

# SOBRE LA DESIGNACIÓN COMO MINISTROS DE ESTADO DE LOS PARLAMENTARIOS EN EJERCICIO. EL FALLO “TOHÁ” Y EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS PARLAMENTARIOS Y LOS MINISTROS DE ESTADO DENTRO DE NUESTRO SISTEMA PRESIDENCIAL

MANUEL A. NÚÑEZ POBLETE

RESUMEN: El presente ensayo formula una crítica a la doctrina que sustenta la capacidad del Presidente de la República para designar como ministros a parlamentarios en ejercicio. Esta crítica se construye a partir de la contextualización histórica, hacia fines del siglo XIX, de la regla que excepciona la regla general en materia de prohibición de nombramientos. Desde esa premisa, se examina la coherencia entre la atribución presidencial validada por la sentencia del Tribunal Constitucional y la necesaria independencia que debe existir entre el Gobierno y el Parlamento en un sistema democrático presidencial. Por último, se examina el retorno de los parlamentarios designados y la posibilidad de designar como parlamentario reemplazante a una persona que no reúne todos los requisitos positivos y negativos de elegibilidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La decisión del Tribunal. 3. Sobre la renuncia de los parlamentarios. 4. Una aproximación al problema desde la perspectiva del principio democrático y del funcionamiento del sistema de gobierno presidencial. 4.1. Un vestigio de la república parlamentaria en el siglo XXI. 4.2. Provisión de la vacancia parlamentaria sin elecciones complementarias y alteración del mandato representativo. 4.3. La incorporación de un ex subsecretario en la Cámara de Diputados: el retorno de los parlamentarios designados. 5. Epílogo: control de la política sin eliminación de la política ni de la democracia. Bibliografía citada.

*“Sí, digámoslo de una vez; una de las causas de la debilidad de nuestros Congresos ha sido la omnipotente influencia del Ejecutivo, con sus doradas promesas, con sus empleos y ascensos” (Manuel Carrasco Albano, Comentarios sobre la Constitución política de 1833, Valparaíso, 1858).*

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años las prácticas políticas de los parlamentarios y los ministros de Estado han sido sometidas a un intenso escrutinio político, judicial y administrativo. Este intenso control ha ido generando un importante *corpus* de principios de carácter constitucional y administrativo que ha ido configurando, unas veces por la vía de reconocer restricciones y otras por la de legitimar espacios de libertad, el estatuto de ambos órganos constitucionales y, en último término, el modo de conducir la política en nuestro sistema presidencial. Para los ministros son destacables la fugaz práctica de nominar a un ministro a cargo de más de una cartera, las discusiones causadas por la destitución mediante un juicio constitucional de la segunda ministra de Educación del gobierno de la Presidenta Bachelet (y la renovada disputa sobre las posibilidades de revisión –ahora internacional– de las decisiones del Senado)<sup>1</sup> y, particularmente, la formulación de la nueva doctrina de la Contraloría General de la República respecto de las obligaciones administrativas que pesan sobre estas autoridades de gobierno, particularmente el principio de probidad<sup>2</sup>. Para la práctica y teoría del Derecho parlamentario han sido especialmente relevantes durante el último bienio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los márgenes de intervención que se reconoce a los parlamentarios para participar en manifestaciones públicas sin incurrir en causales de cesación en el cargo<sup>3</sup> y las orientaciones que impuso la última reforma constitucional (Ley N° 20.414, *D. Oficial* de 4 de enero de 2010), que limitó la capacidad de los congresales para actuar como mandatarios o abogados en cualquier clase de juicios<sup>4</sup>.

En el panorama antes señalado se inscribe la sentencia rol N° 1357 de 9 de julio de 2009. Esta sentencia se pronuncia sobre una acción

<sup>1</sup> La decisión del Senado se adoptó en la sesión de 16 de abril de 2008.

<sup>2</sup> Dictamen N° 73040 de 31 de diciembre de 2010. Este dictamen reconsidera toda la doctrina anterior de la Contraloría, que excluía a los ministros de Estado de la responsabilidad administrativa que determina el ente contralor.

<sup>3</sup> STC rol N° 970 (7 de octubre de 2008), requerimiento para que se declare la cesación en el cargo del senador Alejandro Navarro Brain. Este requerimiento fue rechazado (véanse especialmente los considerandos 17° y ss.).

<sup>4</sup> Esta reforma constitucional es la novena desde la gran revisión del año 2005 (Ley N° 20.050), lleva por pretencioso título “Reforma constitucional en material de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política” y pone al texto constitucional entre las normas más modificadas por el Congreso y el Gobierno.

