

RESEÑA

LA ACADEMIA Y EL FUTURO DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL: REFLEXIONES EN CLAVE DEMOCRÁTICA

Lucas Mac-Clure

Yale University

Hoy buena parte de la elite chilena, y también de aquellos ciudadanos que le disputan espacios de poder, debaten sobre cambios profundos a la Constitución actual. ¿Qué le depara el futuro a ese debate? Más específicamente, ¿cuál es el futuro del cambio constitucional en el contexto en el que ha estado radicado hasta ahora: el “institucional” (en los órganos de representación popular y los órganos *ad hoc* establecidos por ellos)?

A primera vista, no le depara mucho.

El 3 de abril de 2017, y tras el término de la etapa participativa del proyecto constituyente que su gobierno había impulsado, la Presidenta Michelle Bachelet firmó un proyecto de reforma constitucional para modificar el capítulo XV de la Constitución. Éste es el capítulo que re-

LUCAS MAC-CLURE. Abogado por la Universidad de Chile; máster y doctor en derecho por la Universidad de Yale. Email: lucasmacclure@gmail.com.

El autor desea expresar: “Muchas gracias a Lucas Sierra por su invitación a escribir esta reseña, por interesantes conversaciones sobre el cambio constitucional chileno, por responder a varias preguntas sobre el libro aquí reseñado, y por sus agudos comentarios a una primera versión de esta reseña; a Fernando Atria, León Amaro, Carlos Carmona, Sebastián Dufeu, Ricardo González, Brigitte Leal, Domingo Lovera, Óscar Mac-Clure, Fernando Muñoz, Pablo Ruiz-Tagle, Cristián Peña, Francisco Soto y Francisco Urzúa, por conversaciones sobre los temas de esta reseña; y a otros colegas, amigos y parientes, por su compañía durante mi estadía en Chile a fines del 2016”.

gula la potestad para reformar la Constitución.¹ Desde que entró en vigencia en 1990, el capítulo XV ha radicado la potestad constituyente en el Presidente y el Congreso, y ha exigido que este último la ejerza mediante 2/3 o 3/5 de los votos de cada cámara (dependiendo del capítulo en cuestión). De ser aprobada, la reforma propuesta por Bachelet habilitaría al Congreso a delegar la redacción de una “nueva Constitución” en una “Convención Constitucional” (que el mismo Congreso configuraría) y sometería la aprobación o rechazo final del proyecto de nueva Constitución que la convención redactare a un plebiscito ratificatorio.²

Este proyecto de reforma constitucional parece destinado a fracasar (escribo estas líneas a mediados de abril de 2017). Como toda reforma al capítulo XV, requiere de dos tercios de los votos en cada cámara para ser aprobada. Los votos de todos los parlamentarios de la Nueva Mayoría son insuficientes para aprobar ese proyecto. Sin el apoyo de parte importante de la coalición de derecha —Chile Vamos— la reforma no puede prosperar. Y los líderes más importantes de la derecha, incluyendo al ex Presidente y hoy candidato presidencial Sebastián Piñera, ya han anunciado su rechazo al proyecto.³

¹ Ver “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional al capítulo XV de la Constitución Política de la República”, Boletín número 11173-07 (2017), disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11685&prmBoletin=11173-07. Sobre la etapa participativa impulsada por el gobierno de Bachelet, ver “Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente”, 2015, <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>; y los informes finales del Consejo Ciudadano de Observadores, y el Comité de Sistematización, disponibles (respectivamente) en <https://www.ccobservadores.cl/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Final-CCO-16-de-enero-de-2017.pdf> y <http://www.sistematizacionconstitucional.cl/resultados/>.

² De acuerdo al proyecto, el llamado a la convención requiere de 2/3 de los votos en el Congreso, y su configuración, 3/5 o 4/7 de los votos. También, en conformidad con el proyecto, la convención debe operar de acuerdo a los mismos quóruns supramayoritarios que rigen para el Congreso (3/5 o 2/3, dependiendo del capítulo en cuestión), y uno de 2/3 para cualquier elemento de la nueva Constitución que no fuera ya regulado en la Constitución vigente.

³ Ver, por ejemplo, “Oposición acusa uso electoral y anuncia rechazo al proyecto que busca cambiar la Constitución”, *La Tercera*, 4 de abril de 2017, <http://www.latercera.com/noticia/oposicion-acusa-uso-electoral-anuncia-rechazo-al-proyecto-busca-cambiar-la-constitucion/>; “RN cierra la llave al debate constitucional”, *La Tercera*, 5 de abril de 2017, <http://www.latercera.com/noticia/rn-cierra-la-llave-al-debate-constitucional/>; “Piñera criticó el proyecto de Bachelet sobre reforma constitucional: No ha presentado nada”, *Bío Bío*, 4 de abril de 2017, <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/04/04/pinera-critico-e-proyecto-de-bachelet-sobre-reforma-constitucional-no-ha-presentado-nada.shtml>.

Sin embargo, el episodio deja en pie la pregunta de cuáles son los cambios a la Constitución que el Congreso y la Presidencia impulsarán en el futuro. Hay razones para pensar que incluso en la derecha soplan vientos de cambio constitucional. Si bien Chile Vamos se opuso al proyecto de reforma del capítulo XV, lo hizo alegando que ese proyecto no ponía “contenidos” sobre la mesa y recordando, también, que a mediados de 2016 esa coalición había presentado al país y al gobierno una lista de 80 reformas constitucionales encaminadas a “perfeccionar nuestro sistema político”. Además, el equipo de Piñera anunció que una de las comisiones de su campaña elaboraría propuestas basadas en el documento de Chile Vamos.⁴ Y en la izquierda y centroizquierda, por supuesto, abundan propuestas para cambiar la Constitución. En consecuencia, quien quiera anticipar cómo la Constitución podría evolucionar en los próximos meses y años, debería considerar las propuestas de Chile Vamos y compararlas con propuestas provenientes de partidos de izquierda con representación parlamentaria, así como el eventual proyecto de reforma de Bachelet que podría presentar antes de terminar su período, con el fin de buscar posibles puntos de convergencia. Esa comparación también debería servir para imaginar propuestas que contribuyan al debate.

Para ese ejercicio anticipatorio y comparativo de *realpolitik*, y también de imaginación institucional, el libro *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*, editado por Lucas Sierra y publicado por el CEP (en adelante CEP-PC), es un insumo esencial. En CEP-PC, trece connotados profesores de derecho constitucional chileno, actuando a título individual, proponen cambios a la Constitución.⁵ Varios de estos profesores tienen o han tenido la calidad de asesores de los partidos políticos con representación parlamentaria.⁶

⁴ Ver “Piñera forma equipo constitucional en medio de críticas al proceso liderado por Bachelet”, *Teletrece*, 6 de abril de 2017, <http://www.t13.cl/noticia/politica/semanal/pinera-forma-equipo-constitucional-medio-criticas-al-proceso-liderado-bachelet>. La propuesta de 2016 de Chile Vamos está disponible en <http://www.propuestaconstitucional.cl/>.

