

# INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO AL SISTEMA DE DESIGNACIÓN ACTUAL

## COMPOSITION OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL TRIBUNAL: A CRITIC PERSPECTIVE TO THE APPOINTMENT AND NOMINATION SYSTEM

*Catalina Salem Gesell\**

### *Resumen*

El presente artículo analiza el diseño institucional de designación de los miembros del TC. El análisis se efectúa desde la teoría de los frenos y contrapesos, como también de las exigencias de legitimidad –tanto de origen como de ejercicio– que tienen hoy las magistraturas constitucionales. Se concluye que el sistema de designaciones analizado quiebra con el equilibrio entre las distintas funciones del Estado, quedando abierta la posibilidad de incurrir en abusos de poder por aquellos órganos que ejercen las atribuciones de designación. También, que ese mismo desequilibrio repercute en la legitimidad de origen y de ejercicio de la magistratura constitucional. Finalmente se hace una propuesta que subsane las falencias que presenta el actual diseño institucional.

Palabras clave: Tribunal Constitucional – jueces constitucionales – Frenos y contrapesos – Integración.

### *Abstract*

The present article analyses the power of nomination and appointment system of the Chilean constitutional judges. The analysis concludes that

---

\* Magíster en Derecho LLM, Mención Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Político y Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 1 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2017. Correo Electrónico: cesalem@uc.cl

the actual system does not achieve a standard of suitable checks and balances. Thus, a new system of designation is proposed as an alternative to the autonomous repartition of nominations made by the President of the Republic, the National Congress and the Supreme Court, in which the same institutions participate, but through a counterbalanced concurrence of wills. This also reinforces the legitimacy of the Constitutional Tribunal.

Key words: Constitutional Tribunal – constitutional judges – Checks and balances – power of nomination and appointment

### *Introducción*

La forma en que se designan los miembros de los tribunales constitucionales es uno de los principales contrapesos que tienen aquellos órganos que son controlados por la jurisdicción constitucional. Esto es, en particular, cierto en Chile, toda vez que los ministros del TC –a diferencia de la mayoría de los miembros de los órganos con autonomía constitucional– no pueden ser acusados constitucionalmente<sup>1</sup>. De hecho, una vez designados, los jueces constitucionales son inmovibles en el cargo<sup>2</sup>. De allí que no resulta trivial detenerse en el análisis del diseño institucional contemplado en nuestra Carta Fundamental para componer el órgano que ejerce la justicia constitucional.

La arquitectura del sistema de designaciones y elecciones de los jueces constitucionales que establece nuestro actual Texto Político, se funda en un procedimiento de “repartición de nombramientos”<sup>3</sup>, esto es, la Constitución distribuye entre los principales órganos controlados –que coinciden con las funciones clásicas del Estado– la competencia y el número de magistrados que les corresponde designar de manera autárquica. Así, el art. 92 de la Constitución confía al Presidente de la República la designación de tres miembros; al Congreso Nacional cuatro, de los cuales dos son elegidos directamente por el Senado, y los otros dos son propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado; y tres elegidos por la Corte Suprema. De esta forma, con la salvedad del control político que ejerce el Senado, por sobre la propuesta que le realiza la Cámara de Diputados respecto a dos de los diez miembros a designar, los restantes integrantes del TC son nombrados de forma autónoma, y

<sup>1</sup> Art. 52 N° 2° de la Constitución Política.

<sup>2</sup> Art. 92, inciso tercero, de la Constitución Política.

<sup>3</sup> Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, p. 460.

sin contrapeso alguno, por el Presidente de la República, el Senado y la Corte Suprema.

En el análisis de este diseño de nombramientos argumentaremos lo siguientes:

- 1) que el sistema referido constituye una excepción al principio de equilibrio de funciones, eliminando barreras institucionales de limitación del ejercicio del poder que sí existen respecto a las fórmulas de designación de los demás órganos con autonomía constitucional que consagra nuestra Carta Fundamental;
- 2) que el sistema actual de designación de los ministros del tribunal afecta la legitimidad, tanto de origen como de ejercicio, de dicha magistratura.
- 3) que es factible proponer un nuevo sistema de nombramiento a fin de subsanar los defectos identificados en el análisis previo. Sobre este punto conviene destacar que es un asunto presente en el actual debate político, y que, sin duda, merece también una reflexión y una respuesta desde la academia.
- 4) Por último, terminaremos con unas breves conclusiones.

### *1. Los checks and balances en entredicho: La ruptura del equilibrio entre poderes*

En *El Federalista* N° 76, Alexander Hamilton defendió la atribución que la nueva Constitución de Estados Unidos entregaba al Presidente de la República para nominar, y con acuerdo del Senado, designar, entre otros altos funcionarios del Estado, a los jueces de la Suprema Corte. En dicho escrito, argumentó que la concurrencia de voluntades de ambos cuerpos sería una poderosa, aunque en general, silenciosa operación.

