

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA MIRA

## 5 CLAVES PARA EL DEBATE

---

Fernando Contreras S.



# Tribunal Constitucional en la mira

## 5 claves para el debate

Durante los últimos años, el Tribunal Constitucional (T.C.) ha estado en el centro de la discusión pública. Sin embargo, este debate suele omitir algunos argumentos históricos y teóricos que podrían justificar su existencia. Este documento pretende dar cuenta de ambos aspectos, revisando las principales críticas y defensas esgrimidas en Chile.

- 1** El primer grupo de críticas da a entender que el T.C. es obra del régimen de Pinochet. Esto es inexacto desde una perspectiva histórica, pues el T.C. fue creado bajo la presidencia de Eduardo Frei Montalva y comenzó a funcionar en 1971 bajo el gobierno de la Unidad Popular.
- 2** La segunda crítica apunta a que una atribución específica del T.C. (el “control preventivo”) sería un “enclave autoritario” ideado por Jaime Guzmán y otros para conservar el “proyecto político de la dictadura”. Esto permitiría que el T.C. —en la medida en que cuente con suficientes ministros “de derecha”— declare inconstitucionales todas aquellas leyes que socaven ese proyecto político. Sin embargo, es importante distinguir entre esta (controvertida) tesis política e histórica y los efectos que genera cualquier tribunal constitucional sobre todo juego democrático.
- 3** Más interesantes, sin embargo, son las siguientes críticas, sobre las que aun se ha discutido poco. Así, en tercer lugar, se afirma que el T.C. es un tribunal fundamentalmente político, pues sus sentencias no suelen recurrir a la forma argumentativa propia de los tribunales que sí razonan “conforme a derecho”. Esto es, aplicando definiciones y reglas jurídicas previamente determinadas a casos concretos. Esta crítica es importante y merece atención. El razonamiento jurídico tiene su especificidad, que lo distingue del político y moral. En términos generales, ni en los sectores de derecha ni de izquierda que defienden al T.C. se ha elaborado una respuesta suficientemente articulada a esta objeción.

4

El cuarto grupo de críticas objeta que los fallos del T.C. serían antidemocráticos, en tanto decisiones sobre temas fundamentales adoptadas por funcionarios (jueces) no electos democráticamente. A esta crítica se suele contestar que el poder político no puede estar libre de control, y que los tribunales constitucionales existen precisamente porque las decisiones democráticas pueden ser injustas: las mayorías pueden convertirse en tiránicas.

5

La idea de que el T.C. existe para proteger a las minorías de mayorías eventualmente tiránicas está fundada, no obstante, en una premisa (la dicotomía mayorías-minorías) más débil de lo que suele asumirse. Si tomamos en cuenta que las “mayorías” —grupos con unidad de acción, coherentes y estables en el tiempo— suelen votar estratégicamente, existen situaciones en que se frustra esa pretensión de imponer su voluntad en las votaciones parlamentarias (por medio de la “regla de la mayoría”). Además, la diferenciación y diversificación de las sociedades modernas generan escasas condiciones para que las “mayorías” se puedan formar. Todo esto confirma la necesidad de mayor reflexión al respecto.

Cómo citar este documento:

Contreras, Fernando, "Tribunal Constitucional en la mira", Claves para el debate n°2 (octubre de 2018).

Fernando Contreras<sup>1</sup>

## Introducción

El Tribunal Constitucional (T.C.) está en el centro de la discusión pública. Aunque su existencia jamás ha sido pacífica, en los últimos años se han intensificado los cuestionamientos. Algunos de sus recientes fallos —declarar que el derecho a la vida no excluye poder abortar bajo tres condiciones y que las personas jurídicas sí pueden objetar conciencia<sup>2</sup>, o que ciertas potestades sancionatorias del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) atentan contra la separación de poderes<sup>3</sup>— han despertado polémica.

Sin embargo, el debate en torno al papel y existencia del T.C. ha omitido algunos hechos históricos y parte de su fundamentación teórica. Este documento pretende abordar ambos aspectos, revisar las principales críticas y defensas esgrimidas para luego cuestionar la premisa básica sobre la cual gira buena parte de la discusión: que las democracias corren un riesgo permanente de ser capturadas por mayorías tiránicas<sup>4</sup>. Por consiguiente, se ha elaborado para contribuir al debate público y no al de especialistas. Ahora bien, como veremos, la discusión en general se encuentra en un estado de insuficiencia tal que, antes de adoptar posiciones sobre políticas concretas al respecto, es importante tomar una pausa reflexiva. Ese es el espíritu de este documento.

