

LOS LÍMITES DEL FINALISMO. OTROSÍ: SUPERHÉROES Y HÉROES

Comentario al fallo del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento parlamentario que solicita se declare la inhabilidad de la señora Ena Von Baer para asumir como senadora de la República.

(Causa Rol N° 2087-II, del 29 de diciembre de 2011)

*Patricio Zapata Larraín*¹

Resumen

Este artículo analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento parlamentario que pedía la inhabilidad de la senadora Von Baer. A propósito de este fallo, se examina el método interpretativo “finalista”, proponiéndose un conjunto de criterios que permiten conciliarlo con la seguridad jurídica, la separación de las funciones y la deferencia debida a los órganos de representación democrática.

Introducción

Interpretación sistemática/finalista, o simplemente “finalista”, es aquella que, sin perjuicio de partir del análisis de la textualidad del enunciado normativo, entiende que para arribar al más “correcto” de los posibles significados de un precepto es indispensable considerar, además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que este es parte.²

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Harvard; Doctor © en Derecho, Universidad de Chile.

² Varias son las formas de entender el proceso interpretativo. Reconociendo esta realidad, en 2008 expresaba:

“Una primera respuesta, tesis de la exégesis ingenua, postula que la interpretación jurídica no es otra cosa que un proceso lógico, sometido a reglas preestablecidas y de fácil aplicación, por el cual se descubre el verdadero sentido y alcance de la ley. Para esta concepción, y habiendo buena fe, todo intérprete que conozca las reglas pertinentes debiera arribar al sentido genuino de la norma.

En las antípodas de la exégesis ingenua se ubican quienes plantean que la interpretación jurídica es un proceso esencialmente político y discrecional por el cual, sin perjuicio de algunas limitantes de hecho, los supuestos aplicadores de la ley en verdad actúan como creadores del Derecho. En esta perspectiva, y sin perjuicio de la justificación con que se revistan las decisiones, una determinada interpretación no puede sino ser el reflejo más o menos directo de los intereses o motivaciones del intérprete.

Desde el momento en que la lectura finalista imputa al sistema jurídico un cierto grado de coherencia global, el intérprete no puede sino preferir aquella comprensión de una norma aislada que calza más y mejor con el resto del conjunto. En algunos casos, esta perspectiva puede, incluso, llevar a que el intérprete desestime lo que aparece como el primero o más obvio de los sentidos puramente literales. Esta preferencia, lejos de evidenciar desdén por el trabajo del legislador o el constituyente, expresa más bien un ánimo de cooperación activa.

El finalismo, en la forma descrita más arriba, no promueve ni avala la disolución de la frontera que separa, y debe separar, la creación de normas, por una parte, y la aplicación de las mismas, por la otra. Cabe reconocer, sin embargo, que existe el riesgo que, en manos de jueces activistas o intérpretes abanderizados, el finalismo pueda constituirse, en los hechos, en un pretexto o coartada para la pura y simple creación de normas.

¿Cómo evitar el peligro anotado? Una posibilidad, por supuesto, consiste en evitar cualquier tipo de interpretación finalista. Existe, sin embargo, otra alternativa menos drástica: tratar de identificar ciertos criterios que circunscriban al finalismo dentro de márgenes compatibles con la separación de las funciones y la deferencia debida al legislador democrático. En otras palabras, proponer ciertos límites al finalismo.

Este artículo se propone, precisamente, y en lo principal, contribuir al perfilamiento de un finalismo con fronteras. Ahora bien, en vez de realizar un análisis puramente teórico del problema enunciado, este trabajo discutirá sobre la aplicabilidad del enfoque finalista en un caso jurisprudencial concreto. Nos referimos al fallo del Tribunal Constitucional chileno (TC) que, a fines de

Ambas posiciones extremas deben ser descartadas. Así como parece muy simplista pensar que puedan existir sentidos auténticos únicos para cada norma, listos para ser descubiertos por exégetas suficientemente honestos y prolijos; también resultan alejadas de la realidad aquellas visiones que, al hacer de la interpretación un acto de pura creación política, niegan toda y cualquier autonomía al Derecho y al jurista. En nuestra visión, la interpretación jurídica es una actividad de la razón práctica que, puesta en movimiento a partir de dudas o conflictos concretos, se apoya en los criterios elaborados por la dogmática para construir, a partir de los materiales jurídicos disponibles pertinentes, respuestas razonables y coherentes”, Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 141-144.

En palabras de Fernando Atria, Antonio Bascuñan y Rodrigo Correa: “La premisa de la interpretación es que puede atribuirse más de un sentido plausible a una disposición legal, ya sea considerada en abstracto o en consideración a su aplicación al caso concreto. Eso implica la plausibilidad de un margen de desacuerdo entre las partes, entre los integrantes de un mismo tribunal y entre distintos tribunales. Pero interpretar una ley no consiste en asignarle alguno de sus sentidos plausibles sino en justificar el sentido asignado. Eso es, determinar su correcto sentido y alcance. No se trata de descubrir un hecho preexistente, sino de dar razones que hacen de la decisión interpretativa una decisión obligada para el juez, por ser la mejor de entre las decisiones plausibles. Qué razones valen para justificar esa decisión es el problema central de la teoría de la interpretación de la ley”, en “Interpretación de las leyes”, *El Mercurio de Santiago*, 11 de julio de 2007, p. A2. Esto es, por lo demás, a lo que se refiere Ronald Dworkin cuando habla de *right answer*.

2011, resolvió negativamente el requerimiento de un grupo de parlamentarios que solicitó se declarara la inhabilidad de la señora Ena Von Baer para asumir como senadora de la República (“**Inhabilidad de Von Baer**”).³

Por las razones que se explicarán, considero básicamente acertada la decisión del TC. No obstante, reconociendo, al igual que los requirentes, que la práctica que permitió la llegada de la señora Von Baer al Senado –el reemplazar directamente Ministros por Senadores, y luego, viceversa, Senadores con Ministros– es muy inconveniente, el trabajo cierra con un *Otrosí* que reflexiona sobre la forma en que los ciudadanos podemos, y debemos, expresar nuestra oposición a los arreglos institucionales que consideremos defectuosos.⁴

1. El caso

Ena Von Baer es periodista y cientista política. Su interés en las políticas públicas la llevó a trabajar como analista en el Instituto Libertad y Desarrollo. Destacó luego como panelista en un programa televisivo de debate político, revelándose como una muy eficaz defensora de las ideas de la derecha chilena. En diciembre de 2009, y con solo 35 años de edad, fue candidata a senadora por su tierra natal, Temuco, faltándole apenas un 0,3% para ser elegida. Dos meses después, sin embargo, el nuevo Presidente de la República, Sebastián Piñera, la incluyó en su primer gabinete, designándola Ministra Secretaria General de Gobierno. Ocuparía dicho cargo entre marzo de 2010 y julio de 2011.

Apenas un par de semanas después que la señora Von Baer hubiera dejado sus funciones como Secretaria de Estado, el partido al que ella adscribe, la Unión Demócrata Independiente (UDI), en ejercicio de la prerrogativa que le reconoce la Constitución Política, la designó para que ocupara el escaño senatorial representativo de la Circunscripción de Santiago Sur-Oriente que quedó vacante, por incompatibilidad sobreviniente, cuando el político UDI elegido en 2005 por dicha zona, Pablo Longueira, aceptó asumir como Ministro de Economía.