“It would be an excellent check upon a spirit of favoritism in the president, and would tend greatly to prevent the appointment of unfit characters from state prejudice, from family connexion, from personal attachment, or from a view to popularity”<sup>4</sup>.

Esta misma fórmula ha sido la que ha recogido nuestra tradición constitucional en la designación de los jueces del máximo tribunal del Poder Judicial, desde la Constitución de 1822<sup>5</sup>. En efecto, desde entonces hasta

<sup>4</sup> Alexander HAMILTON y otros, *The Federalist*, p. 394.

<sup>5</sup> Los arts. 161 y 162 de la Constitución de 1822 establecían que el Tribunal Supremo de Justicia se compondría de cinco miembros, cuyas vacantes sucesivas serían

hoy –con algunas notas específicas–, los ministros de la Corte Suprema son nominados por el Presidente de la República –de una quina que confecciona previamente la misma Corte– para su aprobación por el Senado con un quórum reforzado: dos tercios de sus miembros en ejercicio<sup>6</sup>.

El equilibrio entre poderes –que complementa y perfecciona la clásica teoría de separación de poderes de Montesquieu (Charles Louis de Secondat)– implica ya no solo que las distintas funciones del Estado se encuentren separadas entre sí para limitar el poder sino que, además, “el poder detenga al poder” mediante un sistema de frenos y contrapesos (*cheks and balances*) entre los diversos órganos.

Tal como apuntaba Alexander Hamilton, la necesidad de un equilibrio en el ejercicio del poder alcanza también a las atribuciones de nominación que tienen ciertos órganos respecto de la composición de otros cuerpos que crea la misma Constitución.

“A man who had himself the sole disposition of offices, would be governed much more by his private inclinations and interests, than when he was bound to submit the propriety of his choice to the discussion and determination of a different and independent body; and that body an entire branch of the legislature. The possibility of rejection, would be a strong motive to care in proposing”<sup>7</sup>.

Nuestra actual Constitución sigue esta clásica regla de control interorgánico en casi todas las designaciones que contempla respecto de los órganos que crea, incluso en varios casos convocando hasta tres órganos para que intervengan en el proceso de composición de otro. Una de las excepciones, como explicaremos, son las designaciones de los miembros del TC.

Como ya se adelantó, para componer los veintiún miembros de la Corte Suprema se requiere la concurrencia de tres órganos (art. 78 de la Constitución); lo mismo sucede con la designación del Fiscal Nacional del Ministerio Público (art. 85, inciso primero, de la Constitución). En el caso de los cinco consejeros que conforman el Consejo Directivo del Servicio Electoral y el Contralor General de la República, son designados

---

consultadas en ternas por el Supremo Tribunal, para que el Ejecutivo eligiese de acuerdo con el Legislativo. Por otra parte, la Constitución antecesora, de 1818, en el art. 3° del capítulo II titulado “Del Supremo Tribunal Judiciario” disponía que el nombramiento de los individuos que habrían de componer este Tribunal, correspondería al Director del Estado en su creación, y las vacantes posteriores el mismo Director debía proceder al nombramiento a propuesta de una terna que confeccionara el mismo tribunal.

<sup>6</sup> Art. 78 de la Constitución Política.

<sup>7</sup> HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 394.

por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado (arts. 94 bis, inciso segundo, y 98, inciso segundo de la Constitución, respectivamente).

Respecto a las designaciones de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones, si bien la Constitución entrega su designación solo a la Corte Suprema, esta actúa como un mero ejecutor de la voluntad del constituyente, pues la Carta Fundamental no le permite ninguna opción de maniobra más que efectuar un sorteo entre las personas que reúnen las condiciones que la misma Carta consagra (art. 95, incisos segundo y tercero, de la Constitución). Similar contrapeso le impone el constituyente al Presidente de la República cuando este designa a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros, ya que circunscribe a los candidatos a los cinco oficiales generales de mayor antigüedad (art. 104, inciso primero, de la Constitución). Por último, el Consejo de Seguridad Nacional se encuentra integrado por los titulares de los órganos que designa directamente el constituyente, sin que intervenga ninguna otra voluntad (art. 106, inciso primero, de la Constitución).

En síntesis, podemos extraer dos grandes criterios adoptados por nuestra Constitución para componer los distintos órganos con autonomía constitucional: El primero, es el control interorgánico ya explicado, que reviste al menos tres modalidades:

- 1) la intervención contrapesada de tres órganos constitucionales en el proceso de designación;
- 2) la intervención contrapesada de dos órganos constitucionales en el proceso de designación;
- 3) la intervención del constituyente en la nominación de los candidatos y la ejecución de esa voluntad por un órgano constitucional ya sea
  - 3.a) por sorteo, o
  - 3.b) por un acotado margen de discrecionalidad entregado a otra autoridad.