Por último, hay que precisar que el eje de esta discusión no se mueve entre izquierda y derecha. La forma de comprender la función de un tribunal constitucional no es reductible a

esa dicotomía política y, de hecho, encontramos tanto detractores como defensores en ambos lados del espectro. Con todo, parte de la izquierda tiene una relación más ambigua con el T.C. que la derecha, pues al mismo tiempo que lo critica, no duda en recurrir a él<sup>5</sup>. Además, buena parte de la izquierda mira con entusiasmo la jurisdicción internacional, que es susceptible de reparos muy semejantes.

Antes de empezar veamos brevemente qué hace el T.C.

En términos generales, suele decirse que la función del T.C. es resguardar el “principio de supremacía constitucional”. Esto quiere decir, simplemente, que no hay ninguna otra norma en el ordenamiento jurídico que esté por sobre la Constitución: ésta se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa. Así, el T.C. pretende ser su guardián<sup>6</sup>. Esa función se ejerce fundamentalmente por medio de la revisión de constitucionalidad de ciertas normas jurídicas, principalmente leyes<sup>7</sup>. Es su tarea más importante, así como la de cualquier otro tribunal constitucional (u otro tribunal encargado de esa función, como la Corte Suprema de EEUU). Esta facultad es, precisamente, la que ha estado en el centro del debate.

Revisar la constitucionalidad de la ley parece, en principio, muy simple. Consiste en

5 Entre 2006 y 2017, de hecho, han recurrido una similar cantidad de veces. Véase Observatorio Judicial, “Las coaliciones frente al Tribunal Constitucional” (Informe n°5, 28 de octubre de 2017), <http://www.observatoriodjudicial.org/wp-content/uploads/2017/10/Informe-N°5-Las-coaliciones-frente-al-Tribunal-Constitucional.pdf>.

6 El término remite a la famosa discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. En general allí están los principales puntos de la discusión que ha seguido durante los siguientes casi noventa años. Se puede encontrar compilada en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 2008).

7 La Constitución también le encarga otras tareas: resolver determinadas contiendas de competencia entre distintos órganos del Estado; juzgar los denominados “ilícitos constitucionales”; y pronunciarse respecto de ciertas inhabilidades de algunas autoridades, resolverlas o calificarlas, según el caso.

1 Abogado UC. Investigador IES

2 STC 3729-17.

3 STC 4021-17.

4 Aunque también se ha discutido sobre la orgánica del T.C. y la forma de realizar sus nombramientos, y la revisión de constitucionalidad de otro tipo de normas, este documento se enfocará en su aspecto más controversial: la revisión de la constitucionalidad de las leyes.

hacer un ejercicio de contraste entre la ley y la Constitución. Si la ley se conforma con lo que dispone la Constitución, será declarada constitucional; si no, será declarada inconstitucional. Sin embargo, y como veremos, el ejercicio de esta función es bastante más complejo que su simple formulación (y más aún cuando se trata de derechos fundamentales).

¿Cómo funciona la declaración de inconstitucionalidad de una ley? Existen dos tipos de controles: el control *preventivo* (aquel realizado antes de su promulgación) y el *represivo* (aquel que se realiza con posterioridad). Este último puede hacerse, a su vez, en concreto o en abstracto. Será en concreto cuando, en un proceso judicial pendiente, se alegue que la aplicación de un determinado precepto legal resulta inconstitucional en ese caso particular (acción de inaplicabilidad). Si se declara inconstitucional no podrá ser aplicada por el juez en el caso concreto. Será abstracto cuando se alegue que, en general y no sólo en uno o más casos concretos, la ley es contraria a la Constitución (acción de inconstitucionalidad). Si se declara inconstitucional se expulsa la norma del ordenamiento jurídico. Se trata, así, de una facultad muy extraordinaria, porque lo normal es que sea una ley la que derogue a otra ley. Aquí, en cambio se hace por medio de una sentencia judicial.