El enroque entre la ministra y el senador mereció críticas políticas. Se cuestionó que el Presidente de la República continuara cooptando parlamentarios en ejercicio (en enero de 2011 había reclutado a los senadores Allamand

3 Tribunal Constitucional, Rol N° 2087-II, 29 de diciembre de 2011.

4 Quisiera precisar que, al menos en mi caso, el juicio crítico sobre el mecanismo empleado no implica ningún tipo de reproche respecto de la señora Von Baer.

y Matthei y en julio de 2011 fue el turno de los senadores Chadwick y Longueira). Se objetó también que, por mera decisión de la cúpula de un partido político, una persona pudiera pasar –sin solución de continuidad– desde el ejercicio de responsabilidades en el Ejecutivo al desempeño de funciones en el Poder llamado, en principio, a ser su principal contrapeso.⁵ Conviene recordar, en todo caso, que esta práctica había sido inaugurada dos años antes cuando la diputada Carolina Tohá emigró al Ministerio Secretaría de Gobierno y para reemplazarla en la Cámara, su partido, el PPD, nominó a Felipe Harboe, hasta ese momento subsecretario del Interior.

La nominación de Von Baer, investida formalmente el 2 de agosto de 2011, generó también un cuestionamiento de orden jurídico constitucional. Con fecha 13 de septiembre de 2011 un grupo de 10 parlamentarios dedujo requerimiento ante el TC pidiendo que se declarara, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 14 de la Carta Fundamental, que la señora Ena Von Baer no pudo haber asumido como senadora por estar afectada por una inhabilidad constitucional. Concretamente, los requirentes sostuvieron que el hecho de haberse desempeñado como Ministra de Estado dentro del año inmedia-

5 En las ediciones de los días 18 y 19 de julio de 2011, El Mercurio de Santiago reproduce varias de esas críticas. Ricardo Lagos Weber, senador y vicepresidente del PPD, planteó que: “Encontraría pésima señal de la derecha chilena que le otorgue premios de consuelo a ministros que han tenido mal desempeño, como en el caso de Von Baer”, agregando que “Más que un cambio de gabinete, esto es un enroque y una forma en que la derecha restituye a los senadores designados, lo que implica una pésima señal. Ya es raro que saquen senadores y los lleven al gabinete; peor aun que a los ministros los lleven al Parlamento, eso debilita al Senado y a las instituciones [...] aquí lo que hay son sillas musicales de las más ordinarias”. La senadora del PDC Soledad Alvear, por su parte, señaló que “no me parece que se saquen parlamentarios para ir al gabinete y sean reemplazados a dedo por los partidos políticos vulnerando decisiones soberanas”. Agregó que “los ministros que saquen del gabinete no deben llegar al Congreso. Por algo los sacan”. El Presidente del PDC, Ignacio Walker, a su vez, señaló que “este gabinete es lo más parecido a un enroque” y que “dos de los tres ministros políticos siguen en sus puestos, cuando el consenso de la plaza era que el problema estaba en el equipo político. Y como si fuera poco, dos senadores dejan sus cargos de representación popular. Lo único que falta es que Von Baer vaya al Senado y que, habiendo perdido una votación en la Araucanía, sea promovida por secretaria como senadora”. Indicó que cuando Carolina Tohá se integró al gabinete de Bachelet, “nosotros siempre consideramos que sería utilizado con buen criterio y con prudencia por el Presidente, pero en menos de siete meses cuatro senadores han sido sacados del Parlamento y reemplazados por senadores designados. Esto es un atentado contra la voluntad popular”. El vicepresidente del PS, Marcelo Díaz, consideró “lamentable” la salida de senadores para asumir cambios en el gabinete “porque termina de desnaturalizar la función parlamentaria”. Agregó que “si queremos cambiar a un régimen parlamentario, hagámoslo derechamente, no con resquicios”.

Desde la perspectiva del análisis político, por su parte, Ascanio Cavallo planteó: “La rotación de ministros y la incorporación de dos senadores sugiere un severo déficit de personal en la Alianza. El gobierno enfrenta dificultades a la hora de seleccionar figuras capacitadas para estar en los más altos cargos de la administración. Peor aun, antes de cumplir dos años el Presidente ya ha debido echar mano a cuatro de sus senadores más potentes, debilitando sus propias fuerzas en esa cámara estratégica. Sacar parlamentarios para llevarlos al gobierno es una idea tan mala como sustituir esos cargos de congresistas por personas designadas por los partidos. Esta práctica fue iniciada por la Concertación, con fuertes reproches de la Alianza; ahora se invierte todo. Es posible que el gobierno no tuviese más alternativa, pero nadie puede ignorar que a medida que el Congreso se puebla nuevamente de senadores designados, la erosión de su prestigio no hará más que aumentar.” *La Tercera*, 19 de julio de 2011.

tamente anterior a la fecha de su designación como senadora, hacía aplicable a su respecto el impedimento establecido en el artículo 57 de la Constitución Política.⁶ Argumentaron que una lectura comprensiva de la Carta Fundamental demandaba que a los senadores designados para llenar una vacante se les exigieran, a lo menos, los mismos requisitos y condiciones requeridas para los senadores elegidos por voto popular.

En su contestación, la señora Von Baer argumentó que la inhabilidad del indicado artículo 57, al referirse textualmente a los requisitos para ser “candidato”, era aplicable solamente para el caso de quienes accedían al Senado por la vía de elección popular, no correspondiendo, bajo esa lógica, extender la inhabilidad a la situación de las personas que son designadas para llenar una vacante, como ocurrió con la senadora Von Baer; se solicitó que el requerimiento fuera rechazado.

2. El fallo

La sentencia del TC se dio a conocer el 29 de diciembre de 2011. Por nueve votos a uno se rechazó el requerimiento.

Del voto de la mayoría, redactado por el Ministro Marcelo Venegas, quisiera reproducir un par de considerandos:

CUARTO. Que configura la médula del presente conflicto constitucional la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 57 de la Constitución, con relación al numeral 1 de su inciso primero, que es parte del denominado “*Estatuto de la Función Parlamentaria*”, *conformado por una serie de restricciones y privilegios que facilitan y garantizan el adecuado cumplimiento de su importante rol en el sistema democrático representativo. Como limitación al acceso a las candidaturas es una restricción constitucional específica al derecho de admisión a todas las funciones y empleos públicos, que está asegurado en el N° 17 de su artículo 19, “sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”.*

Por lo expresado, para continuar el desarrollo de esta sentencia se recordará que este Tribunal Constitucional, en las numerosas sentencias con que ha decidido los conflictos que se le han planteado sobre la in-

6 “Artículo 57.- No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores: 1) Los ministros de Estado. [L]as inhabilidades establecidas en este artículo serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección”.

habilidad de parlamentarios o de ministros de Estado, entre otras las recaídas en los procesos roles 3 (1972), 19 (1983), 21 (1985), 190 (1994) y 1.357 (2009), ha precisado, en forma reiterada e invariable, las características y naturaleza jurídica de estas limitaciones constitucionales. En lo más sustancial, ha puntualizado que la actual Constitución estableció en forma sistematizada y explícita las causales de inhabilidad, incompatibilidad, incapacidad y de cesación en el cargo de los parlamentarios, en sus artículos 57 (54), 58 (55), 59 (56) y 60 (57), respectivamente; y se ha insistido en que las prohibiciones parlamentarias son limitaciones de derecho público que afectan la elección de diputados y senadores y el ejercicio de los cargos parlamentarios, cuyas infracciones aparejan sanciones como la nulidad de la elección, la cesación en el cargo de congresal y la nulidad del nombramiento, según los casos; y que, por ello, la aplicación de estas normas prohibitivas debe dirigirse solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución, pues se trata de preceptos de derecho estricto, y no puede hacerse extensiva a otros, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de la interpretación restrictiva de los preceptos de excepción, unánimemente aceptado por la doctrina y aplicado reiteradamente por este tribunal;

