Observatorio
Judicial

SERIE CONSTITUCIONAL 3/5

¿POR QUÉ DEBE HABER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

www.observatoriojudicial.org

INTRODUCCIÓN

Corría el año 1985 y el país se preparaba lentamente para el plebiscito de 1988. La Junta de Gobierno —basándose en una norma que decía que el Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL) comenzaría a regir en la primera elección de senadores y diputados— determinó que la ley orgánica de dicho tribunal cumpliría sus funciones después del plebiscito. Ello significaba que el plebiscito se llevaría a cabo sin contar con un tribunal que garantizara su legitimidad. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional (TC) de la época decidió que esa norma era inconstitucional y, de este modo, la Junta de Gobierno se vio obligada a constituir el TRICEL en 1987. De este modo, el TC aseguró la legitimidad del hito que dio inicio a la transición a la democracia.

Después de este feliz comienzo, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la democracia parecen haber gozado de buen viento, al punto que en 2005 los órganos democráticos reforzaron aún más las atribuciones de dicho tribunal. Pero de un tiempo a esta parte, las relaciones entre el TC y los políticos electos han venido tensionándose.

Al Tribunal Constitucional se le critica porque sería una *tercera cámara* y porque constituiría el último de los *cerrojos autoritarios* contra las reformas al modelo neoliberal. A lo largo de este informe revisaremos qué tan justificadas son estas acusaciones. Con todo, es innegable que tras estos cuestionamientos hay preguntas que vale la pena plantear y responder. ¿Con qué legitimidad un tribunal invalida las decisiones de otro órgano democrático? ¿Por qué no encargar la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes a la justicia ordinaria? A estas preguntas fundamentales sobre la existencia de TC y de la función que ejerce, se le agregan otras que atañen a las particularidades de su diseño institucional, pero que tienen un enorme impacto en su legitimidad: ¿cómo se elige a los miembros del TC? ¿Debe permitirse al TC participar en el proceso legislativo? ¿Qué relación debe tener con los tribunales de la justicia ordinaria?

No solo en Chile se discuten estas cuestiones, sino también en otras partes del mundo. Porque —esto es importante de constatar— el TC no es una anomalía chilena. La inmensa mayoría de los países occidentales cuentan con alguna forma de control de constitucionalidad de las leyes[1].

Por ello, han confiado en los Tribunales Constitucionales o en la Corte Suprema la tarea de resguardar los derechos humanos, la separación de poderes y las reglas de la democracia. Naturalmente, esta tarea los lleva a enfrentarse con los poderes políticos y nuestro país no ha sido una excepción a esa tendencia. Entonces, no es raro que ninguna institución de la República se encuentre hoy más cuestionada que el Tribunal Constitucional. A esto debemos añadir que el TC tiene dos frentes, por un lado, puede intervenir en el proceso de formación de la ley, en donde debe lidiar con diputados, senadores y con el mismo gobierno: se trata del llamado control preventivo y constituye las facultades más polémicas de dicha entidad. Por otro lado, el Tribunal Constitucional conoce de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, controlando la constitucionalidad de las leyes que ya se han promulgado y que están siendo aplicadas por los tribunales de justicia, se trata del llamado control represivo, en donde el Tribunal Constitucional debe lidiar con los integrantes de la justicia ordinaria, incluyendo a la Corte Suprema. Estas facultades fueron entregadas al Tribunal Constitucional luego de la reforma constitucional de 2005 y, aunque son bastante menos polémicas que las facultades de control preventivo, no han estado exentas de dificultades y conflictos.

El presente informe busca ilustrar este debate, explicando los principales conflictos, así como los principios, valores y razones de conveniencia que están en juego. Para ello es necesario explicar por qué es necesario que exista un control de constitucionalidad, luego se debe comprender por qué es mejor que dicho control se ejerza de manera concentrada por un Tribunal Constitucional y no difusa, por los tribunales de justicia y finalmente, se debe atender a las atribuciones e integración del TC. El propósito final de todo este análisis es comprender por qué existe el Tribunal Constitucional y por qué el rol que ejerce no solo es necesario, sino que además indispensable para la salud de una democracia. Al fin y al cabo, no tiene ningún sentido dictar una nueva Constitución y declarar en ella una serie de normas y derechos, pero luego privarla de un guardián que haga valer esos límites y garantías. La democracia requiere que se respete el principio mayoritario, pero también que la mayoría respete las reglas del juego y, muy especialmente, los derechos de las personas.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA.

El control de constitucionalidad nació en Estados Unidos a principios del siglo XIX, a propósito del famoso caso de Marbury vs Madison de 1803, en que el juez John Marshall estableció que, en caso de una contradicción entre la ley y la Constitución, el deber del juez era hacer prevalecer esta última. En esencia, entendemos por control de constitucionalidad la facultad que se entrega a los jueces de invalidar leyes o actos administrativos en razón de su incompatibilidad con la Constitución. Desde sus orígenes en Estados Unidos, el control de constitucionalidad se ha expandido en olas sucesivas por el mundo, hasta que hoy es la regla general vigente en casi todas las constituciones de los países democráticos[2].

Sin embargo, tanto en nuestro país como en el resto del mundo se ha criticado el carácter contramayoritario y, por lo tanto, antidemocrático, según se dice, del control de constitucionalidad. También en Estados Unidos, el lugar de nacimiento de esta facultad de los jueces, el tema se ha discutido largamente. Ya en El Federalista 78, James Hamilton defiende la idea de que la Constitución debe ser aplicada directamente por el juez y que "si ocurriera una variación irreconciliable entre los dos, se debería, por supuesto, preferir la Constitución frente al estatuto"[3]. Por el contrario, Thomas Jefferson criticó duramente el control de constitucionalidad pues, en su opinión, "considerar a los jueces como el árbitro final de todas las cuestiones constitucionales es una doctrina muy peligrosa, que nos pondría bajo el despotismo de una oligarquía"[4].