## 1. El invento de Pinochet

La primera crítica al T.C. es que se trataría de un invento del régimen de Pinochet. Se trata, sin embargo, de un malentendido que conviene (y se puede) despejar rápidamente, pues es inexacto desde un punto de vista histórico.

El Tribunal Constitucional se creó por una reforma constitucional (Ley 17.284) del gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva y empezó a funcionar durante el gobierno de la Unidad

Popular, en septiembre de 1971. El propósito principal era “dirimir los conflictos de poderes” que se pudieran generar entre el Ejecutivo y el Congreso<sup>8</sup>. Sin embargo, también le otorgó facultades para pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad de proyectos de ley —las más polémicas, recordemos— que se suscitaban durante su tramitación.

Contrariamente a lo que podría pensarse, el Presidente Salvador Allende recurrió con frecuencia a él. De más de una quincena de cuestiones de constitucionalidad sobre las que se pronunció el T.C. durante el tiempo en que funcionó, más de la mitad fueron por requerimiento del Presidente de la República, acogándose buena parte de ellos en su favor<sup>9</sup>.

No obstante, el régimen de Pinochet disolvió el T.C. el 10 de noviembre de 1973 bajo el argumento de que el Congreso Nacional había dejado de funcionar en septiembre de ese año y, por tanto, se hacía innecesaria su existencia<sup>10</sup>.

Ocho años después, en 1981, el Tribunal Constitucional volvió a funcionar y así lo ha hecho hasta hoy. Con todo, es importante tener presente que la Constitución que entró a regir en 1981 no creó el control preventivo, que existe desde la creación del T.C. (sí innovó en que éste fuera obligatorio respecto de ciertas normas). Por su parte, una reforma sustantiva tuvo lugar en 2005, bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos — quien declaró que, en adelante, existiría un “piso

8 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 17.284 Modifica la Constitución Política del Estado, 5, <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/43528/1/HL17284.pdf>. El contexto político, en efecto, era el de intensos y prolongados conflictos entre el presidente de la República y el Congreso. Así, distintos jefes de estado, al menos desde 1939 en adelante —como Carlos Ibáñez del Campo, Arturo Alessandri Rodríguez, Eduardo Frei Montalva y también Salvador Allende— alegaron reiteradamente que el Congreso no los dejaba gobernar. Véase Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2008), 20–29, 157, quien calificó al Tribunal Constitucional como una “válvula de contención”.

9 Para una revisión de todos los fallos de esa época, véase *Ibid.*, 55–154.

10 Decreto-Ley N° 119 de 1973.

institucional compartido”<sup>11</sup>—, lo que incrementó significativamente las facultades de revisión de la constitucionalidad de la legislación. En particular, se radicó el control represivo por inaplicabilidad de las leyes en el T.C. —hasta entonces en la Corte Suprema— y se creó el control represivo abstracto, hasta entonces inexistente.

*"El control del poder político es fundamental para cualquier régimen saludable y los tribunales constitucionales cumplen un papel importante en ello (...) Pero también son problemáticos, y negar esta realidad es algo que a estas alturas demuestra falta de conciencia sobre el tipo de debates que experimenta el país"*

## 2. El “enclave autoritario”

La segunda crítica no apunta al Tribunal en sí, sino sólo a sus facultades de control preventivo. De acuerdo a esta visión, dichas facultades serían un dispositivo ideado por el régimen de Pinochet con el fin de “neutralizar” la voluntad democrática y la “agencia política del pueblo”. La idea de la “democracia protegida”, sigue la crítica, se habría asegurado por una serie de mecanismos (“cerrojos”, “enclaves”) que permitieron que “el proyecto político de la dictadura” no cambiara, a pesar de que la derecha se encontrase fuera del poder. Así, si la derecha pierde un debate en el Congreso, tiene al T.C. —con suficientes ministros “de derecha”— para que declare esas leyes

inconstitucionales, sin cambiar ninguna dimensión sustantiva del modelo social y económico<sup>12</sup>.