VIGESIMO.- Que, en fin, corolario de lo razonado en los capítulos anteriores es que, por razones literales, de contexto, históricas y sistemáticas, debe forzosamente concluirse que, cuando el inciso sexto del artículo 51 de la Constitución, norma que regula la integración de las cámaras para mantener completa la composición que les señala la Constitución, exige al reemplazante de un parlamentario cesado en su cargo *“los requisitos para ser elegido diputado o senador”, cuya verificación está encomendada al Presidente de la respectiva Corporación, alude única, inequívoca y exactamente, a los requisitos que establecen los artículos 48 y 50, que disponen, respectivamente, con las mismas expresiones utilizadas por el artículo 51, “para ser elegido diputado se requiere (...)” y “para ser elegido senador se requiere”; que además forman parte del mismo párrafo constitucional que la norma que establece la exigencia, el cual contiene, precisamente, las reglas sobre Composición y generación de la Cámara de Diputados y del Senado.*

Asimismo y por iguales razones, debe concluirse que no es aplicable a las personas que son designadas por los partidos políticos para proveer las vacantes

de diputado o senador, que eventualmente se produzcan entre dos elecciones periódicas, la inhabilidad que establece el artículo 57 de la Carta Política, la cual afecta únicamente a quienes postulan a dichos cargos como candidatos en los aludidos procesos electorales populares, cuyo control corresponde a los órganos que señala la ley orgánica constitucional respectiva y al Tribunal Calificador de Elecciones;

El único magistrado partidario de acoger el requerimiento, Carlos Carmona, redactó un extenso e interesante voto disidente. En este se formulan varios argumentos para no excepcionar a los parlamentarios reemplazantes de la inhabilidad del año que establece el artículo 57, inciso segundo. A continuación, algunos párrafos seleccionados:

14. Que una primera razón para no excepcionar de la inhabilidad del artículo 57 a los parlamentarios reemplazantes, dice relación con [...] que senadores electos y reemplazantes tienen que cumplir los mismos requisitos para asumir el cargo, se está reconociendo algo que parece evidente: si ambos tipos de parlamentarios ejercen igual tipo de facultades, son indistinguibles en su ejercicio, pues su voto vale lo mismo, tienen los mismos privilegios, las mismas obligaciones y, por ende, deben tener los mismos requisitos para ingresar a la corporación respectiva. Separarlos implica, por de pronto, ir contra el texto expreso del artículo 51, que los asimiló. No hay nada de analogía en la materia.

Enseguida, implica que se crea un distingo adicional al previsto por la Constitución. Esta los separa en su fuente de legitimidad: elección en un caso, designación en otro. Pero, en todo lo demás, el tratamiento es equivalente. La Constitución separa a los reemplazantes y a los electos por el mecanismo de selección. Los reemplazantes se excepcionan de la elección popular para ser diputado o senador, pero no de los requisitos para llegar a ser tales.

Asimismo, implica que el reemplazante tendría menos requisitos que el electo. Ello va contra la democracia representativa de nuestro sistema político (artículos 4° y 5°). No pueden ser más estrictos los requisitos para ser electo que para ser designado reemplazante. Es absurdo que la señora von Baer, que fue candidata a senadora, haya tenido que cumplir unos requisitos más estrictos para llegar al Parlamento por la vía de la elección popular, y otros más relajados para la designación por el

partido en que milita. La equiparidad de los requisitos permite que el reemplazante resista la comparación con cualquier ciudadano que, por la vía de las urnas, se postula a un cargo de diputado o senador.

A continuación, el artículo 57 se encuentra entre las normas comunes para los parlamentarios (así se denomina el párrafo en que se encuentra ubicada la norma, dentro del Capítulo V, del Congreso Nacional), aplicables, en consecuencia, tanto a los reemplazantes como a los electos.

Finalmente, implica que el reemplazante tendría una ventaja respecto del electo en el ejercicio del cargo, pues la inhabilidad tiene por propósito, como demostraremos más adelante, garantizar la probidad en la actuación parlamentaria;

15. Que una segunda razón que justifica no excepcionar de la aplicación de la inhabilidad del artículo 57 a la señora von Baer, es que no cabe argumentar que el artículo 57, porque utiliza la expresión “candidatos” (“No pueden ser candidatos”) y porque su inciso segundo habla de que la inhabilidad se cuenta desde un año antes de “la elección”, no se aplicaría a los reemplazantes, debido a que no son electos por votación popular.

Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que cuando la Constitución define los requisitos que debe cumplir el reemplazante, habla también de elección. Dice que deben cumplir los requisitos para “ser elegido” diputado o senador. Por lo tanto, construye estos requisitos no estableciéndolos de modo especial, aparte de los parlamentarios electos, sino remitiéndose a los requisitos propios de éstos. La unión entre reemplazantes y requisitos que deben cumplir en términos de estar asociados a la elección, nace desde la regla original.

En segundo lugar, este argumento es extremadamente peligroso. Cuando la Constitución regula los requisitos para ser diputado y senador, utiliza la variable elección. El artículo 48 parte señalando que “para ser elegido diputado se requiere”; mientras que el artículo 50 lo hace señalando “para ser elegido senador se requiere”. Si afirmamos que el artículo 57 no se aplica porque alude a elecciones, consecuentemente tampoco deberían aplicarse los artículos 48 y 50, quedando los reemplazantes sin necesidad de cumplir ningún requisito de los básicos para ingresar a la Cámara o al Senado. Así, si un diputado es designado en reemplazo de un senador que genera una vacante, no necesitaría tener los 35 años que exige el artículo 50. Ello libraría a los reemplazantes de cumplir todo requisito, salvo el de ser ciudadano, pues éste

lo establece el mismo artículo 51 en su inciso tercero; de todos los demás estaría exento, porque los artículos 48 y 50 hablan de “elegido”.

Lo mismo cabría decir respecto de la pérdida de algún “requisito general de elegibilidad” como causal de cesación en el cargo de diputado o senador, y que regula el artículo 6o, inciso penúltimo, de la Constitución. Tampoco se le podría aplicar dicha causal de cesación a los parlamentarios reemplazantes porque este precepto habla de “elegibilidad”.

Tal criterio de interpretación parece contrario a la lógica y a un criterio sistemático de análisis. Por lo mismo, debe rechazarse.

Todo ello nos lleva a que si aplicamos dichos artículos a los reemplazantes, que se construyen desde la elección, realizando una interpretación razonable, debemos hacer lo mismo con el artículo 57. Por lo mismo, debemos entender que la inhabilidad del año debe adaptarse desde la elección a la generación de la vacancia;

16. Que una tercera razón que justifica no excepcionar a los reemplazantes de la inhabilidad del artículo 57, es la estricta separación entre el cargo de parlamentario y el de Ministro de Estado.

17.[...] la prohibición del artículo 57 se enmarca dentro de la separación de funciones que estructura el régimen presidencial. Y la Constitución no se puede interpretar yendo contra su fórmula política.

19.[...] Ahora bien, la “libre circulación” de parlamentarios a Ministros y de éstos a parlamentarios, distorsiona la voluntad popular, pues mediante el expediente de generar la vacante por incompatibilidad y luego designar reemplazante, ingresan al Congreso parlamentarios no electos. El abandono de un cargo parlamentario está sujeto por la Constitución a condiciones muy estrictas, buscando precisamente que no se pase a llevar la voluntad del electorado de elegir a una persona y no a otra, y por un período determinado, en el cargo de diputado o senador.