En la actualidad, probablemente los mejores expositores de ambas posiciones han sido Jeremy Waldron y Ronald Dworkin. Según el primero, "el control de constitucionalidad [...] es políticamente ilegítimo, en lo que se refiere a los valores democráticos: al privilegiar el voto de mayoría de un pequeño grupo de jueces no electos a los que no se puede hacer políticamente responsables, margina a los ciudadanos comunes y barre los celebrados principios de representación e igualdad política de las decisiones finales sobre las cuestiones de derechos"[5]. La tesis de Fernando Atria según la cual el TC sería una herramienta para "neutralizar la agencia política del pueblo"[6] es tributaria de esta idea. Esta manera de ver el control de constitucionalidad depende fuertemente del principio de mayoría, sin mayores contrapesos. Bajo esta

lógica, todo lo que diga la mayoría es democrático y todos los límites a la decisión mayoritaria son antidemocráticos. Las problemáticas relativas a los derechos de las minorías o las garantías de las personas deben ser resueltas por la propia mayoría, quedando las minorías y los individuos sujetos a su buena voluntad.

Esto no es un mero recurso retórico, sino la experiencia histórica que justificó el establecimiento de tribunales constitucionales en Europa después de la segunda guerra mundial. En efecto, como bien observa Ginsburg, "aunque muchos crean equivocadamente que la mayoría de los países europeos han establecido tribunales constitucionales, en realidad solo hubo cinco que siguieron el modelo de Kelsen en Europa Occidental: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. No es accidental que estos sean los países post-fascistas: la explicación tradicional rastrea estos desarrollos a la nueva conciencia de la post-guerra sobre las limitaciones al poder legislativo en base a los derechos y el derecho natural"[7]. Al respecto, es importante recordar que la mayoría de los regímenes fascistas europeos gobernaron apoyándose en la fuerza de las masas y, de hecho, algunos llegaron al poder por medios democráticos. Lo anterior generó la conciencia de que el gobierno de la mayoría sin contrapesos no es garantía para la indemnidad de los derechos de los individuos ni de respeto a las minorías. Esta misma conciencia fue alcanzada con posterioridad por los países post coloniales y los países latinoamericanos, que transitaron hacia la democracia luego de las dictaduras de los 70, la mayoría de los cuales establecieron tribunales constitucionales como guardianes de la democracia[8].

En oposición, encontramos el pensamiento de quienes, como Ronald Dworkin, sostienen que un sistema político que permite a las mayorías tomar decisiones sobre los derechos de las personas, no es verdaderamente democrático y que cualquier versión de la democracia en que los derechos fundamentales quedan supeditados al parecer de mayorías circunstanciales es, de hecho, un régimen tiránico. De este modo, Dworkin señala que "Estados Unidos es una sociedad más justa [porque tiene una Constitución judicialmente exigible] de lo que hubiera sido si sus derechos constitucionales hubieran quedados abandonados a la conciencia de las instituciones mayoritarias"[9].

Ciertamente, se trata de un debate largo y complejo que aquí hemos presentado de manera muy esquemática. Pero en lo que interesa a nuestro proceso constituyente, es importante recalcar que no es cierto que las nuevas demandas sociales impongan la necesidad de eliminar el control de constitucionalidad. En efecto, si atendemos a la demanda ciudadana por mayor respeto a la dignidad y los derechos de las personas, sumado al desprestigio de la clase política y la desconfianza que genera en la ciudadanía, resulta muy contraintuitivo eliminar los contrapesos a la voluntad de las mayorías circunstanciales. En particular, el control de constitucionalidad es un resguardo institucional que cautela muy especialmente el respeto a los derechos de las personas. En este sentido, la eliminación del control de constitucionalidad podría convertirse en un arma de doble filo, porque incrementar el catálogo de los derechos constitucionales, pero, al mismo tiempo, eliminar los mecanismos institucionales que hacen valer dichos derechos cuando son infringidos por la mayoría parlamentaria, puede conducir a una situación de frustración ciudadana aún mayor que la que hoy nos aqueja.

Todo lo anterior no significa que las críticas al control constitucional deban desdeñarse sin más. Al contrario, la objeción contramayoritaria invita a justificar de mejor manera el control de constitucionalidad sobre la base de un espectro más amplio y complejo de valores democráticos que la sola apelación al principio de mayoría. Pero, al mismo tiempo, recuerda que la regla mayoritaria juega indudablemente un rol en la legitimidad de la democracia y que, por lo tanto, el control de constitucionalidad debe utilizarse de manera excepcional y conforme a reglas claras y compartidas. El control de constitucionalidad es necesario y sano en una democracia, pero la objeción contramayoritaria fuerza a revisar con mucho detalle la integración y competencias del TC, a fin de minimizar el riesgo de que se dañe a la democracia y propender, más bien, a un órgano de control constitucional que fortalezca la deliberación política y el respeto a los valores democráticos.

2. CONTROL CONCENTRADO VERSUS CONTROL DIFUSO.

Ahora bien, ¿quién debe ejercer la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes? En el mundo existen dos sistemas: el control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado. Como veremos, el control concentrado parece ajustarse mejor a nuestra realidad. A esto debe añadirse que el resultado más probable de una eventual eliminación del Tribunal Constitucional no será la desaparición del control de constitucionalidad, como lo pretenden quienes promueven esta medida, sino que el establecimiento de un sistema de control difuso, que resulta más difícil de cuadrar con el principio mayoritario que el control concentrado.