⁵ Los profesores de CEP-PC son Jaime Bassa, Rodrigo Correa, Jorge Correa, Arturo Fermandois, Jaime Gajardo, José Francisco García, Gastón Gómez, Miriam Henríquez, Pablo Ruiz-Tagle, Francisco Soto, Sebastián Soto, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

⁶ Es más, algunos de ellos fueron actores claves del proceso que llevó a las reformas constitucionales del año 2005. Ver Claudio Fuentes, *El pacto: Poder, Constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)* (Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), 256-57.

Los partidos “incluidos” son el PC, el PS, la DC, Ciudadanos⁷, RN, Evópoli y la UDI, cubriendo así una buena parte del espectro político representado en el parlamento.⁸ Los profesores invitados hicieron propuestas tras intercambiar posiciones en una iniciativa anterior del CEP,⁹ y también en reuniones a propósito de este libro (sostenidas en el CEP a fines del año 2015). Sus propuestas, como señaló Agustín Squella al presentar CEP-PC, son “propuestas razonadas (...) mas no ensayos redactados para ganar puntos en la carrera académica de sus autores. Tienen el justo espesor de la seriedad y no la densidad de la pedantería”.¹⁰ Por todo lo anterior, el libro recoge algo no muy distinto al tipo de conversación que ocurriría si los líderes de los partidos políticos se sentaran a conversar con el objetivo de intercambiar propuestas constitucionales asesorados por sus expertos constitucionales. Si uno quisiera elegir un solo libro, entre los varios publicados recientemente

⁷ Partido disuelto por el Servel, con un recurso de reclamación pendiente ante el Tricel al cierre de esta edición, 15 de junio de 2017 (n. del e.).

⁸ En particular, como militante o simpatizante PC, participa el profesor Jaime Gajardo; del PS, los profesores Jaime Bassa, Francisco Zúñiga, Miriam Henríquez; del PPD, el profesor Francisco Soto; de la DC, los profesores Jorge Correa, Patricio Zapata y Pablo Ruiz-Tagle; de Ciudadanos el profesor Rodrigo Correa; de RN y Evópoli, los profesores Gastón Gómez y José Francisco García; y de la UDI, los profesores Sebastián Soto y Arturo Ferandois. La adscripción de simpatías y militancias políticas a los profesores es mía, y no es hecha explícita en el libro. Estoy adoptando el recurso poco ortodoxo de clasificar los profesores de acuerdo a sus sensibilidades políticas, y referirme a ellas al comentar sus propuestas. Con las disculpas del caso si mis etiquetas distorsionan la autocomprensión de los aludidos, distinguiré entre profesores de “izquierda” (Jaime Gajardo, Jaime Bassa, Francisco Zúñiga, Miriam Henríquez y Francisco Soto), “centroizquierda” (Jorge Correa, Patricio Zapata, Pablo Ruiz-Tagle y Rodrigo Correa), “centroderecha” (Gastón Gómez y José Francisco García) y “derecha” (Sebastián Soto y Arturo Ferandois).

⁹ Como explica la “Introducción de los organizadores”, los profesores de CEP-PC se reunieron a discutir sus propuestas “todos los miércoles a la hora de almuerzo, desde el 7 de octubre de 2015 al 2 de diciembre del mismo año” (12), en dos sesiones para cada tema (excepto el último, potestad constituyente, que sólo fue objeto de discusión en una sesión). En el año 2014, el CEP invitó a una treintena de profesores de derecho a dialogar sobre cambio constitucional, aunque sin comprometerse con propuestas concretas. El grupo de CEP-PC es un subconjunto (excepto por un profesor) de ese primer grupo. Transcripciones de esos diálogos se encuentran en Lucas Sierra, ed., *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015).

¹⁰ Agustín Squella, “Conversación junto a la hoguera”, *Estudios Públicos* 144 (2016): 271.

sobre el debate constitucional, con el fin de anticipar su futuro, CEP-PC sería uno de los principales candidatos.¹¹

Así, no es extraño que al momento de su publicación, a mediados de 2016, cualquier lector atento de CEP-PC podría haber anticipado que la derecha rechazaría el proyecto de Bachelet de abril de 2017. En el capítulo del libro dedicado a los mecanismos de reforma constitucional, los profesores de derecha y centroderecha —Arturo Fermandois, Sebastián Soto y José Francisco García— proponen radicar la redacción de reformas en el Congreso, sin perjuicio de que (dos de los profesores agregan) se podría llamar a un plebiscito ratificatorio.¹² En contraste, varios de los profesores afines a la centroizquierda o izquierda proponen cambios más radicales al procedimiento de reforma del capítulo XV. Algunas de estas propuestas son parecidas a la Convención Constituyente del proyecto de Bachelet.¹³

¹¹ Este juicio sobre el valor anticipatorio del libro parece ser coherente con el proyecto explícito de sus organizadores (Gastón Gómez, Lucas Sierra y Francisco Zúñiga). En las primeras páginas del libro, ellos dicen que “al poner sobre la mesa los contenidos sobre los que debería recaer un cambio constitucional, [los profesores] han vuelto a contribuir a que el debate tenga mejor forma. Esto, por su parte, ayuda a que la posibilidad de dicho cambio se enfrente con menos incertidumbre y con expectativas más razonables” (13).

¹² El profesor Fermandois apoya el procedimiento de reforma actual (aprobación del proyecto en el Congreso de acuerdo a los quórums regulares 3/5 y 2/3, según el capítulo modificado), y ratificación o rechazo del mismo por la ciudadanía en un plebiscito. El profesor García modificaría el capítulo XV para que los cambios requieran el apoyo de dos Congresos consecutivos por mayoría absoluta, sin perjuicio de que un Congreso fije que por 3/5 de sus parlamentarios algunas materias requieran ese mismo quórum supra-mayoritario (García toma estas propuestas del profesor Rodrigo Correa, ver 231); a lo anterior agrega un plebiscito ratificatorio. El profesor Sebastián Soto apoya el procedimiento de reforma actual u “otro que lo reemplace aprobado por el Congreso con el quórum que [el capítulo XV] contempla hoy” (279).