Ahora bien, es importante señalar que la crítica solo apunta al control *preventivo*. Sin embargo, en el debate público se suele interpretar que ella también incluye al control *represivo*. Esto es problemático porque el control *represivo* es una facultad común a parte significativa de los tribunales constitucionales alrededor del mundo. Por lo tanto, es importante distinguir dos aspectos. Por un lado, que los efectos —inegables y que merecen cuidada atención— que el control *represivo* genera en el juego democrático son comunes a este tipo de organismos. Y, por otro, que la crítica excede la discusión estrictamente constitucional, pues supone una determinada interpretación (entre otras) de la historia chilena de los últimos sesenta años. Por lo tanto, para evaluar su solidez se hace necesario ubicarla en un contexto de consideraciones políticas e históricas más amplias.

Sin embargo, los próximos dos puntos parecen ser más interesantes, tanto porque apuntan al fondo del asunto como porque han sido poco abordados en nuestros debates. El primero tiene que ver con una dimensión hoy negada por muchos: los tribunales constitucionales muchas veces sí razonan políticamente. El segundo, por su parte, aborda la idea de que el T.C. existe para defender a las minorías de las mayorías. A pesar de su debilidad, este último argumento es uno de los más populares para defender a este tribunal. Se argumentará que quienes pretendan ejercer esa defensa debiesen abrirse a buscar nuevas razones. Las próximas tres secciones se referirán a todo esto.

11 Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma Constitucional* (Santiago: LexisNexis, 2005), 11-12.

12 Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (Santiago: LOM, 2013), 41, 44-46, 54. Aquí se encuentra una reciente (aunque no exclusiva: la tesis es más antigua) articulación de esta idea. Además, ella se enmarca en una crítica más amplia al diseño constitucional chileno (las leyes orgánicas constitucionales, el ya inexistente sistema binominal, etc.) que pretende sustituir. Hay pocas respuestas articuladas a esta tesis. Una más general puede encontrarse en Claudio Alvarado, *La ilusión constitucional* (Santiago: IES, 2016), capítulos 2-4.

### 3. Un tribunal político

Un tercer grupo de críticas sostiene que el T.C. razona políticamente. Lo propio de un tribunal, se dice, es que debiera decidir “conforme a derecho”. Es decir, aplicando reglas y definiciones jurídicas, creadas previamente, a un hecho concreto. Pero las sentencias del T.C., y en especial en el ejercicio del control de las leyes, no suelen razonar así. En cambio, recurren a principios y a derechos abstractos de enunciación vaga: libertad, separación de poderes, educación, salud, etc. Argumentan sus críticos que, al hacerlo, los ministros incorporan su propia visión de mundo (“ideología”) en el fallo, los cuales no constituyen criterios jurídicos. Por ende, el Tribunal fundamenta sus decisiones ofreciendo razones sobre cuál es la mejor manera de alcanzar el bien común. Sin embargo, para resolver estas preguntas no hay reglas ni definiciones jurídicas a mano. Se hace necesario, en cambio, remitirse a cuestiones últimas —y difíciles— sobre teorías de la justicia, de la moral y de la política<sup>13</sup>.

Esta crítica apunta a algo importante, porque el razonamiento jurídico es típicamente diferente del razonamiento político o moral<sup>14</sup>. Funciona sobre la base de definiciones técnicas (que algunos llaman, de manera peyorativa, “leguleyas”) y reglas precisas, como las que aparecen en un Código Civil, Laboral o de Comercio. El razonamiento moral —y análogamente el político— funciona, en cambio, razonando en torno a bienes, fines, medios para alcanzarlos, y el peso o valor que se puede atribuir a cada uno. Son preguntas fundamentales que apuntan al significado del desarrollo de la

13 Ello se vería confirmado por ciertos nombramientos de ministros con trayectoria más política que jurídica. En una reciente nota de *La Tercera* se hace alusión a José Antonio Viera-Gallo, Mario Fernández y a Cristián Letelier: <http://www.latercera.com/nacional/noticia/las-claves-explican-poder-del-tribunalconstitucional/118147/>. Hay quienes también han sumado a este grupo a la ministra María Luisa Brahm: <http://www2.latercera.com/noticia/pinera-designa-a-su-principal-asesora-en-el-tribunal-constitucional-2/>

14 Esta idea es compartida tanto por teorías del positivismo jurídico como por teorías del derecho natural. Para un argumento sobre esto último, véase John Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning” 38 *Cleveland State Law Review* 1-13

persona, su realización, felicidad y la consecución del bien moral. Se trata entonces, de cuestiones arduamente debatidas desde los inicios de la reflexión filosófica. Pero, por regla general, esas no son las preguntas que los jueces están llamados a contestar. Resolver una cuestión de este tipo usualmente exige apartarse de un razonamiento “conforme a derecho”. Los abogados y jueces no están ni entrenados ni capacitados para ello, ni los tribunales institucionalmente revestidos para poder procesar toda esa información. ¿Por qué asumir que los abogados son grandes filósofos morales o políticos?