Comencemos por explicar en qué consisten ambos modelos. Como explica Lautaro Ríos, "se denomina control difuso aquel en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular que conoce"[10]. De este modo, la característica principal de estos modelos es que el control de constitucionalidad es ejercido por la justicia ordinaria, no existiendo un tribunal especializado a cargo de dicha facultad. Con todo, lo normal es que la Corte Suprema adquiera una enorme preponderancia en el ejercicio de esta atribución. De hecho, en países como Estados Unidos o Argentina, donde rige este sistema, la Corte Suprema se comporta más o menos como un Tribunal Constitucional, concentrando parte importante del debate público y provocando con sus decisiones las mismas controversias sobre su rol contramayoritario.

Por otra parte, encontramos el control concentrado de constitucionalidad, que es "aquél que se reserva a un sólo órgano —sea éste el Tribunal Supremo de Justicia, sea una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo— con exclusión de los demás tribunales"[11]. De este modo, lo característico de este sistema es que la facultad de invalidar leyes por contravenir lo dispuesto en la Constitución es ejercido por un tribunal especial, denominado Tribunal o Corte Constitucional. Este modelo es el mayoritario en el mundo y es muy común en países de Europa continental y en América Latina.

Por lo tanto, la existencia de un Tribunal Constitucional no es en absoluto una anomalía chilena. Al respecto, pueden citarse varios ejemplos de

países con control de constitucionalidad concentrado. El primero de ellos fue el Tribunal Constitucional austriaco, establecido en la Constitución de 1920 siguiendo las ideas sobre jurisdicción constitucional del teórico del derecho Hans Kelsen. Al día de hoy, probablemente la corte más prestigiosa de este tipo es el Tribunal Constitucional alemán, que además forma parte del Poder Judicial de Alemania, del cual es su cabeza. Por su parte, el Consejo Constitucional francés fue diseñado para ejercer el control constitucional preventivo y, como veremos, sirvió de modelo al Tribunal Constitucional chileno de 1970.

Pero lo que aquí más interesa es las razones por las cuales se establece este tipo de tribunal especializado. Veamos algunas de estas razones:

> a. La primera de ellas es, sin duda, el valor central de la seguridad jurídica. La regla general es que los países sujetos al derecho civil —por oposición al derecho común anglosajón— tienden a establecer tribunales constitucionales separados. Como bien observa Delledonne, "la seguridad jurídica es altamente valorada en las jurisdicciones sujetas al derecho civil donde no rige el sistema de precedentes"[12]. En efecto, en Chile y los demás países sujetos al derecho civil, la seguridad jurídica está asegurada más por la autoridad de la ley que por la unidad de la jurisprudencia, a la que se permite mayores niveles de dispersión. Por lo tanto, si se permitiera a los jueces invalidar las leyes, se elimina la principal garantía de seguridad jurídica que tienen los ciudadanos. De aquí que se prefiera concentrar esta facultad en un solo tribunal, estableciendo procedimientos especiales para ello.

b. Asimismo, la naturaleza abstracta del control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales también está pensada para fortalecer la seguridad jurídica. El juez constitucional no se enfrenta a los hechos, sino a la ley en abstracto, que luego contrasta con la Constitución. En este sentido, actúa como un legislador negativo, cuya tarea consiste en expulsar las normas inconstitucionales, evitando la dispersión jurisprudencial que

se produce a causa de su aplicación. De aquí que, por regla general, las sentencias de los tribunales constitucionales tengan efectos erga omnes, por comparación al efecto inter pares de las decisiones de la justicia ordinaria. Se evita así que los jueces apliquen las normas en algunos casos y en otros no, afectando la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

En cambio, los tribunales constitucionales centralizan las facultades de control, lo cual les permite fijar criterios uniformes para el resto de los jueces de la República. En Chile, por ejemplo, hay quienes como Francisco Zúñiga sostienen que el TC sería asimilable a una corte de "super-casación"[13], lo cual ilustra muy bien la lógica de la concentración del control constitucional.

c. Adicionalmente, el control concentrado ocurre en países donde rige una concepción muy estricta de la separación de poderes. Como señala Ginsburg, "este modelo descansa en una fuerte orientación teórica que entiende a los jueces como subordinados del parlamento. Por lo tanto, se hacía necesario que la interpretación constitucional se hiciera por un cuerpo designado fuera de la justicia ordinaria. Esto llevó a la creación de un Tribunal Constitucional especializado en salvaguardar el orden constitucional"[14].

Esto permite mantener separada la lógica jurídica bajo la que opera el juez ordinario y el juez constitucional. Mientras que el primer juez aplica normas a hechos, el segundo contrasta las normas con la Constitución, en abstracto. Esta manera abstracta de razonar es más cercana a la lógica legislativa, con la diferencia de que el TC opera como un legislador negativo.

d. El modelo concentrado permite un mayor control democrático sobre los jueces que controlan la constitucionalidad de las leyes. Mientras que los miembros de la Corte Suprema son jueces de carrera, que normalmente son seleccionados de entre los estamentos superiores del Poder Judicial, los miembros del TC suelen ser

abogados o académicos de mucho prestigio, electos por los poderes políticos con bastante más libertad.