El segundo criterio de composición de los integrantes de un determinado órgano, es aquel en que interviene el propio constituyente, sin la voluntad de ningún órgano. Pero aún este criterio puede ser incluido dentro del principio de control interorgánico, dado que el órgano constituyente no interviene, a su vez, en la designación de los titulares que integran los órganos que designa para componer el Consejo de Seguridad Nacional.

Como se puede apreciar, entonces, en todos los casos indicados nuestra Constitución ha procurado el equilibrio del ejercicio del poder entre los diversos órganos llamados a participar de las designaciones de los otros órganos constitucionales, incluso cuando ese órgano es el mismo consti-

tuyente. No obstante, esta regla se quiebra de modo inevitable respecto a la forma de designación de los miembros del TC.

En efecto, en el caso del TC de Chile intervienen al menos cuatro órganos: Presidente de la República, Senado, Cámara de Diputados y Corte Suprema, pero por regla general, ninguno de ellos se encuentra contrapesado por el otro órgano que interviene. La excepción, es la nominación que hace la Cámara de Diputados al Senado, para que este la apruebe o la rechace, lo que constituye un contrapeso de índole político. Este modelo de designación, en esencia, combina –con sus propias particularidades– algunas de las tres formas en que, según Alexander Hamilton, se puede ejercer “the power of appointment”:

“It ought either to be vested in a single man; or in a *select* assembly of moderate number; or in a single man, with the concurrence of such an assembly”<sup>8</sup>.

Primeramente, en el caso del TC chileno, el Presidente de la República (*a single man*) procede con autarquía a la designación de tres miembros; la Corte Suprema (*a select assembly of moderate number*)<sup>9</sup> también interviene con autonomía como cuerpo colegiado a elegir otros tres; otro tanto sucede con el Senado (también *a select assembly*) respecto a dos de los miembros y, por último, la Cámara de Diputados propone a otros dos, con acuerdo del Senado. Este último caso coincide con la tercera forma que identifica Alexander Hamilton –que es por la demás la que defiende en *El Federalista* N° 76–, solo que, en vez de un hombre y una asamblea, concurren dos cuerpos colegiados (dos asambleas).

#### Cuadro resumen

Órgano cuya integración se designa	Órganos que concurren a la designación
Corte Suprema	Corte Suprema, Presidente de la República y Senado (tres, contrapesada)
Fiscal Nacional del Ministerio Público	Corte Suprema, Presidente de la República y Senado (tres, contrapesada)
Consejo Directivo del Servicio Electoral	Presidente de la República y Senado (dos, contrapesada)

<sup>8</sup> HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 392.

<sup>9</sup> Para designar al candidato, la Corte Suprema debe efectuar una votación secreta que se celebra en sesión especialmente convocada para tal efecto (art. 92 letra c) de la Constitución), y en ese sentido actúa como una asamblea.

Contralor General de la República	Presidente de la República y Senado (dos, contrapesada)
Tribunal Calificador de Elecciones	Constituyente y Corte Suprema (dos, contrapesada por sorteo)
Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros	Constituyente y Presidente de la República (dos, contrapesada por margen de discrecionalidad acotado por nómina de candidatos)
Consejo de Seguridad Nacional	Constituyente y órganos que intervienen en la designación de los titulares (contrapeso múltiple).
Tribunal Constitucional	Presidente de la República, Congreso Nacional, Corte Suprema (repartición de nombramientos, con un contrapeso interorgánico, de naturaleza política).

Conviene, en consecuencia, analizar por qué las otras dos formas (*a single man* and *a select assembly*, separadamente) deben ser descartadas como opción en el ejercicio de las atribuciones de designación que detentan ciertos órganos. Las conclusiones a las que arribemos, sin duda son aplicables a la repartición de nombramientos de los miembros del TC en que estas dos formas, como se explicó, son parte de su diseño institucional.

Respecto al ejercicio de la atribución de designación con exclusividad presidencial, podría tener la virtud –anota el mismo Alexander Hamilton– de que el Presidente se encuentra siempre en una mejor posición para ponderar las cualidades del candidato a designar, y que esa ponderación estará embebida de un sentimiento de deber que se funda en la responsabilidad única e indivisible que pesa sobre el Presidente de la República. En otras palabras, él será el único responsable de la designación que haga y, por lo mismo, resguardará su reputación eligiendo un candidato apropiado para el cargo. No obstante, a la vez, un hombre que detenta para sí la facultad de designación absoluta respecto a otros órganos, es más propenso a tomar una decisión que se incline por sus intereses particulares. De allí que Alexander Hamilton llegue a la conclusión de que resulta más apropiado que esa decisión esté contrapesada por un órgano distinto e independiente (*the assembly*), así “The possibility of rejection, would be a strong motive to care in proposing”<sup>10</sup>.

En nuestra doctrina, estos ecos del razonamiento constitucional clásico no nos son ajenos. Así, a propósito del debate académico previo a la reforma constitucional del año 2005 –que precisamente modificó la integración y la forma de designación de los miembros del TC–, Lautaro

<sup>10</sup> HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 394.

