

Informe N°2
19 de julio de 2017

Carlos Carmona, el dirimente

— El presidente del Tribunal Constitucional que ha utilizado el voto dirimente en más ocasiones que todos sus predecesores juntos.



Carlos Carmona, el dirimente

— *El presidente del Tribunal Constitucional que ha utilizado el voto dirimente en más ocasiones que todos sus predecesores juntos.*

Introducción

Carlos Carmona, el presidente del Tribunal Constitucional, ha dirimido veintiocho empates en veintiuna sentencias. Lo anterior excede la cantidad total de votos dirimientes utilizados por todos sus predecesores juntos, que suman diecisiete votos. ¿A qué se debe este fenómeno? ¿Qué relevancia tiene?

El propósito de este informe es resolver ambas preguntas. En efecto, luego de explicar las normas que rigen el voto dirimente, se exponen las estadísticas del propio Tribunal Constitucional sobre el asunto y se ofrece una explicación multifactorial. En ello incide el aumento en el número de sentencias dictadas por el pleno, el rol que le cabe al presidente y la configuración del tribunal. Finalmente, se plantean los problemas que plantea el uso del voto dirimente. Por cierto, se trata de un mecanismo previsto por la propia ley para resolver casos de empate. No obstante, cuando se multiplican los empates y las controversias se deciden por el voto dirimente, se resta legitimidad a las decisiones del tribunal.

