

RESEÑA

**Sobre Felipe Meléndez Ávila, El Control preventivo
en la Constitución actual: el temor al desborde
gubernamental en la función legislativa. Editorial
Jurídica de Chile, 2017, 320 pp.***

Pablo Ruiz-Tagle Vial

Universidad de Chile

Agradezco a Felipe Meléndez como también a los editores de Editorial Jurídica de Chile y a los integrantes del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), representados en la persona de su Ministra integrante doña Marisol Peña, la invitación a comentar este libro. Una monografía que se ha propuesto analizar y evaluar particularmente sus atribuciones de control preventivo de constitucionalidad de las leyes.

Este trabajo, que alcanza a 230 páginas y con sus anexos y sus índices que incluye una extensa bibliografía, es muy completo y variado; en cuanto a sus fuentes y anexos, llega a 320 páginas. Se beneficia de información obtenida de Internet, tanto en sitios de organismos gubernamentales como del Congreso. También da cuenta de muchos estudios y trabajos críticos, en una amplia y frondosa cobertura, que incluye cuadros y gráficos que, en sus comparaciones, tienen gran valor explicativo.

Desde luego, la excelente presentación del gran profesor Joseph Castella, de la Universidad de Barcelona, con que se abre este trabajo, hace que todo este ejercicio local y provinciano de volver a presentar este libro, en lo que a mis palabras se refiere, pueda parecer mera tautología. Qué actualidad tienen en Chile las palabras del profesor Castella cuando identifica entre los enemigos de la democracia a los populismos, que fundan buena parte de su engreída y ridícula argumentación en insalvables y supuestas dicotomías entre democracia y constitucionalismo, y entre legalidad y legitimidad. Simplismos, slogans y confusión son los rasgos del populismo, que lamentablemente también pueblan nuestra academia.

* Presentación realizada por el Dr. Pablo Ruiz Tagle Vial, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile del libro: «El Control preventivo en la Constitución actual: el temor al desborde en la función legislativa», del Dr. Felipe Meléndez Ávila, ceremonia realizada el día 21 de diciembre de 2017 en el Excmo. Tribunal Constitucional.

Pero alzando ideas contra esa tendencia oscurantista se erige este trabajo, que en forma de libro ha superado el modelo académico de tesis de doctorado, para llegar a una obra que sorprende por su buena escritura y madurez formal. Una sugerencia, nada más, de mi parte sería que en una próxima edición se agregue un índice analítico, para hacer más amigable el uso de las diversas ideas que contiene y la referencia a las personas que se mencionan, que son especialmente valiosas en lo que se refiere al derecho comparado.

En cuanto al fondo de este libro, una primera cuestión que aborda se refiere al control de constitucionalidad de las leyes en su origen: del *judicial review* norteamericano y la famosa controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en torno al Defensor de la Constitución. En cuanto a las explicaciones sobre el modelo norteamericano, pienso que es un gran mérito de la obra el referirse a *El Federalista* y no al caso *Marbury v. Madison* como el origen del control en el gran país del norte. Sin embargo, me parece que pudo enfatizarse más el rol predominante que toma la Corte Suprema norteamericana, que ni en *El Federalista*, ni en el caso *Marbury*, estaba previsto (Meléndez, 2017: 34). Así el sistema norteamericano, de ser en su origen un modelo difuso, pasó a tener un rasgo de concentración muy marcado. Esta idea es relevante, porque en Chile la Corte Suprema fue al modo de EE.UU. y hasta las reformas del 2005, el primer órgano de control judicial constitucional.

En lo que se refiere a la controversia entre Kelsen y Schmitt, me parece que hay en la obra del Doctor Meléndez un tratamiento muy profundo, pero en algún punto las diferencias que deben anotarse entre estos autores parecen borrarse. Es mi opinión que no hay posibilidad de conciliar el punto de vista de Schmitt con el de Kelsen en lo que se refiere al control judicial constitucional. Kelsen objeta el poder neutral del Presidente para defender la Constitución y argumenta que el TC controla el poder legislativo, tanto del Parlamento como del Presidente y que desde el punto de vista institucional, es también una expresión de la separación de poderes. La crítica a la ambigüedad o «textura abierta» del lenguaje constitucional no lleva a Kelsen a sostener que el TC sería una «tercera cámara», sino a sostener la afirmación que el TC, en su conformación política-jurídica, sería mucho más neutral y apegado a la idea de separación de funciones del poder que la figura el Presidente (Meléndez Ávila, 2017: 54).