Ríos Álvarez vaticinaba, respecto a la atribución presidencial de designación, que:

“El presidente de la República quedaría en situación de designar soberanamente a tres abogados de su confianza. Pues bien, si tiene la oportunidad de nombrar a un tercio del Tribunal, debería ser muy poco sagaz –por decirlo de manera discreta– para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos. Ningún político inteligente desperdiciaría una ventaja semejante”<sup>11</sup>.

Cuando el Presidente de la República no cuenta con un contrapeso en el ejercicio de su atribución de designación de miembros del TC –o de cualquier órgano–, esa falta de control, como es sabido, puede devenir en una desviación de poder. Como los hombres pasan y las instituciones quedan, el diseño orgánico de una constitución siempre debe prever que la persona que accidentalmente detente las atribuciones a través de las cuales se ejerce la soberanía –y más allá de sus virtudes personales–, no abuse de las potestades que se le han confiado. Nuestra Constitución falla en este punto, imponiendo un exiguo límite a la discrecionalidad del Jefe de Estado, constituido por los requisitos de elegibilidad que deben cumplir todos los miembros del TC, a saber: tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez (art. 92, inciso segundo, de la Constitución). Esto ha permitido que el Presidente de la República designe desde connotados académicos, a destacados abogados, estos últimos desempeñándose en funciones en el mismo gobierno hasta el momento de su designación.

Otro tanto puede prevenirse respecto de las designaciones efectuadas solo por órganos colegiados. Respecto del Congreso Nacional, Alexander Hamilton afirma:

“in every exercise of the power of appointing to offices by an assembly of men, we must expect to see a full display of all the private and party likings and dislikes, partialities and antipathies, attachments and animosities, which are felt by those who compose the assembly. The choice which may at any time happen to be made under such circumstances, will of course be the result either of a victory gained by one party over the other, or of a compromise between parties. In either case, the intrinsic merit of the candidate will be too often out of sight. In the first, the

---

<sup>11</sup> Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “La generación del Tribunal Constitucional”, p. 83.



qualifications best adapted to uniting the suffrages of the party, will be more considered than those which fit the person for the station. In the last, the coalition will commonly turn upon some interest equivalent: 'give us the man we wish for this office, and you shall have the one you wish for that'. This will be the usual condition of the bargain. And it will rarely happen that the advancement of the public service will be the primary object either of party victories, or of party negotiations"<sup>12</sup>.

En el Derecho Comparado, la Constitución Política del Perú entrega la designación de los cinco integrantes del TC a las dos terceras partes del número legal de los miembros del Congreso de la República (art. 201). Sobre esta forma de designación, la doctrina nacional ha dejado caer sus críticas en el mismo sentido premonitorio que tuvieron los federalistas. Así César Landa Arroyo ilustra el déficit del sistema de elección por parte del Congreso Nacional en dos aspectos:

"Por un lado, en la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección, el maltrato a los candidatos y la renuencia posterior a postular de destacados juristas; y, por otro lado, en el sistema de cuotas y negociación política que cada vez es más utilizado para transar entre la mayoría y las minorías parlamentarias, lo que finalmente hace del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición. Tal es así que la mayoría y la minoría parlamentarias no se orientan a valorar y preferir necesariamente a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, sino que centran la elección en los acuerdos de las cúpulas partidarias, los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces del Congreso. No obstante, todos los elegidos cumplen con los requisitos formales de elegibilidad y no están impedidos de acuerdo a la ley"<sup>13</sup>.

Entre nosotros, Alejandro Silva Bascuñán afirmaba en su Tratado de 1963 que los nombramientos que decreta el Parlamento

"hace más grave el peligro de que los magistrados se vean envueltos en las luchas políticas y sean juego de las pretensiones y rivalidades partidistas"<sup>14</sup>.

Por ello, precisamente una de las críticas que se le ha hecho al sistema de designación en que interviene el Congreso Nacional, es que permitía

<sup>12</sup> HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 393.

<sup>13</sup> César LANDA ARROYO, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*, pp. 142-143.

<sup>14</sup> Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo 1, p. 347.

el cuoteo político entre las dos grandes coaliciones políticas existentes, lo que se ve facilitado por tratarse de la designación de pares<sup>15</sup>.

Sintetizando, el ejercicio de la atribución de designación de los integrantes de un órgano por las asambleas –congresos nacionales– es también una fórmula que necesita de un importante contrapeso. Así, si bien el Presidente de la República no posee total libertad para designar al candidato de su primera preferencia, puesto que este podría ser rechazado por “la asamblea”, a su vez, el órgano colegiado no es del todo libre para anteponer sus intereses partidistas, puesto que el Presidente de la República sigue detentando su poder de nominar el candidato. Si bien la asamblea puede rechazar la primera opción que le presente el Presidente de la República, se expone que la próxima nominación que le presente esté incluso más alejada de sus propios intereses<sup>16</sup>.