¹³ El profesor Francisco Zúñiga sugiere bajar los quórums de aprobación de cambios constitucionales, y crear un plebiscito ratificatorio (277). El profesor Jaime Gajardo propone crear a una asamblea constituyente (278). El profesor Jaime Basa plantea llamar a plebiscito para que la ciudadanía decida el diseño del proceso constituyente, y favorece una asamblea constituyente (278). Los profesores Miriam Henríquez y Francisco Soto proponen bajar los quórums de reforma constitucional (278-279). La opinión del profesor Patricio Zapata no aparece consignada en CEP-PC. Pero como observa Zúñiga, hace poco aquél propuso una convención constituyente mixta (de parlamentarios y ciudadanos elegidos por el Congreso), que, tras “consultas ciudadanas”, redactaría un proyecto de nueva Constitución y lo somete-

¿Pero qué nos puede decir CEP-PC sobre el *futuro* del debate constituyente? Potencialmente, bastante. Los cuatro capítulos restantes del libro abordan muchos temas clásicos del diseño constitucional, a menudo con un foco en las cuestiones donde se concentra el debate académico y político actual sobre la Constitución: derechos constitucionales (estatus constitucional de los derechos sociales), forma del Estado (¿Estado unitario o federal?), régimen político (¿presidencialismo, parlamentarismo o semipresidencialismo?) y régimen jurisdiccional (incluyendo al Tribunal Constitucional). En cada capítulo, dos profesores con simpatías políticas opuestas presentan documentos con propuestas de reforma constitucional;¹⁴ esos dos documentos son seguidos por comentarios breves de otros profesores. Además, al final de cada capítulo hay tablas que resumen las posiciones de los profesores respecto de un amplio abanico de subtemas.¹⁵

Distintos lectores tendrán interés en distintos temas y subtemas constitucionales, pero es imposible comentar todas las propuestas aquí. Yo invito al lector a examinar el libro a la luz de sus intereses. El lector se puede hacer rápidamente una idea de los asuntos discutidos en CEP-

ría a plebiscito. Específicamente, la propuesta de Zapata es que la convención constituyente mixta tenga 60 miembros; cada cámara del Congreso elegiría a 15 de sus miembros, y el Congreso pleno a 30 ciudadanos (263-264). La propuesta es de 2015 y su coautor es el senador Ignacio Walker. El profesor Rodrigo Correa bajaría los quórums de reforma, y contempla (aunque no propone) que ellos sean acompañados por un plebiscito ratificadorio (277). El profesor Pablo Ruiz-Tagle guarda silencio. El profesor Jorge Correa se limita a decir que “la única forma institucional es que se ejerza poder constituyente derivado, definiendo sólo la forma” (278). Ambas propuestas son consistentes con que el poder constituyente derivado del Congreso y el Presidente modifique el capítulo XV de la Constitución para crear un plebiscito ratificadorio.

¹⁴ Respecto de derechos constitucionales, los documentos principales son de Jorge Correa y Miriam Henríquez; sobre forma de Estado, de Jaime Bassa y Sebastián Soto; sobre régimen político, de Gastón Gómez y Patricio Zapata; sobre régimen jurisdiccional, de Arturo Fermandois y Pablo Ruiz-Tagle; y sobre potestad constituyente, de Rodrigo Correa y Francisco Zúñiga.

¹⁵ Las tablas aparecen al final de cada capítulo. Además, ellas son resumidas en una tabla desplegable de casi un metro de largo incluido al final del libro. Todas las referencias en este comentario a propuestas en tabla se refieren a las páginas que están al final de cada capítulo. La inclusión de propuestas en las tablas del libro es importante desde la perspectiva política discutida en el próximo párrafo. Desde una perspectiva académica, el valor de esas tablas es limitado: son por lo general escuetas, y a menudo no van acompañadas de razonamiento alguno.

PC, y los puntos de convergencia o divergencia, observando la tabla desplegable que acompaña al libro y que resume todas las propuestas antes de sumergirse en el cuerpo de la obra. En parte para ilustrar la potencial utilidad de CEP-PC y en parte para sugerir al lector un foco de lectura, en lo que resta de esta reseña me referiré exclusivamente a dos temas abordados en CEP-PC.

Los temas que discutiré se refieren al proceso de formación de la ley: los quórums de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales y las potestades de control de constitucionalidad de la ley del Tribunal Constitucional. En estas dos instituciones —y en su reforma— se juega buena parte de la calidad democrática del sistema político chileno.¹⁶

Empiezo por los quórums de aprobación en el proceso legislativo. Desde el régimen militar, la Constitución chilena contempla una importante categoría especial de leyes, las “leyes orgánicas

¹⁶ Y por ello no es extraño que ellas reciban considerable atención por parte de la academia nacional y extranjera. Ver, por ejemplo, Patricio Zapata, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008); Lucas Sierra, “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, en *Frente a las mayorías: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional*, de Lucas Sierra y Lucas Mac-Clure (Santiago: CEP-Cieplan-Libertad y Desarrollo-Proyectamérica-PNUD, 2011), 13-168; Lucas Mac-Clure, “Tribunal Constitucional y los derechos: La discusión pendiente”, en *Frente a las mayorías*, 170-275; Fuentes, *El pacto. ob. cit.*; Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (Santiago: LOM Ediciones, 2013); Fernando Atria et al., *El otro modelo* (Santiago: Debate, 2013); Guillermo Jiménez, Pablo Marshall y Fernando Muñoz, “La debilidad de las súper-mayorías”, *Revista de Derecho (Valparaíso)* 41 (2013): 359-393; Sergio Verdugo, “Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías”, *Revista de Derecho (Valparaíso)* 42 (2014): 355-395; Tom Ginsburg, “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, *Estudios Públicos* 133 (2014): 1-36; Andrew Arato, “Beyond the Alternative Reform or Revolution: Postsovereign Constitution-Making and Latin America”, *Wake Forest Law Review* 50 (2015): 891-920; Fernando Atria, “Nueva Constitución y reforma constitucional: el contenido de la forma”, *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 19-46; Claudia Heiss, “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”, *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 109-25; Manuel Antonio Garretón M., “La crisis de la sociedad chilena, nueva Constitución y proceso constituyente”, *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 79-92.

constitucionales”.¹⁷ Estas leyes configuran gran parte de la estructura básica de la sociedad chilena, incluyendo el sistema educativo y gran parte de la estructura política del país.¹⁸ Y la Constitución actual establece que su quórum de aprobación, modificación y derogación es supramayoritario: de 4/7 de los parlamentarios de ambas cámaras del Congreso. Así, quienes se oponen a un proyecto de ley orgánica sólo necesitan *3/7 más uno de los votos de los parlamentarios en cualquier cámara del Congreso* para impedir que se convierta en ley de la República.¹⁹

El quórum supramayoritario de las leyes orgánicas constitucionales debiera ser reemplazado por la regla de mayoría. Tal como dice profesor Patricio Zapata en CEP-PC, “para que vuelva a tener sentido el sufragio es indispensable que los que ganen las elecciones puedan gobernar sin que el 75 por ciento de lo importante requiera del voto favorable de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. Hay que darle al parlamento facultades suficientes que le permitan constituirse en el espacio donde realmente se toman decisiones (...). La ley tiene que volver a ser la expresión de la voluntad soberana”.²⁰ El quórum de 4/7 de las leyes orgánicas constitucionales está en tensión con principios democráticos básicos. La democracia es el gobierno de la mayoría (tras escuchar a la minoría). En un sistema político democrático, un proyecto debería ser aprobado cuando la mayoría vota “sí”, y rechazado cuando la mayoría vota “no”. Así, no es extraño que un quórum legislativo supramayoritario (que exige más que 50 por ciento más uno para aprobar o rechazar proyectos de ley) sea extraordinariamente inusual en países con democracias representativas. En el mundo democrático, la regla de mayoría es la regla.²¹

Para apreciar el déficit democrático del quórum supramayoritario de las leyes orgánicas, conviene distinguir dos casos. En uno la viola-

¹⁷ Para una discusión detallada de la historia de la creación de este tipo de leyes durante el régimen militar, ver el citado Sierra, “La supramayoría”.

