

EL (MAL) USO DE LA TÉCNICA ORIGINALISTA DE INTERPRETACIÓN. A PROPÓSITO DEL CASO DE LUCIANO CRUZ-COKE

SERGIO VERDUGO R.*
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G.**

RESUMEN

Los autores critican la sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones que impidió la inscripción de la candidatura a senador del ex presidente del Consejo para la Cultura y las Artes, Luciano Cruz-Coke. Después de argumentar que en Chile la técnica originalista de interpretación constitucional debe seguir una metodología especialmente exigente, el ensayo analiza los defectos de la sentencia en particular.

Palabras clave: Tribunal Calificador de Elecciones, Originalismo, Interpretación Constitucional.

ABSTRACT

The authors criticize the Electoral Tribunal decision that prevented former Secretary of Culture, Luciano Cruz-Coke, to run for a Senate position. After arguing that in Chile the originalist technique of constitutional interpretation should follow an especially strict methodology, the essay analyses the flaws of the particular judicial decision.

Key words: Electoral Tribunal, Originalism, Constitutional Interpretation.

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2013

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2013

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico sverdugo@udd.cl

** Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago. Magíster en Derecho Público y Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile. Coordinador de Políticas Públicas, Libertad y Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Correo electrónico jfgarcia@lyd.org

Agradecemos a Jennifer Quintana, ayudante de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, por su apoyo en la revisión de las referencias bibliográficas.

“Judges often make rules for decision of future cases and are, therefore, making law [...], judges must always deny that they make law [...] Courts and judges always lie. Lying is the nature of the judicial activity”.

Martin Shapiro¹

INTRODUCCIÓN

El ex presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (“CNCA”), Luciano Cruz-Coke se presentó como candidato a senador integrando la lista de la “Alianza” para las elecciones parlamentarias a celebrarse en noviembre de 2013. Cruz-Coke había renunciado a su cargo de presidente del CNCA, por el cual tenía “rango de Ministro de Estado”, poco tiempo antes de inscribir su candidatura. La candidatura fue aceptada por el Servicio Electoral (“SERVEL”) sin mayores problemas². Sin embargo, el Partido Socialista y un candidato competidor de Cruz-Coke por la circunscripción respectiva, impugnaron la resolución de la inscripción ante el Tribunal Calificador de Elecciones (“TRICEL”) alegando que el candidato no habría renunciado con la debida antelación, ya que la Constitución exige a lo menos un año contados desde la renuncia de los Ministros de Estado. En su interpretación, como Cruz-Coke había poseído el “rango” de Ministro de Estado, se le aplicaba tal prohibición. Por el contrario, los partidarios de la candidatura de Cruz-Coke alegaban que el presidente del CNCA no es un verdadero Ministro y, por consiguiente, no se le aplicaría dicha prohibición, debido a lo cual la inscripción de la candidatura habría sido jurídicamente válida.

En definitiva, el TRICEL rechazó la inscripción de la candidatura mediante un voto dividido³, suscribiendo la doctrina defendida por

¹ SHAPIRO, Martin, Judges as Liars, en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17 (1994), pp. 155-156.

² Consejo Directivo del SERVEL, 28 de agosto de 2013 (inscripción candidatura), en: *Diario Oficial*, N° 39.654, p. 4.

³ *Partido Socialista de Chile con Consejo Directivo del Servicio Electoral*, Tribunal Calificador de Elecciones, 12 de septiembre de 2013 (acción de reclamación por inhabilidad), [citado el 17 de octubre de 2013], <http://www.tribunalcalificador.cl/informacioncausas/Tramitacin%20de%20Causas/110-2013%2035.-%20Sentencia%20%2012-09-2013.pdf>

la posición de la “Nueva Mayoría”, generando consecuencias políticas importantes para las elecciones parlamentarias⁴.

Se trataba de una situación compleja donde el TRICEL tenía que pronunciarse por primera vez, sin perjuicio de las decisiones entregadas previamente por otras autoridades en materias conexas⁵. La Constitución no entrega una respuesta directa al problema, ya que la naturaleza de la institución (el jefe de Servicio con “rango de Ministro”) es una creación legislativa que no se tuvo a la vista por el constituyente, por lo que los jueces se enfrentaban a una categoría legal híbrida que debía ser interpretada dentro de un marco constitucional que no fue diseñado para eso. En atención a lo anterior, los argumentos proliferaron para partidarios y detractores de Cruz-Coke, generando listas paralelas de razones por las cuales podía estimarse que Cruz-Coke era o no un Ministro de Estado. Si bien estimamos que la solución correcta era la inversa a la solución planteada por el TRICEL, como argumentamos en otro trabajo⁶, creemos que la solución del caso era

⁴ Con el rechazo a la candidatura, la “Alianza” ya no podría completar su lista cerrada de candidatos, quedando solo representada por el candidato de la Unión Demócrata Independiente (Cruz-Coke ocupaba el cupo de Renovación Nacional, la que le había cedido su espacio a Evópoli, el movimiento al que pertenecía el candidato), lo que representa una desventaja electoral enorme frente a los dos candidatos de la lista de la “Nueva Mayoría”. Por esta razón, sumado a que hay un candidato influyente, actual senador, de centro-derecha (Carlos Cantero), que es candidato mediante una lista separada (que no le suma, por consiguiente, a la lista de la “Alianza”), es que la “Nueva Mayoría” probablemente doblará en votos a la “Alianza” (como efectivamente sucedió), obteniendo dos escaños parlamentarios y alterando, desde luego, el juego de votos presente en el Senado; lo que podría ser fundamental para la obtención de quórum de aprobación legislativa para los intereses de la “Nueva Mayoría”.