Por último, conviene hacer referencia a la Corte Suprema, órgano que participa del sistema de designación de los miembros del TC chileno. La Corte es un cuerpo colegiado de veintiún miembros, respecto de los cuales podríamos aplicar los mismos reparos que Alexander Hamilton imputa a “la asamblea”, pero evidentemente requiere de matices. Esto, porque la Corte Suprema no está compuesta por políticos con intereses partidistas, sino que por jueces que, sin perjuicio que puedan tener una tendencia hacia un sector u otro, normalmente son impredecibles en sus resoluciones, pues se trata de personas que han estado alejados de la política por decenios (en particular los jueces de carrera), caracterizándose por prevalecer en ellos un criterio técnico<sup>17</sup> al momento de elegir al candidato. Con todo, la Corte no está ajena al influjo de los órganos políticos durante el proceso de designación, como quedó demostrado en la última designación efectuada por dicha Corte el 29 de agosto de 2015. Tal designación se decidió por sorteo, para romper con el empate que se produjo entre dos candidatos, a raíz del cual, los medios de comunicación dieron cuenta de los reproches que formularon los partidos de la coalición de gobierno hacia el Ejecutivo, por no haber logrado que saliera electo el candidato más a fin a sus intereses partidistas.

Sin perjuicio de lo dicho, la inclusión de la Corte Suprema en el sistema de designación de los ministros del TC se debe a una razón más bien histórica. Esto dado que, desde la creación de dicho tribunal, y hasta

---

<sup>15</sup> Véase a modo ejemplar sobre este punto de la discusión: Fernando ATRIA y Constanza SALGADO, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”.

<sup>16</sup> HAMILTON y otros, *op. cit.*, pp. 393-394.

<sup>17</sup> Teodoro RIBERA NEUMANN, “La organización institucional del Tribunal Constitucional chileno”, p. 75.

la reforma constitucional del año 2005, estaba compuesto parcialmente por miembros pertenecientes a la Corte Suprema, con la finalidad de que dichos jueces contribuyeran, desde un papel técnico-jurídico, al ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del TC<sup>18</sup>. Con todo, ello no resta a que deba revisarse el papel de la Corte en el sistema de designación, pues, por mucho respeto que nos merezcan los jueces, tampoco están ajenos a la “primera regla de oro del Derecho Público”, como José Luis Cea se refiere a la separación de poderes con frenos y contrapesos<sup>19</sup>. Profundizaremos sobre este punto en el apartado siguiente.

## 2. *El problema de la legitimidad*

El sistema de designación que nuestra Carta Política contempla para los miembros del TC, afecta la legitimidad de este órgano desde dos puntos de vista: la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio.

La legitimidad de origen viene dada en las modernas democracias por la legitimación popular o democrática, esto es, cuando los titulares del órgano son elegidos directamente por el pueblo; mientras que, la legitimidad de ejercicio, tiene una dimensión formal y otra material. La formal se circunscribe al propio mandato constitucional que, en nuestro caso, señala que la soberanía se ejerce “por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece” (art. 5, inciso primero, de la Constitución; la cursiva es nuestra). Por otra parte, la dimensión material refiere a cómo el órgano ejerce esas potestades que la Constitución le ha confiado, ejercicio que debe circunscribirse a la competencia tasada que le da el ordenamiento jurídico, sin desviarse del fin del Estado que, en nuestro caso, se encuentra definido en la Constitución (art. 1º, inciso cuarto, de la CPR).

Sin entrar en el debate sobre si los jueces de los tribunales constitucionales deberían ser elegidos sin mediación por el pueblo –al igual que los legisladores–, como una forma de superar su naturaleza contra mayoritaria<sup>20</sup>, sí nuestro actual sistema de designación merece un análi-

---

<sup>18</sup> Emilio PFEFFER URQUIAGA, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes –debates– informes*, pp. 342-355.

<sup>19</sup> CEA EGAÑA, *op. cit.*, p. 24.

<sup>20</sup> Concordamos con Luis López –aunque él circunscribe su análisis a los miembros del Poder Judicial exclusivamente– en que la fórmula de elección democrática directa de los jueces presenta graves inconvenientes: “la potenciación de la legitimidad de origen puede suponer la reducción de la legitimidad de ejercicio. La aplicación de la voluntad del pueblo formalmente expresada (la ley) puede verse relegada, a favor de las preferencias

sis desde el punto de vista de la legitimidad democrática indirecta, esto es, cuando dichos jueces son elegidos por órganos con representación democrática directa. Con esta perspectiva es posible verificar que, en el modelo de designación bajo análisis, existe un importante desbalance, no solo en cuanto a los diez miembros que conforman el TC sino, también, respecto de los demás órganos constitucionales.