pública deducida para que se “declare la inhabilidad constitucional de la diputada Carolina Tohá Morales y la elección de don Felipe Harboe Bascuñán como diputado reemplazante”. El origen de este cuestionamiento radicaba en el nombramiento presidencial de la Sra. Tohá como Ministra Secretaria General de Gobierno<sup>5</sup>, en circunstancias que ella se desempeñaba como diputada en ejercicio del distrito N° 22 (comuna de Santiago). Este nombramiento –que atenúa la separación orgánica propia de un sistema de gobierno presidencial (al permitirse, con el consentimiento de los partidos y de la propia Cámara baja, la circulación de una diputada a La Moneda y la de un ex subsecretario al Parlamento)– fue cuestionado en la medida en que permitía la designación ministerial de una parlamentaria cuya renuncia no había sido presentada ni calificada judicialmente en los términos del inciso final del artículo 60 con relación al artículo 93 N° 15 de la Constitución. Por otro lado, el nombramiento también permitía que operase el mecanismo que la reforma constitucional de la Ley N° 20.050 había ideado en reemplazo del sistema introducido por la Ley de reforma constitucional N° 18.825 (*D. Oficial* de 17 de agosto de 1989), facultando al partido de la diputada Tohá (el Partido por la Democracia) para designar a su reemplazante en el Parlamento. Cabe recordar que el procedimiento anterior a la reforma de 2005 había sido implementado con la reforma de 1989 y permitía el reemplazo mediante la investidura del “ciudadano que, habiendo integrado la lista del parlamentario que cesó en el cargo, habría resultado elegido si a esa lista hubiere correspondido otro cargo”<sup>6</sup>. En cambio, el procedimiento creado por la Ley N° 20.050 y aplicado en el caso *Tohá-Harboe* prescinde de todo factor electoral al disponer que “las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido” (actual art. 51 inc. 3 de la Constitución).

<sup>5</sup> DS N° 149 de 12 de marzo de 2009, publicado en el *D. Oficial* de 14 de marzo de 2009.

<sup>6</sup> La norma proseguía indicando que “[e]n caso de no ser aplicable la regla anterior y faltar más de dos años para el término del período del que hubiere cesado en el cargo, la vacante será proveída por la Cámara que corresponda, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, de entre los incluidos en una terna propuesta por el partido a que perteneciere quien hubiere motivado la vacante”.

Como puede advertirse, el enroque generaba dos problemas. Por una parte suponía discernir el alcance de la competencia presidencial para designar como ministro a un parlamentario en ejercicio y, por otra, la capacidad de los partidos para colmar una plaza parlamentaria vacante con un ex subsecretario de Estado. Frente a estos dos problemas, la acción constitucional solicitó el esclarecimiento del primero, esto es, que el Tribunal declarase la inhabilidad que afectaba a la señora Tohá para ser designada y ejercer el cargo de ministra por tener, a la fecha del nombramiento presidencial, la calidad de diputada de la República. El segundo de los problemas entraba de lleno en las atribuciones del artículo 93 N° 14 de la Constitución (“pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios”), para cuyo desenvolvimiento es preciso el ejercicio de una acción de legitimación reservada de la que carecían los actores. Esta última circunstancia es relevante para el Tribunal, al desestimar la pretensión de la requerida en orden a que se declarase inadmisibile la acción por falta de legitimación activa<sup>7</sup> y, con ello, centrar la *litis* en torno a la existencia o inexistencia de una inhabilidad que impediría a un parlamentario ser designado ministro de Estado.

El principal argumento de los requirentes para pedir la declaración de la inhabilidad de la señora Tohá para ser designada Ministra de Estado reposaba en el alcance que se atribuía al artículo 59 de la Constitución. El artículo indicado señala lo siguiente:

“Ningún diputado o senador, desde el momento de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones puede ser nombrado para un empleo, función o comisión de los referidos en el artículo anterior.

Esta disposición no rige en caso de guerra exterior; ni se aplica a los cargos de Presidente de la República, Ministro de Estado y agente diplomático; pero solo los cargos conferidos en estado de guerra son compatibles con las funciones de diputado o senador”.

<sup>7</sup> La tesis de la falta de legitimación activa “debe ser desestimada porque, al contrario de lo que se arguye, no se ha impetrado un pronunciamiento sobre la cesación en su cargo parlamentario –requerible solo por determinados órganos constitucionales–, sino que la declaración demandada afecta explícitamente al ejercicio del cargo de Ministra de Estado por doña Carolina Tohá, acción cuyo ejercicio es público y pertenece a cualquier persona hábil. Esta es la única materia del requerimiento sobre la cual puede pronunciarse esta Magistratura”, STC rol N° 1357, cons. 2°.

De acuerdo con esta tesis de los requirentes, esta norma impediría a la Presidenta de la República nombrar a un parlamentario en cualquiera de los cargos a que se refiere el artículo 58, entre los cuales se encuentran los empleos o comisiones retribuidos con fondos del Fisco. En consecuencia, no obstante el decreto de nombramiento, debía entenderse que la parlamentaria seguía en ejercicio hasta que el Tribunal no resolviese lo contrario.

## 2. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En una decisión relativamente breve, económica en referencias doctrinales y sobrias en alusiones a valores constitucionales<sup>8</sup>, el Tribunal desestimó el requerimiento a partir de una interpretación diversa del artículo 59. Para el Tribunal “del citado precepto, por su tenor explícito y categórico, se deduce inequívocamente que no se prohíbe a un parlamentario asumir el cargo de Ministro de Estado, estableciéndose solo una incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de ambas funciones” (consid. 9°). Siguiendo las orientaciones de parte influyente de la doctrina nacional (SILVA BASCUÑÁN 2004, 113), el Tribunal consideró que “el nombramiento del parlamentario en un cargo ministerial implica la ocurrencia de una incompatibilidad sobreviniente para ejercer el cargo en función del cual se encuentra establecida, es decir, el cargo de diputado o senador. Se prohíbe, entonces, el ejercicio simultáneo de funciones parlamentarias y ministeriales, debiendo optar el parlamentario por mantenerse en el cargo o perderlo para ejercer funciones en el gabinete político del jefe de Estado” (consid. 14°). En este último sentido también se había pronunciado la doctrina parlamentaria nacional a principios de la década de los noventa (BRONFMAN, DE LA FUENTE y PARADA 1993, 70-71).

