por otra parte, igual que en la Constitución Española, la ley fundamental de Francia contempla una serie de incompatibilidades para los miembros del Consejo Constitucional.

El Tribunal Constitucional Chileno

Como se señaló, el Tribunal Constitucional fue incorporado a la normatividad constitucional chilena en 1970, por la Reforma Constitucional de 23 de enero de ese año.

Hasta esa fecha velaban en Chile, por la supremacía de la Constitución, con carácter jurídico preventivo la Contraloría General de la República –previo mandato de la ley- y a posteriori la Corte Suprema en ejercicio de su facultad de declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

Durante la vigencia de la Constitución del año 25, se manifestó un “cuidadoso afán de sujetarse con lealtad a la letra y espíritu expresivo de la voluntad del constituyente” y “en el ejercicio de sus funciones, los Presidentes de ambas ramas del Congreso se sintieron, asimismo, con la grave responsabilidad de procurar ser auténticos intérpretes de la Carta Fundamental”.

“Los Presidentes de la República, al formular observaciones a los proyectos de ley despachados por el Congreso Nacional, tradujeron en innumerables oportunidades su deber como colegisladores en que las normas jurídicas se atuvieran estrictamente al marco básico, y sus representaciones revistieron en diversas ocasiones verdadera importancia para poner a las asambleas legislativas en la posibilidad de practicar nuevo examen de ellas, considerando ese básico y específico punto de vista”¹².

Sin embargo de lo expresado, la práctica y las opiniones contradictorias en torno a una recta interpretación de las normas constitucionales, fueron creando conciencia en la sociedad política sobre la necesidad de llenar un vacío cuya existencia generaba conflictos cada vez más profundos.

12. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *“El Tribunal Constitucional”*. En Reforma Constitucional 1970. Eduardo Frei y otros. Edit. Jurídica de Chile, 1970, págs. 199 y 200.

Por otra parte, el Derecho Comparado ofrecía soluciones jurisdiccionales que en esa época habían probado su eficacia para resolver los conflictos jurídico-políticos habidos entre los diferentes órganos del Poder Público.

Los antecedentes de nuestro Tribunal Constitucional se remontan al año 1958, en el que el profesor Francisco Cumplido C. Propuso incorporar al texto de la Constitución un tribunal llamado a interpretar la Constitución¹³.

Posteriormente, en Diciembre de 1963, se realizan en la Biblioteca Nacional, una serie de foros públicos, dirigidos por el profesor don Jorge Guzmán Dinator, en que se debaten las reformas que convenían introducir a la Carta de 1925, oportunidad en que se propuso la creación de una Corte Constitucional. Asimismo, en las terceras jornadas chilenas de Derecho Público, celebradas en la Universidad de Concepción, se recomienda la modificación de la Constitución para otorgarle a un tribunal especial, formado por mayoría de letrados, las siguientes facultades: a) El control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o indicaciones formuladas a dichos proyectos, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras, y b) El control, con efectos absolutos, de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de su formación (inconstitucionalidad de forma)¹⁴.

Composición del Tribunal Constitucional creado por la Reforma de 1970.

El primer Tribunal Constitucional se componía de cinco miembros, tres de ellos designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema, de entre sus miembros. Duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

De entre los requisitos para ser designado ministro de ese tribunal, llama la atención que uno de los nombrados por el

13. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. "Teoría de la Constitución". Edit. Universitaria, Santiago, 1958, pág. 112.

14. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Obra citada, ant. 12.

Presidente de la República, con acuerdo del Senado, debía haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las escuelas de Derecho del país. Obsérvense que esta exigencia se asemeja a las requeridas por algunos ordenamientos europeos, según vimos precedentemente y es un antecedente importante al considerar una nueva estructura para el Tribunal.

Los Ministros de designación de la Corte Suprema eran elegidos por ésta en una sola votación secreta y unipersonal, resultando proclamados quienes obtuvieran las dos más altas mayorías. De lo expuesto se deduce que los integrantes del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1925, provenían mayoritariamente del ámbito político, criterio que fue radicalmente modificado por la Carta de 1980.