Además, Kelsen sostiene que la distinción legislación-jurisdicción en que funda sus observaciones Schmitt es errada y lo que corresponde es plantear la dicotomía creación-aplicación del derecho, punto en el que el TC actúa igual que cualquier otro tribunal. (Meléndez Ávila, 2017: 55).

Porque para Kelsen, no es sólo una tarea de control de procedimiento el que corresponde al TC, porque la Constitución tiene un contenido material que limita el ámbito de la ley y por eso corresponde al TC no sólo intervenir si hay contradicción entre normas, sino también en relación con hechos y normas (que en este caso son aplicaciones) (Meléndez Ávila, 2017: 56 y especialmente, 58). Kelsen nunca usa la expresión «tercera cámara», tan de boga hoy en Chile, una expresión que puede tener su origen en las palabras de Francisco Rubio Llorente, tal como nos lo da a conocer el Doctor Meléndez.

Una segunda cuestión tratada es esta obra consiste en una propuesta de marco teórico o de una tipología de las formas del control constitucional de las leyes, que asume como modelo de función típico la idea del legislador negativo de Kelsen y agrega otras formas de control como modalidades atípicas. Esta sección fundada en el derecho comparado concluye con la afirmación que los TC actúan como órganos de función legislativa de control que son independientes, tal como se puede constatar en las modalidades atípicas de control existentes en Francia, Italia, España y Colombia, que se ejercen con funciones de legislador positivo (Meléndez Ávila, 2017: 92). Es particularmente ilustrativa a este respecto la cita de Rivero que dice: «las instituciones a diferencia de los satélites, rara vez se mantienen en la órbita dispuesta por su creador» (Meléndez Ávila 2017: 105).

De lo anterior se concluye que la idea de legislador negativo no puede ser considerado como el modelo típico ni menos único para la jurisdicción constitucional chilena, al menos para un país como Chile, que por tanto tiempo tuvo a la vista el *judicial review* norteamericano en la inaplicabilidad. Además, este sistema de inaplicabilidad se combinaba con un sistema mixto del tipo «ornitorrinco» jurídico (por su característica extravagancia típica), tal como lo ha sido el control que ha ejercido la Contraloría (Meléndez Ávila, 2017: 134). El Doctor Meléndez agrega también en esta sección las ideas de Favoreau que vuelven a desmentir la noción que el TC puede ser considerado como una «tercera cámara», si es que su función de control ha cumplido con garantizar los derechos de las minorías (Meléndez Ávila, 2017: 110-111)

La tercera cuestión que se trata en esta obra se refiere al control preventivo en el derecho comparado y en esta sección, las referencias están dedicadas al caso francés y español, porque es en esos países donde ha existido esta forma de control. Felipe Meléndez argumenta como el *Conseil* francés evolucionó en sus formas de control desde ser un órgano destinado a reforzar el presidencialismo, a cumplir un rol de proteger las minorías y los derechos fundamentales. Y en el caso español, a pesar de los avatares de la eliminación del control preventivo, la función del TC se lo vincula a la protección y garantía de la forma del estado autonómico y el debate del restablecimiento de estas facultades en torno al conflicto catalán (Meléndez Ávila, 2017: 124)

La cuarta cuestión de la obra del profesor Meléndez se refiere al control preventivo de constitucionalidad chileno y su relación con la forma de estado y de gobierno, comenzando por el tratamiento del TC entre 1970 y 1973 y su vinculación con la protección del presidencialismo legislativo (Meléndez Ávila, 2017: 138). En esta sección el Doctor Meléndez explica la vinculación entre el TC y la forma de Estado denominada «democracia protegida o autoritaria» (Meléndez Ávila, 2017: 148) Parece que Felipe Meléndez tiene una visión matizada de la conexión entre el TC y el autoritarismo, porque al menos reconoce que el control preventivo obligatorio «mirado aisladamente no se aleja de la actividad propia que realiza un TC (...) porque participa de la función legislativa, por lo que mal podría calificarse de buenas a primeras como un control meramente político» (Meléndez Ávila, 2017: 164).