⁵ Tanto la Contraloría General de la República como el Tribunal Constitucional habían estimado previamente que el cargo de presidente del CNCA no es equivalente al de un Ministro de Estado para distintos efectos. Ver *Contraloría Regional de Valparaíso con Contraloría General de Chile*, Contraloría General de la República, 20 de mayo de 2009 (naturaleza jurídica del cargo del presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y sus atribuciones), [citado 17 de octubre de 2013]. <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=3CF5EA216451EFF9842575C1005C25F0> Sin embargo, el TRICEL no se sintió vinculado por estas decisiones previas y sostuvo la tesis contraria. Sería la primera vez que una doctrina de este tipo vence en nuestros tribunales y, desde luego, la primera vez que el TRICEL resuelve el punto.

⁶ Ver GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, De los Derechos Políticos a las listas de lavandería. Los problemas del caso Cruz-Coke, en: *Revista de derecho de postgrado*

relativamente impredecible, por lo que las críticas al comportamiento del TRICEL deben dirigirse más a los defectos de su argumentación o a la falta de previsión de los efectos de su decisión, que al resultado final de su sentencia.

En otra parte ya hemos resumido los principales problemas del fallo⁷. En este comentario, queremos profundizar una de las críticas, relativa a la técnica interpretativa originalista del mismo. Demostraremos que, pese a que la opción por la técnica originalista es cuestionable en sí misma, incluso aceptando su procedencia, el fallo sería igualmente débil. En efecto, aun cuando se acepte que la opción hermenéutica del TRICEL fuera la correcta, no podría decirse que la misma fue desarrollada de forma consistente. De esta manera, argumentaremos que el uso de las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (“CENC”) respondió probablemente a una utilización selectiva de las fuentes que justifican la decisión, y no a un riguroso ejercicio por desentrañar el verdadero sentido del “rango de Ministro” del presidente del CNCA.

En la sección 1, resumiremos los principales problemas y desafíos que enfrenta la técnica originalista de interpretación en materia constitucional. Para ello, revisaremos brevemente la literatura crítica del mismo, distinguiendo los niveles y alcances de dichas críticas y proponiendo algunos estándares mínimos que deben cumplirse si se decide utilizar esta técnica de interpretación en materia constitucional. En la sección 2, analizaremos la manera y el contexto en que el TRICEL citó las actas de la CENC, reproduciendo parte de los considerandos más relevantes. En la sección 3, explicaremos las razones por las cuales creemos que el TRICEL hizo un mal uso del elemento teleológico de interpretación. Finalmente (4), concluiremos con algunas lecciones relativas a la manera en que los tribunales deben emplear la técnica originalista de interpretación cuando deciden adscribir a los partidarios del originalismo.

de la Universidad de Chile, en prensa. Especialmente ilustrativo resulta el voto particular del Ministro Patricio Valdés. Voto particular del Ministro Patricio Valdés, en: *Partido Socialista de Chile con Consejo Directivo del Servicio Electoral* (2013).

⁷ GARCÍA, José Francisco y Verdugo, Sergio, De los Derechos Políticos a las listas de lavandería. Los problemas del caso Cruz-Coke, en: *Revista de derecho de postgrado de la Universidad de Chile*, en prensa.

1. LAS CRÍTICAS A LA TÉCNICA ORIGINALISTA DE INTERPRETACIÓN.

En materia constitucional, el recurso a la historia fidedigna de la Constitución parece ser un lugar común en una parte importante de la doctrina⁸ y, también, para muchas sentencias del Tribunal Constitucional⁹. Sin embargo, el uso de dicha historia presenta dos observaciones relevantes: en primer lugar, no existe un desarrollo teórico que informe algún método preciso para su utilización y, en segundo lugar, el uso de la historia se suele presentar de forma acrítica, sin justificar debidamente en qué casos se puede o debe recurrir a ella. Paralelamente, se ha desarrollado una literatura nacional (probablemente tributaria de los antioriginalistas norteamericanos¹⁰) crítica de este uso¹¹, la que no ha

⁸ EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, 950 pp.; CEA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno. Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago, Editorial Universidad Católica, 2004, 680 pp.; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, passim.

⁹ Ver algunos valiosos trabajos que han estudiado esta materia, aunque no están actualizados, por ejemplo, en ALDUNATE, Eduardo, Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional, en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), pp. 115-120; y RAMOS, Paulina, Argumentación Interpretativa del Tribunal Constitucional Chileno 1981-2006, en: *Derecho, P. Universidad Católica*, tesis para optar al grado de doctor (2010), 289 pp.

¹⁰ Dentro de los norteamericanos que promueven la tesis de una "Constitución viva", ver por ejemplo STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, 150 pp; ACKERMAN, Bruce, *The Living Constitution*, en: *Harvard Law Review*, vol. 120 (2007), pp. 1737-1812. Para una tesis mixta, que pretende superar el aparente problema entre originalismo e interpretación evolutiva, ver BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2011, 474 pp.

¹¹ FIGUEROA, Rodolfo, De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional, en: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 45, (2000), pp. 587-603; BASSA, Jaime, Notas para una teoría democrática del poder constituyente, en: *Revista de derechos fundamentales*, Nº 1 (2008), pp. 41-70; BASSA, Jaime y VIERA, Christian, Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional. Notas para su interpretación, en: *Revista de derecho de Valdivia*, Vol. XXI, Nº 2 (2008), pp. 131-150; VIAL SOLAR, Tomás, La Illegitimidad de la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, (2002), vol. 212, pp. 317-328; ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 190-194.

sido objeto de mayores respuestas por parte de quienes suelen utilizar la técnica de interpretación recurriendo a las actas.