Por cuanto se refiere a la renuncia del parlamentario, el Tribunal considera que no era preciso que la diputada renunciara a su cargo, puesto que “renuncia e incompatibilidad son conceptos diferentes”, siendo la primera “un acto voluntario de dejación de funciones” y la segunda “la consecuencia de una designación para otro cargo, nombramiento que prevalece sobre la continuidad del ejercicio de la función parlamentaria” (consid. 17°).

<sup>8</sup> Redactó la sentencia el ministro Hernán Vodanovic Sch.

Por último, el Tribunal descarta la tesis según la cual, frente a la incompatibilidad entre los cargos de parlamentario y ministro de Estado, la Constitución haría prevalecer el primero. Sobre esta tesis el Tribunal resuelve que “desde luego, la Carta Fundamental prescribe exactamente lo contrario a lo que se pretende, haciendo prevalecer el nombramiento como Ministro de Estado al cumplimiento de la función parlamentaria” (consid. 19°). Esta proposición es luego complementada con una argumentación política: “[e]l ejercicio de la atribución presidencial, expresamente autorizada por la Constitución, no puede entenderse como una interferencia en otro poder del Estado, máxime si la composición política del Congreso se mantiene por el mecanismo concebido para proveer una vacante” (consid. 19°).

Como ya es habitual, la sentencia termina con el voto concurrente de los ministros Colombo, Fernández Baeza y Venegas, correspondiendo a este último la redacción. Este voto señala que los previnientes “no pueden sino explicarse el reclamo principal de los requirentes en la opinión crítica que ellos tiene sobre el procedimiento de reemplazo del parlamentario nombrado ministro, recientemente introducido en la reforma de 2005, el cual consideran violatorio del sistema democrático representativo, fundado primordialmente en las elecciones populares” (voto concurrente §5). Adicionalmente, el voto subraya que la vacante parlamentaria que genera el nombramiento presidencial se produce “de pleno derecho, sin necesidad de que sea declarada la vacancia por organismo alguno” (§6).

### 3. SOBRE LA RENUNCIA DE LOS PARLAMENTARIOS

Como se acaba de explicar, el Tribunal consideró que, para la designación presidencial no era precisa la renuncia de la parlamentaria pues esta forma de cesar en el cargo es diversa a la incompatibilidad que genera el artículo 59. En esta parte, se echa en falta una explicación mayor de parte del Tribunal puesto que la renuncia recién había sido incorporada con la reforma de la Ley N° 20.050 (PFEFFER 2005, 316-320 y BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2005, 521-523, 1214 y ss.) y, por lo tanto se trataba de una forma nueva y reglada de poner término anticipado al mandato representativo. En efecto, hasta la reforma del año 2005 había buenas razones para

entender que bajo la Constitución de 1980 (y a diferencia de la Carta de 1925)<sup>9</sup> el de parlamentario era un cargo, como los concejiles, irrenunciable. En este sentido, tomando solamente en cuenta el texto constitucional vigente, al ser irrenunciable podía explicarse el artificio de la incompatibilidad, al hacer cesar en el cargo a un parlamentario que no podía renunciar a su cargo. En cambio, tras la reforma del 2005 el cargo pasó a ser renunciabile, aunque solo en la medida en que concurra “una enfermedad grave que les impida desempeñarlos” (art. 60 CPR, *in fine*). Esta última circunstancia habría aclarado la gravedad del cargo parlamentario, en el sentido que se trata de un cargo indisponible para su titular y, por lo tanto, excluye de la voluntad del parlamentario cualquier acto que implique la separación de su cargo. En este contexto, bien puede pensarse que la capacidad limitada para renunciar se traduce también en una incapacidad ilimitada para aceptar empleos, funciones o comisiones que resulten incompatibles con los cargos de diputado o senador.

La proyección del *thelos* de la limitación para renunciar enriquecería ciertamente el sentido las incompatibilidades, que usualmente se explican como prohibiciones que gravan o limitan la competencia de quien puede decretar el nombramiento, de modo que ellas puedan entenderse también como prohibiciones para aceptar los cargos incompatibles. Esto por cuanto una cosa es la atribución de nombrar y otra muy distinta, la atribución concedida al representante del cuerpo electoral para aceptar un cargo incompatible con su condición de parlamentario.

Al no comprender de la necesidad de renunciar al cargo, el Tribunal pasa por alto un hecho que no es irrelevante. Como se advierte en el siguiente cuadro comparativo, la regla del artículo 59, que nace con la reforma de 7 de julio de 1892 (*D. Oficial* de 9 de julio de 1892), ha pasado casi inalterada por, a lo menos, tres regímenes institucionales distintos. Ella nace en el auge del pseudoparlamentarismo criollo, donde originariamente los cargos de ministro y par-

<sup>9</sup> La Constitución de 1925 contenía una regla diferente. Cada cámara tenía la atribución exclusiva “para pronunciarse sobre la inhabilidad de sus miembros y para admitir su dimisión, si los motivos que la fundaren fueren de tal naturaleza que los imposibilitaren física o moralmente para el ejercicio de sus cargos” (artículo 26 inciso 2°).

lamentarios no eran incompatibles<sup>10</sup>, transita hacia una constitución presidencial que permite la renuncia de los parlamentarios (la Constitución de 1925) y decanta en un sistema presidencialista que primero niega la capacidad para renunciar al cargo de parlamentario y que luego solo la reconoce con graves limitaciones. Una buena pregunta, que no responde el fallo del Tribunal Constitucional, es por qué no hay evidencia del impacto de estos tres contextos en la interpretación de la mentada norma.