Sin embargo, al final de esta misma parte de su obra Felipe Meléndez afirma:

«desde el punto de vista normativo, que pese a las reformas constitucionales del año 2005 suprimieron la casi totalidad de los denominados enclaves autoritarios, estos no habrían alcanzado a generar un nuevo TC, por el contrario habrían profundizado... una particular concepción de la forma de Estado desconfiada de las institucionales democráticas y temerosa de un eventual desborde gubernamental, en el marco de la función legislativa» (Meléndez Ávila, 2017: 173).

Pienso en relación con estas cuestiones planteadas por el Doctor Meléndez que un moderado escepticismo o temor de las instituciones democráticas o de un desborde gubernamental, no es por definición autoritarismo, ni tampoco significa aceptar la idea de democracia protegida o autoritaria como parece decirnos el autor de este libro. Como he argumentado en el libro *El Constitucionalismo del Miedo*, esta forma de pensar y actuar de escepticismo o temor de los desbordamientos de la mayoría puede ser, como se demostró en el caso de James Madison y otros, una forma saludable de liberalismo, entendido como mezquindad frente al poder público o privado, y puede ser incluso considerado como la base del constitucionalismo democrático. En todo caso, el Doctor Meléndez tiene razón en vincular el miedo a la propuesta de la democracia protegida; el argumento que planteo es que, frente al miedo, la solución autoritaria no es la única viable.

La quinta parte de esta obra entrega información empírica sobre las decisiones del TC chileno. Aquí se muestra como el control preventivo obligatorio predominó entre las tareas del TC durante el periodo preconstitucional a la Quinta República; esto es, hasta 1990 y desde 1990 hasta el año 2006, cuando se aprueban las reformas del año 2005 que traspasan la inaplicabilidad al TC. A partir de 2006 y hasta 2014, Felipe Meléndez sostiene que prima en el trabajo del TC el control por la vía de inaplicabilidad y paradójicamente, aunque el control preventivo representa el 12% del total de casos que revisa el tribunal no hay grandes variaciones entre el número de casos preventivos obligatorios que son muchos más que los casos preventivos voluntarios, con un leve aumento de estos últimos entre los años 2010 a 2014, lo que puede ser una señal de lo que puede ocurrir con el TC durante este segundo periodo presidencial de Sebastián Piñera (Meléndez Ávila, 2017: 188).

Del estudio de esta nueva forma de trabajo del TC chileno Felipe Meléndez concluye que en sus tareas preventivas voluntarias atípicas el TC se ha convertido en un protector de las minorías parlamentarias que lo distancia de su propósito de ser instrumento del presidencialismo y por cierto defensor de la democracia protegida o autoritaria (Meléndez Ávila, 2017: 200). Al mismo tiempo advierte que en este periodo cerca de un cuarto de sus sentencias, ha asumido en su rol preventivo obligatorio y en sus sentencias atípicas, la forma de legislador positivo con resoluciones que tienen formas restrictivas (prefiero esta palabra al término equivoco que se usa en esta obra que es neutralizador), exhortativas, constructivas o sustitutivas, particularmente en su forma de interpretar la LOC chilenas, que son expresión de la dictadura militar (Meléndez

Ávila, 2017: pp. 213-214 y 223). Además, argumenta que en el resguardo de sus competencias y formas orgánicas el TC ha asumido un rol vinculado a la democracia protegida o autoritaria. Puede llegar a desmentir esta última afirmación lo que el mismo Felipe Meléndez dice (que la) «gran mayoría de las decisiones constructivas (del TC) se han limitado a invocar derechos y garantías de carácter formal principalmente de carácter procesal, tales como la igualdad ante la ley y la justicia» (Meléndez Ávila, 2017: 219).

Por supuesto en esta ordenación que nos propone este libro podemos preguntarnos cómo se debe construir la explicación acerca de los periodos que se distinguen en la historia del TC chileno: siguiendo los periodos presidenciales; dividiendo los periodos políticos, tales como el tiempo anterior a 1990 y la Quinta República; según las reformas constitucionales, *i.e.* antes o después 2005; o mirando la forma en que ingresan sus nuevos integrantes y/o se estabilizan nuevas mayorías en TC. Queda abierta esta pregunta para ser resueltas por nuevas investigaciones. Yo, por cierto, me inclino en identificar el ejercicio de las funciones del TC con los periodos republicanos y dejar abierta la posibilidad de ser más específicos en los cambios que suponen las nuevas formas de su integración.

