

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA NECESIDAD DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

- Prácticamente todas las democracias del mundo cuentan con alguna forma de control de constitucionalidad, siendo la existencia de un Tribunal Constitucional el mecanismo más difundido. Ello es necesario para resguardar las reglas de la democracia, los derechos de las personas y el respeto a las minorías.
- Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional (TC) adolece de algunos problemas que demandan efectuar adecuaciones a su diseño institucional. Por una parte, el control preventivo puede ser racionalizado para distanciar al TC del debate legislativo. Por otra parte, es importante ajustar las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad para evitar roces con los tribunales de justicia. Por último, la integración del Tribunal Constitucional requiere elevar los estándares de nombramiento de sus miembros.

Probablemente, ninguna institución del actual régimen institucional se encuentra más cuestionada que el Tribunal Constitucional (TC). Se le acusa de ser una “tercera cámara”, cuya función 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”<sup>1</sup> o de constituir el último cerrojo autoritario para “neutralizar la agencia política del pueblo”<sup>2</sup>. Esto, a pesar de que los partidos de centroizquierda han acudido al órgano tanto o más veces que los de centroderecha. Consecuentemente, muchos convencionales han propuesto su eliminación, o bien, una restricción dramática de sus facultades.

Lo cierto es que la existencia de un Tribunal Constitucional no es una anomalía del modelo chileno y sus facultades tampoco difieren radicalmente de las que poseen los tribunales constitucionales de otros países<sup>3</sup>.

Esto no significa que nuestro TC no adolezca de importantes problemas de diseño y que, por otro lado, algunas de las críticas que se le dirigen carezcan de todo sustento.

<sup>1</sup> Atria, Salgado y Wideman (2020), “El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas”, LOM.

<sup>2</sup> Atria, F. (2020) “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): El conceptualismo constitucional”, en Derecho y Crítica Social.

<sup>3</sup>Ver Delaveu, R, (2000) “Control de Constitucionalidad: análisis empírico desde el derecho comparado”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°67, año 2020.

Es innegable que en los últimos años la cultura institucional y el prestigio del TC han decaído notablemente. Para colmo de males, en el mismo período el TC ha debido pronunciarse sobre proyectos de ley particularmente polémicos y ha protagonizado conflictos con la Corte Suprema.

¿Significa esto que el Tribunal Constitucional debe ser eliminado de la nueva Constitución? En lo absoluto. El naciente régimen institucional no puede prescindir de un guardián que haga valer sus normas, que proteja las garantías y derechos constitucionales consagrados en el nuevo texto y que resuelva los conflictos de competencia que surjan entre las instituciones y autoridades políticas del país. De aquí que lo razonable sea atender a los problemas que se detectan en el diseño y funcionamiento del TC e intentar resolverlos, pero no prescindir de la institución.

#### **POR QUÉ DEBE HABER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Las críticas contra el TC son de distinto orden. Algunas se dirigen contra una decisión o a la persona de algunos de sus miembros, y son normales en la vida democrática. Otras se refieren a problemas estructurales, como el retraso en la tramitación de la acción de inaplicabilidad o el uso excesivo de las facultades de control preventivo. Es de esperar que el debate de la Convención Constitucional se centre en este tipo de discusiones. Finalmente, encontramos discusiones más conceptuales, como la llamada objeción contra-mayoritaria y el debate sobre la naturaleza concentrada o difusa del control de constitucionalidad. Normalmente se trata de discusiones académicas sin mayor impacto práctico, pero que en un contexto de cambio constitucional cobran una enorme relevancia, porque afectan a la existencia misma del TC.

Partiendo desde lo más simple, el control de constitucionalidad es la facultad que se entrega a los jueces de invalidar las leyes por estimar que contradicen la Constitución. Desde sus orígenes en Estados Unidos, esta facultad ha sido muy cuestionada por contravenir el principio mayoritario, que es central a la democracia. En tiempos modernos, uno de sus principales detractores ha sido el académico norteamericano Jeremy Waldron, para quien 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”<sup>4</sup>. La crítica de Fernando Atria, según la cual el TC es una herramienta para “neutralizar la agencia del pueblo” es tributaria de esta idea.

---

<sup>4</sup> Waldron, J, (2006), "The Core of the Case against Judicial Review." The Yale Law Journal 115, no. 6 (2006).

Sin embargo, el principio mayoritario no es el único valor central a la democracia. Tan importante como el derecho de la mayoría a gobernar, son los derechos de las personas, el respeto a las minorías y la salud de las instituciones. Atendida la centralidad de los derechos de las personas en el discurso político contemporáneo, es obvio que un sistema político que permite a las mayorías vulnerar los derechos de las personas no es verdaderamente democrático. De hecho, los Tribunales Constitucionales europeos nacen y se fortalecen precisamente en aquellos países que, como Austria y Alemania, sufrieron las consecuencias de no contrapesar el poder de las mayorías<sup>5</sup>. Por otra parte, parece un contrasentido establecer una nueva Constitución y, simultáneamente, privarla de un guardián que la haga valer.