### Cuadro comparativo

Texto 1892 [1925]	Texto CP 1980	Período	Sistema de gobierno	Renunciabilidad del mandato parlamentario
“Esta disposición no rige en caso de guerra exterior ni se extiende a los cargos de Presidente de la República, Ministros del Despacho [Ministros de Estado] y Agente Diplomático; pero solo los cargos conferidos en estado de guerra y los de Ministros del Despacho son compatibles con las funciones de Diputado [o Senador]”.	“Esta disposición no rige en caso de guerra exterior; ni se aplica a los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado y agente diplomático; pero solo los cargos conferidos en estado de guerra son compatibles con las funciones de diputado o senador”.	1892-1925	Pseudo-parlamentario	No había regla expresa
		1925-1973	Presidencial	Sí había regla expresa. La Cámara calificaba la renuncia.
		1990-2005	Presidencial	No había regla expresa. El cargo se consideraba irrenunciable.
		2005-2010	Presidencial	Sí hay regla expresa. Se admite la renuncia, pero condicionada a la existencia de una enfermedad “grave”.

<sup>10</sup> “No son incompatibles las funciones de Ministros del Despacho con las de Senador o Diputado” (art. 90, Constitución de 1833, versión original). Para el más autorizado comentarista de esta norma, “[a]unque la Constitución no lo espresa terminantemente, ella reconoce el principio de las incompatibilidades hasta el punto de decir; como dice el artículo 90, que *no son incompatibles* las funciones de Ministro con las de Senador o Diputado, manifestando así que consentía en que la regla general de las incompatibilidades tuviera en ese caso una excepción i dando a entender mui claramente que tales funciones habrian sido incompatibles si no se espresaba lo contrario” (HUNNEUS 1879, primera parte, 90-91, cursivas en el original).



La doctrina comparatista enseña que un mismo texto jurídico puede tener significaciones diversas en distintas partes del mundo. Igualmente, el análisis histórico-político demuestra que el mismo texto puede admitir una variedad de significaciones a lo largo de distintos períodos de tiempo y, en el caso constitucional que aquí se revisa, de diversos regímenes de gobierno. La sentencia en comento, si bien alude a la reforma del año 1892, no atiende al drástico cambio de contexto que supone –o debe suponer– un régimen de gobierno presidencial, como el actual, donde el parlamentario tiene limitadas capacidades para disponer voluntariamente de su cargo representativo. En efecto, el Tribunal al atender el tenor literal del artículo 59, o sigue la interpretación parlamentarista que dio origen a la disposición o abona la opción presidencialista de la Carta de 1925, para la cual la intangibilidad de la composición de las cámaras no era un problema relevante. En ningún caso toma nota de la variable incorporada con la redacción de 1980 y particularmente con la reforma de 2005. De haberse atendido la discusión de esta última reforma, habría sido posible para el tribunal ilustrarse en torno a las dudas de los parlamentarios sobre la conveniencia de reconocer la renuncia como una causal de cesación en el cargo parlamentario. Las expresas aprensiones de los senadores Díez, Aburto y Espina (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2005, 726, 1164 y 1214 y ss.), sobre la posibilidad de alentar “componendas” que burlasen el mandato popular, son un claro indicativo de la intención de los redactores de la reforma por respetar la integridad de la composición de ambas cámaras.

#### 4. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL

##### 4.1. Un vestigio de la república parlamentaria en el siglo XXI

En la técnica hermenéutica del Tribunal Constitucional el recurso al principio democrático, consagrado en el artículo 4° de la Constitución, ha tenido un desarrollo más bien pobre. Y si se trata de relacionar dicho principio con lo propio de un régimen republicano y presidencial, el desarrollo es todavía inexistente. Este escaso desarrollo puede explicarse por la conjunción de dos factores. Por

una parte, puede deberse al reducido desarrollo dogmático de las proyecciones prácticas o políticas del mentado principio y, por otro lado, por una paradoja propia del llamado sistema (actualmente cada vez más concentrado) de control de constitucionalidad de las leyes. Esta última paradoja reposa en la dificultad que conlleva la argumentación una decisión que persiga anular una decisión formalmente democrática contraria al principio democrático. Dicho de otro modo, la frontera que separa lo democrático de lo antidemocrático es muy fácil de ser traspasada, especialmente por una decisión judicial –por definición no democrática– que, para defender la democracia, pretenda invalidar otra decisión democrática. Con todo, el caso *Tobá* representó una estupenda oportunidad para delimitar, más allá de las decisiones propias de una mayoría ocasional, los rasgos institucionales propios de un sistema democrático y presidencial, especialmente en aquella parte en que el principio democrático puede fortalecer al ya debilitado Parlamento chileno. Sin embargo, no fue así.

Según ya se explicó más arriba, el artículo 59 de la Constitución es un curioso vestigio del experimento parlamentarista que ha subsistido todos los embates de las respuestas presidenciales de las constituciones de Alessandri y de Pinochet (o del Presidente Lagos, si se quiere). Ahora, en pleno siglo XXI, soportó el embate de un requerimiento que pudo conducir hacia una lectura en clave presidencial.