Si bien esta discusión se suele mantener en el plano académico y no ha llegado con suficiente profundidad a los tribunales nacionales (ni menos al TRICEL), las implicancias de la misma son muy importantes para entender la manera en que tratamos y entendemos nuestra Constitución Política¹². Por lo anterior, previo a explicar cómo el TRICEL recurre a las actas de la CENC, es necesario detenerse brevemente en el tipo de críticas que se formulan al originalismo.

Como ya adelantamos, la crítica a la interpretación originalista tiene diversos niveles. En un primer nivel, encontramos algunos argumentos generales que escapan al constitucionalismo chileno, y que se dirigen a derrotar cualquier forma de interpretación originalista. Por otra parte, hay un grupo de argumentos que se dirigen a atacar en particular al originalismo chileno. Estos dos niveles de críticas se suelen entregar de manera conjunta, aunque su separación es importante para entender sus alcances y la derrotabilidad completa o parcial de la técnica originalista. Además, las críticas generales podrían ser aplicables también a la utilización de la historia como técnica de interpretación de la ley, mientras que las particulares normalmente encierran un examen crítico al proceso de elaboración de la Constitución.

En materia de críticas generales, por ejemplo, encontramos algunos autores que afirman que las constituciones deben ser sensibles a los cambios sociales por definición¹³, o que las constituciones no pueden significar el “gobierno de los muertos sobre los vivos”, ya que ello sería profundamente antidemocrático¹⁴. Una teoría como esta, apli-

¹² Así, por ejemplo, el uso del originalismo puede tener un impacto relevante en la manera en que entendemos nuestra jurisprudencia constitucional y la posibilidad de que existan precedentes vinculantes o persuasivos emanados de los ejercicios de hermenéutica constitucional. Ver VERDUGO, Sergio, Precedente y teorías de interpretación en la justicia constitucional, en: Jaime Arancibia, José Ignacio Martínez Estay y Alejandro Romero Seguel (coord.), *Precedente, Cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Santiago, LegalPublishing Chile, 2013, pp. 17-43.

¹³ BASSA, Jaime, Notas para una... p. 43 VIAL SOLAR, La ligitimidad de..., pp. 190-194.

¹⁴ FIGUEROA, Rodolfo, De por qué... p. 600. Ver también el argumento de ZAPATA, *Justicia Constitucional. Teoría*, p. 191. En realidad, el debate sobre “el gobierno de los muertos sobre los vivos” tiene su origen en una cuestión anterior relativo a la duración que deben tener las constituciones. Esta discusión se remonta al contraste de la posición que tuviera Madison en torno a que las constituciones deben tener una duración larga en el tiempo, y el argumento de Jefferson en torno a que las constitu-

cada a nuestro contexto particular, ha sido vinculada a la ilegitimidad de origen del constituyente originario de 1980¹⁵, lo que vuelve más fuerte el argumento de la necesidad de una Constitución adaptable¹⁶. Sin embargo, ambos argumentos son separables, ya que mientras el primero responde a una filosofía acerca de la manera de ver y tratar la Constitución, el segundo está condicionado por nuestra historia particular. Por ello, el alcance de ambos argumentos es diferente: mientras una eventual aceptación del primero tiene la capacidad de derrotar completamente al originalismo, la aceptación del segundo siempre estará sujeta a restricciones relacionadas con la manera en que entendamos nuestro constitucionalismo y su historia reciente (incorporando, desde luego, la historia de las reformas adoptadas en democracia).

En relación con los argumentos más generales, encontramos también algunas visiones dworkinianas de la Constitución, que dicen que ella debe ser vista “como un conjunto de directrices a ser maximizadas por el legislador y los tribunales”¹⁷. Así, por ejemplo, Figueroa prefiere utilizar una constitución de principio, antes que una constitución de detalle¹⁸. Sin embargo, el mismo autor vincula estas ideas con críticas más específicas al originalismo chileno, diciendo que en muchas materias la Constitución “puede ser vista como decisiones postergadas”¹⁹ que deberían ser adoptadas en el futuro por los intérpretes de los problemas no resueltos, poniendo como ejemplo el problema de la prohibición del aborto. El gran problema de esta posición aplicada, es que para entender la existencia de la postergación es necesario recurrir a la historia de la norma para verificar si hubo postergación efectiva, razón por la cual el propio Figueroa recurre a las Actas

ciones deben tener una duración limitada para que las generaciones futuras puedan revisar y legitimar las reglas que los rigen. Sobre este debate ver ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 12-35.

¹⁵ Por ejemplo, ver los argumentos de VIAL SOLAR, La Ilegitimidad de... p. 325 y BASSA Y VIERA, Contradicciones de los... p. 132.

¹⁶ BASSA, Notas para una... p. 43.

¹⁷ FIGUEROA, De por qué... p. 593.

¹⁸ FIGUEROA, De por qué... p. 592. La idea de la Constitución que contiene principios interpretables y evolutivos ha sido defendida por varios autores más. Entre otros, ver el trabajo de BASSA y VIERA, Contradicciones de los... p. 142.

¹⁹ FIGUEROA, De por qué... p. 594.

para confirmar su ejemplo²⁰. Independiente de las críticas que podría merecer esta postura, lo interesante de la posición de Figueroa, es que utiliza el nivel general de la argumentación en conjunto con el nivel más particular de la misma.