Con todo, ni en la derecha ni en los sectores de izquierda que defienden al T.C. se ha elaborado una respuesta articulada a esta objeción<sup>15</sup> que, en términos más polémicos, llama al T.C. “la tercera cámara”<sup>16</sup>. En efecto, se ha recurrido casi únicamente a la idea del resguardo de la tiranía de la mayoría por medio de la protección constitucional de los derechos fundamentales, asunto que se verá a continuación. Esto es una deficiencia importante por al menos dos razones. Primero, porque el contraargumento esquiva la pregunta de si es problemático que los jueces razonen de manera más política que jurídica. Y, en segundo lugar, porque la idea de una eventual tiranía de la mayoría descansa sobre una premisa más débil de lo que parece a primera vista, como se mostrará en la quinta sección.

### 4. La objeción democrática

El cuarto grupo de críticas suele ser denominado ‘objeción democrática’. En pocas palabras,

15 Digo esto en términos generales. Patricio Zapata, por ejemplo, ha ofrecido una respuesta sofisticada y mucho más amplia en su *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 30-72.

16 Sólo a modo ejemplar véase Fernando Atria y Constanza Salgado, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”, *El Mostrador*, 9 de marzo de 2015, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/>.

consiste en afirmar que es antidemocrático que jueces no elegidos por el pueblo decidan sobre el resultado de la actividad democrática llevada a cabo en el Congreso, la “declaración de la voluntad soberana”: la ley.

Aunque puede variar según el autor que se revise, lo central del argumento es que la deliberación democrática se hace en el Congreso, el lugar institucionalmente diseñado para ello y dotado de la debida legitimidad. De acuerdo con esta idea, la participación política es un bien fundamental: tomar parte, como iguales, en la discusión y creación de los compromisos de la comunidad hacia el futuro (las leyes) sería “el derecho de los derechos”<sup>17</sup>. Ahora bien, quienes sostienen esta posición no ignoran que el legislador puede cometer errores sustantivos. En otras palabras, conceden que una decisión democrática puede ser injusta. Pero, replican, ese riesgo no es exclusivo del legislador: puede ocurrir en cualquier proceso de decisión, incluyendo a los tribunales constitucionales<sup>18</sup>.

A la objeción democrática se ha respondido con distintos argumentos; por razones de espacio solamente se examinará el más extendido en Chile, que recurre a la idea de democracia<sup>19</sup>. La afirmación central aquí es que una democracia en forma supone un poder político sujeto a control. La pregunta por cómo controlar el poder político es, en el fondo, la pregunta que el constitucionalismo intenta responder. El constitucionalismo es el movimiento —moderno e ilustrado, pero con fuerte raigambre en los clásicos— que propugna que el poder del Estado puede y debe estar limitado por el derecho, y que su autoridad

o legitimidad dependerá de si esas limitaciones son respetadas<sup>20</sup>.

En los orígenes del constitucionalismo, la principal manera de lograr esa limitación fue mediante la distribución y división del poder, y la creación de frenos y contrapesos entre ellos. Sin embargo, en las últimas décadas, los mecanismos de limitación al poder se han intensificado y modificado, naciendo un *neoconstitucionalismo*. Esta escuela de pensamiento es la que domina el panorama jurídico chileno hoy y es el argumento más popular entre los defensores del T.C. El argumento gira en torno a la reflexión posterior a la II Guerra Mundial, muchos de cuyos horrores recibieron algún tipo de respaldo democrático. Se alcanzó, así, un cierto consenso en que esos mecanismos de contención ya no eran suficientes y que la democracia es más que la simple regla de la mayoría, porque una mayoría puede llegar a ser tiránica. La solución ideada para resguardarse fue la declaración de ciertos bienes básicos, inalienables, que no se pueden violar jamás: los derechos humanos (fundamentales, naturales), dotados de fuerza directamente vinculante (es decir, que los tribunales estarán obligados a fallar conforme a ellos). Los derechos, sostiene el argumento, son contramayoritarios por definición. Así, un verdadero régimen democrático es aquel que, además, deberá respetar esos derechos. Y los órganos encargados de velar por ello serán los tribunales constitucionales. Los jueces, no los políticos. En suma, el poder ya no sólo se ve limitado por su división, sino también por los derechos constitucionales.