El año en que la regla se incorpora al articulado de la Constitución de 1833 no puede ser más decidor: 1892. Y también lo es el nombre del Presidente que firma esa reforma: el Presidente Jorge Montt, quien un año antes había derrotado al último Presidente que se atrevió a desafiar la interpretación parlamentaria de la Constitución de 1833. Debe recordarse que esta última interpretación venía predispuesta por diversas normas de la Constitución de 1833, entre las que precisamente se encontraba la excepción a las incompatibilidades entre los cargos parlamentarios y los oficios ministeriales. Esta compatibilidad había sido criticada por LASTARRIA (1856, 443-444) y CARRASCO ALBANO (1858, 160-161), y fuertemente defendida por HUNNEUS, el gran comentarista de la Constitución de 1833. Para HUNNEUS “[s]i los ministros están llamados a ser los mediadores entre el Congreso i el Presidente de la República; i los encargados de mantener la armonía que debe

buscarse siempre entre el Poder Lejislativo i el ejecutivo; es conveniente no solo que puedan ser Diputados o Senadores, sino que, en la jeneralidad de los casos, el nombramiento de los miembros del Gabinete recaiga en los miembros más notables e influyentes de las Cámaras” (HUNNEUS 1879, segunda parte, 186). Para CARRASCO, en cambio, “admitir la compatibilidad de ambas funciones es esceder los límites de la independencia que debe necesariamente existir entre todos los poderes soberanos, es sancionar las influencias, no siempre benéficas del Presidente sobre las Cámaras” (CARRASCO ALBANO 1858, 160-161).

Entre los comentaristas del parlamentarismo posteriores a la guerra civil es ilustrativa la opinión de Alcibíades Roldán: “el Presidente de la República dispone de la facultad de nombrar i remover a su voluntad a los Ministros; pero que en el hecho no ejercita esta facultad de un modo discrecional, sino con arreglo a los principios del sistema parlamentario. / El rigor de estos principios exige que los Ministros sean tomados de entre los miembros de la mayoría de las cámaras. No existe ningún inconveniente legal para ello pues, por una parte, no se estiende al cargo de Ministro la disposición constitucional según la cual ningun Diputado o Senador, desde el momento de su elección i hasta seis meses después de terminar su período, puede ser nombrado para función, comisión o empleos públicos retribuidos, i, por otra parte, no son incompatibles las funciones de Ministro con el cargo parlamentario” (ROLDÁN 1913, 427).

#### **4.2. Provisión de la vacancia parlamentaria sin elecciones complementarias y alteración del mandato representativo**

La Constitución de 1925 disponía que “[e]l Diputado o Senador que aceptare el cargo de Ministro de Estado, deberá ser reemplazado dentro del término de treinta días” (art. 36), con lo cual quedaba abierta la posibilidad de convocar a elecciones complementarias. La Constitución de 1980 suprimió este procedimiento de reemplazo indicando —en una norma que sobrevivió a la supuesta refundación democrática de la reforma del año 2005— que “en ningún caso procederán elecciones complementarias” (artículo 51 *in fine*). La ausencia de un procedimiento que permita remitir de alguna forma el llenado de la vacante de un cargo de representación popular a la voluntad de su electorado ha llevado a parte de la doctrina nacional

a sostener que la actual forma de reemplazo es “una norma sustancialmente antidemocrática” (CARRASCO DELGADO 2008, 310)<sup>11</sup>.

Aunque parecía completamente improbable que un Tribunal declarase inconstitucional la fórmula constitucional vigente de reemplazo de las plazas vacantes<sup>12</sup>, esta era una estupenda oportunidad para promover una interpretación de las atribuciones presidenciales que precaviese la independencia del Parlamento, expresada a través de su separación orgánica con el Ejecutivo como elemento característico de las democracias presidenciales (PEREIRA MENAUT 1998, 262). En su visión más clásica, la diferencia fundamental entre un sistema presidencial y uno parlamentario reposa en la virtual fusión entre el Ejecutivo y el Parlamento (“*nearly complete fusion of the executive and legislative power*”, en la fórmula de BAGEHOT 2001, 11), lo que torna en superficial la discusión en torno a la separación entre ambos. En los sistemas presidenciales, en cambio, la separación necesaria para que un poder fiscalice al otro adquiere un valor completamente diferente. Esta separación, ya deteriorada con nuestro robusto sistema presidencial (donde hasta hace algunos años el Presidente podía manipular los dos tercios de la agenda parlamentaria anual) y con el modelo unitario de Estado, constituye un presupuesto imprescindible para el funcionamiento equilibrado de un sistema que también reconoce al Parlamento como un órgano depositario de la soberanía. De ahí que no sea tan aventurado sostener que el impedimento absoluto de tomar ministros de las cámaras fortalecería el poder de estas últimas frente al Ejecutivo. Por el contrario, el ejercicio de la capacidad para designar ministros desde cualquiera de las cámaras debilita a la institución parlamentaria, altera el mandato representativo y deja en manos del Presidente y los partidos la posibilidad de manipular las mayorías. Aunque estas apreciaciones en buena parte son juicios de conveniencia política, es importante detenerse en ellas para comprender el problema en su real dimensión.