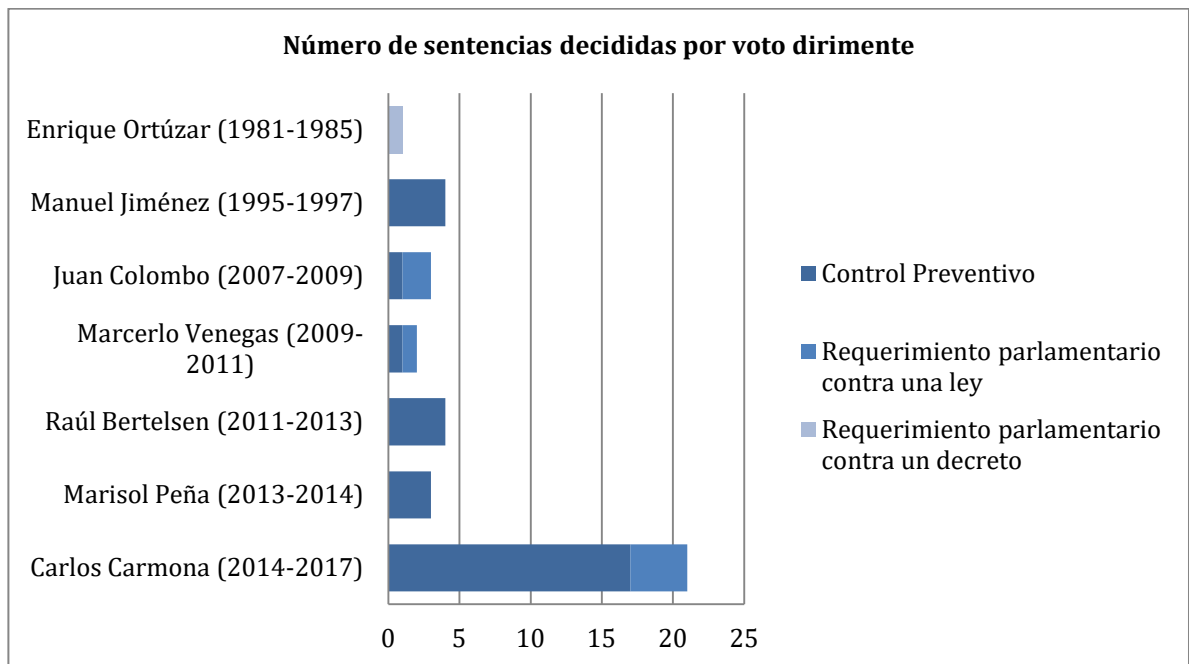
Fundamento normativo

El Tribunal Constitucional está integrado por diez miembros. Conforme dispone el artículo 92 de la Constitución Política, tres miembros son designados por el Presidente de la República, tres por la Corte Suprema de Justicia, dos por el Senado y dos son propuestos por la Cámara de Diputados y confirmados por el Senado. En consecuencia, concurriendo todos los ministros a una sesión del pleno, su número par posibilita la producción de empates. A lo anterior se suma un segundo escenario posible de empate, a saber, que dos ministros no concurren a una sesión del pleno, con lo cual éste quedaría conformado por ocho miembros, lo cual constituye el quórum mínimo para sesionar.

¿Qué sucede en caso de que se produzca un empate? La letra g del artículo 8 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional le otorga a su Presidente la facultad de “dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política”. Estos numerales corresponden a la facultad del Tribunal Constitucional para resolver la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de un precepto legal. En los hechos, el voto dirimente se ha utilizado en tres de los casos contemplados por el artículo 93 de la Constitución: controles preventivos de la constitucionalidad de las leyes (artículo 93, número 1), requerimientos parlamentarios contra proyectos de ley (artículo 93, número 3), y requerimientos parlamentarios contra decretos supremos (artículo 93, número 16).

El uso del voto dirimente en el Tribunal Constitucional

De acuerdo a los datos disponibles en el sitio web del Tribunal Constitucional¹, el presidente Carmona ha utilizado el voto dirimente en veintiocho ocasiones, correspondientes a veintiuna sentencias². De estos, diecisiete corresponden a controles preventivos y cuatro corresponden a requerimientos parlamentarios por inconstitucionalidad de una ley. En comparación, la suma de las sentencias decididas por voto dirimente de todos los presidentes anteriores del Tribunal Constitucional da un total de diecisiete. En efecto, Raúl Bertelsen y Manuel Jiménez dirimieron un empate en cuatro ocasiones cada uno; Marisol Peña y Juan Colombo, en tres ocasiones cada uno; Marcelo Venegas dirimió dos empates y Enrique Ortúzar, uno. Los restantes presidentes del Tribunal Constitucional no han ocupado el voto dirimente en ninguna ocasión.



Ahora bien, lo anterior debe ser contrastado con el número de sentencias dictadas durante los respectivos períodos de presidencia. Al respecto, sólo se consideraron las sentencias dictadas por el pleno en materias que, de acuerdo con la ley orgánica del Tribunal Constitucional, pueden ser decididas por medio del voto dirimente. En otras palabras, se excluyeron del cálculo aquellas sentencias acordadas en sala y las relativas a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Por último, cabe agregar que tampoco se consideraron las sentencias dictadas durante las presidencias de Enrique Ortúzar y Juan Jiménez porque, siendo previas a la reforma de 2005, operaron en un tribunal que se comportaba siguiendo una lógica distinta, entre otras cosas, porque su composición era impar.