El reemplazante, de acuerdo al artículo 51, debe ejercer sus funciones por el término que faltaba a quien originó la vacante. Es decir, la idea es que haya un solo reemplazante por cargo vacante, salvo casos excepcionadísimos.

Sin embargo, por la aplicación de los artículos 51 y 59 de la Constitución, sin la inhabilidad del año, todo este diseño puede ser fácilmente vulnerado;

21. Que una quinta razón que justifica no excepcionar de la inhabilidad del año, es que ese plazo está destinado, sobre todo tratándose de los Ministros de Estado (respecto de las otras autoridades, la fundamentación es distinta), a que se fortalezca su independencia como parlamentario. Dicho plazo permite que el ex Ministro haga una pausa reflexiva, tome distancia de su ex jefe (el Presidente de la República) y de sus ex colegas en el gabinete (los otros Ministros de Estado) y pueda desempeñar sus funciones de legislador y de fiscalizador con autonomía y juicio propio.

La Constitución, en muchas de sus normas, construye ficciones. ... El plazo del año es también una ficción. Se presume que una persona que ha sido Ministro de Estado tiene, después de ese período, la independencia para votar los proyectos del Ejecutivo en que trabajó, fiscalizar a los órganos de la administración y, en general, desempeñar su labor de parlamentario frente al gobierno del que fue parte.

[...] El asunto se vuelve particularmente sensible si se considera que el principio de probidad tiene ahora rango constitucional (artículo 8°) y que respecto de los parlamentarios exige, entre otras cosas, “*observar una conducta parlamentaria intachable*” (artículo 5° A, Ley N° 18.918).

El plazo del año, por tanto, permite que el parlamentario reemplazante actúe con mayor facilidad, ajustado a las normas de probidad y de objetividad en su actuación. No es una regla baladí que se pueda obviar sin consecuencias para nuestro sistema...

Tres de los Ministros que suscribieron el voto de mayoría se preocuparon, en todo caso, de expresar que aun cuando discrepaban de la conclusión del requerimiento, compartían, sin embargo, muchas de las aprehensiones en que este se funda.

Así, el Ministro Francisco Fernández indica:

[...] estima necesario dejar constancia que, en su opinión, existe una contradicción entre el mecanismo de provisión de vacancias parlamentarias consagrado por el artículo 51 de la Ley Fundamental y el principio o base de la institucionalidad que proclama el artículo 4° de la propia Carta, en el sentido que “Chile es una república democrática”, [...] a criterio de este previniente, el sistema de provisión de vacantes parlamen-

tarias debiera modificarse en el futuro para hacerlo congruente con esta elemental exigencia de un Estado Democrático de Derecho.

Los Ministros García y Viera Gallo, por su parte, cierran su extensa prevención manifestando:

34.- Que, concluyendo, el requerimiento presentado se hace eco de un conjunto de interrogantes válidas y pertinentes acerca del actual procedimiento de designación de vacantes parlamentarias. Hemos dicho que compete a los Poderes colegisladores definir un cambio posible; teniendo en cuenta lo sostenido hasta ahora. Los Ministros redactores de esta prevención exhortamos a su modificación, restableciendo, en la forma que determine el legislador, las elecciones complementarias como un método más acorde con el principio democrático para proveer las vacancias parlamentarias.

3. En lo principal: Los límites del finalismo

Tal como lo anticipara, considero que la decisión del fallo “Inhabilidad de Von Baer” es constitucionalmente correcta. En este acápite quiero explicar mis razones, dejando en claro que ellas no implican renegar de un finalismo bien entendido.

Me doy cuenta, por supuesto, que la primera y más fácil de las justificaciones para lo resuelto en “Inhabilidad de Von Baer” derivaría de una interpretación literalista de la norma constitucional más directamente concernida.⁷ Me refiero al hecho que el artículo 57 de la Carta Fundamental dice textualmente que “no pueden ser *candidatos*[...] a senadores los Ministros de Estado [o quienes] hubieren tenido esa calidad dentro del año inmediatamente anterior a la *elección*” (los énfasis son nuestros).

Para una interpretación literalista el problema hermenéutico termina casi antes de empezar. La respuesta podría sintetizarse en el siguiente Twitt imaginario: @navonbaer nunca fue candidata. Nunca hubo elección para proveer vacante senatorial Santiago oriente. Ergo, no aplica la inhabilidad del art. 57.

⁷ Por “literalismo” entiendo aquel enfoque interpretativo que homologa, sin más, el tenor literal de las palabras del enunciado normativo con el sentido de la norma. Para una crítica ver, Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, pp. 179-189.

Como ocurre con el 99% de las cosas importantes de la vida, en todo caso, el debate constitucional se resiste a ser encapsulado en los márgenes estupidificadores de 140 caracteres. El literalismo que, al igual que Twitter, trivializa todo lo que toca, debe ser desechado.

El voto disidente de Carmona hace un buen trabajo al mostrar que la Constitución no siempre es rigurosa cuando utiliza la palabra elección. Por otra parte, no me parece tan claro que, en general, y a todo evento, la palabra candidato deba circunscribirse a la situación del individuo debidamente registrado para participar en una votación popular (¿cómo se llama, si no es “candidatos”, a los individuos propuestos por el Presidente de la República para ser Contralores, consejeros del Banco Central o Fiscales Nacionales?).

El sentido de “candidato” y “elección” en el artículo 57 solo se entiende, entonces, si se examina el contexto y la finalidad de dicho precepto. O sea, desde el finalismo.

Lo primero que cabe enfatizar es que la norma que estamos examinando, el artículo 57, es parte del régimen de prohibiciones o restricciones que afectan a las personas que deseen ser titulares, o ya son titulares, en algún órgano del Estado.

La constatación anterior tiene importantes consecuencias interpretativas. En efecto, se cumplen ya 40 años desde que nuestro Tribunal Constitucional comenzó a perfilar una doctrina jurisprudencial sobre el sentido y alcance que ha de dársele a estas inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades.

El fallo que da inicio a esta línea es “Inhabilidad de José Tohá”.⁸ En dicha sentencia, el viejo Tribunal Constitucional de 1970 rechazó por 4 votos a 1 el requerimiento de un grupo de parlamentarios que solicitaban se declarara la inhabilidad del Ministro del Interior señor José Tohá para ser designado Ministro de Defensa Nacional, permanecer en dicho cargo y desempeñarlo, en razón de encontrarse constitucionalmente suspendido de sus funciones de Ministro del Interior por haber declarado la Cámara de Diputados que había lugar la acusación constitucional deducida en su contra. Fue a propósito de este asunto que el Tribunal aludió a un “principio de derecho universalmente compartido y consagrado por nuestra Carta Fundamental, en orden a que ninguna autoridad puede [...] crear inhabilidades ni prohibiciones que no arranquen de la ley, ni contravengan, aún el último supuesto, normas limitantes para el propio legislador emanadas de la Constitución. [E]s por lo anterior y la

8 Tribunal Constitucional, Rol N° 3, sentencia del 10 de febrero de 1972.

naturaleza democrática del sistema que nos rige, que el N° 8 del artículo 10, asegura a todos los habitantes la igual admisión a las funciones públicas “sin otras condiciones que las que las que impongan las leyes”, con lo cual excluye las inhabilidades o prohibiciones que no tengan un origen de derecho expreso e indubitado” (considerando 10).