¹⁸ Para una lista de las materias reguladas por leyes orgánicas, ver Sierra, “La supramayoría”, 33.

¹⁹ Ver artículo 66 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

²⁰ Lucas Sierra, ed., *Propuestas constitucionales* (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2016), 156. En adelante las referencias al libro comentado aparecen tan sólo con el número de página entre paréntesis.

²¹ Ver Sierra, “La supramayoría”; Jiménez, Marshall y Muñoz, “La debilidad”; Atria, *La Constitución tramposa*.

ción del principio de mayoría es más evidente que en el otro. El primer caso es el siguiente: un proyecto de ley que busca crear o modificar una ley orgánica y que cuenta con 50 por ciento más uno de votos (es decir, mayoría) es rechazado por una cantidad de votos mayor al 42,85 por ciento más uno (3/7 más uno), pero menor al 50 por ciento (es decir, minoría). En este tipo de casos, es evidente que la minoría frustra la voluntad de la mayoría.

En el segundo tipo de casos, el Congreso aprueba un proyecto de ley orgánica por más del 57,15 por ciento de los votos (se cumple con el quórum 4/7 de los votos). Esto ocurrió, por ejemplo, a propósito de la Ley General de Educación del 2009. A primera vista, no habría aquí un déficit democrático en el proceso que llevó a la aprobación de la ley, porque la votación ha alcanzado más del 50 por ciento más uno de votos; la mayoría ha votado a favor de un proyecto, y ese proyecto se ha convertido en ley. ¿Gobierno de la mayoría? Probablemente no. El problema, por supuesto, es que es *posible* que una *minoría* suficientemente poderosa para rechazar un proyecto de ley orgánica haya obtenido *concesiones* de la mayoría, las que esta última, si se hubiese aplicado el quórum normal de mayoría de votos, no le habría entregado a la minoría. ¿O acaso corresponde imaginar que la minoría no va intentar aprovechar este recurso —nada menos que un poder otorgado por la Constitución— para obtener concesiones? Por cierto, es posible que leyes orgánicas sean aprobadas sin que la minoría obtenga ese tipo de concesiones. Para poder decir que la minoría ha frustrado la voluntad de la mayoría en uno de estos casos, se requiere un estudio caso a caso (por ejemplo, la aprobación de la Ley General de Educación de 2009 parece ser uno que se ajusta a esta descripción).

A las consideraciones anteriores se suma un agravante, al menos desde una perspectiva democrática. Imagine que las leyes orgánicas vigentes hubiesen sido *creadas* por simple mayoría (“gobierno de la mayoría”), o por una mayoría abrumadora que incluyó gran parte de la oposición pero sin incluir concesiones forzadas a la minoría (“gobierno de la mayoría” con aprobación de la minoría). Se trataría de leyes que, evidentemente, tienen legitimidad democrática. Imagine, adicionalmente, que hoy el Congreso estuviera discutiendo reformar varias de estas leyes orgánicas legitimadas democráticamente en su origen, pero que cualquier reforma debiera ahora someterse al quórum de 4/7. Si

bien uno podría criticar ese quórum por las razones desarrolladas en los últimos tres párrafos, al menos uno podría decir que se está intentando proteger leyes que tienen cierta legitimidad democrática en su origen.²² Hoy en Chile el escenario es muy distinto. Muchas de las leyes orgánicas vigentes fueron aprobadas por un gobierno no democrático; un gobierno cuya fuente de poder era su fuerza militar (en vez de la victoria en las elecciones) y que elaboró estas leyes escuchando a un grupo reducido y políticamente uniforme de ciudadanos (sin mecanismos formales de participación para el resto y mientras la esfera pública estaba asfixiada).²³ Al mencionar este problema de ilegitimidad de origen de esas leyes orgánicas no estoy negando la validez de estas leyes. Tampoco estoy negando otras fuentes de legitimidad para estas leyes (como la eficacia con la que puedan promover fines valiosos). El punto es otro: si uno cree en la democracia como ideal, resulta preocupante que leyes que *no* han sido originadas en democracia reciban especial protección frente al gobierno de la mayoría (en la forma del quórum de 4/7). Ésa es una razón adicional para reformar la Constitución y reemplazar dicho quórum por la regla de mayoría.

¿Qué nos dice CEP-PC sobre el futuro del quórum supramayoritario de las leyes orgánicas? Si usted está de acuerdo con la crítica elaborada en los párrafos anteriores, usted verá en CEP-PC buenos augurios.

²² Por supuesto, no estoy defendiendo un quórum supramayoritario para leyes aprobadas por la mayoría. La reflexión es sólo un experimento mental destinado a traer a flote intuiciones filosoficopolíticas en esta materia.

²³ Así, desde 1990 ha sido normal que mayorías parlamentarias y presidentes de izquierda y centroizquierda hayan experimentado el rechazo parlamentario a proyectos de ley, o que hayan evitado discutir proyectos en el Congreso a causa del veto (ejercido o esperado) de una minoría de centroderecha o derecha. Las reglas constitucionales sobre quórum supramayoritario de las leyes orgánicas han tendido a configurar un proceso legislativo que favorece injustamente a aquellos parlamentarios que quieren preservar la estructura social heredada del régimen militar. Adaptando un término utilizado por Jon Elster al contexto chileno, las leyes orgánicas constitucionales y su quórum supramayoritario han dado lugar a un *procedimiento legislativo estratégicamente manipulado*. Como dice Jon Elster, es posible “intentar influir decisiones mediante la manipulación estratégica de los procedimientos”. Jon Elster, *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections* (New York: Cambridge University Press, 2013), 77. “Actores experimentados siempre han reconocido las ventajas de influenciar las políticas mediante tales métodos indirectos”, dice Giandomenico Majone en *Evidence, Argument, and Persuasion in the Policy Process* (New Haven: Yale University Press, 1989), 96-97, citado en Elster, *Securities against Misrule*, 77.