De los diez jueces que integran la magistratura constitucional, solo siete de ellos son elegidos por órganos con representación democrática directa –Presidente de la República y Congreso Nacional–, mientras que los otros tres son elegidos por la Corte Suprema, cuyos miembros no detentan tal representación. Esta desigualdad en la forma de designación de unos y otros puede tener efectos en la legitimidad de ejercicio en su dimensión material, aunque los estudios empíricos que lo prueben son escasos<sup>21</sup>. No obstante, la forma en que hoy está contemplado el diseño de designaciones, se aparta de la regla general de nuestra Constitución. En efecto, si se revisan las fórmulas de designación de los órganos constitucionales que analizamos en el acápite anterior, con la salvedad de cuatro miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y tres miembros del TC, todos los demás órganos son designados en último término por órganos con representación democrática directa<sup>22</sup>.

La importancia de la designación por órganos que tienen representación democrática directa, es posible anclarla en la teoría de separación

---

que el juez crea percibir en cada momento en el electorado, o en aquellos a quienes debe su elección o puede deber su reelección; lo que puede sufrir aquí es la independencia y la imparcialidad. La elección no garantiza en modo alguno la calidad técnica y el conocimiento del Derecho; la dependencia del beneplácito popular y partidista (sobre todo cuando los candidatos a jueces se presentan expresamente como candidatos de un partido) puede conducir a una aplicación del Derecho en exceso dependiente de las preferencias del momento de grupos o entidades sociales que el juez estime poderosas o influyentes en la opinión pública, en detrimento de la justicia o de la seguridad jurídica”. LUIS LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, p. 67.

<sup>21</sup> Por ejemplo, se ha afirmado que los jueces de la Corte Suprema que integraban el TC previo a la reforma constitucional del año 2005, eran más deferentes con el poder político que aquellos ajenos miembros al Poder Judicial. Véase Diego PARDOW y Sergio VERDUGO, “El Tribunal Constitucional y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”.

<sup>22</sup> Humberto Nogueira comparte la idea que desde “una perspectiva claramente republicana y democrática, un Tribunal Constitucional debe estar integrado sólo por ministros o magistrados nombrados por órganos representativos directamente de la voluntad popular, en nuestro caso, del Congreso Nacional y del Presidente de la República, en lo posible con controles interorgánicos o intraorgánicos, como ocurre por regla general en el derecho comparado”. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, p. 286.

de funciones con equilibrio de poderes. Si bien es cierto que los titulares de los órganos que son elegidos democráticamente, son renovados en periodos cortos de tiempo –cuatro años el Presidente de la República y los diputados; ocho años los senadores, que además se renuevan por parcialidades cada cuatro años–, lo cual los sujeta al control democrático a través de las elecciones periódicas; no sucede lo mismo con los miembros de la Corte Suprema. Estos, se mantienen en sus cargos mientras observen buena conducta y hasta los setenta y cinco años de edad. He allí entonces la importancia de reforzar la legitimidad de origen indirecta en aquellos miembros del TC que hoy no la detentan, y así hacer efectivo un control democrático en el nombramiento de sus magistrados, contribuyendo a reducir la tensión entre justicia constitucional y democracias<sup>23</sup>.

En cuanto a la legitimidad de ejercicio, en su dimensión material, el actual sistema de designación de los ministros del TC resulta deficiente, pues precariza el principio de independencia e imparcialidad con que deben llevar adelante la función institucional. En otras palabras, el tribunal legitima el ejercicio de sus atribuciones cuando no se somete a los mandatos e influencias de otros (independencia) ni cuando, por otro lado, decide en virtud de preferencias personales (imparcialidad)<sup>24</sup>.

Al integrar, los ministros del TC, un tribunal de derecho –y aun cuando sus decisiones puedan tener repercusiones políticas– como jueces no pueden actuar con absoluta libertad según criterios políticos, sino que deben actuar de forma vinculada, esto es, según criterios jurídicos, fuera de consideraciones de oportunidad o conveniencia<sup>25</sup>. Esos criterios jurídicos están dados por la garantía jurisdiccional de la Constitución. Cumpliendo ese mandato fundamental, el TC se legitima en el ejercicio de sus atribuciones.

La independencia e imparcialidad del juez constitucional se precariza dado que, como se explicó, no existe un control interorgánico entre los diversos cuerpos que participan del proceso de designación, y esa falta de control –para la composición de un órgano tan trascendental como el TC– puede llevar a la “captura política” de la institución o al “reparto de puestos”<sup>26</sup> entre las distintas fuerzas políticas. Esto, es particularmente cierto –o donde existen más probabilidades de suceder– en el caso de las designaciones que corresponden a los órganos políticos, lo que produce

---

<sup>23</sup> Víctor FERRERES COMELLA, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, pp. 27-28.

<sup>24</sup> Luis LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, p. 23.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 25.

<sup>26</sup> Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, p. 153.

la consecuente pérdida de legitimidad institucional y, lo que es peor, la desconfianza o desafección de la ciudadanía<sup>27</sup>. Cuando el TC se transforma en una “tercera cámara”, esto es, donde continúa, mediante personas interpuestas, el enfrentamiento entre las partes del conflicto político<sup>28</sup>, se politiza, perdiendo su autoridad para frenar el poder político y resolver adoptando decisiones impopulares que garanticen el principio de supremacía constitucional<sup>29</sup>.