Por lo que se refiere al debilitamiento de la institución parlamentaria, como órgano constitucional secundario (esto es, en la doctrina

---

<sup>11</sup> Los resultados de las elecciones complementarias fueron más de alguna vez muy influyentes en el proceso político nacional. Véase CARRASCO DELGADO (1987, 99-100, con referencias bibliográficas) y URZÚA VALENZUELA (1992, 520).

<sup>12</sup> Recuérdese que existe polémica y literatura sobre el particular (BACHOF 1994).

clásica, como órgano de otro órgano: el cuerpo electoral)<sup>13</sup> no deja de ser relevante el procedimiento seguido la designación de la señora Tohá. En dicha ocasión la Cámara de Diputados fue informada oficialmente *a posteriori* de la designación. Esta completa falta de deferencia se aprecia en la notable intervención del ex diputado por el distrito 6°, don Jaime MULET:

“El señor MULET.- Señor Presidente, en el número 15 de la Cuenta se nos informa sobre el término de su función como diputada de la señora Carolina Tohá, quien ahora es actual ministra secretaria general de Gobierno. Sobre el particular, me llama profundamente la atención que sea el Presidente de la Cámara de Diputados quien nos informe del hecho y que no exista una comunicación oficial por parte del Ejecutivo. Considero que, independientemente de su calidad como persona y como diputada –tengo la más alta estima por Carolina Tohá, por lo cual pido que no se confundan las cosas–, es cuestionable la forma como se originó el cese de sus funciones parlamentarias.

(...)

Al respecto, me parece que existe un riesgo muy grande para nuestra Corporación, que es esencialmente un organismo fiscalizador, porque podría quedar expuesto a que un gobierno cualquiera –no quiero personalizar el hecho en la Presidenta Bachelet ni en la diputada Tohá– designe a uno o más diputados como ministros de Estado, lo que podría cambiar la composición de la Cámara o modificar las mayorías y minorías. Ese no es el espíritu de la Constitución, cuyo carácter presidencialista, por cierto, no comparto. Sin embargo, mientras no se modifique –se ha propuesto en reiteradas oportunidades un sistema semipresidencial al estilo francés–, situaciones como la indicada ponen en riesgo nuestro sistema político”<sup>14</sup>.

La designación altera también el mandato representativo del parlamentario, en la medida en que cancela por decreto la investidura

<sup>13</sup> JELLINEK (2000, 520-521) y CARRÉ DE MALBERG (2000, 1098 y ss.). Una crítica a la “mitología doctrinal” de JELLINEK puede consultarse en SCHMITT (2000, 32).

<sup>14</sup> Sesión 3ª, 357a Legislatura, 17 de marzo de 2009.

que la ciudadanía le ha otorgado para participar en la asamblea de representantes y endilga a los partidos la responsabilidad de colmar la plaza vacante. Si bien en la práctica parlamentaria comparada la figura de la aceptación de cargos incompatibles funge como sucedáneo de la renuncia cuando el cargo es irrenunciable (VAN DER HULST 2000, 16 y ss.), no es menos cierto que en Chile, por disposición expresa de la Constitución, la figura de la renuncia se encuentra reconocida, aunque con notables restricciones. Estas restricciones debían dar a entender que aquello que la norma perseguía era, precisamente, resguardar la intangibilidad del mandato parlamentario en un sistema presidencial. Esto significaba que, frente a dos interpretaciones posibles de una misma norma, el intérprete debía optar por aquella que mejor resguardase la autonomía del parlamento dentro de un sistema democrático presidencial. Podría objetarse que la norma en cuestión, el artículo 59 constitucional, admitiese más de una interpretación (para el Tribunal dicha norma solo admite una lectura). Con todo, ello deja de ser relevante si se estima que la introducción de una norma constitucional posterior pudo afectar la aplicación de una norma constitucional anterior e incompatible con ella. Tal sería el efecto de la nueva regulación de la renuncia, que tornaría en inaplicable el artículo 59 respecto de los nombramientos a cargo del Presidente de la República (ministros y agentes diplomáticos). De acuerdo con una lectura más coherente con el principio democrático, que conduce a evitar las interpretaciones que devalúen la dignidad del Parlamento, el único cargo para el cual se justificaría la excepción en tiempos de normalidad institucional sería el de Presidente de la República. Este último cargo, a diferencia de los ministros y agentes diplomáticos, nunca es de designación unilateral, pues o lo elige directamente el pueblo en la generalidad de los casos, o indirectamente cuando es el propio Parlamento el que llena la vacante en el caso del artículo 29 inciso 2°. Es claro que esta alternativa conduce a la inaplicación parcial de una norma constitucional, lo que no debería sorprender si nos tomamos en serio el mandato parlamentario y el rol de Congreso en un sistema presidencial que, a pesar todas sus dificultades estructurales, debe intentar armonizarse con lo que es propio de una democracia. Después de todo, no sería la primera ni la única oportunidad en que una norma constitucional deja de aplicarse o se aplica más allá de su tenor literal. No está de más recordar, respecto de interpretaciones correctoras como la sugerida en este ensayo, lo

que el propio Tribunal resolvió en uno de sus más celebrados<sup>15</sup> fallos *contra legem*:

“La interpretación contraria no solo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normas de la futura institucionalidad” (STC rol N° 33, 24 de septiembre de 1985, cons. 14°).