La gran mayoría de los profesores de CEP-PC proponen regresar a la regla de mayoría como regla de decisión en el proceso legislativo. Siete (u ocho) profesores de centroizquierda e izquierda se declaran a favor de eliminar el quórum de 4/7 por completo y reemplazarlo por la regla de mayoría (sólo un profesor guarda silencio).²⁴ Y en la centroderecha y derecha también hay disposición a hacer cambios para fortalecer la calidad democrática del proceso legislativo, aunque con matices entre ellos.²⁵

El profesor José Francisco García se suma a los profesores que eliminarían la supramayoría sin reservas (177). El profesor Sebastián Soto aprueba el cambio, pero agrega que los quórum de 4/7 “deben mantenerse para algunas regulaciones, como, por ejemplo, el sistema electoral o los órganos autónomos” que, como el Tribunal Constitucional, controlan a las mayorías expresadas en el parlamento y gobierno (177; también 105). El profesor Soto dice que si el sistema electoral se pudiera cambiar por mayoría, sería probable que ésta aprovecharía “su posición dominante para dibujar distritos y diseñar sistemas que puedan favorecerlos”, tal como ha ocurrido en los Estados Unidos (104). Respecto a la regulación legal de los órganos autónomos de control de mayorías, de quedar sujetos a la misma regla de decisión sería probable que “una mayoría modifique ciertas atribuciones del órgano de control para quedar al margen de éste” (105).²⁶ El profesor Arturo Fernandois

²⁴ Los profesores Jaime Gajardo, Jaime Bassa, Jorge Correa, Rodrigo Correa, Miriam Henríquez, Francisco Soto y Patricio Zapata (176-177). El profesor Francisco Zúñiga dice estar a favor de “flexibilizar los quóruns”; los otros autores utilizan un lenguaje más categórico, como “suprimir” o “eliminar” los quóruns de leyes orgánicas. Zúñiga agrega que si los quóruns han de ser flexibilizados, entonces se deben “acortar los períodos de los cargos públicos como, por ejemplo, ministros de la Corte Suprema (para así desdramatizar los efectos de los nombramientos)” (177). Esto sugiere que Zúñiga está pensando no sólo en los quóruns de leyes, sino también en el nombramiento de autoridades que requieren acuerdo de alguna cámara del Congreso (como los ministros de la Corte Suprema). El profesor Pablo Ruiz-Tagle guarda silencio.

²⁵ Aquí y en otras partes de esta reseña (con una excepción), “la centroderecha y derecha” no incluyen al profesor Gastón Gómez, por la sencilla razón de que Gómez no hace propuestas en CEP-PC excepto respecto de cambios al sistema presidencialista.

²⁶ Agrega que si estos temas se dejaran como materias de ley simple se generaría un incentivo a que toda la configuración de estos temas se elevara a la Constitución, lo que dificultaría su reforma cuando fuera realmente necesaria. Jorge

se muestra abierto a considerar la eliminación parcial de la supramayoría: en sus palabras, conviene “revisar la conveniencia de tener tantas materias reguladas por leyes orgánicas constitucionales, pero no eliminarlas totalmente” (177).²⁷ Según él, cabría mantener algunas leyes orgánicas porque ellas han “forzado consensos en materias importantes” (177). Una pregunta obvia es cuál es la extensión del subconjunto de materias que, según el profesor Arturo Fermandois, deberían quedar afectas al quórum supramayoritario; lo mismo aplica a la propuesta del profesor Sebastián Soto, quien se refiere a las materias que él discute como “ejemplos” de aquellas que deben quedar afectas al quórum de 4/7. En cualquier caso, CEP-PC sugiere que la centroderecha y derecha podrían estar disponibles a cambios en esta materia. Y ésta es una excelente noticia.

El segundo tema que subrayo en esta reseña es el Tribunal Constitucional (en adelante TC), y, en particular, su potestad para examinar la constitucionalidad de la legislación.

De acuerdo a la Constitución, una mayoría de ministros del TC tiene la potestad para declarar que existen contradicciones entre las disposiciones de la Constitución, y las disposiciones de un proyecto de ley y, en ese caso, *evitar* que estas últimas se conviertan en ley. Esto se conoce como control de constitucionalidad de *fondo*. Es distinto a otro control en manos del TC, el de *forma*, en el cual el TC examina si la

Correa ofrece una solución distinta: dice que, si se suprimieran las leyes orgánicas constitucionales, se debería dejar en la Constitución (es decir, sujetos a quóruns supramayoritarios) los órganos que controlan o configuran instituciones representativas; por ejemplo, el Servicio Electoral y la Contraloría (177). Imagino que Jorge Correa no regularía todos los aspectos de esos órganos en la Constitución, dejando muchos para ley ordinaria (o de quórum calificado).

²⁷ Varios profesores agregan que debería haber mayoría de parlamentarios presentes cuando se trata de reformas al TC, el Servel y el sistema electoral (es decir, que sus leyes sean “leyes de quórum calificado”): Patricio Zapata, Jaime Bassa, Rodrigo Correa, Jorge Correa, Jaime Gajardo, Miriam Henríquez, José Francisco García y Francisco Soto. No me detengo en ello porque esta regla no configuraría un procedimiento legislativo manipulado. Por el contrario, fortalecería el pedigrí democrático de decisiones sobre algunos aspectos cruciales de la estructura básica de la democracia representativa (sistema electoral y Servel).

tramitación legislativa se ha ajustado a las reglas constitucionales que la regulan. En cualquier caso, el TC actúa de oficio —lo que ocurre respecto de todos los proyectos de ley orgánica constitucional, para los cuales el control es obligatorio (lo que se conoce como control *forzoso*)— o lo hace a petición de 1/4 de los parlamentarios de cualquier cámara (lo que se conoce como control *eventual*). Ya que todos estos controles ocurren durante la tramitación legislativa y buscan evitar que un proyecto inconstitucional se convierta en ley, ellos reciben el nombre de controles *preventivos*. Pero el TC también puede privar de fuerza a leyes *después* de que han entrado en vigencia, lo que se conoce como control *represivo* (típicamente se ejerce en y para un caso concreto, pero en algunos casos excepcionales la decisión puede tener efectos generales).²⁸

Desde un punto de vista democrático, la potestad del TC más problemática es el *control preventivo de fondo*, tanto *forzoso* como *eventual*. El efecto de una decisión del TC que encuentra un vicio de constitucionalidad es equivalente a la decisión de la mayoría de parlamentarios en el Senado o la Cámara —o del actual 3/7 más uno para las leyes orgánicas— que busca rechazar un proyecto de ley: impedir que se convierta en ley. En ese sentido, el TC es una cámara más: una “tercera cámara”. Sin embargo, a diferencia de los parlamentarios y Presidentes, los ministros del TC tienen poca o nula legitimidad democrática. Los ciudadanos tenemos poco que decir respecto de la integración del TC: cuatro ministros son elegidos por el Senado, en un procedimiento en el cual una minoría de 1/3 más uno de senadores tiene poder de veto;²⁹ tres ministros son elegidos por la Corte Suprema, que a su vez carece de legitimidad democrática; y tres por el Presidente, de quien deriva sólo una legitimidad democrática indirecta, la cual además tiene poca fuerza cuando el Presidente ya ha dejado el poder (los Presidentes duran cuatro años en sus cargos, mientras que los ministros del TC duran nueve años en los suyos). Además, el TC escapa del escrutinio público al que están sometidos los Presidentes y parlamentarios: sus ministros no le hablan a la prensa, tienen pocas sesiones públicas y justifican sus decisiones utilizando el lenguaje arcano de los aboga-

²⁸ Ver artículo 93 inciso 1, n.º 1, 3, 6 y 7 de la Constitución.