Para contestar la crítica genérica que observa a la Constitución como un documento de “principios” y no de “soluciones” o “detalles”, es necesario revisar la teoría constitucional que se está utilizando. Si se estima que las teorías dworkinianas no son las adecuadas, ya que las constituciones, por ejemplo, deberían poseer un conjunto de reglas precisas minimalistas que dejen un amplio espacio para la política legislativa y un reducido espacio para la revisión judicial, entonces la crítica genérica podría ser objeto de un debate mucho más profundo²¹. En este sentido, el acuerdo que nuestra tradición constitucional constituya sería fundamental para determinar los alcances y condiciones con que el originalismo podría operar válidamente.

Otro tipo de argumentos proviene de la influencia del derecho internacional²². Para este tipo de autores, el originalismo es un obstáculo para cumplir con el respeto por los estándares internacionales de los DD.HH. Así, incluso, algunos autores promueven la adopción interpretativa de una suerte de bloque de constitucionalidad con un fuerte poder hermenéutico de los jueces, lo que empoderaría especialmente a las cortes internacionales de DD.HH.²³. Este tipo de teorías necesitan criticar al originalismo para poder incorporar los estándares que les interesa utilizar en nuestro sistema jurídico. De esta manera,

²⁰ FIGUEROA, De por qué... pp. 594-596.

²¹ Un ejemplo de lo anterior lo representan los defensores del originalismo en los EE.UU. Ver, por ejemplo, BORK, Robert H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Touchstone, New York, 1991, 440. pp.; CALABRESSI, Steven G., *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, The Federalist Society, 2007, 360 pp.; SCALIA, Antonin, Originalism: The Lesser Evil, en: *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, (1989), pp. 849-866; SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, New Jersey, Princeton University Press, Princeton, 1997, 159. pp.

²² Por ejemplo, NASH, Claudio, *Derecho Internacional en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago, Editorial Centro de derechos humanos de la Universidad de Chile, 2011, p. 82.

²³ NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006, p. 87.

el originalismo fallaría por lo que no es capaz de hacer y no necesariamente por la falta de respuestas precisas.

Por otra parte, también encontramos un grupo de argumentos prácticos que señalan que es difícil, sino imposible, descubrir verdaderamente la voluntad del constituyente. Este tipo de críticas pueden ser muy genéricas, cuando invocan una imposibilidad a todo evento, o muy particulares, cuando se enfocan en el análisis de las debilidades de nuestra historia fidedigna en concreto. Cuando se asume el primer tipo de crítica práctica (la genérica), entonces el originalismo podría ser derrotado de manera absoluta; pero cuando se invoca el segundo tipo de crítica (la de nuestra historia particular), el originalismo es derrotado solo en la medida en que las condiciones invocadas se mantengan. De esta manera, por ejemplo, si se dice que aparecen varias voluntades diferentes en las actas que impiden desentrañar una intención única²⁴, entonces la derrota del originalismo solo operaría para los casos donde una voluntad diversa es manifiestamente expresada. Por otro lado, si se asume que la voluntad no es posible de apreciar porque ella fue producto de un proceso de negociación²⁵, entonces la falta de honestidad de los negociantes podría ser causa suficiente como para desechar todas sus intervenciones. Como puede verse, en ambos casos la derrotabilidad del originalismo está condicionada por diversas razones. Ello sucede también con otro tipo de críticas: cuando se sostiene que no siempre hay Actas sobre los problemas que origina un precepto constitucional determinado²⁶; que no es posible conocer la voluntad del constituyente real (la Junta²⁷) y que solo se

²⁴ Por ejemplo, FIGUEROA, De por qué... pp. 590-591; ZAPATA, *Justicia Constitucional. Teoría...* p. 190; BASSA, *Notas para una...* p. 68.

²⁵ FIGUEROA, De por qué...p. 597.

²⁶ ZAPATA, *Justicia Constitucional. Teoría...* p. 190.

²⁷ Quien primero sostuvo el argumento de que el constituyente de 1980 era, efectivamente, un constituyente originario en manos de la Junta (y no del pueblo debido a las debilidades del plebiscito), fue Renato Cristi. CRISTI, Renato, La noción del Poder Constituyente de Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980, en: *Revista de derecho*, Vol. 20, Nº 2-3 (1993), pp. 229-250. Ver una respuesta a esta tesis en ATRIA, Fernando, Sobre la soberanía y lo político, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 12 (2006), pp. 47-93. Por otra parte, cabe hacer presente que algunas actas de la Junta se conocen. Ver CRISTI, Renato, La génesis de la Constitución de 1980. Una lectura de la honorable Actas de la Junta de Gobierno, en: *Revista Ciencia Política*, Vol. 19 (1998), pp. 208-228

conoce la opinión de los asesores, la que no siempre fue seguida por la Junta²⁸, etc. Hay que hacer presente que algunas de estas críticas son compatibles con el atribuirle un valor indirecto, meramente persuasivo y doctrinario a las Actas. En este caso la opinión de estos autores dependerá de la apreciación que se tenga sobre la lógica jurídica expresada y el prestigio de dichas opiniones, entre otros.

