

El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución: ¿Continuidad o Cambio?

Javier Couso

Universidad Diego Portales (Chile) y
Universidad de Utrecht (Holanda)

contexto+

Resumen

Uno de los tópicos que marcarán el debate constituyente será el de si mantener (o no) el Tribunal Constitucional, dado que producto del rol que ha jugado en los últimos años se ha transformado en el imaginario nacional en uno de los últimos ‘enclaves autoritarios’ legados por el régimen militar. En efecto, el Tribunal Constitucional es visualizado por buena parte de la ciudadanía como una entidad problemática, que impide que las mayorías democráticas prevalezcan, particularmente cuando se trata de emprender proyectos de ley transformadores, que impacten en los pilares del modelo económico-social que dejó tras de sí la dictadura.

En esta Minuta se analizará qué son los tribunales constitucionales y cuáles son sus orígenes y funciones típicas, para luego abordar el rol que el Tribunal Constitucional chileno ha jugado en nuestro sistema político. Finalmente, se presentarán las diferentes opciones que la Convención Constitucional tendrá en esta materia.

I.

La primera pregunta que surge en relación a este tópico es qué es, exactamente, un *tribunal constitucional* (que en otros países suelen denominarse ‘*cortes constitucionales*’). En este punto, cabe precisarse que –como suele ocurrir con los conceptos jurídicos y políticos– existen diferentes concepciones respecto de lo que esta entidad es. **Desde un punto de vista estricto, un tribunal constitucional es un órgano separado del poder judicial, que tiene como función el velar que las leyes no transgredan lo que dispone la Constitución, motivo por el cual están generalmente dotados de la facultad de declarar inconstitucionales leyes que (por vicios de procedimiento o por vicios de fondo) sean contrarias a la carta fundamental.** Desde una perspectiva más informal, hay autores que denominan tribunales o cortes constitucionales a toda entidad que tenga el poder de declarar una ley como contraria a la constitución, lo que incluye a las cortes supremas de países en que ellas tienen la facultad controlar la constitucionalidad de las leyes (como

en los EE.UU., México y Argentina, entre otros).¹

Más allá de lo planteado, lo central es que tanto los tribunales constitucionales separados del poder judicial, como las cortes supremas que tienen funciones de control de constitucionalidad de las leyes, son mecanismos para garantizar lo que se conoce como ‘supremacía de la constitución’, esto es, un principio que establece que, dado que la carta fundamental es la norma jurídica más importante de un Estado, deben existir mecanismos que garanticen que el legislador no pase a llevar la Constitución, a propósito de introducir una ley.

Como se anticipó más arriba, el tipo de transgresión de la carta fundamental en que puede incurrir el poder legislativo al momento de elaborar una ley puede ser de forma (por asuntos de procedimiento) o de fondo (por el contenido de la ley). Un ejemplo de una transgresión de forma es cuando el Congreso no cumple con los pasos estipulados por la Constitución para aprobar una ley, ya sea incumpliendo quórum de aprobación de la misma, o bien desconociendo los detallados pasos que establecen las constituciones para elaborar una ley. Este tipo de control de constitucionalidad de es el que suele generar menos controversia, ya que las reglas de procedimiento para aprobar una ley son en general claras y es, por tanto, bastante evidente cuando se las ha transgredido. Esto contrasta notoriamente con el control de la constitucionalidad por motivos de fondo, cuando es el propio contenido de una ley –aprobada con respeto a los procedimientos establecidos– el que contraría lo dispuesto por la carta fundamental.

Para ilustrar el punto, imagine el lector que se aprueba una ley que respeta todos y cada uno de los requisitos de procedimiento y quórum establecidos por la Constitución, pero que la minoría que votó en contra de la misma argumenta que el contenido de la ley en cuestión vulnera lo que dispone la carta fundamental en su parte sustantiva. Un ejemplo de esto es el debate sobre matrimonio igualitario o la legalización de la eutanasia. En estos casos, las leyes que autorizan dichas prácticas suelen ser impugnadas aún cuando hayan cumplido meticulosamente con las disposiciones procedimentales y de quórum, en razón de que atentan contra los principios, los valores o los derechos fundamentales recono-

1. Ferreres (2011, 265).

cidos por las constituciones, aspectos en que las anteriores suelen ser mucho menos precisas, lo que inevitablemente genera interpretaciones contradictorias (y donde las sensibilidades políticas o culturales de los jueces suelen tener un enorme impacto).