Lo interesante es que, a diferencia de otras definiciones jurisprudenciales, respecto de las cuales el Tribunal Constitucional ha oscilado según la época, composición o caso concreto, la doctrina de “Inhabilidad de José Tohá” ha sido seguida de manera fiel y constante durante las cuatro décadas siguientes. Veamos.

En 1983, en el caso “Inhabilidad de Sergio Onofre Jarpa”, el TC rechazó unánimemente un requerimiento que solicitaba se declarara inhabilitado para continuar como Ministro del Interior al señor Sergio Onofre Jarpa en razón de haber formulado estas lamentables declaraciones públicas en las que, frente a las protestas sociales contra la dictadura, llamaba a la ciudadanía a organizarse con el objeto de repeler lo que calificaba como la agresión de “grupos violentistas”.⁹ El TC estimó que no existía en la Carta Fundamental ninguna causal que incapacitara jurídicamente a los Secretarios de Estado por hacer llamamientos de este tipo, resaltando que “las normas jurídicas que establecen esta clase de inhabilidades son prohibitivas, excepcionales y restrictivas y, por ende, conforme a los principios más elementales de hermenéutica jurídica, al intérprete le está vedado crearlas por la vía de la analogía”.

En 1994, y también en forma unánime, con la sentencia “Inhabilidad de Francisco Javier Errázuriz”, el TC rechazó la solicitud que se le hizo de ordenar el cese en sus funciones del senador Francisco Javier Errázuriz por una supuesta infracción a la prohibición constitucional de realizar actividades empresariales incompatibles.¹⁰ En el contexto de este fallo, el TC recordó que “la aplicación de estas normas prohibitivas debe dirigirse solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución, toda vez que se trata de preceptos de derecho estricto, y no puede hacerse extensiva a otros, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de interpretación restrictiva de los preceptos de excepción unánimemente aceptado por la doctrina” (considerando 10).

9 Tribunal Constitucional, Rol N° 19, sentencia del 27 de octubre de 1983.

10 Tribunal Constitucional, Rol 190, sentencia del 7 de diciembre de 1994.

En 2008, en el caso “Inhabilidad del senador Navarro”, el TC –y nuevamente por unanimidad– rechazó un requerimiento por el que se acusaba al senador Alejandro Navarro de haber incurrido en la falta constitucional consistente en incitar de palabra o por escrito a la alteración del orden público.¹¹ Leyendo el fallo, redactado por el Ministro Mario Fernández, se aprecia la firme decisión de no extender el alcance de la prohibición hasta más allá de lo que estrictamente puede desprenderse del texto constitucional.

En 2009, por su parte, el TC rechazó–otra vez por votación unánime– un requerimiento en que se solicitaba la inhabilidad de la señora Carolina Tohá para asumir como Ministro de Estado.¹² El fallo “Inhabilidad de Carolina Tohá” vuelve a afirmar la doctrina según la cual las inhabilidades se interpretarían restrictivamente.¹³

1972, 1983, 1994, 2008, 2009 y 2012. Tiempos, sin duda, distintos. José Tohá, Sergio Onofre Jarpa, Francisco Javier Errazuriz, Alejandro Navarro, Carolina Tohá y, ahora, Ena Von Baer. Difícil imaginar un grupo de políticos más heterogéneo. Cada uno de los requerimientos, por lo demás, tuvo su propia especificidad. Pese a lo anterior, sin embargo, y en todos los casos, y casi siempre por unanimidad, del TC ha sido capaz de mantener una misma doctrina: no inhabilitar a menos que se infrinja claramente una prohibición inequívoca.

11 Tribunal Constitucional, Rol 970, sentencia del 7 de octubre de 2008.

12 Tribunal Constitucional, Rol 1357, sentencia del 9 de julio de 2009.

13 Hay que indicar que en reemplazo de la señora Tohá, su partido, el PPD, procedió a designar al hasta entonces Subsecretario del Interior señor Felipe Harboe. Esto dio lugar a cierta polémica, que, en muchos sentidos, anticipaba la discusión del caso Von Baer. Sobre el particular, y escribiendo en 2009, el profesor Manuel Antonio Nuñez señaló: “es discutible que (Harboe) cumpliera con los requisitos para ser designado parlamentario por su Partido. Sobre ese particular debe recordarse que el artículo 51 exige que ‘el reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso’. Más allá de cumplir con los requisitos positivos que indica el artículo 48 era claro que el ex subsecretario del Interior no cumplía con los requisitos negativos (inhabilidades) que establece el artículo 57 de la Constitución. Particularmente no podía demostrar que ‘dentro del año inmediatamente anterior a la elección’ carecía de la condición de subsecretario. Podría decirse que este caso, al no haber ‘elección’ propiamente tal, no era preciso exigir al pie de la letra el cumplimiento de las inhabilidades pues lo que ellas persiguen es que las personas que ostentan los cargos a que se refiere el artículo 57 no los utilicen con fines electorales. En verdad, la realidad demuestra que esta última explicación no es suficiente, pues en el caso que nos convoca la falta de elección no anula la necesidad de mantener la independencia entre Gobierno y Parlamento, en fin, entre colaboradores del Presidente y representantes populares. Lo anterior, sin perjuicio de que la remisión de los requisitos para esta forma de ‘designación se hace claramente a los que proceden en caso de ‘elección’”, Nuñez, Manuel Antonio, “Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio. El fallo “Tohá” y el estatuto constitucional de los parlamentarios y los Ministros de Estado dentro de nuestro sistema presidencial”, *Sentencias Destacadas*, 2009, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia*, (Libertad y Desarrollo) 2010, p. 112.

El segundo elemento de contexto está dado por la finalidad específica del artículo 57. Siendo indudable que la independencia y la probidad son propósitos constitucionales legítimos, me parece que la norma que nos ocupa tiene otro fin, también valioso, consistente en evitar que ciertos altos magistrados del país aprovechen su posición en el Estado para mejorar sus posibilidades de ganar una elección parlamentaria.

Ahora bien, y como ocurre con tantas otras reglas constitucionales, es bastante probable que la que se examina presente ciertas inconsistencias. ¿No sería lógico, piensan algunos, hacer extensiva esta prohibición a quienes desean postular como candidatos para el cargo de Presidente de la República? ¿No sería bueno que también se incluyera en el listado del artículo 57 a los Superintendentes? Por otra parte, no hay duda que las normas constitucionales específicamente diseñadas para velar por la independencia y probidad de los parlamentarios (los artículos 58, 59 y 60 de la Carta Fundamental) son, también, susceptibles de ser perfeccionadas. El punto constitucional relevante es que esas mejoras deben hacerse a través de la reforma constitucional y no de la interpretación extensiva.

Antes de pasar a otro punto, quisiera hacerme cargo de un aspecto del problema que pudiere explicar, quizás, que existan personas que, ordinariamente inclinadas a darle a las prohibiciones una interpretación estricta; pudieren pensar que, en este caso particular, no obstante, se justifica una lectura finalista que extienda un poquito el alcance de la inhabilidad. No me estoy refiriendo a la actitud de quien actuara movido por animadversión contra Ena Von Baer o contra la UDI (esas no son razones jurídicas). Pienso, más bien, en alguien que afirmara, o pensara que, si bien es cierto que se justifica la interpretación restrictiva de las prohibiciones tratándose de las personas que han ganado su escaño con la votación del pueblo, ello no ocurre, sin embargo, tratándose de alguien designado senador por la “cúpula” de un partido político.