Como puede advertirse de las opiniones recién resumidas, el recurso al originalismo enfrenta obstáculos importantes. No obstante lo anterior, si se insiste en la legitimidad de la técnica originalista de interpretación para desentrañar el sentido de la Constitución, entonces el ejercicio hermenéutico debe ser realizado con especial cuidado. Por ello, en el caso que analizamos sobre el problema de la candidatura de Cruz-Coke, creemos que el TRICEL debió ser particularmente minucioso y metódico. Ya que dicho tribunal decidió recurrir a las Actas con el objeto de obtener una respuesta “teleológica”, creemos que debió seguir los siguientes criterios de manera estricta: (i) justificar la ausencia de una respuesta jurídica precisa para recurrir a las Actas; (ii) revisar en la medida de lo posible las Actas de manera omnicompreensiva, tanto en la parte de las inhabilidades, impedimentos o prohibiciones como en la definición de los Ministros y de los alcances de los derechos políticos a propósito del capítulo II de la Constitución, incorporando también la historia de las reformas constitucionales pertinentes cuando ellos corresponda; (iii) contrastar lo dicho por el Consejo de Estado y, en la medida de lo posible, de la Junta de Gobierno; (iv) darle un valor relativo y no absoluto a las explicaciones derivadas de las Actas, distinguiendo hasta qué punto las lecciones que pueden extraerse de ellas guardan la debida actualidad; (v) determinar si el problema de interpretación que se quiere solucionar tiene su origen en la Constitución o en otra norma de inferior jerarquía y, en este último caso, desentrañar la intención del legislador correspondiente (la Constitución no puede explicar los problemas generados por el legislador); y (vi) buscar los acuerdos a que arribaron los miembros de la CENC, el Consejo de Estado y/o la Junta, y evitando extraer conclusiones generales que atribuyen la autoría de dichas conclusiones a un grupo colectivo cuando se trate de opiniones meramente individuales, sobre todo si se observa la existencia de debate entre los miembros.

²⁸ ZAPATA, *Justicia Constitucional. Teoría...* pp. 193-194.

Creemos que el TRICEL falló en el cumplimiento cabal de estas exigencias, que nos parecen de natural aplicación si se opta por utilizar la técnica originalista (cuestión a la que el TRICEL acudió voluntariamente y de manera acrítica). En la sección siguiente describiremos el uso que realiza el TRICEL de las Actas y, en la subsiguiente, formularemos las críticas respectivas.

En todo caso, advertimos desde ya que, muy probablemente, las críticas que formulamos también pueden ser realizadas a muchos autores o sentencias que también incurrir en estos problemas, cuestión que exige un análisis caso a caso que no obsta al examen particular que realizamos en este trabajo. Nótese que no hemos tomado partido por una posición favorable o desfavorable al originalismo a priori. Nuestro argumento solo sostiene que, si se decide seguirlo, este debe, al menos, someterse a los estándares que presentamos.

2. EL FALLO DEL TRICEL Y LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA

Cabe precisar que el esfuerzo del TRICEL es desentrañar el sentido de la Constitución, y no de la ley (considerando 2º), aunque no se entregan mayores razones para ello. Solo se sostiene que es pertinente descubrir la intención del constituyente detrás del artículo 57 de la Carta Fundamental, y que ello se hace de forma acrítica y sin seguir una metodología muy precisa.

El TRICEL acude a una sesión particular y cita la opinión de Jaime Guzmán (considerando 3º)²⁹:

“tal proposición de inhabilidades se hace en los términos señalados, con el objeto de desligar completamente la influencia de aquellos cargos en su eventual utilización para fines electorales”.

Después, el TRICEL cita la opinión de Enrique Ortúzar:

“Con la rapidez con que los hechos importantes difunden en el país a través de los medios de comunicación social, si una persona quiere hacer demagogia en su cargo y pretender ser elegido por una región determinada, o a nivel nacional, lo va a lograr, razón por la cual se inclina por que la inhabilidad sea

²⁹ Sesión Nº 352, [en línea] en: *Actas Oficiales de la Comisión de la Nueva Constitución*, (18 de abril de 1978), http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

absoluta, pues de lo que se trata es de evitar que estos cargos puedan servir de inicio a una carrera política y que las funciones se desnaturalicen”.

Luego, el TRICEL revisó la opinión de Lorca, para quien:

“la razón fundamental de la institución de las inhabilidades es impedir se use un cargo público o la influencia que emane de él para conseguir una posición política, y estima perfectamente lícito que una persona que ha ejercido una función pública por encargo del Ejecutivo y desarrollado una labor de bien público, pueda iniciar una carrera política, no inmediatamente después de cesar en su cargo, sino luego de un periodo razonable”.

A continuación, el TRICEL reprodujo la opinión de Bertelsen:

“hay razones de moralidad pública más que de separación de poderes que apoyan el principio de las inhabilidades, pues –agrega– una persona deja de ser inhábil al momento en que renuncia a su cargo, y en ese momento inicia su campaña y aprovecha todo el prestigio que pueda haberle dado su posición. Considera el señor Bertelsen excesivo el plazo de inhabilidad por cuatro años y cree mejor buscar un término medio, que podría ser de dos años, con la excepción de los ministros de Estado, para los cuales propone ampliarlo, por considerar peligrosa su influencia, sobre todo que, concluye, postularán seguramente a Senadores”

De lo anterior, el TRICEL infiere lo siguiente (considerando 4°):

“Que, de los antecedentes que se acaban de relacionar, puede sostenerse que la motivación que tuvo en consideración la Comisión Constituyente al establecer el precepto de que se trata, dice relación con el deber del propio Estado de asegurar que desde sí mismo no se alteren las reglas básicas que guían el acto electoral, pues le corresponde velar porque se generen condiciones igualitarias entre los candidatos cuando estos se presenten a la ciudadanía. En razón de lo anterior, no obstante que todo ciudadano goza del derecho a optar a cargos de elección popular, no ha podido menos que establecerse un impedimento temporal para aquellos ciudadanos que hubieren ejercido la función de Ministro de Estado”.