Por lo anterior, es que resulta fundamental, para la legitimidad de ejercicio del TC, que existan mecanismos que refuercen su independencia respecto de los demás órganos, como también su imparcialidad. El constituyente en parte los reforzó, primero mediante la incorporación de ministros de la Corte Suprema a la integración del TC, y luego (reforma constitucional del año 2005) manteniendo la atribución de dicha Corte de designar a tres de sus miembros<sup>30</sup>. Sin embargo, respecto de los restantes siete miembros, no hay reforzamiento alguno.

En consecuencia, nuestro actual sistema de designación no resguarda adecuadamente estos principios, pues promueve un sistema de “confianzas segmentadas” o una “suma de confianzas divididas”, lo que según Lautaro Ríos Álvarez expone al tribunal a su politización. Por ello “cada miembro del TC debería contar con la confianza original de todos los órganos que deban recurrir a su veredicto”<sup>31</sup> y no con la confianza de solo algunos de ellos (los que los nombran). En un sistema de repartición de nombramientos como el nuestro

“las autoridades van a nombrar a los jueces que creen que representan su tendencia. Es importante, porque los que van a ser controlados, las fuerzas políticas, serán controladas por jueces (los controladores) que les dan confianza”<sup>32</sup>.

### *3. Nuevo diseño de un sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional*

Desde un punto de vista institucional, es bastante factible perfeccionar el actual sistema de designación de los ministros del TC. Ello es posible

<sup>27</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>28</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, p. 57.

<sup>29</sup> Eric HAMILTON, “Politizing the Supreme Court”, p. 39.

<sup>30</sup> PFEFFER URQUIAGA, *op. cit.*, pp. 342-355.

<sup>31</sup> RÍOS ÁLVAREZ, “La generación...”, *op. cit.*, p. 83.

<sup>32</sup> FAVOREU, *op. cit.*, p. 13.

mediante una concurrencia contrapesada de voluntades<sup>33</sup> de los órganos que participan en la generación del TC y que garantice los dos principios sobre los cuales hemos basado nuestro análisis: el principio de separación de funciones con equilibrio de poderes y el principio de legitimidad de la justicia constitucional.

Para ello se propone que los poderes políticos –Presidente de la República, Senado y Cámara de Diputados– presenten directamente, cada uno, dos candidatos para una vacante de ministro del TC, cumpliendo los demás requisitos constitucionales de elegibilidad. Sin embargo, la decisión del candidato –y, por ende, la interpretación que el órgano político haga de los requisitos de elegibilidad– tendrá un importante freno, dado que tales candidatos deberán ser presentados ante la Corte Suprema para que, previa audiencia pública de antecedentes, elija por mayoría a dos de los seis candidatos que le fueron presentados. Con este diseño, la decisión de los poderes políticos –que refuerza el principio de legitimidad de origen indirecta– queda contrapesada por una decisión de aptitud técnico-jurídica posterior hecha por la Corte Suprema –lo que refuerza el principio de legitimidad de ejercicio, en particular, respecto de su dimensión material (independencia e imparcialidad). Empero, la decisión de la Corte Suprema queda contrapesada por el universo de candidatos entre los que puede elegir, y tendrá el importante freno de que no elegirá directamente al titular del cargo. Esto se debe a que los dos candidatos que elija pasarán a un sorteo, en que el sorteado ocupará el cargo de titular, y el no sorteado, el cargo de suplente de ministro del titular<sup>34</sup>. Como se vio, el sorteo no

---

<sup>33</sup> En contraposición a la “repartición de nombramientos” que explicáramos en párrafos anteriores, Lautaro Ríos propone una “concurrencia de voluntades” en que intervenga el propio TC, el Presidente de la República y el Congreso. Nosotros diferimos de la solución que plantea y proponemos otra, pero hemos tomado prestado los dos conceptos en comillas, por parecernos muy adecuados a la descripción y a la solución del problema. RÍOS ÁLVAREZ, “Concepto...”, *op. cit.*, p. 460.

<sup>34</sup> Esta solución tiene un doble propósito. Primero, salvar el debate que existe sobre la inconstitucionalidad del cargo de suplente de ministro que contempla hoy la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no así la Constitución Política. Entre la doctrina nacional, Humberto Nogueira, por ejemplo, es de la opinión que: “todos los integrantes de un órgano constitucional que ejerce jurisdicción constitucional deben estar dotados de la misma legitimidad constitucional, sean estos titulares o suplentes, lo que les dota de igual autoridad para resolver los delicados asuntos sometidos a su tarea jurisdiccional”. NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 294. La misma opinión tuvieron los exministros del TC que participaron de la discusión parlamentaria de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 al señalar: “La institución de los ‘abogados integrantes’, que ahora está sólo consagrada en la ley orgánica constitucional respectiva, debe tener respaldo constitucional”. PFEFFER URQUIAGA, *op. cit.*, p. 345. Y segundo, tiene el propósito de incentivar a destacados juristas a presentarse como candidatos al TC sin el temor que, después de un proceso exigente y

es un método de designación ajeno a nuestra Constitución (art. 95 de la Constitución).