²⁹ Se necesitan 2/3 de votos en el Senado para seleccionar a un ministro del TC.

dos. Que ese lenguaje sea arcano no significa que el TC sea un órgano “técnico” en un sentido fuerte. El texto constitucional con el que el TC funda sus sentencias es uno poroso, especialmente cuando se trata de los derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución. Es un texto que hace posible que los ministros a menudo decidan según sus ideologías políticas o valores morales, algo que ocurre frecuentemente. El TC no es un tercero imparcial, que aplica criterios objetivos al evaluar proyectos de ley. Es un órgano político más, pero que no se debe a la ciudadanía.³⁰

La “potestad legislativa” del TC no sólo carece de legitimidad democrática, sino que además empobrece la deliberación parlamentaria y dificulta el control ciudadano de los parlamentarios. Sabiendo que el TC puede tomar posiciones en su favor respecto de un proyecto de ley, los parlamentarios pueden minimizar el tiempo utilizado en escuchar a sus adversarios e intentar convencerlos para llegar a compromisos virtuosos. También les permite minimizar el tiempo que utilizan explicando y defendiendo sus posiciones a la ciudadanía; en el peor de los casos, los parlamentarios pueden disfrazar u ocultar sus preferencias y hacerlas aparecer como cuestiones “técnicas” de “constitucionalidad” que sólo el TC es competente para conocer.

Es un hecho notorio que en Chile el TC se ha convertido en una herramienta más de las batallas legislativas de los partidos políticos. Quienes han sufrido más en esas batallas han sido los gobiernos de centroizquierda. Sin embargo, la centroderecha también ha visto a sus oponentes usar el poder del TC para vetar sus proyectos, especialmente durante el gobierno del Presidente Piñera.

Por supuesto, el poder del TC para revisar el fondo de las leyes no es excepcional en democracias representativas contemporáneas. Existe en muchas de ellas (notoriamente, en los Estados Unidos). En este sentido, este poder se diferencia del quórum supramayoritario de las leyes orgánicas, que sí es muy inusual cuando se lo mira en perspectiva comparada. Al mismo tiempo, el control judicial de la constitucionalidad de

³⁰ Ver Mac-Clure, “Tribunal Constitucional”; Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016). En el derecho comparado, ver especialmente Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (New York: Oxford University Press, 1999); Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.

la ley está lejos de ser una institución que congrege apoyo universal en las democracias modernas. Incluso, donde existe, recibe fuertes críticas.³¹

En lo que sigue asumiré que, al menos en Chile, conviene limitar el control preventivo de fondo del TC. Nótese que los argumentos que he presentado no alcanzan al de *forma*, el cual se concentra en las reglas procedimentales del proceso legislativo. No me parece que eliminar este último sea prioritario desde una perspectiva democrática. Es más, tal vez conviene mantenerlo. Es común que existan diferencias entre el parlamento y el Presidente respecto de sus competencias en el proceso legislativo. Y tal vez es posible que el TC pueda adjudicarlas con bastante prescindencia de consideraciones morales o políticas, pues a menudo el criterio de evaluación consiste en reglas procedimentales. Por ahora yo me mantengo agnóstico.³² Una respuesta en esta materia debería considerar cómo el TC ejerció el control formal entre 1971 y 1973 (periodo en el cual sólo tenía ese tipo de potestad), y tras la creación de la Constitución en 1980 (periodo en el cual ha tenido potestades formales y de fondo). Aquí la academia está al debe.³³ Tampoco he ofrecido aquí una crítica al control represivo de fondo dirigido a declarar una ley *inaplicable en un caso concreto*. Éste es un control compatible con una teoría robusta de la adjudicación en clave democrática.³⁴ Finalmente,

³¹ Ver, por ejemplo, Waldron, “The Core of the Case”; John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980); Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton: Princeton University Press, 2000).

³² En el conflicto entre autoridades con potestades legislativas suele haber mucho en juego. Es posible que los ministros del TC se politicen hasta tal punto que las reglas formales de procedimiento no los limiten en controversias concretas o, peor, que decidan abrogarse competencias amplias de control de contenido pese a que carezcan de ellas según el texto constitucional.

³³ Por ejemplo, hay poca literatura que estudie a fondo la experiencia pre 1973, aunque un trabajo reciente del profesor Verdugo es un paso importante en esa dirección. Ver: Sergio Verdugo, “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2016), <https://papers.ssrn.com/abstract=2811782>. En un trabajo anterior, he discutido de forma muy breve y preliminar la experiencia pre 1973: ver Mac-Clure, “Tribunal Constitucional”.

³⁴ De acuerdo a una teoría robusta de la función judicial, corresponde que los jueces, en casos excepcionales no contemplados por la letra de la ley, puedan dejar de aplicarla para salvaguardar los fines sustantivos buscados por la ley (fines que

también dejo de lado la potestad del TC para invalidar leyes vigentes ya declaradas inaplicables tres veces por el mismo TC (el “control represivo con efectos generales”). Este órgano ha utilizado poco esa potestad, y por eso no la discuto aquí (excepto brevemente hacia el final de mi análisis).

¿Qué augura CEP-PC para el TC? Cambios muy moderados. Distingamos:

- *Control preventivo de fondo forzoso*. El libro sugiere que el control preventivo de fondo ejercido por el TC sin petición de parte (es decir, *forzoso*) está perdiendo apoyo en Chile. Eliminarlo es la propuesta de todos los profesores de centroderecha y derecha. Concurren varios profesores de centroizquierda e izquierda, aunque el oráculo político de CEP-PC se nubla respecto de algunos de ellos.³⁵ Entre algunas de las razones ofrecidas por los académico, el profesor Pablo

pueden ser dilucidados, en parte, a la luz de derechos constitucionales). Ver Atria, *La forma del derecho*; Fernando Atria, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 12, n.º 1 (2001): 119-156. En CEP-PC, casi todos los profesores guardan silencio sobre las facultades del TC para declarar que una regla legal no debe ser aplicada en una causa judicial por contravenir su aplicación a la Constitución (el control “concreto” o “represivo” de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), y también para privar de validez general a una regla legal (cuando ha sido declarada inaplicable en tres o más casos). Esto sugiere que ellos mantendrían estas facultades. Es más, el profesor Arturo Fermandois sugiere fortalecer esos poderes (aunque no me queda claro a partir de la lectura del texto cómo exactamente propone reforzarlos).

³⁵ Lo proponen eliminar los profesores Arturo Fermandois (220), Sebastián Soto (222), y José Francisco García (221); el profesor Gastón Gómez, como he observado anteriormente, guarda silencio. Asimismo, proponen eliminarlo los profesores Jaime Gajardo (221), Jaime Bassa (quien propone eliminar el TC por completo; al mismo tiempo, propone crear una oficina parlamentaria a cargo de un control de forma: esta oficina tendría nueve integrantes: “cuatro parlamentarios de las comisiones de Constitución, tres funcionarios de las cámaras y de la Biblioteca del Congreso Nacional, un abogado designado por el Presidente de la República y uno por la Corte Suprema” (220); Miriam Henríquez (sin embargo, ella consagraría un control forzoso respecto de tratados internacionales; ver 215 y 222); Pablo Ruiz-Tagle (220); Jorge Correa (221) y Rodrigo Correa (221, quien propone eliminar todo tipo de control preventivo de fondo, de lo cual se sigue que eliminaría el control preventivo forzoso de fondo, pero no necesariamente el forzoso de forma). Los profesores Patricio Zapata (222), Francisco Soto (222) y Francisco Zúñiga (223) no se pronuncian expresamente sobre el control forzoso.