Frente a un sesgo como el anotado, creo importante recordar que, aun cuando nos parezca malo, el sistema vigente para proveer las vacantes parlamentarias es el resultado de una decisión relativamente reciente y ampliamente mayoritaria del Parlamento; refrendada, por lo demás, por un Presidente de la República elegido en elecciones democráticas. El método actual vino a reemplazar, después de largo debate, a otra fórmula anterior que llegó a considerarse como muy mala.¹⁴

¹⁴ Me refiero al sistema según el cual la vacante se provee con el compañero de lista y, en subsidio, por elección por la Cámara respectiva sobre la base de una terna del partido al que pertenecía la persona que produjo la vacante.

Lo señalado anteriormente constituye razón constitucional suficiente para que el intérprete de la norma muestre algún tipo de deferencia por esta solución. Si nos parece que ha habido un error, lo que cabe, evidentemente, es promover un cambio en la dirección correcta. La experiencia de la última década prueba que el cambio en esta materia, si bien difícil, no es imposible. Lo que no es aceptable es usar el finalismo para “mejorar” la Constitución.

Me explico, por supuesto, que un método que deja en manos de la directiva de un partido político, y con completa libertad, la decisión de quien va a representar por varios años a circunscripciones que pueden tener 1.5 millones de electores, provoque dudas entre la doctrina y la ciudadanía.¹⁵ Ahora bien, y por mucho que los partidos políticos estén aquejados por serios problemas de representatividad, me resisto, sin embargo, a sumarme al coro de los que extreman la crítica antipartidos hasta el punto de negarles toda función y legitimidad. Dejar al partido político al cual pertenecía un parlamentario que se ha incapacitado, la posibilidad de elegir a su reemplazante, excepcionalmente y por un tiempo corto no es una imbecilidad ni una aberración. Es una opción discutible y, como tal, debe ser abordada. A menos que, claro está, se considere que los partidos políticos son, intrínsecamente, bandas de sinvergüenzas a las cuales no se les puede confiar ningún tipo de responsabilidad democrática.

Quiero creer que los argumentos expuestos demuestran que la decisión de “Inhabilidad de Ena Von Baer” no descansa única, ni principalmente, en supuestos literalistas, sino que puede defenderse, y todavía mejor, desde la óptica del finalismo.

No obstante, quisiera hacerme cargo aquí de la duda de alguien que, estando convencido que la práctica de los enroques atenta contra principios básicos del régimen democrático (artículo 4° de la Constitución Política), piense que este era uno de aquellos casos en que estaba justificado “saltarse” la letra de las reglas en aras del sentido de dichos principios más generales.

15 En esta línea, Tomás Jordán ha expresado: “La STC N° 2087/2011 que rechazó el requerimiento para impedir la designación de la senadora Ena Von Baer, implica afirmar que tenemos un constituyente derivado partidocéntrico. Que mira el mundo desde y hacia los partidos políticos y no desde la deliberación mayoritaria, donde los partidos tienen un rol de representación. La regla constitucional que dispone que el partido del congresista vacante designe al reemplazante, nos muestra un sistema político autorepresentativo, generador de un efecto de distanciamiento entre este y la sociedad civil, debilitando el modelo democrático”, “La sentencia del TC sobre la senadora Ena Von Baer y la urgencia de sanar nuestra anemia democrática”, en *Diario Constitucional*, 19 de marzo de 2012. En el mismo sentido, Marcela Ahumada plantea que “el actual mecanismo de provisión de cargos parlamentarios, que permite a los partidos políticos designar a los reemplazantes, no se aviene plenamente con el principio democrático, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política y de alguna manera erosiona la libertad electoral”, “La designación de parlamentarios como Ministros de Estado”, en *Ars Boni et Aequi*, Año 8, 1, (Universidad Bernardo O’Higgins) p. 302.

Estoy pensando, entonces, en un interlocutor que me emplazara a explicar porqué, si en el pasado he defendido lecturas finalistas que significaban subordinar el alcance textual de una norma concreta de la Carta Fundamental con tal de dar eficacia al sistema y a los fines de la Constitución Política, no hago ahora, para este caso, otro tanto.¹⁶ Puedo imaginarme, de hecho, a algún amigo (no voy a mencionar su nombre) insinuando que mi juicio sobre “Inhabilidad de Ena Von Baer” demuestra que mi defensa del finalismo ha sido, y es, la defensa de un finalismo de temporadas o a mi pinta (“quemando hoy lo que ayer adoraba...”). También puedo visualizar, al mismo amigo, concluyendo –en tono triunfante– que inconsistencias como sería esta prueban que el finalismo no es, a fin de cuentas, una metodología seria.

La única forma de responder a esta suspicacia, me parece, es mostrando que el finalismo que se defiende no es un mecanismo abierto que permita lograr en todos los casos lo que algunos llaman “finales felices”, esto es, resultados que, sospechosamente, siempre calzan con lo que al intérprete le interesa o le conviene.¹⁷

Comencemos despejando un primer equívoco. El finalismo que se defiende no tiene nada que ver con la idea según la cual el inicio y fin del análisis constitucional está en los valores y principios recogidos en la Carta Fundamental (paradigmáticamente, en el Capítulo I). Por el contrario, el finalismo reivindica la integridad constitucional, en cuya virtud no cabe pensar en una separación de castas entre unos insignes principios, por allá arriba, y unas humildes reglas, por acá abajo. Ni menos lucha de clases entre ellos y ellas.

No se me escapa, en efecto, que si el finalismo consistiera en resolver directamente los problemas interpretativos desde el Olimpo donde habitan frases como “las personas nacen libres e iguales”, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” o “el Estado está al servicio de la persona humana”, el finalismo no sería otra cosa que un vehículo para hacer pasar por hermenéutica lo que son visiones personales.

El finalismo tiene la mayor consideración por la parte orgánica de la Constitución. Sabe que es en las reglas y a través de las reglas, más que en las gran-

¹⁶ En el pasado, por ejemplo, aplaudí cuando el TC determinó, contra texto expreso de un artículo de la Constitución, que el Plebiscito presidencial de 1988 no podía sino ser fiscalizado por el Tribunal Calificador de Elecciones (“Caso TRICEL”, Rol 33). Deploré, por otra parte, cuando el mismo TC no quiso ir más allá del tenor literal a efectos de exigir que el sistema electoral incorporara el principio de proporcionalidad (“Ley de Votaciones Populares III”, Rol 67).

¹⁷ Sobre este tema ver Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, en *Principios Jurídicos*, (Abeledo Perrot/Thomson Reuters) 2011, pp. 65-90.

des declaraciones de principios, que opera el “milagro” del derecho público: la limitación del poder estatal.

Digamos a continuación que el efecto natural y lógico de una interpretación finalista es tender a la armonización o conciliación entre el significado que se le reconoce a un precepto constitucional aislado y las exigencias del conjunto de la Carta Fundamental. En efecto, en la misma medida en que, de los posibles significados que tiene una norma concreta, se preferirá aquel que mejor de cuenta del sistema jurídico en su integridad, menos probable será que haya choques entre una y otro. Por lo mismo, el finalismo sirve, a veces, para disolver lo que en clave literalista serían contradicciones dentro del texto constitucional.

Hay ciertos casos, sin embargo, en que la lectura finalista pone de relieve la existencia de una tensión mayor dentro del sistema constitucional. Son aquellas situaciones en que el tenor literal de un precepto aislado no admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional. ¿Qué hacer en estos casos? Mientras el literalista, apretando los dientes, se sentirá obligado a aplicar de todas maneras la norma disfuncional y el originalista irá presuroso a buscar en la Actas de la Comisión Ortúzar alguna frase que le permita elegir, el finalista dirimirá la contradicción a favor de la integridad constitucional.¹⁸

Para llegar a poner entre paréntesis un precepto constitucional asistémico (o antisistémico) a favor del conjunto constitucional el TC necesitaría convenirse, y convencernos, que: a) no existe ninguna interpretación posible del precepto complicado que sea conciliable con el claro sentido del resto de la Carta Fundamental y b) que la aplicación de la norma asistémica será causa de grave afectación de importantes y numerosos otros preceptos de la Carta Fundamental.