Al terminar la lectura de esta obra surgen muchas nuevas ideas, como es lo propio en toda obra intelectual valiosa. El trabajo de Felipe Meléndez se funda en la tesis correcta que surge del análisis comparado, de que el TC cambia en su estructura y función y que esos cambios se conectan con el régimen de gobierno y la forma del Estado. Otra de sus tesis, que me convence menos, es que el TC actúa a favor de una visión de democracia protegida al resolver sobre las LOC en el control preventivo obligatorio, por cuidar aspectos de competencia u organización. Sería además conveniente explicar, con un poco de más detalle, el cómo se integra un TC en un sistema de control chileno de constitucionalidad donde existe la Contraloría y un sistema de inaplicabilidad semejante al de EE.UU. Tampoco me ha quedado claro de qué manera la distinción norma-disposición de la doctrina italiana es recibida por el TC chileno. Por supuesto, el futuro también se abre con la interrogante de si el TC puede volver durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera, por afinidad ideológica o por las razones que sean a ser un protector de prerrogativas presidenciales legislativas, eso que en el caso del posnatal denomine función «ortopédica» constitucional.

Como se ve, las materias que trata esta obra, sin dejar de ser controvertidas, son abordadas en forma seria y consistente. Porque lejos está este trabajo de la frivolidad y la impostura constitucional que se ve en los medios por causa de tantas personas, incluyendo académicos y parlamentarios que critican y atacan al TC ofuscados por fallos que todavía no han sido dictados, o con diatribas contra sentencias que no se han tomado la molestia siquiera de leer una vez dictadas y sólo conocen de su veredicto.

Una última cuestión que corresponde mencionar aquí: y es que esta obra, cuando se presentó como tesis doctoral, fue injustamente evaluada por el tribunal que debía juzgarla. Con fatuidad y pedantería algunos examinadores locales se permitieron decirle a Felipe Meléndez en su examen que, para hablar de justicia constitucional, no era necesario recurrir a la controversia entre Schmitt o Kelsen. Dijeron también que no tenía

sentido estudiar las atribuciones de un TC que era parte de una constitución ilegítima como la chilena y otras barbaridades semejantes. Así se justificaron para calificar el trabajo de Felipe Meléndez con una nota que no merecía. Este incidente me recordó el caso en que, también por ignorancia y pedantería, se llegó a evaluar en Chile un trabajo excelente de Marcel Planiol con una mezquina y simple distinción. Pero Felipe Meléndez ha sabido sobreponerse a todas esas mezquindades y aquí nos tiene, reflexionando con la publicación de su trabajo en una prestigiosa casa editora y en la sede del Tribunal Constitucional de Chile.

Por ese motivo, hay que felicitar por lo menos dos veces a Felipe Meléndez y a su director de tesis, Francisco Soto, que aprovecharon el Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante un tiempo que lamentablemente ya es pasado, en el que se crearon las condiciones para producir y dar a conocer una obra excelente. También agradecer el trabajo paciente de su profesora y mentora Sofía Correa Sutil, que ha guiado toda la carrera y la vocación académica de Felipe Meléndez hasta éste, su momento inicial de consolidación. Agradecer además a la Universidad Mayor y a sus autoridades académicas, entre las que destaca Clara Szczeranski, que han confiado en el Doctor Meléndez importantes responsabilidades y un lugar serio de trabajo docente y de investigación. El libro de Felipe Meléndez constituye a mi juicio un aporte sustancial a la literatura jurídica constitucional chilena y comparada y debemos celebrar su publicación. Gracias por su atención en escuchar estas palabras.

Sobre el autor

Pablo Ruiz-Tagle Vial es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es Doctor en Derecho (J.S.D.) y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale, New Haven, Connecticut, EE.UU. (1988 y 1995, respectivamente). Es actualmente Decano de la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios, electo por el período 2018-2022; en ella, es Profesor de las cátedras de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho, de la cual ha sido igualmente Director del Programa de Doctorado (2003-2015) entre otros cargos.