Tribunal Constitucional en la Constitución de 1980

- ***Análisis Orgánico.***

Conforme con el artículo 81 de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional se compone de siete ministros designados de la siguiente forma:

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;
- d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Sobre esta materia, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado proponían que la Corte Suprema eligiera 5 de sus 7 miembros, 3 de los cuales serían Ministros de ésta y dos abogados que cumplieran determinados requisitos. De los antecedentes se deduce, entonces, que fue en la Junta de Gobierno donde se propuso y acordó que dos de los siete miembros fueran elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano con fuerte presencia de las Instituciones Armadas, cuya influencia en la decisión del nombramiento hacen

no sólo extremadamente novedosa esta designación en el Derecho Comparado, sino que, además, lo hacen objeto de críticas por parte de la doctrina de nuestro país^{15 16}.

En el derecho comparado, al menos en Europa no encontramos en las constituciones cuyos órganos de control constitucional hemos analizado o citado, disposiciones que contemplen la participación de las instituciones armadas en la designación de los miembros de tales órganos. Como observamos, en esos ordenamientos se privilegia, en la designación de los ministros, al poder político con la debida institucionalización de los frenos necesarios para evitar la dependencia partidista de los jueces o la influencia de las mayorías políticas sobre ellos.

• *Duración del Cargo*

Conforme con el artículo 81 citado, los miembros del Tribunal durarán 8 años en sus cargos, se renovarán por parcialidades cada cuatro años y serán inamovibles.

El largo período mencionado se aproxima a las soluciones constitucionales dadas al tema en algunos países europeos, especialmente Italia, Francia y España. Los motivos, sin embargo, difieren aún cuando no es forma absoluta.

La doctrina europea justifica la similitud enunciada por el hecho de que constituye el plazo prolongado un freno u obstáculo a la tentación de politizar el órgano de control, dado que en todos los casos mencionados el cargo de juez constitucional excede, por mucho, el que rige para los respectivos períodos legislativos. Ello tiene la relevancia en el hecho de que, en la designación de los integrantes del órgano encargado de velar por la constitucionalidad

15. Señala Marcos Sánchez Edwards: "En cuanto a la composición de nuestro Tribunal Constitucional, llama la atención la poca injerencia de las autoridades políticas en la designación de sus miembros y la participación, además de inconveniente, desproporcionada, de lo que podemos llamar el "poder militar" consagrado a través del Consejo de Seguridad Nacional en la Constitución vigente". Autor citado en Constitución 1980. Estudio Crítico, Varios autores. Edit. Jurídica Conosour Ltda., 1988, pág. 81.

16. Vale recordar, aunque esta materia la tocaremos en el punto último de este trabajo, que el Consejo de Seguridad Nacional lo componen, además del Presidente de la República, que lo preside, los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros y el Contralor General de la República, todos como miembros con derecho a voto.

de las leyes, participan en mayor o menor grado, las asambleas parlamentarias.

Tal justificación no puede darse respecto de nuestro Tribunal Constitucional en cuya integración, como se indicó, participan mínimamente las ramas del Congreso¹⁷.

Dijimos que los motivos que justificaban el largo período no diferían absolutamente respecto del derecho comparado.

En efecto, los ocho años suponen la introducción de un elemento de continuidad que debiera, hipotéticamente, posibilitar cierta coherencia jurisprudencial. El dilatado plazo asegura, en opinión de Sánchez Agesta –al alabar el período de nueve años que contempla la Constitución Española- “una experiencia estimable por parte de los integrantes del Tribunal, lo que coadyuva positivamente al logro de ese predominio de la racionalidad sobre la pasión que debe caracterizar las sentencias de un Tribunal Constitucional”¹⁸.