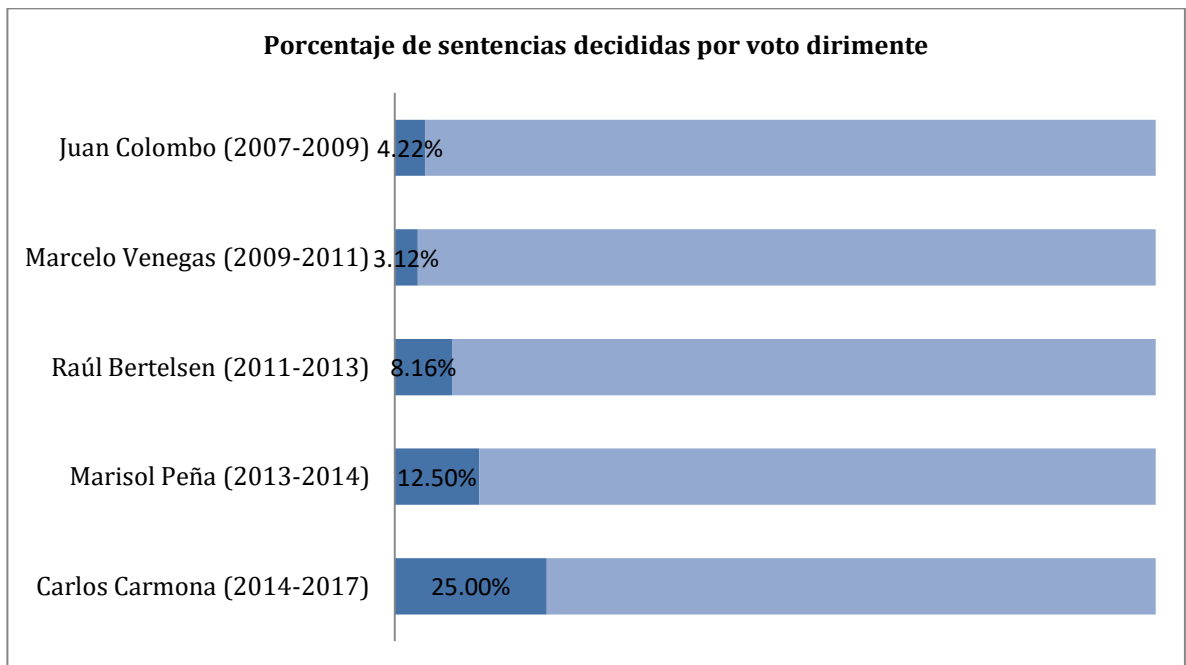
¹ Recuperado en <http://www.tribunalconstitucional.cl/estadisticas-ano-2017/voto-dirimente-2017>

² Seis de estos procesos —correspondientes a los roles 3016, 2781, 2889, 2905, 3023 y 3307— contienen más de un voto dirimente, lo que explica la diferencia entre el número de sentencias y de votos dirimientes. Del mismo modo, en una ocasión —correspondiente al rol 240— el presidente Jiménez dirimió dos decisiones en una misma sentencia.