Aplicando los criterios esbozados al caso Von Baer, me parece que la no extensión de la inhabilidad a la hipótesis de los parlamentarios de reemplazo no alcanza a configurar una vulneración grave y directa de otros preceptos constitucionales. Está en tensión, es verdad, con algunos principios de nuestro derecho público. Pero ello no basta para que el finalismo llegue al extremo

¹⁸ Por lo mismo, y en el extremo, el finalista no descarta que puedan haber normas constitucionales inconstitucionales. En esta conclusión tiene alguna compañía. Tanto el Tribunal Constitucional alemán (“Caso del Estado Sudoccidental”, I BVerfGE 14, 1951) como la Corte Constitucional italiana (Sentencia N° 1146, del 15 de diciembre de 1988) han reconocido expresamente que esta es una hipótesis que no puede descartarse. Ver también: Bachof, Otto, ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, (Palestra Editores) 2008.

de poner entre paréntesis un precepto constitucional claro, como lo es, me parece, el artículo 57. En ese sentido, no cabe comparar este problema, por ejemplo, con lo que tuvo que resolver el TC en el “caso Tricel”, en el que la no instalación del Tribunal Calificador de Elecciones para el plebiscito de 1988, en los términos literales del artículo 11 Transitorio de la Carta Fundamental, implicaba negar directamente el derecho al voto libre e igual, el deber del Estado de establecer un sistema electoral público y la posibilidad efectiva de recurrir en el caso de agravio (artículos 4, 15, 18, 19 Números 2 y 3, todos ellos de la Constitución Política).

El finalismo, a continuación, debe ser deferente con las decisiones de los órganos de representación democrática. Por lo mismo, y precisamente para reconocerle al legislador subconstitucional un espacio de autonomía en el que se exprese la diversidad de visiones políticas de una sociedad plural, el finalismo evitará darle a las normas constitucionales alcances o sentidos demasiado contingentes o abanderizados.

El finalismo debe asumir, por último, que ha de cargar sobre sus espaldas un enorme peso argumentativo. Sus decisiones deben hacerse cargo de la mayor cantidad de elementos relevantes disponibles (texto, historia, tradición constitucional, doctrina, etc.). Solo de esa manera podrá decirse que constituye un auténtico esfuerzo por ofrecer la explicación más plausible de lo que la Constitución en su integridad realmente dice.

4.- Otros: Superhéroes y héroes

Cada cierto tiempo, y con más frecuencia de lo que quisiéramos, nos toca enfrentar situaciones que consideramos injustas o peligrosas. En algunos casos, la amenaza es conjurada oportunamente, ya sea por nuestras propias fuerzas o por el concurso eficaz de las personas o instituciones naturalmente llamadas a ello. A veces, sin embargo, el mal parece salirse con la suya. Cuando esto último ocurre, no es raro que—desde la impotencia— lancemos con fuerza un reclamo hacia el mundo: “¡alguien debiera hacer algo al respecto!”.

Nuestras sociedades democráticas experimentan también, por supuesto, el abuso y la irregularidad. Para prevenir y reprimir estos fenómenos, el Estado de Derecho contemporáneo erige una compleja red de instituciones. Ahora bien, y por buenos que sean el diseño y operación de tal sistema, siempre existirán situaciones indeseables o inconvenientes que escapen a los controles ordinarios.

¿Qué hacer en esos casos?

Algunos piensan que, frente a situaciones como estas, resulta legítimo pedir que alguna persona o institución salte el vacío normativo por la vía de una acción correctiva supererogatoria.

Lanzada la sociedad a la búsqueda de ese “alguien que haga algo al respecto”, es altamente probable que las miradas se dirijan hacia los Tribunales Constitucionales. Pese a ser instituciones relativamente nuevas, casi todas creaturas del siglo XX, los Tribunales Constitucionales han logrado acumular bastante prestigio. En tiempos de sospecha sobre la política, la neutralidad ideológica que muchos le asignan a estas Cortes solo viene a reforzar sus credenciales como aspirante natural a ser quien “haga algo” respecto de todo y cualquier vicio. Huelga decir que, producido el llamado de auxilio, no faltarán dentro del Tribunal Constitucional magistrados que sientan que, más allá de los marcos estrechos de los textos positivos, la sola existencia de la enfermedad demanda imperativamente la aplicación de un remedio. Y que, si no existe, hay que inventarlo.

Varios son los factores que explican que algunas personas, y no pocos juristas, atribuyan estos poderes exorbitantes al Tribunal Constitucional. Existe, por supuesto, la ingenuidad de quienes piensan que los jueces constitucionales están completamente al margen de las divisiones y de las presiones políticas. Concorre a veces, además, una desconfianza sobre la eficacia de otras instituciones garantes de la libertad (p.e., el Parlamento).

Aunque parezca una caricatura, podría decirse que la visión que venimos criticando concibe al Tribunal Constitucional como una especie de superhéroe, esto es, como un sujeto radicalmente altruista, dotado de poderes extraordinarios, al cual exoneramos del deber mundano de sujetarse estrictamente a procedimientos, formas y ámbitos competenciales; todo ello en la confianza, claro está, que estará ahí para salvarnos cada vez que fallen los mecanismos normales de protección.¹⁹

¹⁹ Sin ánimo de profundizar mucho más en el paralelismo entre superhéroes y tribunales constitucionales, me permito destacar, sin embargo, una cierta convergencia temporal entre unos y otros. Los superhéroes son artefactos culturales esencialmente estadounidenses. Hay quienes piensan que el primero de ellos fue el Zorro creado por Johnston McCulley en 1919. Su verdadera irrupción se produjo, sin embargo, a fines de la década de los 30 del siglo pasado (*Superman* en 1938, *Batman* en 1939, *The Spirit*, *Linterna Verde* y *Flash* en 1940, *Capitán América*, *Aquaman* y la *Mujer Maravilla* en 1941, etc.). Surgieron, por ende, en el contexto de un país aún golpeado por la gran depresión y que se preparaba para el inminente enfrentamiento con el Tercer Reich y el Imperio Japonés. No se necesita demasiada penetración psicosocial para entender que, además de ofrecer distracción (o evasión) frente a los problemas y los temores, los superhéroes permiten, además, soñar con un mundo en que los malos siempre reciben su merecido. Sobre este tema, ver el clásico trabajo de 1964 de Umberto Eco “El mito de Superman”, en *Apocalípticos e integrados*, (Lumen y Tusquets editores), 1995, pp. 219-256.

El Tribunal Constitucional/superhéroe es la negación del Estado de Derecho y es, además, incompatible con la democracia.²⁰ Una sociedad regida por el imperio de la ley no puede, en efecto, permitir que exista algún órgano estatal, por venerable o importante que sea, al cual no se le aplique la regla de oro del Derecho público (solo se puede hacer aquello para lo cual existe autorización). El régimen democrático, por otra parte, es inconciliable con la existencia de un consejo de guardianes platónicos, habilitados, con cheque en blanco, para protegernos a todo evento, incluso contra nuestras propias debilidades.