Ahora bien, el énfasis en la protección de derechos fundamentales por parte de los jueces (en contra de decisiones políticas tomadas en el Congreso) varía entre autores y escuelas. Aquí se ha intentado ofrecer un bosquejo general de una discusión que tiene múltiples variables y grados

17 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 232 y ss.

18 Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal* (2006): 1346.

19 Al argumento “democrático” se suman otros propios de la teoría del derecho, a veces combinados con referencias a tradiciones particulares y hechos históricamente situados.

20 Will Waluchow, “Constitutionalism”, en Edward Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism>.



de complejidad. A continuación, examinaremos sólo un aspecto de ella: la premisa sobre la cual descansa la idea de que las democracias corren el riesgo permanente de ser capturadas por mayorías tiránicas. La tesis que se ensayará es que concebir el control del poder político bajo la dicotomía mayorías-minorías es insuficiente. Entonces, si el argumento más popular para defender al T.C. es insuficiente, sus defensores deben buscar otros.

## 5. ¿Oprimen las mayorías?

Como hemos visto, el principal argumento que usan hoy los defensores del T.C. consiste en recurrir al problema de las mayorías opresoras: la “tiranía de la mayoría”. Suponiendo que las mayorías tienen existencia real y que pueden ser peligrosas para la democracia, el grueso de la discusión se ha trasladado al modo de conciliar la regla de la mayoría —el procedimiento por el cual las mayorías parlamentarias imponen su voluntad— con el respeto a los derechos fundamentales. Buena parte del debate, entonces, se ha enfocado en problemas de diseño institucional. Esta sección pretende cuestionar aquel supuesto y explicar que la idea de las mayorías tiránicas ha sido muchas veces sobrevalorada. El punto no es, sin embargo, negar que una tiranía de la mayoría pueda existir, sino advertir que en nuestras condiciones actuales ello es poco factible y difícil de generarse. De ser así, el argumento termina perdiendo peso y, en consecuencia, eficacia para defender el rol del T.C. en una democracia.

Primero conviene hacer algunas precisiones terminológicas. ¿Qué es una mayoría? Aunque no es fácil encontrar una caracterización general del término se puede decir que, a grandes rasgos, una mayoría es un conglomerado capaz de cierta acción colectiva y consistente durante un período de tiempo. Será “tiránica” aquella que imponga su voluntad perjudicando a un oprimido (la “minoría”). Ahora bien, los que defienden

al T.C. sostienen que, dado que en las sociedades existen estas “mayorías”, si adoptamos el mecanismo por el cual el Congreso crea las leyes (la “regla de la mayoría”: gana el que tenga más votos), esas mayorías opresoras podrán fácilmente hacer valer su voluntad por medio de sus representantes<sup>21</sup>. Es la combinación de la existencia de las mayorías con el método democrático, entonces, lo que genera el peligro.

Pero, si esto es cierto, se presenta un problema. Elizabeth Anscombe, la importante exponente de la filosofía analítica, mostró que puede haber casos en que una mayoría de votantes se encuentre en la minoría la mayor parte de las veces<sup>22</sup>. Esto puede parecer confuso y contraintuitivo a primera vista, por lo que se intentará explicarlo con especial cuidado. Distingamos, en primer lugar, dos ideas diferentes: una “mayoría” de “la regla de la mayoría”. Lo que Anscombe mostró es cómo funciona el sistema de la regla de la mayoría. Así, puede haber ocasiones en que una “mayoría” (conglomerado con agencia y capaz de acción colectiva), luego de una serie de votaciones sucesivas, termine perdiendo la mayor parte de las veces.