- ***Requisitos que deben reunir los Ministros no Jueces de la Corte Suprema***

Los abogados que designe el Consejo de Seguridad Nacional, el Presidente de la República y el Senado, deberán tener a lo menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional universitaria o pública. Respecto de aquellos que nombre el Presidente y el Senado, deberán, además, ser o haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por 3 años consecutivos a lo menos.

Tal exigencia, sin embargo, no rige respecto de aquellos ministros que elige el Consejo de Seguridad Nacional. Esta última distinción como asimismo, lo relativo de la expresión “destacado”, que utiliza el texto de la norma Constitucional la hacen clara y fundadamente objetable.

17. El Senado elige un ministro del Tribunal. La Cámara de Diputados no tiene facultades de elección ni en la Constitución de 1980 ni tampoco la tuvo en la Constitución de 1925.

18. SANCHEZ AGESTA, L. “La justicia constitucional en la perspectiva del tercer aniversario de la Constitución”. Zaragoza Libros Pórtico, 1982, págs. 581 y siguientes.

Ya indicamos las cualidades técnico-jurídicas que debían tener los ministros en la Corte Constitucional italiana (magistrados, profesores ordinarios de Universidad en materias jurídicas y abogados con más de veinte años de ejercicio profesional), categorías profesionales objetivamente verificables, diferente en cierta forma a la utilizada por el modelo español que se refiere a las paralelas categorías, pero con el agregado de la “reconocida competencia” (art. 159.2 España) expresión con significado similar a la empleada por nuestra Constitución.

• ***Estatuto Jurídico de los Ministros del Tribunal Constitucional***

Dijimos que los miembros del Tribunal duran 8 años en sus funciones. Se renuevan por parcialidades cada cuatro años y son inamovibles. No obstante lo anterior, cesa en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

Además, los integrantes designados por la Corte Suprema, cesan en sus cargos cuando dejan de ser ministros de ella por cualquier causa. Los reemplazos, en caso de ser necesarios, se hacen por el tiempo que le faltaba a aquel que se sustituye.

Conforme con el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional correspondiente, los miembros del mismo podrán ser reelegidos o nuevamente designados según corresponda. Por último y conforme con el artículo 11 de la ley citada, las decisiones, decretos o informes que los miembros del tribunal expidan en los asuntos que conozcan, no les impondrán responsabilidad.

Proyecto de Reforma Constitucional Iniciativa – Mensaje del Presidente de la República.

En el primer trámite constitucional y en esa H. Comisión, se encuentra un proyecto de Reforma de la Constitución de 1980.

El proyecto presentado por el Ejecutivo introduce modificaciones importantes al Capítulo VII Tribunal Constitucional las que afectan su composición.

El proyecto propone el reemplazo del artículo 81 de la Constitución por el siguiente:

“Art. 81.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Dos abogados elegidos por la Corte Suprema en una sola votación, unipersonal y secreta, resultando elegidos aquellos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Senado, en una sola votación, unipersonal y secreta, resultando elegidos los candidatos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías. Si en la sesión citada no se reuniere la mayoría absoluta del total de los miembros en ejercicio del Senado, ésta se efectuará al día siguiente con los senadores que asistan, y
- d) Dos abogados elegidos por la Cámara de Diputados, en una sola votación, unipersonal y secreta, resultando elegidos los candidatos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías. Si en la sesión citada no se reuniere la mayoría absoluta del total de los miembros en ejercicio de la Cámara, ésta se efectuará al día siguiente con los diputados que asistan.

Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser abogados en posesión de su título profesional por, a lo menos, quince años y haberse destacado en la actividad académica. No podrán tener ninguno de los impedimentos que inhabilitan para ser juez; estarán sometidos a las normas de los artículos 55 y 56, y sus cargos serán incompatibles con los de diputado o senador, con el de miembro del Poder Judicial, así como también con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones.

Los miembros del Tribunal durarán ocho años en sus cargos, su mandato podrá ser renovado por una sola vez y serán inamovibles”.

Como se observa, el proyecto no innova en cuanto al número de los integrantes ni en cuanto al plazo de duración de los cargos de ministro del Tribunal, aspectos que por lo demás, son recogidos en los otros ordenamientos revisados.