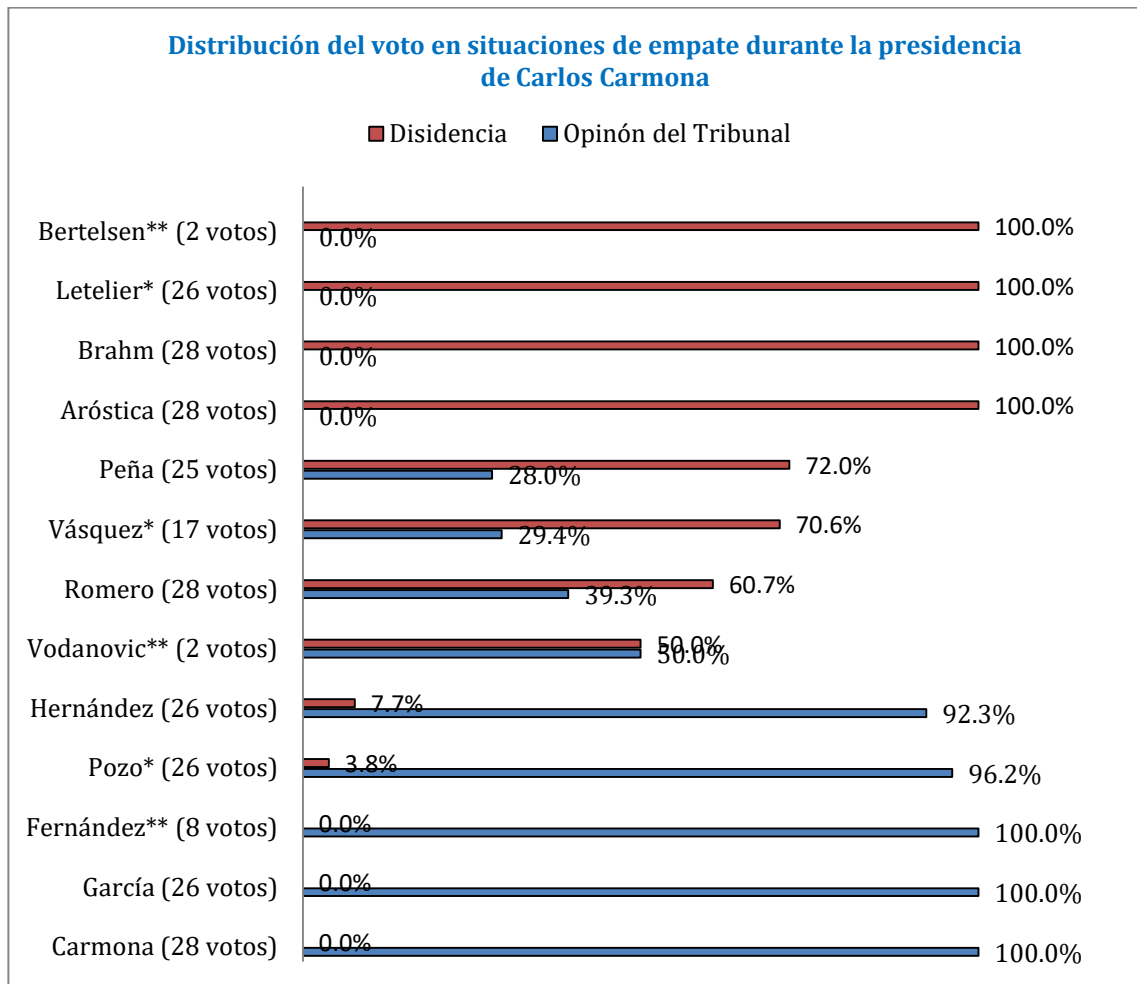


	Número de sentencias decididas por voto dirimientes	Número total de sentencias dictadas durante su período
Carlos Carmona (2014-2017)	21	85
Marisol Peña (2013-2014)	3	24
Raúl Bertlesen (2011-2013)	4	49
Marcelo Venegas (2009-2011)	2	64
Juan Colombo (2007-2009)	3	71

Lo anterior, traducido al porcentaje decisiones del pleno decididas por voto dirimente, da los siguientes resultados:



Un último aspecto interesante dice relación con la distribución de los votos en las veintiocho situaciones de empate decididas por el voto dirimente de Carlos Carmona. Los resultados son los siguientes:



Al respecto, cabe hacer dos prevenciones. La primera es que el gráfico muestra los votos de los miembros del Tribunal Constitucional en dos períodos: antes y después de 2015. En efecto, ese año se produjo la salida de los ministros Fernández (elegido por la Corte Suprema), Bertelsen y Vodanovic (ambos elegidos por el Senado); y la entrada de los ministros Vásquez (elegido por la Corte Suprema), Letelier y Pozo (ambos elegidos por el Senado). El resto de los ministros (Aróstica, Hernández, García, Romero, Brahm, Peña y Carmona) conservaron sus puestos en ambos períodos. En el gráfico, los dos asteriscos (**) sobre el nombre de un ministro indican que salió de su cargo en 2015. A la inversa, un asterisco (*) sobre el nombre de un ministro indica que ingresó al tribunal en 2015. Finalmente, la ausencia de asteriscos indica que el ministro formó parte del tribunal durante toda la presidencia de Carlos Carmona.

En segundo lugar, conviene recalcar que esta figura corresponde exclusivamente a situaciones de empate. En otras palabras esta distribución no corresponde con el patrón normal de votaciones, en donde habría que contabilizar una infinidad de decisiones tomadas por mayoría y unanimidad. Antes bien, se trata de situaciones polémicas en las que no se configura ninguna mayoría, por lo cual la figura se encuentra distorsionada respecto del universo total de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional.