Ruiz-Tagle enfatiza los déficits democráticos del TC (199);³⁶ el profesor Fernandois sostiene que existiría “creciente consenso” de que el control preventivo forzoso “no está produciendo beneficios nítidos en la supremacía constitucional” (189); y el profesor José Francisco García sostiene que “la evidencia disponible demuestra que el control preventivo obligatorio no ha cumplido un papel efectivo, debe ser eliminado. Además, pierde sentido con la eliminación de las leyes orgánicas constitucionales” (221).

• *Control preventivo de fondo eventual*. En relación al control preventivo de fondo a petición de parlamentarios, las opiniones están más divididas. Sólo algunos profesores proponen eliminarlo. Es el caso del académico de centroderecha José Francisco García (221) y cinco profesores de izquierda o centroizquierda.³⁷ Pero el profesor Fernandois se opone categóricamente.³⁸ Fernandois dice que ese control “tiene defensores transversales”, es “esencial para la supremacía constitucional”, “existe en democracias respetadas”, “en Chile ha funcionado bien y con deferencia al legislador democrático” y “no es una invención de la Constitución de 1980”, ya que “un mecanismo análogo fue incorporado ya en 1970 a la Constitución de 1925 con ocasión de la creación del Tribunal Constitucional” (189, 220).³⁹ Y

³⁶ El profesor observa que “entre las principales críticas que se han hecho al [TC] se repiten las siguientes: que carece de suficiente representatividad; que sus decisiones, a pesar de que inciden en cuestiones muy relevantes de carácter político, no están sujetas a control, y que su funcionamiento y el sistema de sus competencias es excesivo, particularmente en el ámbito de las atribuciones de control que ejerce de oficio” (199). El profesor sostiene que atender a esas críticas es el fin de sus propuestas (entre ellas la eliminación del control preventivo forzoso); con ellas busca “dar una nueva cara al TC y augurar un nuevo periodo en el ejercicio de sus atribuciones que sea más democrático, como lo fue en el periodo de inicio de la transición democrática bajo la dirección de su presidente, don Eugenio Valenzuela” (199).

³⁷ Los profesores Jaime Bassa, Jaime Gajardo, Miriam Henríquez, Jorge Correa y Rodrigo Correa (220-222). La profesora Miriam Henríquez agrega que, si se mantuviera el control eventual de fondo, “los órganos legitimados debieran ser el Presidente de la República y las cámaras (pero no una minoría)” (222).

³⁸ El profesor Arturo Fernandois se opone a eliminar el control preventivo eventual, tanto de forma como de fondo (220). El profesor Gastón Gómez guarda silencio.

³⁹ Esto es sólo parcialmente correcto: el primer TC tenía poderes de control preventivo de forma, pero no de fondo. Ver Mac-Clure, “Tribunal Constitucional”.

el profesor Sebastián Soto parece apoyar una modificación menor.⁴⁰ Finalmente, dos (o tres) profesores de centroizquierda e izquierda sugieren solamente limitar el número de veces que un parlamentario puede hacer requerimientos;⁴¹ y otro profesor de centroizquierda no se pronuncia con claridad al respecto.⁴²

• *Control de forma.* Varios de estos profesores agregan que esta reforma al control eventual debiera dejar en pie un control eventual de forma.

En suma, CEP-PC augura vientos de cambio en materia de cambios al control preventivo de fondo, aunque las propuestas, en mi opinión, deberían ser más ambiciosas que las que se encuentran en CEP-PC. Éstas se concentran en el control preventivo de fondo *forzoso*.

⁴⁰ El profesor Sebastián Soto apoya un control facultativo de forma y propone “estudiar el control facultativo de fondo para evitar que la última palabra la tenga el Tribunal Constitucional”. Soto continúa: “Podría haber siempre un reenvío al legislador para que intente adecuar el proyecto a los estándares constitucionales” (222). La propuesta de Soto admite dos interpretaciones: de acuerdo a la primera, si el TC declara inconstitucional un proyecto de ley por razones de contenido, el Congreso y el Presidente pueden aceptar esas razones y modificar el proyecto inmediatamente, o insistir con su proyecto original (así ellos tendrían la “última palabra”); de acuerdo a la segunda, el Congreso y el Presidente pueden adecuar el proyecto objetado inmediatamente, en vez de tener que iniciar un nuevo proyecto de ley. Desde un punto de vista democrático, la primera versión de su propuesta es superior a la segunda.

⁴¹ Los profesores Patricio Zapata y Francisco Soto proponen limitar los poderes de los Presidentes en materia de control preventivo eventual a asuntos de forma: que sólo pueda pedirlo respecto de “la vulneración de su iniciativa exclusiva, violación de quórum legislativos y violación de los ámbitos de competencia de los órganos del Estado” (222). Estos profesores no se oponen al control eventual de forma y fondo pedido por parlamentarios. Pero proponen que cada parlamentario pueda presentar como máximo tres requerimientos “durante una legislatura”, y que cuando se produzca un empate en el TC, se entienda el proyecto de ley como constitucional (222-223). Aunque no lo dicen, la última propuesta limitaría el impacto del TC como manipulación estratégica del procedimiento legislativo a favor de la oposición, al menos cuando el TC está empatado y su presidente simpatiza con la oposición (hoy el voto del presidente zanja el desacuerdo). Es posible que la propuesta de estos dos profesores fuera apoyada por el profesor Pablo Ruiz-Tagle, quien respecto de las competencias del TC dice: “Para analizar la propuesta de reordenación de potestades del TC es también conveniente revisar las propuestas hechas por Patricio Zapata en este punto” (201).

⁴² El profesor Francisco Zúñiga sólo dice lo siguiente: “Control de la supremacía constitucional por el Tribunal Constitucional, modificando su composición y ámbito de competencia” (223).

Dejan en pie el control de fondo eventual. De prosperar, el TC todavía podrá ser utilizado por una minoría parlamentaria para impedir el gobierno de la mayoría.