Todas estas razones se verifican en nuestro país. Nos rige un sistema de derecho civil, en que las decisiones de los jueces no tienen efecto general, sino sólo entre las partes del juicio y en que la principal garantía de seguridad que tienen los ciudadanos es la estabilidad y obligatoriedad de la ley. Nuestra Corte Suprema está conformada mayoritariamente por jueces de carrera y, dada la cambiante integración de sus salas, resulta muy difícil asegurar los equilibrios políticos en todas las integraciones. De aquí que a los constituyentes del pasado les haya parecido de toda lógica concentrar el control de constitucionalidad en un tribunal especial y separado del Poder Judicial. En realidad, hasta antes de 1925, el artículo 164 de la Constitución de 1833 señalaba que "[s]ólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos". Quedaba, por lo tanto, estrictamente prohibido a los jueces interpretar la Constitución y, mucho menos, controlar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso. Ello respondía a una concepción de la Constitución como un documento cuya principal función era organizar el poder político, en detrimento de la idea de la Constitución como una carta de derechos fundamentales directamente justiciables por los tribunales. De este modo, no existía el control de constitucionalidad, ni difuso, ni concentrado.

La Constitución de 1925 cambió lo anterior estableciendo el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, que permitía a la Corte Suprema determinar si las leyes se adecuaban a la Constitución. De este modo, el control de constitucionalidad de las leyes fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, mientras que la Corte Suprema de Estados Unidos de 1803 afirmó que interpretar la ley conforme a la Constitución americana —prefiriendo a esta última en caso de contradicción— era un deber de todo juez, la Constitución de 1925 estableció una acción especial que se interponía no ante cualquier juez, sino exclusivamente ante la Corte Suprema y cuyos efectos no eran la declaración de la

inconstitucionalidad de la ley con efectos generales, sino sólo entre las partes del juicio. A esto debemos agregar que la propia Corte Suprema fue muy reacia a tramitar y acoger esta acción, fijando estándares casi imposibles de cumplir para que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad pudiera prosperar. La negativa de los tribunales de justicia de ejercer esta función, en particular en lo que respecta a los conflictos entre poderes del Estado, llevó a que el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle estableciera un Tribunal Constitucional en 1970. Entre otras, se dotó al órgano de facultades de control de constitucionalidad preventiva de la ley, siguiendo el modelo del Consejo de Constitucionalidad francés.

De este modo, al menos en el papel, el control de constitucionalidad preventivo quedó en manos del Tribunal Constitucional, mientras que el control represivo quedó en manos de la Corte Suprema, aunque esta última nunca lo ejerciera. En términos gruesos, esta división se mantuvo en la Constitución de 1980 hasta 2005. Atendido a que, bajo el nuevo orden constitucional, la Corte Suprema insistió en no ejercer su facultad de declarar la inaplicabilidad, la reforma constitucional de 2005 le entregó dicha facultad al Tribunal Constitucional, que ahora concentraba en sus manos el control preventivo y el represivo. Finalmente, Chile contaba con un control concentrado de constitucionalidad propiamente tal. Sin embargo, todavía quedan bolsones de control difuso, que han venido ganando fuerza en los últimos años, ya sea por vía legal o jurisprudencial. Lo primero que debemos constatar es que nuestro diseño institucional no entrega la interpretación de la Constitución únicamente al Tribunal Constitucional. Aunque las atribuciones de control de constitucionalidad de la ley, sobre todo a partir de 2005, se encuentran concentradas en el TC, también la justicia ordinaria aplica directamente la Constitución y se sienten jurídicamente obligados por ella. El propio texto constitucional, así como diversas disposiciones legales, invitan al juez a ello.

Como bien sintetiza Andrés de Bordalí, "[e]n el caso de Chile, esta situación se agudiza especialmente después del golpe de Estado de 1973, donde a los tribunales ordinarios (1976) se les encarga la tutela directa de los derechos fundamentales a través del Recurso de Protección. Luego se

construye doctrinal y judicialmente la Nulidad de Derecho Público (1980 en adelante). Más adelante se crean otras figuras para la tutela de los derechos fundamentales, como es el caso, por ejemplo, del Amparo Económico. Últimamente el legislador ha encomendado a la Corte Suprema la tutela del derecho fundamental a un debido proceso, a través del recurso de nulidad que regula el Código Procesal Penal (art. 373 a CPP), a todo ello se puede agregar que un sector de la doctrina entiende que todo tribunal de justicia debe dar aplicación directa a la Constitución en virtud del mandato del artículo 6° de la Constitución Política de 1980"[15].

Esto ha llevado a que en los últimos años la Corte Suprema haya pretendido instalar el control difuso de constitucionalidad, entendiendo que es un deber del juez preferir la norma constitucional por sobre la norma legal y declarando su "derogación tácita"[16] cuando estas entran en conflicto. Además, ha puesto en entredicho la efectividad de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e, incluso, ha pretendido controlar sus actuaciones por medio del recurso de protección. Esto coincide con un cambio en la concepción de la naturaleza del juez. Hasta hace pocos años, los jueces se entendían a sí mismos como aplicadores de reglas. La tarea del juez no era asegurar los derechos fundamentales de las personas, sino simplemente resolver los conflictos concretos conforme a las reglas de conducta que se encontraban expresamente establecidas en la legislación. Hoy, para bien o para mal, los jueces entienden que su principal deber es proteger los derechos fundamentales de las partes, lo cual, en determinadas ocasiones, puede generar que se prefiera aplicar la Constitución que lo señalado por la ley.