Sin embargo, y en lo que vale destacar, se acerca a otras constituciones por cuanto recobran participación, en la designación de los miembros del Tribunal, los órganos políticos del Estado abandonando de esta manera el experimento único y muy particular actualmente en vigencia.

No concordamos con la posibilidad de que renueven su mandato por una sola vez. Recuérdese que en varias constituciones europeas y a vía ejemplar el Tribunal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italiana y el Consejo Francés, actúa como constante en el principio de irreelegibilidad absoluta.

Igualmente ocurre con los miembros del Tribunal Constitucional español según lo expresáramos a propósito de su análisis, aún cuando hacemos la prevención de que en este caso opera el principio de irreelegibilidad sólo inmediata.

En cuanto a la calificación de los magistrados, nos parece saludable no hacer distinciones entre ellos, como actualmente ocurre respecto de los miembros que designa el Consejo de Seguridad Nacional. Igualmente afortunado me parece suprimir el requisito de haber sido abogado integrante de la Corte Suprema, pues ello no supone ni permite presumir la adecuada versación sobre las materias que debe conocer el Tribunal y la razón de esta exigencia en Chile podrán buscarse en razones muy personalizadas.

Sobre el particular, Hans Kelsen señalaba que "sólo podrán cumplir eficazmente su función (los Tribunales, Cortes, Consejos Constitucionales), si son órganos técnicamente cualificados, y para que tal circunstancia pueda cumplirse se necesita, como es obvio, que sus miembros sean juristas avalados por años de una preparación técnico-jurídica indispensable". (Autor citado. Teoría General del Derecho y del Estado. México. Imprenta Universitaria 1949, pág. 128). Otro antecedente que avala nuestra propuesta de considerar, de modo importante los catedráticos de Derecho.

En cuanto a los órganos en los cuales se radica la función de designar a los miembros del Tribunal, parece acertada la fórmula propuesta, si no pudieran ser complementada con más específicas exigencias académicas.

En efecto, por una parte se considera correctamente la influencia política, al legitimar la participación de los partidos políticos por medio de la elección parlamentaria de cuatro de los jueces del tribunal. Así se evita, en cierta forma, la influencia oculta y, por tanto, más incontrolable.

Por otra parte, se supone que las designaciones que hará la Corte Suprema, recaerán en abogados menos comprometidos políticamente, por lo que tenderán a atender consideraciones puramente técnicas.

En cuanto al plazo de duración en los cargos y la inamovilidad de que gozan los jueces constitucionales, producirá que el compromiso político, si lo tienen, tenderá a diluirse si es que la mayoría de los casos quienes intervinieron en la designación duran en sus cargos por un período inferior al de duración de los miembros del tribunal. El hacerlos inamovibles contribuye también a la difusión del compromiso político que pudiere aparecer vigente ante la opinión pública en algún momento.

CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto en este trabajo, el actual estatuto orgánico de nuestro Tribunal Constitucional ofrece semejanzas y notables diferencias con otros existentes en el derecho comparado.

Entre las primeras, destacamos por su importancia las relativas al número de miembros –aún cuando reducido en comparación a los restantes analizados- la duración en el ejercicio de sus cargos y los requisitos específicos que deben cumplir quienes desempeñan tan altas funciones.

En cuanto a las diferencias, la más importante es aquella que contempla la influencia de las instituciones armadas en la designación de los jueces constitucionales. Tal es una situación absolutamente única –según nuestra información- en el mundo y su consagración no derivó precisamente de las Comisiones que, encargadas de elaborar el proyecto de la Constitución de 1980, estaban conformadas por juristas miembros de la sociedad civil. Su introducción apareció en el texto definitivo del proyecto plebiscitado, por obra de la Junta de Gobierno en el breve período que duró la revisión del proyecto.