Ahora bien, ¿por qué es necesario que exista un Tribunal Constitucional y no se entrega esta facultad a los jueces ordinarios o la Corte Suprema? Al respecto, es importante recordar que en el mundo existen dos sistemas de control de constitucionalidad. Por una parte, encontramos los sistemas difusos -como Estados Unidos o Argentina- en que el control de constitucionalidad se entrega a todos los jueces en general, aunque con cierta preeminencia de la Corte Suprema. Por otra parte, los sistemas de control concentrado confían la tarea de ejercer el control de constitucionalidad a un tribunal especial, denominado Corte o Tribunal Constitucional. En derecho comparado, este es el sistema mayoritario y es el prevalente en Europa continental, en América Latina y en nuestro país<sup>6</sup>.

La mayoría de los países en que se establece el sistema concentrado rige el derecho civil, donde no opera el sistema de precedentes y se valora enormemente la seguridad jurídica<sup>7</sup>. Por lo tanto, si se permitiera a los jueces invalidar las leyes, se generaría una enorme dispersión jurisprudencial y el texto de la ley perdería su función de proveer de garantía de seguridad e igualdad jurídica para todos los ciudadanos. De aquí que se prefiera concentrar esta facultad en un solo tribunal, estableciendo procedimientos especiales para ello.

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.

---

<sup>5</sup> Ver 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. 81-118.

<sup>6</sup> Delaveau, 2020.

<sup>7</sup> Ver Delledone, G, (2017): Constitutional Courts, Relation to Supreme Courts, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3065471>

Finalmente, los tribunales de la justicia ordinaria están conformados por jueces de carrera, cuyo nombramiento tiene menos control democrático que los ministros del Tribunal Constitucional. Esto también es efectivo respecto de la Corte Suprema, donde apenas cinco miembros son externos del Poder Judicial. Este origen burocrático, sumado a la enorme variabilidad de las salas de la Corte Suprema y la presencia de los abogados integrantes, vuelve prácticamente imposible cautelar la conservación de los equilibrios políticos. En cambio, en la mayoría de los países el Tribunal Constitucional está conformado por académicos y profesionales de prestigio externos al Poder Judicial, que han sido nombrados por los poderes políticos, con lo cual se aminora la objeción contra-mayoritaria.

Como fuere, la experiencia muestra que los sistemas difusos no cuentan con mayor legitimidad para ejercer el control de constitucionalidad que los sistemas concentrados. En Estados Unidos, donde la Corte Suprema sólo tiene facultades de control represivo, se producen las mismas polémicas en torno a la legitimidad del *judicial review* que en nuestro país<sup>8</sup>. Ello demuestra que el efecto más probable de la eliminación del Tribunal Constitucional no será el fortalecimiento del principio de mayoría, sino simplemente un desplazamiento del conflicto político desde el TC hacia la Corte Suprema, con el consecuente daño para el Poder Judicial.

### EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO

Sin duda, las atribuciones más polémicas del TC dicen relación con el control preventivo de constitucionalidad. En concreto, el numeral 1 del artículo 93 de la actual Constitución 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 TC 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.

Ha sido esta atribución la que ha valido al TC el apodo de “tercera cámara”. En primer lugar, porque 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

---

<sup>8</sup> La tradicional disputa entre Jeremy Waldron y Ronald Dworkin sobre la legitimidad del *judicial review* es el mejor testimonio de este hecho.

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<sup>9</sup>.

Adicionalmente, se dice que el TC sería una “tercera cámara” porque a veces sus ministros votan en bloque, emulando el comportamiento de las coaliciones parlamentarias. Si bien es cierto que este fenómeno puede producirse respecto de algunos requerimientos de inconstitucionalidad, referidos a algunos proyectos de ley emblemáticos, ello no ocurre en todos los casos, y menos quiere decir que el TC no haya dejado de razonar jurídicamente y conforme a los estándares que corresponden a un tribunal que falla en derecho. Cabe hacer notar que el fenómeno ocurre menos todavía cuando el TC resuelve las acciones de inaplicabilidad, que representan el 97% de las causas que el tribunal conoce<sup>10</sup>.

Como fuere, es innegable que la cercanía al debate político ha debilitado el prestigio del TC. De aquí que parezca una buena medida racionalizar el uso del control preventivo de constitucionalidad. Respecto del control facultativo obligatorio, es importante constatar que, en la práctica, opera como una suerte de toma de razón de dichos proyectos de ley, por lo cual cabría proponer su eliminación.

Distinto es el caso del control facultativo, que permite evitar que se promulguen normas genuinamente inconstitucionales. 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.