Como puede observarse, el TRICEL se limitó a reproducir parte de una sesión de la CENC para extraer la finalidad de la norma.

3. EL FRACASO DEL TRICEL EN SU INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

El análisis de las Actas por parte del TRICEL tiene varios defectos: (i) la información se presenta de manera parcial; (ii) no se constata si el acuerdo de la CENC está vigente hoy; (iii) la revisión de las Actas no puede sustituir la historia de la norma legislativa que creó la figura de presidente del CNCA con rango de Ministro; y (iv) no se relativiza el valor de las Actas y sus lecciones se toman como absolutas.

La información recopilada de las Actas es parcial por los siguientes motivos: en primer lugar, no se examina la historia de los derechos políticos ni del concepto de Ministro, cuestiones muy relevantes por representar otros elementos constitucionales que deben revisarse en conjunto. Es especialmente delicada la ausencia de análisis de los derechos políticos, los que sufren un impacto importante por la decisión del TRICEL, el que parece ignorarlos y mencionarlos de una forma meramente tangencial e irrelevante para la decisión final.

En segundo lugar, el TRICEL no da cuenta de los debates al interior del Consejo de Estado ni de la Junta de Gobierno. Las Actas del primero son públicas y, tal vez, no fueron relevantes, cuestión que no aparece en la sentencia. Las Actas del segundo son todavía desconocidas, en circunstancias que ellas representan la voluntad final del constituyente originario³⁰. Su revisión no puede, por tanto, exigirse al TRICEL, pero al menos puede utilizarse este argumento para pedirle que relativice sus conclusiones y evite presentarlas con un énfasis tan absoluto.

En tercer lugar, hubo algunas intervenciones que no se citaron de manera completa. Así, es importante hacer presente que la opinión de Ortúzar, en un párrafo anterior que se omite, estaba dirigida a “Intendentes, Gobernadores y Alcaldes, a los Magistrados e incluso a los dirigentes gremiales”, y no menciona a los Ministros de Estado. Además, el contexto de la misma se entregó para distinguir si la inhabili-

³⁰ En general, las actas de la Junta son desconocidas en las sesiones relevantes para el proceso de elaboración de la Constitución. Sin perjuicio de eso, algunas Actas han sido dadas a conocer. CRISTI, Renato, *La génesis de...* pp. 208-228.

Interesante resulta, también, el ejercicio del profesor Ribera al examinar una Acta de la Junta que encontró, para relativizar la doctrina constitucional que defiende el dominio máximo legal. RIBERA, Teodoro, *Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980*, en: *Revista de Derecho Público*, Nº 63 (2001)

dad iba a ser absoluta o relativa³¹. En el mismo sentido, debe constatarse que a la reproducción del TRICEL de la intervención de Lorca le faltó considerar una parte relevante que aparece con posterioridad: Lorca “No ve razón por la cual una persona que ha desempeñado con honorabilidad y decencia una función encomendada por el Ejecutivo no pueda aspirar legítimamente a entrar a la carrera política (...)”³². Además, no se citó la opinión contraria de Carmona (si bien minoritaria), para quien “en un país como Chile cuesta encontrar personas con espíritu público. Manifiesta que, incluso, lo pensaría mucho antes de establecerlas [las inhabilidades] en el caso de los Ministros, porque es bueno que se impregnen de la función parlamentaria”³³. Es cierto que el acuerdo final de la CENC fue adoptado en contra de la opinión de Carmona, pero se trató de un acuerdo relativo a un impedimento temporal mucho mayor al actual, esto es, de dos años y no de uno. ¿Está vigente hoy ese acuerdo? ¿Se examinaron las discusiones o reformas posteriores?

Estas preguntas no aparecen contestadas por la sentencia, la que incluso evitó referirse *in extenso* a la historia de la ley que dispone el “rango de Ministro” del presidente del CNCA. Esta situación parece particularmente curiosa, sobre todo considerando que uno de los informes en Derecho acompañados al proceso utilizó el argumento histórico de la ley para argumentar en un sentido contrario a la doctrina defendida finalmente por el TRICEL³⁴. ¿Por qué para el TRICEL es relevante la historia de la norma constitucional y no la historia de la norma legislativa?

La revisión de la historia de la ley era, a nuestro juicio, ineludible, ya que el constituyente jamás tuvo en consideración la categoría de una figura jurídica híbrida (un Jefe de Servicio con rango de Ministro), siendo ella una creación exclusivamente legislativa³⁵. Si bien la

³¹ Sesión N° 352 (18 de abril de 1978).

³² Sesión N° 352 (18 de abril de 1978).

³³ Sesión N° 352 (18 de abril de 1978).

³⁴ En particular, ver el informe de Eduardo Soto K., el que fue acompañado en el proceso y citado por el propio tribunal en la parte expositiva de la sentencia.