Esta hipótesis de desaplicación del tenor literal de una norma constitucional tampoco es extraña a la actual estructura de nuestra Constitución, que contiene más de una norma incapacitada –permanente o temporalmente– para producir efectos. Así acontece por ejemplo con la eficacia actual del párrafo 3° del número 1 del artículo 19 de la Constitución, en lo que a la penalización capital se refiere, o la referencia al procesamiento en la letra i) del número 7 del mismo artículo. Desde este punto de vista, y si con ello se evita otra trasquiladura a la investidura parlamentaria, no parece tan heterodoxo proponer una interpretación que limite la aplicación del artículo 59 y lo encauce dentro de un marco de deferencia institucional.

#### **4.3. La incorporación de un ex Subsecretario en la Cámara de Diputados: el retorno de los parlamentarios designados**

No es cierto que la reforma del año 2005 haya puesto fin a la figura de los parlamentarios (senadores) designados. Por el contrario, dado el actual alcance del artículo 59, es posible sostener que la amplió. En efecto, antes de la reforma la incorporación de parlamentarios no electos se limitaba al Senado. En el resto de los casos, la persona que llenaba una vacante parlamentaria siempre podía invocar algún título que legitimase su nominación remitiéndola a la voluntad del pueblo. En efecto, o era el compañero de lista electoral (“si a esa lista hubiere correspondido otro cargo”, decía el antiguo artículo 47) o la persona que, habiendo sido propuesta por el partido a que pertenecía quien generó la vacante, fuese elegida por mayoría de votos en la respectiva cámara. El mecanismo actual

<sup>15</sup> Véase FUEYO 1991, 484-486.

prescinde en cambio de la voluntad del pueblo representado en la respectiva cámara y endosa la investidura en el partido político “indicado al momento de presentar su candidatura”. A partir de ello es posible sostener que, en cierta medida y por no ser relevante la eventual renuncia del parlamentario relevado a su partido, el cargo pertenece a los partidos y no a la ciudadanía.

Nuevamente ilustrativa es la intervención del ex diputado Mulet:

“Además, ni siquiera existe un mecanismo de reemplazo –yo a usar ex profeso los calificativos– correcto o decente. Aquí se está violando la soberanía. No es posible que ayer, en un programa de televisión, el presidente de un partido político –no es una cuestión personal, reitero– anduviera con la designación de un diputado en el bolsillo. ¡Tenía la soberanía de la República en el bolsillo!”.

Por otra parte, en el caso particular del flamante diputado Harboe –que había dejado de ostentar el cargo de subsecretario el 10 de diciembre de 2008– era discutible que cumpliera con los requisitos para ser designado parlamentario por su Partido. Sobre este particular debe recordarse que el artículo 51 exige que “[e]l reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso”. Más allá de cumplir con los requisitos positivos que indica el artículo 48 era claro que el ex subsecretario del Interior no cumplía con los requisitos negativos (inhabilidades) que establece el artículo 57 de la Constitución. Particularmente no podía demostrar que “dentro del año inmediatamente anterior a la elección” carecía de la condición de subsecretario. Podría decirse que en este caso, al no haber “elección” propiamente tal, no era preciso exigir al pie de la letra el cumplimiento de las inhabilidades pues lo que ellas persiguen es que las personas que ostentan los cargos a que se refiere el artículo 57 no los utilicen con fines electorales. En verdad, la realidad demuestra que esta última explicación no es suficiente, pues en el caso que nos convoca la falta de elección no anula la necesidad de mantener la independencia entre fiscalizados y fiscalizadores, entre Gobierno y Parlamento, en fin, entre colaboradores del Presidente y representantes populares. Lo anterior, sin perjuicio de que la remisión de los requisitos para esta forma de “designación” se hace claramente a los que proceden en caso de “elección”.



## 5. EPÍLOGO: CONTROL DE LA POLÍTICA SIN ELIMINACIÓN DE LA POLÍTICA NI DE LA DEMOCRACIA

Probablemente el gran dilema de la justicia constitucional no es hacer política a través de las sentencias, sino el ordenar el ejercicio de aquella sin llegar a destruirla. Para ejercer ese rol ordenador, la Constitución vigente ofrece patrones generales que encuadran la aplicación de normas particulares. Entre estos patrones destaca, por estar dentro de las bases de la institucionalidad, el principio republicano democrático que conlleva entre otros deberes, dentro de nuestro robusto sistema presidencial, el de resguardar la independencia orgánica entre el Parlamento y el Ejecutivo como garantía de eficacia para los controles recíprocos que sustentan, en último término, la libertad civil. La disolución de los ya escasos límites entre uno y otro órgano solo contribuye a reducir la dignidad de la asamblea de representantes, ya mermada por su peculiar sistema de llenado de las vacantes, por una fórmula electoral que es permanentemente objeto de críticas y por la reducida incidencia del territorio en su cámara alta, por mencionar alguno de los defectos más llamativos de nuestra organización parlamentaria. Usualmente, a lo largo de nuestra historia, ha sido el Ejecutivo el que ha emergido fortalecido de este escenario poco auspicioso.