El punto aquí es uno fáctico y sorprendentemente simple. Por sentido común solemos asumir que, siempre que haya una “mayoría”, ella podrá hacer valer mecánicamente su voluntad por medio del método democrático (“regla de la mayoría”). Pues bien, lo que Anscombe muestra es que esa suposición es infundada: la correlación entre ambas no es directa y una mayoría puede verse frustrada —por paradójico que suene— la mayoría de las veces. Para ilustrarlo, supongamos que en una

21 Este era el temor del frecuentemente citado Alexis de Tocqueville: “[...] no hay monarca tan absoluto que pueda reunir en sus manos todas las fuerzas de la sociedad, y vencer las resistencias, como puede hacerlo una mayoría revestida del derecho de hacer las leyes y ejecutarlas”. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2015), 260.

22 G.E.M. Anscombe, “On the Frustration of the Majority by Fulfilment of the Majority’s Will”, *Analysis* 36 No. 4 (1976).

pequeña democracia sólo cinco personas votan tres mociones sucesivas.

	A	B	C	D	E	Resultado
Moción 1	A favor	En contra	En contra	A favor	A favor	Se aprueba
Moción 2	En contra	A favor	En contra	A favor	A favor	Se aprueba
Moción 3	En contra	En contra	A favor	A favor	A favor	Se aprueba

Aquí, A, B y C constituyen la mayoría. No votan exactamente lo mismo, pero esto sucede con frecuencia en el juego de negociaciones políticas. Salvo casos excepcionales, las mayorías no votan en bloque (y tienen buenas razones para no hacerlo). El resultado es que, cuando la mayoría (A, B y C) actúa de manera estratégica, se puede producir la paradoja de no ser capaz de imponer su (verdadera, sincera) voluntad la mayor parte de las ocasiones. Esto es todo lo que Anscombe demuestra: que el método democrático no ofrece esa garantía a las mayorías. Nada de esto quiere decir que las mayorías no puedan imponer su voluntad por medio del método democrático, ni pronostica si ello sucederá con frecuencia o no. Sólo indica que “la regla de la mayoría” puede no ser un mecanismo eficaz para que una “mayoría” imponga su voluntad en contra de un “minoría”. En suma, dada la existencia contemporánea de mecanismos de representación y de que el proceso de formación de la ley es, fundamentalmente, uno de negociación (en que se gana y se cede), lo que se puede concluir de la tesis de Anscombe es que no existe algo así como la expresión pura de una mayoría.

Esto es un dato incómodo para quienes abogan por una visión “gruesa” de la democracia, pues la vulnerabilidad de ella ante las mayorías opresoras es menos riesgosa de lo que solemos asumir: la mayoría puede verse frustrada con frecuencia.

Hasta ahora se ha dicho que el sistema democrático es menos vulnerable a ser cooptado por una mayoría de lo que parece a primera vista. Pero supongamos que llegase al poder una mayoría tan grande que fuese innecesario votar

estratégicamente. De existir grupos así, el dato de Anscombe será infrecuente o casi inexistente.

No obstante, es muy discutible que se puedan generar grupos de esta naturaleza y tamaño. Si algo caracteriza a las sociedades modernas como la nuestra es su diversificación y diferenciación. En general, no existen grupos sociales con contornos nítidos que enmarquen los mismos ideales de vida, preferencias políticas, gustos, nivel de ingreso, estatus social, etc. Esta diversidad se presenta en casi todos los asuntos sobre los que se legisla. Para ilustrarlo, pensemos en los (mal) llamados temas “morales”. Quien haya revisado cualquier discusión sobre matrimonio, aborto o eutanasia, por poner sólo algunos ejemplos, se habrá percatado rápidamente de un hecho básico: somos muchos y pensamos muy diferente. Diversas tradiciones de pensamiento moral —consecuencialismo, teorías deontológicas, la ética de la virtud, entre otras— dan forma a nuestras opiniones políticas. Así, las condiciones de la modernidad dificultan enormemente la posibilidad de formación de grupos con una agencia permanente, coherente y estable en el tiempo. Las múltiples facciones en los conglomerados y en los mismos partidos políticos son una muestra de ello<sup>23</sup>.