La conclusión es que la eliminación del Tribunal Constitucional no derivará, como creen los que promueven esta idea, en la eliminación del control de constitucionalidad sin más. La justicia ordinaria no va a dejar de aplicar directamente la Constitución simplemente porque se elimina el Tribunal Constitucional. Incluso si no se le entregan atribuciones específicas para ello, como el recurso de inaplicabilidad, los tribunales de justicia insistirán en aplicar la Constitución directamente y en invalidar las leyes que les parezcan contrarias a la norma suprema. Más aún, eliminándose las

vías formales para ejercer el control de constitucionalidad, el control difuso puede verse exacerbado, porque los jueces no encontrarán otro camino para defender los derechos de las personas. Esto es una mala idea si lo que se pretende es proteger el componente mayoritario de la democracia. En efecto, los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos directamente por los órganos políticos, buscando proteger el equilibrio político y concentrar el debate público sobre el control de constitucionalidad. Un modelo de control difuso hace más difícil el debate político y ciudadano sobre la materia, porque la jurisprudencia de los tribunales ordinarios es más dispersa y difícil de identificar.

Asimismo, vuelve imposible cautelar los equilibrios políticos en el ejercicio de la función, atendido el origen de carrera judicial de la mayoría de los ministros de la Corte Suprema y la enorme variabilidad de las integraciones de sus salas. Pero, además, la eliminación del Tribunal Constitucional produciría un daño al Poder Judicial. Precisamente, uno de los beneficios del control concentrado es que aleja el control de constitucionalidad de los tribunales de justicia, impidiendo que sea tarea de los jueces ordinarios enfrentarse a los poderes políticos. Ocupándose el TC de esa confrontación, deja la cancha libre a los jueces para resolver los conflictos de las personas conforme al derecho, de manera imparcial y sin presiones políticas. Por el contrario, un modelo de control difuso no haría desaparecer la polémica en torno al control de constitucionalidad, sino simplemente la trasladaría desde el Tribunal Constitucional hacia la Corte Suprema, dañando a este último tribunal.

3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO.

Sin lugar a dudas, las atribuciones más polémicas del Tribunal Constitucional dicen relación con el control preventivo de constitucionalidad. En concreto, estas facultades se encuentran establecidas en el numeral 1 del artículo 93 de la actual Constitución, que establece un control obligatorio sobre las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales y los tratados internacionales. Por su parte, el numeral 3 de dicha disposición establece un control facultativo, autorizando al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Probablemente, el mayor crítico de esta última atribución ha sido Fernando Atria, quién acuñó el apelativo de "tercera cámara", haciendo referencia a la facultad del TC de conocer los requerimientos de inconstitucionalidad de los proyectos de ley durante su tramitación. Según Atria, la función de esta tercera cámara sería la de "aumentar el poder de la derecha, para lograr que lo que ella perdía en las dos primeras cámaras lo ganara por secretaría en la tercera"[16], impidiendo que la mayoría parlamentaria se manifieste plenamente. Las razones de fondo de la crítica dicen relación, en primer lugar, con que naturalmente los parlamentarios presentan requerimientos cuando no han podido hacer valer sus aprensiones constitucionales por medio del voto. Pero no es cierto que sea un arma para la derecha. Más bien, se trata de un contrapeso al poder de la mayoría parlamentaria o de la injerencia del Poder Ejecutivo como legislador. De hecho, durante el primer gobierno del Presidente Piñera, la entonces Concertación presentó 3 veces más requerimientos por inconstitucionalidad de lo que la coalición gobernante había presentado cuando estuvo en la oposición[18].

Adicionalmente, se dice que el Tribunal Constitucional sería una "tercera cámara" porque a veces sus ministros votan en bloque, emulando el comportamiento de las coaliciones parlamentarias. Es cierto que este fenómeno se produce de manera muy marcada en algunos requerimientos por inconstitucionalidad de proyectos de ley particularmente polémicos, pero

no en todos los casos (y tampoco cuando resuelven las acciones de inaplicabilidad, que representan el 97% de las causas que resuelve el Tribunal Constitucional)[19]. Más aún, incluso en las decisiones más polémicas el Tribunal Constitucional no ha dejado de razonar jurídicamente y conforme a los estándares que corresponden a un tribunal que falla en derecho.

Como fuere, la crítica a un órgano de control es del todo esperable. Como señala Sebastián Soto, "El TC es, por definición, el control más próximo que tienen las mayorías en el Congreso y por eso se ha transformado en el principal enemigo de algunos"[20]. Es innegable que la cercanía al debate político ha debilitado el prestigio del Tribunal Constitucional. De aquí que parezca una buena medida racionalizar el uso del control preventivo de constitucionalidad para alejar en la medida de lo posible al TC del foco del conflicto, aunque entendiendo que alguna cuota de conflicto es inevitable. Por eso el mismo autor plantea la necesidad de que el TC sea "particularmente cauto al ejercer esta atribución y entender que su prestigio pasa, en gran medida, por mostrarse como un árbitro imparcial susceptible de ser persuadido. Dicho de otra forma, las decisiones de los ministros deben estar firmemente atadas a la Constitución, a la interpretación que se hace de esta, a los precedentes y, en fin, a cualquier otro aspecto jurídico relevante distinto de la mera simpatía política"[21].

Con todo, el control represivo facultativo tiene una doble utilidad. Por una parte, en cuanto a los vicios de procedimiento, permite que las minorías exijan a lo menos que se cumplan las reglas del juego democrático, estableciendo al TC como árbitro. Esta dimensión no es en lo absoluto irrelevante, atendido el poco respeto a las reglas procedimentales que hemos observado en los últimos años en el debate legislativo.