El sorteo opera como un contrapeso a la decisión de la propia Corte, a la vez que como un freno a la influencia que los órganos políticos puedan ejercer sobre la designación final del titular. Montesquieu, a propósito del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia, expresó que el sufragio por sorteo está en la índole de la democracia, ya que “El sorteo es una manera de elegir que no ofende a nadie; le deja a todo ciudadano la esperanza legítima de servir a su patria”<sup>35</sup>. Esto trae aparejado otra ventaja comparativa que carece el actual sistema de designación, a saber, que, respecto del designado, el sorteo difumina en gran medida cualquier vínculo de lealtad y gratitud al órgano que hizo posible su designación. Esta es una fórmula institucional coherente con el principio de independencia del juez constitucional y, por ende, refuerza la legitimidad de ejercicio.

El resultado de este proceso de generación del TC, por tanto, creemos que restaura una de las reglas de oro del Derecho Público como es la separación de poderes, con un sistema de frenos y contrapesos, además de reforzar la legitimidad de origen y de ejercicio, impidiendo su politización y asegurando su adecuada independencia e imparcialidad.

#### 4. Conclusiones

El actual sistema de designación de los miembros del TC que nuestra Carta Fundamental consagra en el art. 92, merece ser revisado. Esto porque el diseño institucional que contempla, rompe con el equilibrio que debe existir entre las diversas funciones del Estado, a fin de limitar el poder.

---

público, serán descartados por un mero sorteo que deja a la suerte la decisión final sobre la apreciación de sus antecedentes académicos y profesionales. El sistema propuesto termina reconociendo a los dos mejores candidatos, y el suplente podrá integrar cada vez que falte el titular –u otro titular cuyo suplente se encuentre también imposibilitado de integrar, siguiendo un orden de precedencia–, siendo llamado y remunerado por cada sesión que asista, de modo que no tendría dedicación exclusiva o de media jornada. Este mecanismo debería complementarse con un fuerte estatuto de implicancias y recusaciones, muy similar al de los abogados integrantes de la Corte Suprema.

<sup>35</sup> Montesquieu también reconoce que el sorteo tiene varios defectos que los legisladores han tratado de regular. Cita el ejemplo de Solón en Atenas, quien “a fin de corregir los inconvenientes del sorteo, dispuso que no se sorteara sino entre los que aspiran a los puestos; que el sorteado que resultara elegido fuera sorteado por jueces competentes; que el ciudadano electo podría ser acusado por quien lo creyera indigno: así resultaba un procedimiento mixto entre sorteo y de elección, un sorteo depurado”. MONTESQUIEU (Charles-Louis DE SECONDAT), *El espíritu de las leyes*, p. 10.



Esto ocurre, pues no existe un sistema de concurrencia contrapesada de voluntades en la designación de los jueces constitucionales. Asimismo, ese desequilibrio tiene consecuencias en la legitimidad, tanto de origen como de ejercicio, del TC. Ello lo expone a la politización, con la consecuente renuncia a su misión institucional, y, también, a una pérdida de la confianza de los ciudadanos en el ejercicio de su importante labor.

### Bibliografía

- ATRIA Fernando y Constanza SALGADO, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”, disponible en [www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/](http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/) [Fecha de consulta: 3 de junio de 2017]
- CEA EGAÑA, José Luís, “Tercera regla de oro del Derecho Público”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 13, Santiago, 2009.
- FAVOREU, Louis Joseph, “Justicia y jueces constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, Santiago, 1999.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HAMILTON, Alexander y otros, *The Federalist*, N° 76, 2001, disponible en [http://files.libertyfund.org/files/788/0084\\_LFeBk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf). [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017].
- HAMILTON, Eric, “Politicizing the Supreme Court”, 2012, disponible en [www.stanfordlawreview.org/online/politicizing-the-supreme-court/](http://www.stanfordlawreview.org/online/politicizing-the-supreme-court/). [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2017].
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- LANDA ARROYO, César, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*, Lima, Palestra Editores, 2011.
- LÓPEZ GUERRA, Luís, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2001.
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *El espíritu de las leyes*, 11ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El estatuto constitucional de los jueces constitucionales en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 14, Madrid, 2010.
- PARDOW, Diego y Sergio VERDUGO, “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, N° 1, Valdivia, junio 2015.

- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes–debates–informes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “La organización institucional del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, Santiago, 1998/1999.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, en *XXXV Jornadas de Derecho Público. El Derecho Público chileno y la globalización*, Valparaíso, EDEVAL, 2006, tomo I.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La generación del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año X, tomo I, México D.F., 2004.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo I: Principios.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2008.