Un importante efecto de la diferencia entre un tribunal constitucional que sólo tiene facultades de control de vicios de procedimiento en la generación de la ley, en contraste con otro que tiene, además, facultades de control de eventuales vicios de 'fondo' de la ley, es que las sentencias de los últimos suelen generar mucha más polémica que los de las cortes constitucionales que sólo controlan que el legislador cumpla con los requisitos de forma que la Constitución establece. En efecto, si un tribunal constitucional constata que no se cumplió con el quórum mínimo exigido por la carta fundamental para sesionar al momento de aprobarse un proyecto de ley, es difícil que dicha sentencia genere mayor controversia, porque las reglas procedimentales suelen no prestarse para interpretaciones demasiado divergentes. En el caso de vicios sustantivos o de fondo, en cambio, la situación es enteramente diferente. Como en estos casos típicamente se plantea que una ley transgrede un valor o principio constitucional (como el de dignidad), o un derecho fundamental (como el de no discriminación arbitraria), suele ocurrir que incluso jueces razonablemente imparciales y bien preparados discrepen, sin embargo, respecto a cómo interpretar dichos valores, principios o derechos fundamentales. Y esa discrepancia suele estar asociada a las diferentes perspectivas político-culturales de los jueces.

II.

Considerando que el tribunal constitucional más antiguo del mundo fue la Corte Suprema de los EE.UU., y que hacia comienzos del siglo XX se erigió en un órgano que echaba abajo activamente leyes por motivos de fondo (esto es, relativos al contenido de las leyes), algunos observadores europeos la criticaron duramente, señalando que ello representaba un verdadero “gobierno de los jueces”². Quizá por esto, los juristas europeos de la época (y en especial el jurista austríaco Hans Kelsen), plantearon la necesidad de crear un ente separado del poder judicial (denominado precisamente ‘tribunal constitucional’), encargado de arbitrar conflictos procedimentales y competenciales entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, pero que carecía de la facultad de declarar inconstitucional una ley por motivos ‘de fondo’. Ello impediría, se pensaba, que arribara también a Europa el temido gobierno de los jueces. La catastrófica experiencia del Holocausto, sin embargo, revirtió la situación anteriormente descrita, lo que se tradujo en la expansión de las funciones

de control de los tribunales constitucionales europeos, de manera que a partir de entonces no sólo arbitraron conflictos procedimentales y competenciales entre órganos del Estado, sino que comenzaron a velar porque el contenido material de las leyes no vulnerara los derechos fundamentales de individuos y grupos minoritarios.

En paralelo a expandir las funciones de los tribunales constitucionales existentes, la experiencia del nazismo y el fascismo contribuyó a la expansión de los tribunales constitucionales en otros países europeos. Por otra parte, luego de la 'ola' de dictaduras militares que experimentó América Latina en los años sesenta y setenta del siglo pasado, varios países de la región introdujeron tribunales constitucionales. Finalmente, con la caída del Muro de Berlín (y el consiguiente derrumbe los denominados 'Socialismos reales'), se implementaron también tribunales constitucionales en la mayoría de los países de Europa de Este.³

Producto de los desarrollos mencionados, a comienzos del siglo XXI los tribunales constitucionales se habían expandido por los cinco continentes, y la idea de que ellos (o las cortes supremas) deben controlar la constitucionalidad de las leyes se había convertido en una noción hegemónica, al punto que muchos especialistas la consideran como un mecanismo *sine qua non* de todo estado constitucional. Esto último está, por supuesto, desmentido por el hecho de que algunas de las democracias constitucionales más consolidadas y respetuosas de los derechos humanos del mundo no tienen mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (como Holanda o Nueva Zelanda). A pesar de esto último, el hecho es que la generalidad de los cultores del derecho constitucional contemporáneo acepta la idea de que —sea un tribunal constitucional, o sea una corte suprema con poderes de revisión de la constitucionalidad de las leyes—, este tipo de control debe existir.

2. Lambert (1921).

3. Shapiro y Stone (1994).

III.