Explicaciones

¿A qué se debe este aumento en el uso del voto dirimente? Es claro que el presidente del Tribunal Constitucional no decide, sin más, usar el voto dirimente, en cuyo caso se podría atribuir a la persona que ejerce el cargo una tendencia a utilizar la facultad o abstenerse de hacerlo. Si ese fuera el caso, sería tan fácil como clasificar a los presidentes como más o menos proclives a dirimir los empates. Obviamente, la situación es otra. Ante situaciones de empate, al presidente no le cabe otra posibilidad que la de decidir el asunto. La pregunta se traslada, entonces, a las razones por las cuales se produce un empate. Es decir, la interrogante es por qué se producen tantos empates durante el período de Carlos Carmona. Tres variables pueden influir en este resultado: el aumento del universo total de sentencias, la composición del tribunal y el rol que le cabe al propio presidente en la búsqueda de mayorías

En primer lugar, cabría sostener que el aumento en el uso del voto dirimente se debe a un aumento del número de sentencias falladas por el pleno del tribunal. Sin embargo, durante el período de tiempo presidido por Carlos Carmona, no sólo se incrementó el número total de sentencias, sino también se amplió la proporción de sentencias decididas por voto dirimente respecto del total. En otras palabras, el incremento del número total de sentencias incide, pero no alcanza para explicar la totalidad del fenómeno. En efecto, el porcentaje de sentencias dirimidas por el voto de Carlos Carmona duplica el de Marisol Peña y casi cuadruplica la proporción promedio de los presidentes que utilizaron el voto dirimente, sin considerar aquellos que no lo utilizaron nunca.

Un segundo aspecto dice relación con el rol que le cabe al presidente del tribunal en la configuración de las mayorías. Por supuesto, resulta sumamente difícil dar cuenta del papel jugado por el presidente al interior del Tribunal Constitucional. Por una parte, su liderazgo se manifiesta en actuaciones que naturalmente quedan fuera del escrutinio público, tales como su capacidad de diálogo, argumentación y negociación con sus pares. Por otra parte, inciden en su desempeño una infinidad de variables fuera de su control, tales como la actividad legislativa de su período y la configuración del tribunal que le toca dirigir. Los diferentes desafíos que los presidentes del Tribunal Constitucional deben afrontar hacen que sea muy difícil de comparar su capacidad de conducción, al menos desde una óptica que tome en consideración únicamente los resultados. Es distinto, por ejemplo, dirigir un Tribunal Constitucional en que se ocupa la posición mayoritaria que uno en que se está junto a la minoría.

Con todo, el presidente del Tribunal Constitucional ejerce un rol que va mucho más allá de la política partidaria. Como cabeza de un órgano estatal, lidera una institución fundamental para el sano equilibrio de poderes que define al régimen republicano. Por lo tanto, debe ejercer su liderazgo sobre el Tribunal Constitucional como un todo. A modo de ejemplo, hasta antes de 1941, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió por unanimidad la inmensa mayoría de sus fallos. Desde 1941 en adelante, sin embargo, la Corte Suprema abandonó la regla de la unanimidad. ¿A qué se debió dicho cambio? Según expone Cass R. Sunstein, el papel desempeñado por los presidentes de la Corte Suprema fue determinante. Mientras que en 1801 el juez Marshall impuso el criterio de la unanimidad, a partir de 1941 el juez Stone redujo la importancia del consenso y promovió las disidencias y las prevenciones, marcando la cultura jurídica de la Corte Suprema por décadas. Más allá de la opinión que se pueda tener sobre una u otra práctica, lo llamativo es cómo los presidentes de la Corte Suprema de Estados Unidos ejercieron su liderazgo en un aspecto de relevancia



institucional, lo cual trasciende la consideración de sus adscripciones ideológicas o partidarias³. Precisamente, el elevado número de votos dirimientes durante la presidencia de Carlos Carmona levanta la pregunta acerca del papel que los presidentes juegan en las decisiones del Tribunal Constitucional, atendida su función en nuestro diseño constitucional.