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD REPRESIVO

Si bien el debate en torno al control preventivo de constitucionalidad suele concentrar la atención de la opinión pública, la mayor carga de trabajo del Tribunal Constitucional corresponde a sus facultades de control represivo, es decir, aquellas que permiten revisar la constitucionalidad de las leyes una vez que ya han entrado a regir, por medio de las acciones de inaplicabilidad o inconstitucionalidad (art. 93 N° 6 y 7° CPR, respectivamente). Si la Convención Constitucional limita o elimina el

---

<sup>9</sup> Observatorio Judicial (2018), “Las coaliciones frente al Tribunal Constitucional”, disponible en: <https://observatoriojudicial.org/las-coaliciones-y-el-tribunal-constitucional/>

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional 2018, Tribunal Constitucional 2019.

control preventivo, lo más probable es que aumente la cantidad y relevancia de asuntos que el TC reconoce por vía de las acciones 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 ellos:

- a. **Ámbitos de atribución del Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria:** tanto la Corte Suprema como el TC han acusado una invasión de su ámbito de atribuciones por parte del otro tribunal. Por una parte, la Corte Suprema ha declarado la “derogación tácita” de preceptos legales por considerarlo contrario a la Constitución<sup>11</sup>, provocando el reclamo del TC, que entiende vulnerado su monopolio sobre el control de constitucionalidad<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>.

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:** la reforma constitucional de 2005, que traspasó la facultad de conocer de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, no estableció expresamente la obligatoriedad de las sentencias del TC para los tribunales de justicia. De aquí que la Corte Suprema haya señalado que es

---

<sup>11</sup> Ver sentencias de la Corte Suprema en las causas caratuladas “Verónica Venegas y otro /Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Sentencia Corte Suprema, Rol N°35.236-2016; y “Verónica Venegas y otro /Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Sentencia Corte Suprema, Rol N°35.237-2016.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, (2016): Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, Inconstitucionalidad Sobrevenida/Derogación Tácita. ¿Control difuso o concentrado?

<sup>13</sup> “Confederación Nacional de Funcionarios / Tribunal Constitucional” (2018): Sentencia Corte Suprema, Rol N°21.027-2019.

una atribución de los jueces del fondo determinar el valor de las sentencias del TC<sup>14</sup>. En consecuencia, se debe establecer el deber del juez de referirse en su sentencia a la decisión del Tribunal Constitucional.

- 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<sup>15</sup>.

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. Una posible solución es aumentar los estándares de admisibilidad. Por otra parte, la acción de inaplicabilidad es resuelta por el pleno del Tribunal Constitucional, por lo que cabría evaluar la posibilidad de que fueran íntegramente tramitadas por las salas, haciendo más expedito el proceso. Finalmente, como veremos a continuación, puede que el alto quorum 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 quorum de 4/5. 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<sup>16</sup>, 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 de todo razonable reducir el referido quorum a mayoría absoluta o, al menos, a una proporción del pleno que sea posible alcanzar.

## INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como señalábamos anteriormente, 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. Contrario a lo que podría pensarse, el objetivo de tal diseño no es politizar el Tribunal Constitucional sino, más

<sup>14</sup> “Confederación Nacional de Funcionarios / Tribunal Constitucional” (2018): Sentencia Corte Suprema, Rol N°21.027-2019.

<sup>15</sup> Observatorio Judicial (2020): “Tribunal Constitucional. Los números detrás de la polémica” disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/tribunal-constitucional-los-numeros-detras-de-la-polemica/>

<sup>16</sup> Id.

bien, 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. Lo anterior resulta mucho más difícil en la Corte Suprema, porque sus ministros provienen mayoritariamente de la carrera judicial y porque la integración de sus salas es sumamente impredecible.

Sin embargo, junto con asegurar la legitimidad democrática de los ministros del Tribunal Constitucional, es importante resguardar su independencia respecto de los poderes políticos y su alta idoneidad técnica. 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 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. Otorgar al controlador la facultad de controlar al controlador disminuiría considerablemente la efectividad de dicho control.

Con todo, no se puede desconocer que la forma en que se configura la integración del Tribunal Constitucional ha sido objeto de críticas. En este sentido, convendría elevar los estándares de ingreso, avanzando hacia un Tribunal Constitucional que de garantías de mayores calificaciones técnicas. Al respecto, podría considerarse que todos los postulantes a integrar el tribunal, y más allá de los poderes públicos llamados a efectuar el nombramiento, se sometan a sistemas de precalificación orientados a velar por que se cumplan los requisitos de idoneidad y experiencia requeridos y que podría contemplar concursos públicos y otros filtros de mérito.

Adicionalmente, cabe preguntarse 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 principios para un sistema análogo al nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, con participación de los tres poderes del Estado en cada nombramiento. Es un asunto que deberá analizarse y discutirse en su mérito.

## **CONCLUSIÓN**

Prácticamente todas las democracias del mundo cuentan con algún sistema de control de constitucionalidad de las leyes. La mayoría de éstas han establecido

sistemas de control concentrado, entregando dicha facultad a una Corte o un Tribunal Constitucional.

Es cierto que el diseño de nuestro Tribunal Constitucional tiene algunos problemas, 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. Por último, en lo que respecta a la integración del Tribunal Constitucional, sería positivo aumentar los requisitos de ingreso de los ministros.

Como se puede ver, se trata de cuestiones 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 y libertades que hacen posible el juego democrático.