Por su parte, en cuanto a los vicios sustantivos, es importante que exista un mecanismo institucional para evitar que se promulguen normas genuinamente inconstitucionales. Sin embargo, parece que no es conveniente que el Tribunal Constitucional intervenga durante el debate legislativo, porque acerca excesivamente al órgano al debate político. Una alternativa es seguir el modelo alemán, restringiendo la oportunidad para

presentar el requerimiento de inconstitucionalidad al tiempo que media entre la promulgación y la publicación. Con esto, se aleja al Tribunal Constitucional del proceso legislativo y se da espacio al propio legislador para que se planteen y solucionen los problemas de constitucionalidad durante la tramitación de los proyectos de ley.

Finalmente, en lo que respecta al control facultativo obligatorio, es importante constatar que, en la práctica, opera como una suerte de toma de razón de los proyectos de ley, por lo cual cabría proponer su eliminación. Como señala Soto al respecto, "en sus orígenes se pensó en un control de leyes orgánicas constitucionales que, supuestamente, tendrían una jerarquía superior a la ley común. Pero rápidamente tal idea fue desechada y las normas orgánicas constitucionales, nadie lo duda, son leyes con jerarquía legal que solo tienen exigencias formales adicionales: quórum especial y control obligatorio. Además, todo lo que el TC puede conocer a través del control obligatorio podría conocerlo también si hay un requerimiento. Por eso, nadie extrañaría el control preventivo obligatorio en caso de eliminarse"[22].

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD REPRESIVO.

El gran debate en torno al Tribunal Constitucional suelen ser sus facultades de control preventivo, que analizamos en el apartado anterior. Sin embargo, también sus facultades de control represivo —es decir, posterior a la dictación de la ley por medio de las acciones de inaplicabilidad o inconstitucionalidad (art. 93 N° 6 y 7° CPR, respectivamente)— han sido foco de conflicto. Ha habido problemas en cuanto a su naturaleza abstracta o concreta, sobre su efectividad y sobre su oportunidad. Como veremos, lo anterior afecta las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, que en los últimos años no han sido buenas. La nueva Constitución debe revisar estos aspectos para evitar que los conflictos entre el TC y la CS vuelvan a repetirse. Además, si la Convención Constitucional limita o elimina el control preventivo, lo más probable es que aumente la cantidad y relevancia de asuntos en los procesos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Por ello, es imperioso avocarse a los problemas que hoy presentan las facultades de control represivo, muchos de los cuales han provocado conflictos con la justicia ordinaria, particularmente con la Corte Suprema. A continuación, se enumeran algunos de estos problemas:

a. Ámbitos de atribución del Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria.

Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han acusado una invasión de su ámbito de atribuciones por parte del otro tribunal. Como ya hemos analizado anteriormente, la Corte Suprema ha declarado la "derogación tácita" de preceptos legales por considerarlos contrario a la Constitución, provocando el reclamo del Tribunal Constitucional, que entiende vulnerado su monopolio sobre el control de constitucionalidad[23]. Por su parte, la Corte Suprema estima que el Tribunal Constitucional invade su ámbito de atribuciones cuando declara inaplicable una determinada interpretación de la ley, en el entendido de que la atribución de interpretar la ley es exclusiva de los tribunales de justicia.

En efecto, aunque la Corte reconoció que el Tribunal Constitucional está facultado para revisar la constitucionalidad de las leyes, señaló que no puede, "excediendo las atribuciones entregadas en el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental, declarar inconstitucional la interpretación que ha sido efectuada por los tribunales de justicia, con lo cual se inmiscuiría en la labor propia de los tribunales"[24]. Es decir, según la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional no podría declarar inaplicable una interpretación de la ley, sino sólo la ley en sí misma, porque solo los jueces del fondo pueden interpretar la ley.

Esto tiene dos problemas. Por una parte, ya en abstracto es imposible abstenerse de interpretar la ley, porque "interpretar" es sinónimo de entender. Entonces, ¿cómo podría el TC declarar la inaplicabilidad de una norma sin interpretarla? Pero, por otra parte, la acción de inaplicabilidad no se interpone después de la aplicación concreta que hizo una sentencia de una determinada ley, sino que antes de su dictación, con el propósito de evitar que se produzca el resultado inconstitucional. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional debe imaginar cuáles podrían ser los resultados inconstitucionales de una hipotética aplicación de la norma. Esto explica en parte por qué la Corte Suprema cree que el TC debe decretar la inconstitucionalidad de la norma en abstracto, a pesar de estar conociendo una acción de inaplicabilidad. De hecho, cuando la facultad estaba radicada en la Corte Suprema, ésta entendía que debía comparar la ley con la Constitución sin referirse a los hechos del juicio [25]. Este asunto se vincula con el monopolio sobre la interpretación de la ley, del cual la Corte Suprema es muy celosa. Como bien explica Luis Alejandro Silva "la inaplicabilidad es un mecanismo de interpretación de la ley, y precisamente por esta razón genera tensión entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En el fondo, la cuestión podría plantearse como quién es el intérprete final de la ley"[26].

Esta situación obliga a revisar la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, su oportunidad y su carácter exclusivo. Al respecto, se debe fortalecer el carácter concentrado del control de constitucionalidad evitando que la justicia ordinaria declare la derogación de preceptos inconstitucionales. Asimismo, es importante que la acción de inaplicabilidad no se convierta en un recurso procesal por el cual el TC controle la interpretación de la ley que realiza la justicia ordinaria, so pretexto de ejercer el control de constitucionalidad.

b. Ineficacia de las sentencias de inaplicabilidad.

Vinculado al problema anterior, encontramos la discusión sobre la obligatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional, particularmente para los jueces del fondo. La reforma constitucional de 2005, que traspasó la facultad de conocer de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, no estableció expresamente dicho efecto.