Después de más de 150 años, las palabras de Manuel Carrasco Albano, uno de los primeros comentaristas de la Carta de 1833, siguen vigentes:

“La division de poderes existe en nuestra Constitución como el mejor garante del orden y la libertad en el gobierno representativo que adopta, o es una vana farsa; es una realidad o una ilusión mentirosa. ¿Qué importa que se espese (art. 13) que ‘el Poder Lejislativo reside en el Congreso Nacional’ cuando el Ejecutivo puede introducir en él o componerlo enteramente de su lejión de empleados, sus Consejeros de Estado y sus Ministros, que del Consejo pasan al Senado a representar el Poder Lejislativo (...) ¿Qué independencia se deja al soberano Poder Lejislativo, cuando se siente influido, arrastrado, dominado por otro poder político?” (CARRASCO ALBANO 1858, 92)

En la medida en que la sentencia *Tobá* –tras la llamada consolidación democrática de la postransición– valida la reinstalación de una

práctica preconstitucional, el Tribunal contribuye al fortalecimiento de la hegemonía del Presidente y hace retroceder nuestro modelo de gobierno hasta a aquel momento de nuestra historia en que el Presidente pudo tener lo más provechoso de uno y otro sistema de gobierno. En efecto, del mismo modo en que la versión original de 1980 tomaba prestadas instituciones parlamentaristas sin entregar a cambio ninguna herramienta equivalente al Parlamento (me refiero a la facultad del Presidente para disolver la Cámara de Diputados, en la versión original de artículo 32 N° 5), el fallo reconoce y fortalece una competencia de idéntico cuño y que solo contribuye a disminuir el respeto institucional debido entre el Congreso y el Presidente.

En las antípodas de la línea trazada por el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República clausura el año 2009 con un contundente dictamen<sup>16</sup> que extiende el principio de prohibición a los Ministros de Estado hasta el punto de diluir el ejercicio de las funciones propiamente políticas (imparciales por naturaleza) en una deslavada burocracia. Cualesquiera que sean las reflexiones que este dictamen pueda generar, lo cierto es que el enroque *Tohá-Harboe* también violenta el espíritu (aunque no la letra) de la incompatibilidad configurada por la parte final del artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que pretende evitar que una ex autoridad fiscalizadora sea capturada por el sector privado fiscalizado a través de una relación laboral. En el caso *Tohá-Harboe, mutatis mutandi*, una parte del órgano fiscalizador es intercambiada por otra parte del órgano fiscalizado. Y como si se tratara de la víctima de un maltrato habitual o de un distraído colectivo en medio de un año electoral, todo esto se hace con la más completa connivencia del Congreso que observa desde la platea<sup>17</sup> cómo siete abogados intentan defender lo que nos pertenece a todos, es decir, la *res publica*. Quizá sea en este último punto donde quepa encontrar razón al fallo. Después de todo, si el Congreso está de acuerdo con este procedimiento autolimitativo y no pide nada a cambio, ¿por qué habría de prestarse atención a los defensores de la *res publica*? En

<sup>16</sup> Ver nota 2.

<sup>17</sup> Debe anotarse que el procedimiento ante el Tribunal se sustanció sin la participación, siquiera en calidad de *amici curiae*, de la Cámara afectada.

esas condiciones, la *res publica* y la soberanía popular (por lo menos la de los vecinos de la comuna de Santiago) seguirán guardadas en un bolsillo, Mulet *dixit*.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, Otto (1994), Normas constitucionais inconstitucionais? (trad. J. Cardoso da Costa, Livraria Almedina, reimpr. de la ed. de 1977).
- BAGEHOT, Walter (2001), *The English Constitution* [1867] (Oxford University Press, Oxford).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2005), *Historia de la Ley N° 20.050. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica* (Valparaíso).
- BRONFMAN, Alan; DE LA FUENTE, Felipe y PARADA, Fernando (1993), *El Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario* (Centro de Estudios y Asistencia Legislativa Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso).
- CARRASCO ALBANO, Manuel (1858), *Comentarios sobre la Constitución política de 1833* (Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso).
- CARRASCO DELGADO, Sergio (1987), *Alessandri. Su pensamiento constitucional. Reseña de su vida pública* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile).
- CARRASCO DELGADO, Sergio (2008), “La evolución político-constitucional de Chile”, *Estudios Constitucionales* 6/2 (2008), pp. 301-324.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (1998), *Teoría general del Estado* [1922] (trad. J. Lion, Fondo de Cultura Económica, México D.F.).
- FUEYO, Fernando (1991), “Interpretación e integración de la norma en contra de su literalidad por los Tribunales de Justicia”, en Universidad de Chile / Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile), pp. 465-488.

- HUNNEUS, Jorje (1879), *La Constitución ante el Congreso o sea comentario positivo de la Constitución chilena* (Imprenta de Los Tiempos, Santiago), Primera y Segunda parte.
- JELLINEK, Georg (2000), *Teoría general del Estado* [1911] (trad. F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México D. F.).
- LASTARRIA, José Victorino (1854), *La Constitución política de la República de Chile* (Imprenta del Comercio, Valparaíso).
- PEREIRA MENAUT, Antonio (1998), *Teoría constitucional* (Ediar, Santiago de Chile).
- ROLDÁN, Alcibíades (1913), *Elementos de Derecho constitucional de Chile* (Imprenta Barcelona, Santiago).
- SCHMITT, Carl (2000), *Catolicismo y forma política* [1925] (trad. C. Ruíz-Miguel, Tecnos, Madrid).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2004), *Tratado de Derecho constitucional* (Ed. Jurídica de Chile), tomo V.
- URZÚA VALENZUELA, Germán (1992), *Historia política de Chile y su evolución electoral* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile).
- VAN DER HULST, Marc (2000), *The Parliamentary Mandate. A Global Comparative Study* (Parliamentary Union, Geneva).