Todo esto indica que debemos ser cautelosos al usar las palabras “mayorías”, “minorías”, y “tiranía de la mayoría” de modo acrítico e indiscriminado. Pero nótese que el punto es acotado. Lo único que indica es que el popular argumento de la tiranía de la mayoría está fundado en una premisa con poco eco en la realidad actual. De esto no se sigue que el argumento nunca funcione (no hay ninguna razón de peso para pensar que no podamos producir otro Hitler, y eso tampoco lo podemos perder de vista). El problema es otro: que se ha extendido el uso de un razonamiento limitado (con una hipótesis infrecuente y de ocurrencia excepcional)

23 Sobre los dos argumentos expuestos (así como el cuadro de votaciones), sigo aquí lo que ha argumentado, de manera más extensa y en mayor profundidad, Paul Yowell, *Constitutional Rights and Constitutional Design* (Oxford: Hart Publishing, 2018), 115 y ss. Véase también Richard Ekins, *The Nature of Legislative Intent* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 85–88.

a algo así como una regla general. Finalmente, la conclusión que obtenemos es que para lograr una discusión más fructífera debiéramos orientarnos hacia otro tipo de argumentos y no centrarnos exclusivamente en este.

## Reflexiones finales

La discusión sobre el T.C. es compleja no sólo porque supera el plano jurídico, en tanto involucra cuestiones fundamentales sobre filosofía política. Además, exige tener en consideración el contexto histórico y las tradiciones particulares de cada país: como en todos los asuntos humanos, no existe una solución institucional única para todos.

Sin embargo, del breve examen que se ha hecho en este documento se puede concluir que el debate nacional es aún muy insuficiente. Hay preguntas sustantivas que se esquivan y otras dimensiones que todavía no aparecen. Por ejemplo, ¿es el razonamiento jurídico absolutamente diferenciable del político? ¿Hay áreas grises? Y si las hay, ¿qué hacer con ellas? Asimismo, ¿son los derechos mecanismos contramayoritarios? ¿Es razonable concebirlos como cartas de triunfo frente a otro tipo de consideraciones? ¿Importa en todo esto que las constituciones sean instrumentos jurídicos y políticos? ¿Será conveniente dar fuerza vinculante a disposiciones más políticas que jurídicas? ¿Debiese un órgano de este tipo estar compuesto sólo por abogados? Por último, ¿importa que una decisión del T.C. sea *representativa* del sentir popular, aunque no democrática?

El control del poder político es fundamental para cualquier régimen saludable y los tribunales constitucionales cumplen un papel importante en ello. Sin ir más lejos, recordemos la relevancia de una serie de fallos que legitimaron el plebiscito del 5 de octubre de 1988 (y las futuras elecciones), garantizando estándares de imparcialidad y de votaciones libres y justas<sup>24</sup>.

Pero los T.C. también son problemáticos, y negar esta realidad es algo que a estas alturas demuestra falta de conciencia sobre el tipo de debates que experimenta el país. Hay aquí un importante espacio argumentativo que llenar y una articulación política que lograr.

24 STC 33-86; STC 43-87 y STC 53-88. Véase Lisa Hilbink, *Judges Beyond Po-*

*litics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile* (New York: Cambridge University Press, 2007), 139-40 y 190.

# COLECCIÓN “CLAVES PARA EL DEBATE”

---

## **CALIDAD, FORMATO Y MERCADO DE LOS TEXTOS ESCOLARES EN CHILE**

**4 claves para el debate**

Pablo Ortúzar M.

## **LECTURA EN CHILE E IVA AL LIBRO**

**7 claves para el debate**

Joaquín Castillo V. y Pablo Ortúzar M.

## **TEORÍA DE GÉNERO. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?**

**5 claves para el debate**

Catalina Siles V. y Gustavo Delgado B

## **NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES**

**5 claves para el debate**

Claudio Alvarado R.

## **ABORTO Y DESPENALIZACIÓN**

**7 claves para el debate**

IES, IdeaPaís e Instituto ResPublica

## **EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

**4 claves para el debate**

Pablo Ortúzar M.

## **NUEVA EUGENESIA**

**5 claves para el debate**

Catalina Siles V.

## **UNIVERSIDADES, PLURALISMO Y SENTIDO PÚBLICO**

**6 claves para el debate**

Pablo Ortúzar M.

## **LIMITACIONES Y AMENAZAS A LA LIBERTAD DE EDUCACIÓN**

**4 claves para el debate**

Claudio Alvarado R.

## **LOS NIÑOS INVISIBLES DEL SENAME**

**6 claves para el debate**

Catalina Siles V.

## **OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL**

**4 claves para el debate**

Claudio Alvarado, Fernando Contreras y Manfred Svensson