El hecho de que el TC no resuelva sobre una interpretación concreta contenida en una sentencia, sino que deba anticiparse al razonamiento del juez, inevitablemente debilita el efecto de la acción de inaplicabilidad. El juez siempre puede buscar una interpretación distinta de las normas y eludir, de este modo, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional. En los hechos, los ministros del TC tienen la sensación de que sus sentencias no son cumplidas por los jueces.

Una manera de solucionar el asunto es instituir expresamente la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, estableciendo como un requisito de la sentencia del juez del fondo una referencia a sus decisiones. Más discutible, en cambio, sería establecer que la acción de inaplicabilidad se ejerza contra la interpretación concreta de una sentencia de primera o segunda instancia. En la práctica ello equivaldría a transformar la acción de inaplicabilidad en un recurso, abriendo la puerta para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo de las causas y trastocando el sistema de instancia vigente.

c. Retraso en la tramitación de las inaplicabilidades.

Conforme a un informe del Observatorio Judicial, en promedio, las inaplicabilidades en 2015 tardaron 327 días en tramitarse; en 2016, 344 días; en 2017, 360 días; y en 2018, 454 días[27]. Lo anterior constituye un desincentivo para que los propios jueces presenten cuestiones de constitucionalidad y tensiona las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria. ¿Por qué se produce este retraso? El fenómeno es multicausal. Por ejemplo, muchos abogados interponen la acción de inaplicabilidad con fines dilatorios, lo cual puede explicar el aumento en los ingresos. Esto genera un círculo vicioso, porque a mayor número de ingresos, mayor es la carga de trabajo del TC y mayores serán los retrasos. Y mientras más largo sea el retraso, mayor es el incentivo de los abogados inescrupulosos para presentar acciones de inaplicabilidad con fines dilatorios. Una posible solución es aumentar los estándares de admisibilidad y establecer sanciones a los abogados que incurran en estas prácticas.

Por otra parte, la acción de inaplicabilidad es resuelta por el pleno del Tribunal Constitucional, lo que obviamente dificulta el trabajo. Por ello, cabría evaluar la posibilidad de que las causas de inaplicabilidad fueran íntegramente tramitadas por las salas, haciendo más expedito el proceso. Finalmente, como veremos a continuación, puede que el alto quórum de la acción de inconstitucionalidad esté produciendo un atochamiento de causas por inaplicabilidad de preceptos que deberían haber sido declarados inconstitucionales.

d. Inseguridad jurídica.

Para acoger una acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional requiere un quórum de 4/5 de sus miembros. Esto resulta muy difícil de alcanzar, aun cuando haya una jurisprudencia asentada sobre la inaplicabilidad de un precepto. Por

ejemplo, entre 2017 y 2019 el 65% de las causas ingresadas solicitaron la inaplicabilidad de preceptos de la Ley Emilia o de la Ley de Armas[28], que el Tribunal Constitucional concede de manera prácticamente mecánica. Sin embargo, el pleno no ha sido capaz de alcanzar los 4/5 necesarios para declarar la inconstitucionalidad de las normas, por lo que la situación de inseguridad jurídica permanece. Parece del todo razonable reducir el referido quórum a mayoría absoluta o, al menos, a una proporción del pleno que sea posible alcanzar.

5. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ya señalamos, uno de los beneficios de contar con un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial es que los poderes políticos pueden tener una mayor injerencia en la nominación de los ministros. Pero, a diferencia de lo que podría pensarse, el objetivo de tal diseño no es politizar el Tribunal Constitucional sino, al contrario, resguardar que los balances políticos en su interior bloqueen que una u otra facción se vuelva predominante, en detrimento de la imparcialidad e independencia del órgano. De hecho, un estudio del académico americano Cass Sunstein mostró que los tribunales colegiados compuestos por jueces nominados por gobiernos demócratas y republicanos tendían a fallar de manera mucho más moderada que aquellos integrados por jueces de origen únicamente demócrata o únicamente republicano[29]. En Chile se suele criticar esta solución apelando al adjetivo peyorativo de "cuoteo", pero ha dado buenos resultados, por ejemplo, en la conformación de órganos como el Banco Central.

También la Corte Suprema se elige siguiendo esta lógica, pero algunos elementos particulares al funcionamiento del Poder Judicial vuelven más difícil la custodia de los equilibrios necesarios para ejercer el control de constitucionalidad con ecuanimidad. En primer lugar, la mayoría de los ministros de la Corte Suprema provienen de la carrera funcionaria, lo que muchas veces hace más difícil prever sus simpatías políticas. Esto, que es una virtud en el sistema de justicia ordinaria, se convierte en un obstáculo en el TC, donde los ministros tendrán que revisar asuntos políticamente relevantes y, por lo tanto, es importante cuidar los equilibrios. Además, la integración de las salas de la Corte Suprema es sumamente fluctuante, lo que empeora si tenemos en consideración la figura de los abogados integrantes, que alteran aún más la composición de las salas.

Sin embargo, junto con asegurar la legitimidad democrática de los ministros del Tribunal Constitucional, es importante resguardar su independencia respecto de los poderes políticos. El Tribunal Constitucional es el guardián de las reglas constitucionales y, por lo tanto, sufre una mayor exposición a las embestidas de las autoridades políticas cuando estas buscan extralimitarse. De aquí que sea fundamental no entregar al Congreso Nacional la facultad de acusar

constitucionalmente a los ministros del TC, puesto que ello haría ilusoria su autonomía constitucional. Ya hemos presenciado el mal uso que ha dado el Congreso Nacional a la acción constitucional contra ministros de la Corte Suprema por notable abandono de deberes, respecto de casos de connotación pública pero que no afectaban las facultades ni decisiones del legislador. Si los parlamentarios cuentan con una acción constitucional contra los ministros del TC, resulta muy probable que la utilicen cada vez que el tribunal falle contra las pretensiones de una u otra bancada. En definitiva, otorgar al controlado la facultad de controlar al controlador disminuiría considerablemente la efectividad de dicho control.