Por supuesto, lo anterior depende de la configuración interna del tribunal. El presidente del Tribunal Constitucional ejerce su liderazgo respecto del comportamiento del resto de los ministros, de donde se sigue que la composición del mismo es un dato relevante. En efecto, la distribución del voto muestra a un grupo de ministros que, frente a las cuestiones altamente controvertidas que componen los empates, tiende a votar junto a Carlos Carmona; otro grupo que tiende a votar en la posición contraria; y un tercer grupo que se muestra más oscilante. Lo anterior es natural y esperable, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional decide cuestiones de relevancia legislativa.

Con todo, ello no convierte al tribunal, sin más, en un Congreso Nacional en miniatura. En efecto, los jueces que lo componen deben fallar conforme a derecho, fundamentando sus votos en el texto de la Constitución, lo cual modera sus posiciones ideológicas y posibilita el consenso. De hecho, estudios de derecho comparado demuestran que no siempre los jueces se comportan de acuerdo al ideario político de quienes los nominan⁴. Entre nosotros, es relevante destacar que el bajo número de votos dirimientes utilizado por los presidentes anteriores a Carlos Carmona, a lo largo de diferentes configuraciones del Tribunal Constitucional, habla de que sí es posible formar consensos y mayorías claras, evitando las situaciones de empate. Aunque la ley no lo exige, cabría sostener que es tarea del presidente facilitar dichos consensos.

El voto dirimente y el problema de la legitimidad

¿Por qué habría que considerar problemático el uso del voto dirimente? A fin de cuentas, los empates son situaciones previstas por el ordenamiento jurídico que se resuelven mediante un mecanismo legal. En otras palabras, el comportamiento de los ministros del Tribunal Constitucional y de su presidente se ajusta perfectamente a una de las vías que les franquea el derecho procesal. Entonces, ¿por qué levantar una alarma en el uso de una atribución que la ley autoriza?

Para comprender el problema se requiere una mirada más amplia, vinculada a la función que ejerce el Tribunal Constitucional en nuestro diseño institucional. En la inmensa mayoría de los casos, el voto dirimente ha sido utilizado para resolver cuestiones vinculadas al control de constitucionalidad de leyes determinadas, antes de su publicación (artículo 93 N°1 de la Constitución) y a resolver requerimientos parlamentarios sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, reformas constitucionales o tratados que se encuentren en tramitación (artículo 93 N°3).

En ambos casos, encontramos dos valores en tensión: por una parte, el Tribunal Constitucional debe velar por el cumplimiento de las normas que establecen el respeto al Estado de Derecho y los derechos fundamentales de las personas. Por otra parte, al hacerlo, ejerce un control contra mayoritario, haciendo primar sus fallos por sobre la voluntad de la mayoría parlamentaria. De aquí que algunos autores tanto en

³ Sunstein, C. “Unanimity and Disagreement on the Supreme Court”, *Cornell Law Review*, Vol 100, pp. 769-823, 2015.

⁴ Sunstein, C. “Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary”, *Brookings Institution Press*, 2007.



Chile como en otras partes del mundo se opongan al control de constitucionalidad de las leyes, por considerarlo contrario a la democracia⁵. En ningún caso estamos de acuerdo con dicha postura. No obstante, la sola existencia de dicha polémica alerta sobre la grave responsabilidad que recae sobre el Tribunal Constitucional. En términos dicotómicos, si el Tribunal Constitucional se equivoca en la dictación de un fallo, o bien resta vigencia al Estado de Derecho, privando de protección a los ciudadanos respecto de la tiranía de la mayoría; o bien impone su voluntad por sobre la voluntad de los representantes democráticamente electos.