Volvamos, ahora, al punto de partida de este *Otrosí*. Descartada la opción de apostar por un superhéroe y considerando que las instituciones más tradicionales parecen a veces impotentes frente al abuso o la irregularidad, ¿qué se puede hacer que no sea cruzarse de brazos? Aterrizando al caso Von Baer, y pensando que sería muy inconveniente que se repitan a futuro nuevos enroques entre Ministros y senadores, ¿qué se puede hacer para evitar que ello vuelva a ocurrir?

La respuesta, me parece, se encuentra en el terreno de la acción política. En efecto, resulta claro que la manera más directa de corregir las distorsiones provocadas por los “enroques” consiste en modificar las normas que permiten esa práctica. Muy concretamente, eso significa prestar apoyo a proyectos de reforma constitucional que apunten en esa dirección.²¹

Además, Reynolds, Richard, *Superheroes: A Modern Mythology (Studies in Popular Culture)*, (University Press of Mississippi) 1994. El primero de los tribunales constitucionales, por su parte, data de 1919 (el austriaco). Varios de los más representativos, en todo caso, nacieron inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Y lo hicieron, lo sabemos, como respuesta esperanzada frente al tipo de abusos y tropelías a que condujeron las guerras, los totalitarismos y algunas revoluciones violentas.

20 Lo señalado más arriba no cambia en lo absoluto mi posición favorable a la existencia de un Tribunal Constitucional. Reitero, por lo mismo, y para evitar cualquier equívoco, lo expresado en 2008: “El *judicial review* es, entonces, una opción política cuya adopción parece abonada por la experiencia histórica del último siglo. No afirmo, por tanto, que la Justicia Constitucional sea necesariamente la única manera de asegurar la libertad. Con mucha más humildad, pero no con menos convicción, sostengo que esta ha demostrado ser –aun cuando con diferentes niveles de éxito, dependiendo del país de que se trate– un mecanismo generalmente idóneo para proteger los derechos de las minorías. En el caso de Chile, además, el Tribunal Constitucional probó, en circunstancias difíciles, su aptitud para contribuir a la recuperación de los derechos de las minorías”, *Justicia constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) p. 52.

21 Solo por vía de ejemplo, me permito llamar la atención sobre la Moción de los diputados Cardemil y Monckeberg (Boletín 7935-07), aprobado el 16 de noviembre de 2011 por la Sala de la Cámara de Diputados. Este proyecto establece:

“Artículo único.- Modifícase el artículo 51 en los siguientes términos:

1.- Reemplázase el inciso tercero por el siguiente:

Las vacantes de diputados y senadores se proveerán de acuerdo a las siguientes reglas:

a) Si la vacante se ha producido por condena judicial que le impide al condenado seguir desempeñándose como parlamentario; por haberse configurado una incompatibilidad de las establecidas en el artículo 58; una inhabilidad de las señaladas en el artículo 60 o cualquier otro ilícito constitucional establecido en esta Carta Fundamental, o por haber asumido el diputado o senador un cargo de aquellos a los que hace referencia la norma contenida en el inciso segundo del artículo 59, se procederá a realizar elecciones complementarias. No obstante, si restare menos de dos años para la siguiente elección par-

Que la política sea la vía más lógica, natural y directa para promover los cambios y perfeccionamientos institucionales no implica, por supuesto, que los caminos de la política sean sencillos o particularmente expeditos. De hecho, existe evidencia que sugiere que se trata de un camino lento, trabajoso y plagado de tensiones.²² Esa puede ser, por lo demás, una de las causas que explican la inclinación de muchos grupos de interés por preferir la vía judicial antes de la ruta legislativa.

Sin perjuicio de constatar que el sistema político chileno está aquejado por defectos institucionales propios que lastran su eficacia y su legitimidad (p.e., el sistema electoral binominal), la verdad es que el carácter agotador y muchas veces frustrante de la política es una condición universal de esta actividad. Probablemente nadie ha expresado mejor esta idea que Max Weber en la notable conferencia sobre la vocación política que dirigió a un grupo de universitarios alemanes a principios de 1919. Dijo entonces Weber: “la política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y medida. Es completamente cierto, y así lo prueba la Historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo, sino también un héroe en el sentido más sencillo de la palabra”.²³

Dejemos, entonces, a los superhéroes en el terreno del comic y del cine. Confiemos, mientras tanto, en que cunda en la comunidad el heroísmo “en

lamentaría en el distrito o circunscripción en donde se ha producido la vacante, el parlamentario no será reemplazado.

b) Si la vacante se ha debido a muerte del parlamentario o a su renuncia por enfermedad grave debidamente calificada, el partido político al que pertenecía el diputado o senador al momento de ser electo, deberá presentar una terna ante la Rama del Congreso que corresponda, para que ésta se pronuncie dentro de treinta días, eligiendo al reemplazante en votación secreta y por mayoría simple. Una vez elegido el reemplazante, se comunicará al Tribunal Calificador de Elecciones, para que éste proclame al nuevo diputado o senador.”

2.- Derógase el inciso cuarto.

3.- Reemplázase el inciso quinto por el siguiente:

“Los parlamentarios elegidos como independientes y aquellos que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán siempre reemplazados conforme a las reglas del inciso tercero letra a) de este artículo, cualquiera sea la causal que haya dado origen a la vacancia.”.

4.- Sustitúyese el inciso final por el siguiente:

“Ningún diputado o senador podrá participar como candidato en una elección complementaria”.

22 Piénsese, solo por vía ejemplar, en el larguísimo tiempo que tardaron en aprobarse las leyes que modifican el régimen jurídico de la prensa o que establecen medidas contra la discriminación. Considérese, por otra parte, el hecho que aun en el caso de reformas que cuentan con un apoyo abrumador de la opinión pública, el proceso político puede ser, sin embargo, extraordinariamente lento y accidentado (pienso, por ejemplo, en la necesaria reforma integral al sistema de salud privado o en el cambio del sistema electoral).

23 Weber, Max, *El político y el científico*, (Ediciones Libertador) 2005, pp. 83-84.

el sentido más sencillo de la palabra”. Asumamos, en consecuencia, que, aun respecto de las irregularidades más repulsivas, los órganos del Estado solo pueden reprimir válidamente cuando, existiendo previa investidura regular de sus integrantes, actúan dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. Y, en cuanto a aquellos otros problemas que nos incomodan, nos molestan o nos indignan, pero sobre los cuales la Constitución no fija posición ni contempla remedio, lancémonos heroicamente a la política, armándonos –agrega Weber– “desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas”. Démonos el tiempo para tratar de persuadir a nuestros conciudadanos (aunque sea siempre más fatigoso que convencer a 6 de los 10 ministros del TC). Movilicemos a las organizaciones, marchemos por las calles, publiquemos en los medios y utilicemos las redes sociales. Ese, y no otro, es el heroísmo que necesita la democracia.²⁴ El heroísmo cívico que constituye, a fin de cuentas, la base última sobre la cual reposan todas nuestras libertades.²⁵

24 A esto se refiere Montesquieu cuando afirma que el principio de la democracia es la virtud cívica. En el *Espíritu de las Leyes*, Libro III, Capítulo III, (Tecnos) 1987.

25 La idea según la cual la vigencia de las libertades depende, tanto o más que de la sapiencia de un buen sistema institucional de *checks and balances*, de la existencia de un ethos cultural pluralista, participativo y deliberativo, constituye una de las bases de lo que se conoce como republicanismo. Para una notable aplicación de tal enfoque a la realidad constitucional chilena ver Ruiz Tagle, Pablo y Cristi, Renato, *La República en Chile*, (Lom ediciones) 2006.