Con todo, no se puede desconocer que la actual configuración del Tribunal Constitucional ha sido objeto de críticas. Así y todo, convendría elevar los estándares de ingreso, avanzando hacia un Tribunal Constitucional con mayores calificaciones técnicas. Al respecto, sería razonable adoptar algunas de las medidas de la reforma al sistema de nombramientos propuestas por el Poder Ejecutivo para la justicia ordinaria, puesto que camina precisamente en dicha dirección.

Adicionalmente, cabe preguntar si conviene modificar también el aspecto político del actual sistema de nombramientos. La reforma constitucional de 2005 entregó al Presidente de la República la facultad de nombrar tres ministros del Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema la facultad de nombrar otros tres y al Senado y la Cámara de Diputados de nombrar dos ministros cada una. Si bien la inmensa mayoría de los países siguen modelos similares al nuestro, no hay objeciones de principio para un sistema análogo al nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, con participación de los tres poderes del Estado en cada nombramiento, aunque sin el componente de su origen en la carrera judicial. Es un asunto que deberá discutirse en su mérito conforme a criterios de conveniencia práctica.

CONCLUSIÓN

La regla general en el mundo de hoy es que exista algún sistema de control de constitucionalidad de las leyes. En la mayoría de los casos, las democracias han establecido sistemas de control concentrado, entregando dicha facultad a la Corte o Tribunal Constitucional.

Es innegable que el diseño del actual Tribunal Constitucional sufre de algunos problemas de diseño, tanto en lo que respecta a su control preventivo como represivo y a su integración. Respecto del primero, lo más razonable es racionalizar su uso, evitando que se dañe al Tribunal Constitucional al acercarlo excesivamente al debate político. Respecto del segundo, es importante que el diseño de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad eviten el conflicto con los tribunales de justicia, particularmente con la Corte Suprema. Finalmente, en lo que respecta a la integración del Tribunal Constitucional, sería positivo aumentar los requisitos de ingreso de los ministros. Sin embargo, se trata de errores de diseño completamente perfectibles y que no ameritan, en lo absoluto, la eliminación del Tribunal Constitucional. Al contrario, la salud de la democracia depende en buena medida de que sobreviva un guardián de las reglas y del respeto de los derechos que hacen posible el juego democrático.

NOTAS AL PIE

1| Ver Delaveu, R, (2020), “Control de Constitucionalidad: análisis empírico desde el derecho comparado”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°67.

2| Ginsburg, Tom (2008), “The global spread of Constitutional Review”, en WHITTINGTON et al. (edit): The Oxford Handbook of Law and Politics (Oxford, Oxford University Press) pp. 81.

3| Hamilton, Madison, Jay, “El Federalista”, (2018), Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad, p. 471.

4| JEFFERSON, T, (1820), “Letter to William Charles Jarvis” (28 September 1820).

5| Waldron, J, (2006) "The Core of the Case against Judicial Review" The Yale Law Journal 115, no. 6.

6| Atria, F. (2020) “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): El conceptualismo constitucional”, en Derecho y Crítica Social.

7| Ginsburg (2008), p. 85.

8| Id.

9| Dworkin, R, (1986) “Law’s Empire”, Cambridge, Mass: Belknap Press, p. 356.

10| Ríos, L, (2002): “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile”, Ius et Praxis, vol.8 N°1, pp. 389.

11| Id.

12| Delledonne, G, (2017) “Constitutional Court’s Relation to Supreme Courts”, Disponible en: https://ssrn.com/abstract=3065471.

13| Zúñiga, F, (2010) Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales, (Santiago, Legal Publishing), p. 29.

14 | Ginsburg, (2008), p. 85.

15 | Bordalí, A. (2007): "La unidad de la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno", Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N°3, p 518.

16 | "Verónica Venegas y otro /Servicio de Registro Civil e Identificación" (2016): Sentencia Corte Suprema, Rol N°35.236-2016.

"Verónica Venegas y otro /Servicio de Registro Civil e Identificación" (2016): Sentencia Corte Suprema, Rol N°35.237-2016.

17 | Atria, Salgado y Wideman (2020), "El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas", LOM.

18 | Observatorio Judicial (2017), "Las coaliciones frente al Tribunal Constitucional", disponible en: https://observatoriojudicial.org/-category/informes/.

19 | Tribunal Constitucional, Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional 2018, Tribunal Constitucional 2019.

20 | Soto, S (2021), "La hora de la re-constitución", Ediciones UC, p. 153.

21 | Soto, (2021), p. 158.

22 | Soto, (2021), p. 158.

23 | Tribunal Constitucional, (2016), Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, Inconstitucionalidad Sobrevenida/Derogación Tácita. ¿Control difuso o concentrado?

24 | "Confederación Nacional de Funcionarios / Tribunal Constitucional" (2018): Sentencia Corte Suprema, Rol N°21.027-2019.

25| SILVA, LA (2012), "¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 38, N° 1, pp. 574-616.

26| Id.

27| Observatorio Judicial (2020): "Tribunal Constitucional. Los números detrás de la polémica" disponible en: https://observatoriojudicial.org/tribunal-constitucional-los-numeros-detras-de-la-polemica/.

28| Id.

29| Sunstein, Cass (2006), Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Brookings Institution Press.