³⁵ Cabe hacer presente que, sin perjuicio de todo lo dicho, si bien la historia de la ley puede ser ilustrativa en el significado del “rango de Ministro”, ello no obsta a la existencia de obstáculos interpretativos en dicha historia. Estos obstáculos deberían ser tomados en cuenta en un ejercicio hermenéutico minucioso. Así, por ejemplo, debería constar la contradicción aparente que existe entre diversas intervenciones. Por ejemplo, en el

Constitución da un espacio al legislador para establecer las autoridades inferiores al Presidente de la República (Ministros, subsecretarios, etc.), es dudoso que esta categoría tenga algún fundamento constitucional. A lo más, podría discutirse si la Constitución tolera o permite este tipo de categorías jurídicas, pero no podría argumentarse que ella las regula. Por ello, para entender bien los alcances de la naturaleza jurídica del Jefe de Servicio con rango de Ministro, no debe acudirse a la historia de la Constitución, sino a la historia de la ley.

Cuando el TRICEL acude a la historia de la Constitución, desvía el problema central de la controversia (si Cruz-Coke había sido o no Ministro de Estado) hacia la búsqueda de los fines de la institución. Si bien en este tipo de ejercicios hermenéuticos puede ser esclarecedor entender dichos fines, ello era del todo innecesario en este caso particular, ya que dichos fines nunca servirían como argumento terminal autónomo para decidir la regla jurídica que solucionaría el caso. En efecto, para argumentar que Cruz-Coke efectivamente era Ministro, el TRICEL necesitaba desarrollar un paso adicional que efectivamente intentó realizar, aunque con problemas, como hemos señalado en otro trabajo³⁶.

De la historia de la Constitución se desprende que hubo dos fines que se invocaron en las Actas: la moralidad pública (no usar el cargo para fines indebidos) y la separación de funciones (evitar que desde el Ejecutivo se controle el Legislativo), los cuales fueron contrastados con la necesidad de que las buenas autoridades puedan presentarse a cargos parlamentarios después de períodos prudentes (de allí la discusión sobre el plazo, que fue desde los 6 meses a los 2 años). Ninguno

primer informe complementario (p. 133) se sostiene que el “proyecto tiende a evitar la creación de un Ministerio (...)”, razón por la cual más adelante se agrega que “los decretos que emanen de ese servicio deben ser firmados por el Ministro a cargo del sector respectivo”, refiriéndose probablemente al Ministro de educación (una idea similar se repite en el segundo informe de la comisión de educación, p. 611). Por su parte, en la discusión de la sala (p. 492), el Sr. Martínez argumentó que estamos en presencia de un “Ministerio de la Cultura encubierto”. Otra opinión interesante la representa el informe de la comisión mixta (p. 908), donde se “recordó que el presidente del Consejo tiene rango de Ministro pero su jerarquía es inferior a la del Ministro de relaciones exteriores (...)”. Todas las páginas citadas se refieren a la Historia de la ley 19.891, Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes [en línea], (23 de agosto de 2003) [citado el 21 de octubre de 2013], <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19891/HL19891.pdf>

³⁶ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, De los Derechos... en prensa.

de estos elementos fue descartado por la CENC de manera explícita y, sin embargo, el TRICEL solo parece acoger relativamente el primero de los tres e incorporar uno relativo a la igualdad entre los candidatos (el candidato-Ministro tendría una evidente ventaja que pondría en riesgo dicha igualdad)³⁷. Lo correcto, a nuestro entender, era incorporar los tres elementos en el análisis, razón por la cual este razonamiento no podía conducir ni iluminar con precisión la decisión final. En otras palabras, la historia era innecesaria y el TRICEL necesitaba recurrir a otros elementos.

Por ello, no solo nace la sospecha del uso selectivo de la fuente histórica elegida por parte del TRICEL, sino que además, ello podría ser demostrativo de la búsqueda de argumentos varios que no son decisivos, los que son utilizados para justificar la sentencia de manera aparente pero no real. Aunque no podemos concluir lo anterior solo teniendo a la vista los razonamientos dados a conocer en este comentario, la acusación sobre el uso selectivo de fuentes es una explicación congruente con el (mal) uso de la técnica originalista, lo que se ve influido por la influencia de un debate tipo lista de lavandería, según constatamos en otro trabajo³⁸.

4. CONCLUSIONES

El caso Cruz-Coke no solo será recordado como aquel que precisó la regla por la cual, para efectos de la inscripción de las candidaturas parlamentarias, los jefes de Servicio con “rango de Ministro” deben ser entendidos como “Ministros”, sino también por las debilidades que ella presentó en su argumentación, lo que la distingue en sus con-

³⁷ El voto disidente del Ministro Patricio Valdés contesta este punto argumentando que muchos funcionarios que no son Ministros podrían estar en esa misma circunstancia, y realiza una lista ejemplificadora. El argumento de Valdés es particularmente interesante, ya que para este la determinación del fin no sería suficiente para establecer y extender una prohibición para todos los casos, sino que solo para justificar los casos ya regulados. Esta es, creemos, la manera correcta en que deben fundamentarse las prohibiciones, y única forma en que puede compatibilizarse el ideal de las prohibiciones de derecho estricto e interpretación restringida con el valor de exigir que los valores constitucionales estén presentes y tengan un efecto en la regulación respectiva. Ver Voto particular del Ministro Patricio Valdés, en sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, rol N° 110-2013, de 12 de septiembre de 2013.

³⁸ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, De los Derechos... en prensa

clusiones de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional.

En este trabajo hemos profundizado el (mal) uso de las Actas de la CENC como fundamento de la sentencia. Constatamos que ellas se utilizaron de manera innecesaria, y solamente de manera parcial, para entregar una argumentación secundaria que no permitía definir la naturaleza del cargo de presidente del CNCA.