De aquí se sigue que el Tribunal Constitucional debe ejercer sus funciones con mucha cautela. Por lo pronto, ello se traduce en la exigencia de fundamentar las sentencias, cuestión que el tribunal cumple muy satisfactoriamente. Pero, además, cabría esperar que el tribunal decidiera los asuntos sometidos a su competencia por medio de mayorías claras. Cuando ello ocurre, el mensaje dado a la ciudadanía es que una mayoría de juristas ha determinado que una norma es o no contraria a la Constitución. En cambio, cuando la controversia se resuelve por medio de un mecanismo formal como el voto dirimente, la ciudadanía no tiene cómo discernir qué posición es la correcta. Lo anterior invita a sospechar que el tribunal no ha cumplido su rol institucional correctamente, ya sea por exceso o por defecto. Por lo tanto, cuando hay un empate y la cuestión de constitucionalidad se decide por el voto dirimente, resta legitimidad a la decisión.

En efecto, una institución es legítima cuando los gobernados estiman que existen buenas razones para acatar la autoridad de sus decisiones, incluso si no están de acuerdo con el contenido de éstas. Dependiendo del tipo de institución, se exigirán razones de distinto tipo. En particular, cuando se suscita un conflicto jurídico, la ciudadanía entiende que los tribunales son la voz del derecho. Por lo tanto, acatan sus decisiones porque éstas están fundadas en la Constitución y a las leyes. Como ciudadanos, creemos que los jueces conocen el derecho y lo aplican con cierto grado de seguridad. Por supuesto, es comprensible que se susciten diferencias de interpretación, siempre y cuando una mayoría de los jueces fije una opinión autorizada. Pero si las mayorías no logran configurarse, entonces los destinatarios del derecho quedan en la incertidumbre y los tribunales no cumplen la función que les está encomendada.

El voto dirimente del presidente de un tribunal colegiado es una solución formal para este problema. Con todo, cuando se vuelve recurrente hay buenas razones para cuestionar su uso, máxime si se lo utiliza para resolver temas tan relevantes como el control de constitucionalidad de las leyes.

Lo anterior invita a cuestionar tanto la regulación como la cultura institucional que facilita la producción de empates al interior del Tribunal Constitucional. En cuanto a lo primero, cabría revisar la conveniencia de mantener un número par de miembros del Tribunal Constitucional. Lo más razonable sería contar con un número impar de miembros y un sistema de suplencia que garantizaran la configuración de mayorías claras en el pleno. En cuanto a la cultura institucional del Tribunal Constitucional, sería conveniente que sus miembros tomaran conciencia de la relevancia que reviste la configuración de mayorías claras en la

⁵ A modo de ejemplo, Jeremy Waldron ha argumentado que el examen judicial o *judicial review* es ilegítimo de acuerdo con el estándar democrático y que no existen razones para suponer que los derechos fundamentales quedan más protegidos por dicho mecanismo que por la legislatura (Waldron, J, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, Abril, 2006, pp. 1346-1406). Entre nosotros, Fernando Atria ha sido uno de los detractores más notorios de la actividad del Tribunal Constitucional. “En un Estado democrático es necesario que, en lo que se refiere al arreglo de las instituciones y a la distribución del poder, alguien tenga la última palabra. Lo que precisamente define a la democracia es que tal supremacía la detenta un órgano representativo de generación popular. No puede el Tribunal Constitucional tener poder sobre el Poder Legislativo” (Atria, F, “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, *Revista Chilena de Derecho*, 1993, Vol. 20, pp. 369-378).



toma de decisiones relevantes, habida cuenta de los valores que el tribunal debe sopesar. En particular, el presidente del Tribunal Constitucional debiese tomar como una tarea personal la configuración de las referidas mayorías, no sólo para defender su posición particular en cada conflicto específico, sino que con miras al bien del Tribunal Constitucional como un todo, atendido el rol que le cabe desempeñar conforme a nuestro régimen institucional.