• *Control represivo con efectos generales*. Finalmente, cabe mencionar una propuesta del profesor Ferandois. Él discute brevemente la potestad del TC para invalidar reglas legales luego de tres fallos del TC que han declarado que su aplicación en casos concretos es inconstitucional (“control a *posteriori* con efectos generales” o la “acción de inconstitucionalidad”). Ferandois es el único profesor que se refiere a esa potestad en el libro. Dice que si se eliminara el control preventivo forzoso (que, como he mostrado, muchos profesores sugieren hacer), se debería *fortalecer* el control represivo, incluyendo el que tiene efectos generales (190-191). Qué quiere decir eso no es claro. Tal vez Ferandois se refiere a que convendría terminar con lo que llama “inaplicabilidad de la inaplicabilidad”, es decir, decisiones de la Corte Suprema que privan de efecto a una decisión del TC en materia de inaplicabilidad (190). Ello no merece reparo. Pero si su propuesta consiste en permitir que, a propósito de un caso particular, el TC invalide la ley con efectos generales (sin necesidad de tres sentencias anteriores de inaplicabilidad, como ocurre hoy), la propuesta es peligrosa para la democracia. El peligro es que el TC se transforme en algo parecido a la Corte Suprema norteamericana, que ejerce un control represivo con efectos generales. Si bien se trata de un control que opera respecto de leyes ya vigentes, ese control afecta indirectamente el proceso legislativo. Por esa razón varios autores en los Estados Unidos han criticado ese control, con argumentos análogos a los que he ofrecido al criticar el control preventivo de fondo.⁴³ Sería lamentable que en Chile elimináramos el control preventivo de fondo sólo para reintroducir sus excesos antidemocráticos por la vía del control represivo.

En mi opinión, el quórum de las leyes orgánicas y el control de constitucionalidad de fondo ejercido por el TC deberían ser temas de la

⁴³ Ver, por ejemplo, Waldron, “The Core of the Case”; Ely, *Democracy and Distrust*, y Tushnet, *Taking the Constitution*.

máxima prioridad en el debate constitucional actual.⁴⁴ CEP-PC considera esos temas. Es más, el libro augura cambios en la dirección que he sugerido como apropiados. Ello me lleva a valorarlo positivamente. Aquellos lectores que se acercan al debate constitucional con un foco distinto, probablemente también encontrarán en sus páginas propuestas de su interés. Si además, como he sugerido, CEP-PC puede servir como oráculo del cambio constitucional, y como una fuente de ideas para imaginar nuevas propuestas, se trata de una lectura obligada para moros y cristianos.

REFERENCIAS

- Arato, Andrew. "Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America". *Wake Forest Law Review* 50 (2015): 891-920.
- Atria, Fernando. "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo". *Revista de Derecho (Valdivia)* 12, n.º 1 (2001): 119-156.
- . *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones, 2013.
- . *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- . "Nueva Constitución y reforma constitucional: el contenido de la forma". *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 19-46.
- Atria, Fernando, José Miguel Benavente, Javier Couso, Alfredo Joignant & Guillermo Larrain. *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago: Debate, 2013.
- Bachelet, Michelle. "Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente". 2015. <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>.

⁴⁴ Hasta hace poco existía en la Constitución y en la ley orgánica constitucional otra institución que manipulaba estratégicamente el proceso legislativo, protegiendo la legislación heredada del régimen militar: el sistema electoral binominal. Ver Atria, *La Constitución tramposa*, 51-54. El sistema binominal producía un Congreso equilibrado y de esa manera influía sobre el proceso legislativo. El binominal fue transformado recientemente en un sistema electoral proporcional, y por eso no lo discuto en el texto principal. ¿Es posible que esta reforma electoral haga irrelevante las reglas sobre leyes orgánicas y el TC discutidas en esta sección? Es improbable. El actual Congreso es todavía uno binominalizado, pues la reforma entrará en vigencia para la elección de 2017; y está por verse su importancia: en esa elección sólo la mitad de los senadores serán renovados. Además, en la medida en que el nuevo sistema electoral tienda a la fragmentación —como lo hace—, se dificulta la formación de supermayorías políticas que alcancen los quórums de 4/7 de las leyes orgánicas (o de 2/3 para designar ministros del TC). Sobre este último punto, ver Arato, "Beyond the Alternative".

- . “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional al capítulo XV de la Constitución Política de la República”. Boletín número 11173-07 (2017). https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11685&prmBoletin=11173-07.
- Comité de Sistematización. “Informe del Comité de Sistematización”. 2017. <http://www.sistematizacionconstitucional.cl/resultados/>.
- Consejo Ciudadano de Observadores. “Informe del Consejo Ciudadano de Observadores”. 2017. <https://www.ccobservadores.cl/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Final-CCO-16-de-enero-de-2017.pdf>.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1999.
- Elster, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Fuentes Saavedra, Claudio. *El pacto: poder, Constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)*. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.
- Garretón M., Manuel Antonio. “La crisis de la sociedad chilena, nueva Constitución y proceso constituyente”. *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 79-92.
- Ginsburg, Tom. “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”. *Estudios Públicos* 133 (2014): 1-36.
- Heiss, Claudia. “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”. *Anales de la Universidad de Chile* 10, serie 7 (2016): 109-25.
- Jiménez, Guillermo, Pablo Marshall & Fernando Muñoz. “La debilidad de las súper-mayorías”. *Revista de Derecho (Valparaíso)* 41 (2013): 359-393.
- La Tercera*. “RN cierra la llave al debate constitucional”. 5 de abril de 2017. <http://www.latercera.com/noticia/rn-cierra-la-llave-al-debate-constitucional/>.
- . “Oposición acusa uso electoral y anuncia rechazo al proyecto que busca cambiar la Constitución”. 4 de abril de 2017. <http://www.latercera.com/noticia/oposicion-acusa-uso-electoral-anuncia-rechazo-al-proyecto-busca-cambiar-la-constitucion/>.
- Mac-Clure, Lucas. “Tribunal Constitucional y los derechos: La discusión pendiente”. En *Frente a las mayorías. Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional*, de Lucas Sierra & Lucas Mac-Clure. Santiago: CEP-Cieplan-Libertad y Desarrollo-Proyectamérica-PNUD, 2011. 170-275.
- Majone, Giandomenico. *Evidence, Argument, and Persuasion in the Policy Process*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- Radio Bío Bío. “Piñera criticó el proyecto de Bachelet sobre reforma constitucional: No ha presentado nada”. 4 de abril de 2017. <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/04/04/pinera-critico-e-proyecto-de-bachelet-sobre-reforma-constitucional-no-ha-presentado-nada.shtml>.

- Sierra, Lucas. “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”. En *Frente a las mayorías: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional*, de Lucas Sierra & Lucas Mac-Clure. Santiago: CEP-Cieplan-Libertad y Desarrollo-Proyectamérica-PNUD, 2011. 13-168.
- (editor). *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015.
- (editor). *Propuestas constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2016.
- Squella, Agustín. “Conversación junto a la hoguera”. *Estudios Públicos* 144 (2016): 265-274.
- Teletrece. “Piñera forma equipo constitucional en medio de críticas al proceso liderado por Bachelet”. 6 de abril de 2017. <http://www.t13.cl/noticia/politica/semanal/pinera-forma-equipo-constitucional-medio-criticas-al-proceso-liderado-bachelet>.
- Tushnet, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.1980
- Verdugo, Sergio. “Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías”. *Revista de Derecho (Valparaíso)* 42 (2014): 355-395.
- . “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction”, SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network (2016). <https://papers.ssrn.com/abstract=2811782>.
- Waldron, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.1980
- Zapata, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008. EP