Un caso como este permite que nos preguntemos acerca de las dificultades que enfrenta la técnica originalista de interpretación. Como hemos explicado brevemente, ella está sujeta a distintos tipos de crítica, algunas más absolutas (que persiguen derrotar completamente el uso de la técnica en materia constitucional) y otras que presentan obstáculos importantes a su uso sin derrotarla completamente. Si bien no hemos expresado nuestra posición en relación con la legitimidad jurídico-constitucional del uso de la técnica originalista, nos parece que sus limitaciones exigen que, si un tribunal elige utilizarla, debe justificar muy bien su uso, siendo consciente de sus restricciones, sometién dose a ciertos estándares mínimos que proponemos y relativizando sus conclusiones.

En el caso de estudio, el TRICEL utilizó las Actas de forma acrítica, infiriendo conclusiones que no se sometieron a los estándares que, según creemos, deben ser observados si se opta judicialmente por la decisión de invocar la CENC. Si bien ello puede ser explicado, en parte, por un esfuerzo que realizan los jueces por buscar los antecedentes útiles para su fallo, independientemente de si ellos son valiosos o no (lo que podría traducirse en un uso selectivo de los antecedentes), creemos que este caso es demostrativo de una cultura judicial acrítica con el uso de las Actas. Parte de la doctrina también actúa de esta manera, aunque los autores críticos parecen estar ganando adeptos. Sin embargo, parece ser que el debate sobre el recurso a la técnica originalista parece ser, todavía, exclusivamente académico. Es de esperar que comentarios como el que realizamos en este trabajo puedan colaborar en la transmisión de las lecciones que pueden extraerse desde dicha discusión hacia el debate propiamente judicial. Nos parece que un uso más sofisticado de las Actas podría enriquecer la manera en que los tribunales trabajan con la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce, *The Living Constitution*, en: *Harvard Law Review*, vol. 120 (2007), pp. 1737-1812.

- ALDUNATE, Eduardo, Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional, en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 115-120.
- ATRIA, Fernando, Sobre la soberanía y lo político, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 12 (2006), pp. 47-93.
- BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2011, 474 pp.
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian, Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional. Notas para su interpretación, en: *Revista de derecho de Valdivia*, Vol. XXI, N°2 (2008), pp. 131-150.
- BASSA, Jaime, Notas para una teoría democrática del poder constituyente, en: *Revista de derechos fundamentales*, N°1 (2008), pp. 41-70.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Touchstone, New York, 1991, 440 pp.
- CALABRESSI, Steven G., *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, The Federalist Society, 2007, 360 pp.
- CRISTI, Renato, La génesis de la Constitución de 1980. Una lectura de la honorable Actas de la Junta de Gobierno, en *Revista Ciencia Política*, Vol. 19 (1998), pp. 208-228.
- CRISTI, Renato, La noción del Poder Constituyente de Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980, en: *Revista de derecho*, Vol. 20, N° 2-3 (1993), pp. 229-250.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, 950 pp.; CEA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno. Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago, Editorial Universidad Católica, 2004, 680 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FIGUEROA, Rodolfo, De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional, en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45 (2000), pp. 587-603.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, De los Derechos Políticos a las listas de lavandería. Los problemas del caso Cruz-Coke, en: *Revista de derecho de postgrado de la Universidad de Chile*, en prensa.
- NASCH, Claudio, *Derecho Internacional en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago, Editorial Centro de derechos humanos de la Universidad de Chile, 2011, p. 82.

- NOGUERIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006, 413 pp.
- RAMOS, Paulina, Argumentación Interpretativa del Tribunal Constitucional Chileno 1981-2006, en: *Derecho, P. Universidad Católica*, tesis para optar al grado de doctor, (2010) 289 pp.
- RIBERA, Teodoro, El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria, en: *Revista de derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 32 (2009), pp. 409-440.
- SCALIA, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil", en: *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (1989), pp. 849-866.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, New Jersey, Princeton University Press, Princeton, 1997, pp. 159.
- SHAPIRO, Martin, Judges as Liars, en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17 (1994), pp. 155-156.
- STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, 150 pp.
- VERDUGO, Sergio, Precedente y teorías de interpretación en la justicia constitucional, en: Jaime Arancibia, José Ignacio Martínez Estay y Alejandro Romero Seguel (coord.), *Precedente, Cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Santiago, LegalPublishing Chile, 2013, pp. 17-43.
- VIAL SOLAR, Tomás, La Illegitimidad de la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, vol. 212 (2002), pp. 317-328
- ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

JURISPRUDENCIA

- Contraloría Regional de Valparaíso con Contraloría General de Chile*, Contraloría General de la República, 20 de mayo de 2009 (naturaleza jurídica del cargo del presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y sus atribuciones), [citado 17 de octubre de 2013]. <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=3CF5EA216451EFF9842575C1005C25F0>
- Partido Socialista de Chile con Consejo Directivo del Servicio Electoral*, Tribunal Calificador de Elecciones, 12 de septiembre de 2013 (acción de reclamación por inhabilidad), [citado el 17 de octubre de 2013], <http://www.tribunalcalificador.cl/informacioncausas/Tramitacion%20de%20Causas/110-2013%2035.-%20Sentencia%20%2012-09-2013.pdf>.

OTROS

Consejo Directivo del SERVEL, 28 de agosto de 2013 (inscripción candidatura), en: *Diario Oficial*, N° 39.654, p. 4.

Historia de la ley 19.891, Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes [en línea], (23 de agosto de 2003) [citado el 21 de octubre de 2013], <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19891/HL19891.pdf>

Sesión N° 352, [en línea] en: *Actas Oficiales de la Comisión de la Nueva Constitución*, (18 de abril de 1978), http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r