Son muchas y variadas las razones que pudieron haber motivado tal decisión. La reciente experiencia histórica de 1970-73, el rol del Consejo de Seguridad Nacional en su papel de garante de la supremacía jerárquica de la Carta Fundamental, etc. todo lo que, sin embargo, no desvanecen la solidez de las críticas que en torno a la mencionada influencia pueden formularse.

No obstante lo expuesto, la experiencia de estos 15 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional durante la vigencia de la actual Constitución ha sido positiva, en especial, si se pondera la fundamental relevancia que algunos ministros –designados por el Consejo de Seguridad Nacional- tuvieron en la jurisprudencia de

este órgano y, en particular, en el devenir histórico-político reciente de nuestro país¹⁹.

III. CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

Compartimos la propuesta del Mensaje Presidencial. En una Democracia Presidencialista es natural que el Jefe del Estado corra, institucionalmente, el riesgo de que una elección parlamentaria deje a sus partidarios en minoría en una o ambas ramas del Congreso. Pero no es natural, ni es procedente y, más aún, es extremadamente peligroso que la estructura que la Constitución señala para un órgano pluripersonal, presidido por el Presidente de la República y que tiene variadas funciones, generalmente políticas, envuelva una seguridad que emana de un análisis estricto de la racionalidad del sistema, de que el Presidente de la República, Jefe del Estado a quien corresponde su Gobierno y Administración (art. 24), quedará, si se produjeran algunas votaciones trascendentales, en absoluta minoría, especialmente cuando se trate de la aplicación del inciso segundo del art. 94 o de alguna controversia derivada del complejo, impredecible y peligroso precepto de la letra b) del art. 96, ambos de la Constitución. No puede desatenderse en el juego de estos preceptos el "espíritu de cuerpo" que es una realidad de la cultura castrense y que determinará, que duda cabe, el resultado de cualquier votación. Ese "espíritu de cuerpo" es, por cierto, básicamente legítimo. El jurista y el legislador deben ponderar adecuadamente los hechos que influyen en una norma jurídica. Olvidarlos puede resultar gravísimo.

Por lo expresado y porque pensamos que el Jefe del Estado no puede arriesgar siempre una situación de minoría, de enfrentamiento y de derrota en un organismo constitucional, opinamos que es útil y conveniente para la subsistencia del Consejo, que su integración se amplíe en la forma que señala el proyecto, con voto decisorio para el Jefe del Estado. Por otra parte, si el Consejo está integrado por los cuatro Comandantes de Fuerzas Armadas y de Orden, cuyo conducto regular, jerárquico y normal para entenderse con el Presidente de la República, es el

19. Recordamos, de modo especial, la influencia decisiva de don Eugenio Valenzuela Somarriva en el período 1981-89, quien fuera designado por el Consejo de Seguridad Nacional.

Ministro de Defensa, resulta procedente considerar, en un ambiente de encuentro y de armonía, la incorporación de derecho a voto a ese funcionario, que integra el Consejo solo con derecho a voz según el texto vigente.

No debe olvidarse que este Consejo nació a la vida legal chilena como órgano asesor del Presidente, facultad que no pudo menos que recordar la Constitución vigente en la primera letra del art. 96. Entendemos que la inspiración fundamental para constitucionalizar este organismo fue la necesidad de dotar de un lugar de encuentro institucionalizado para la Autoridad civil Suprema y las Fuerzas Armadas y de Orden. Pero “encuentro” no puede significar que un sector pueda “arrasar” con el otro. Por ello, cualquier forma inteligente de reforma que impida resoluciones que pudieran resultar inexplicables para la opinión pública, bochornosas para el Jefe del Estado o productoras de tensiones innecesarias que puedan ser provocadas por la preeminencia de un interés personal o de grupo sería bienvenida por todos. Importantísima tarea para los Honorables Senadores.

Debemos excusarnos por lo extenso de esta opinión. Nos ha impulsado sólo el espíritu de prestar alguna modesta colaboración a una tarea legislativa que, estoy cierto, el país considera de la mayor trascendencia.

Saluda a Ud. con la mayor atención,

Enrique Evans de la Cuadra