En Chile, el surgimiento del primer Tribunal Constitucional data de la reforma de 1970, cuando se introdujo ese órgano con el objeto de arbitrar conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Dicho órgano, sin embargo, recién comenzaba a operar (luego de una lenta instalación) cuando se produjo el golpe de estado de 1973, alcanzando a dictar tan solo 17 sentencias antes de ser suprimido por la Junta Militar, en noviembre de 1973.⁴

En la Constitución de 1980 el Tribunal Constitucional fue reintroducido, pero esta vez dotado de amplios poderes de control del contenido sustantivo de las leyes, y con el declarado objetivo de proteger aquellos aspectos del modelo económico-social de la dictadura que se consagraron en la carta fundamental, ante el ‘peligro’ de que futuros gobiernos democráticos pudieran desmantelarlos.⁵

Si bien, producto de que la institución de los senadores no

electos, casi no hubo legislación que no tuviera la aprobación de prácticamente todo el poder legislativo, el Tribunal Constitucional tuvo en la primera década y media de la transición un rol poco relevante, pero esto cambió gradualmente a partir del 2005 (cuando una reforma le otorgó aún más poderes), alcanzando la cúlmene de su rol protector del modelo económico-social de la dictadura durante el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, cuando se transformó en un importante actor político no elegido democráticamente, al declarar inconstitucionales numerosos proyectos de ley que buscaban introducir elementos de justicia social, pero que eran contrarios a las cláusulas neoliberales de la Constitución de 1980.

Desde entonces, el Tribunal Constitucional chileno ha operado como la gran “Espada de Damocles” que pende por sobre la política chilena, ya que, cada vez que se aprueba legislación que propende a expandir las libertades y derechos de las personas –como la despenalización del aborto, el fortalecimiento de los sindicatos o la protección de los consumidores– aparecen voces conservadoras que amenazan con que pedirán al Tribunal Constitucional que declare esas iniciativas como contrarias a la Constitución. Así, sectores que son derrotados en el debate político-legislativo suelen “ganar por secretaría”, mediante el recurso al Tribunal Constitucional. Esto último no sólo ha asfixiado el normal desarrollo de la política democrática del país, sino que ha enviado la señal a los votantes de que importa más quién controla el Tribunal Constitucional que quién gane las elecciones presidenciales y parlamentarias.

4. Silva Cimma (1977).
5. Couso (2010).

IV.

Una vez analizados los orígenes, características, y algunas de las problemáticas centrales que suscitan los tribunales constitucionales, cabe ahora analizar cuáles son los ejes probables que tendrá la discusión acerca del tribunal constitucional en la deliberación que tendrá lugar al interior de la Convención Constitucional chilena.

Una primera pregunta que los convencionales constituyentes deberán confrontar es si debe existir algún tipo de control de la constitucionalidad de las leyes en la nueva Constitución o si, en cambio, Chile debe seguir el camino de las democracias que no exhiben este tipo de entidades (como los ya mencionados Holanda y Nueva Zelanda). Considerando que hoy por hoy existe poca confianza en el poder legislativo, es improbable que se entregue al último el poder de auto-controlarse en relación a proyectos de ley abiertamente contrarios a la Constitución.

Una vez zanjado que la nueva carta fundamental debiera contar con un órgano externo que controle que quienes elaboren las leyes no contravengan la carta fundamental, surgirá la pregunta de si se debe entregar dicha tarea a la Corte Suprema o, más bien, a un tribunal constitucional separado de la judicatura. Este promete ser uno de los puntos donde habrá debate en esta materia, especialmente considerando los problemas de legitimidad que exhibe el Tribunal Constitucional actualmente en funciones. Quienes apoyen la idea de que sea la Corte Suprema, probablemente argumentarán que la última garantizara mayor imparcialidad, independencia y profesionalismo que incluso un nuevo tribunal constitucional. También dirán que, considerando la mucho menor politización que exhibe el Poder Judicial es mejor alojar dentro del mismo esta labor de control. De optarse por este diseño, es probable que se adopte algo así como una sala especializada de la Corte Suprema para dedicarse solamente a la revisión de la constitucionalidad de la ley.

Un tercer eje en que probablemente se centrará el debate constituyente dice relación con si –sea la corte suprema o un tribunal constitucional el que lo realice– el control de constitucionalidad debe ser solo de ‘forma’, o, también de ‘fondo’. Esto es, si deberá controlar que se respetaron todos los procedimientos y quórums establecidos por la Constitución en la elaboración de las leyes o si, además, debe evaluarse si el contenido de la ley aprobada no transgrede principios, valores o derechos constitucionales.

Una cuarta pregunta que deberá responder la Convención Constitucional, de aprobarse la idea de que debe existir un control judicial de la constitucionalidad de la ley, es si éste debe ser anterior a la promulgación de una ley, o posterior a la entrada en vigencia de la misma. Así, por ejemplo, mientras en los EE.UU. sólo procede declarar la inconstitucionalidad de leyes que se encuentren vigentes y que se hayan aplicados a casos específicos, en Francia (y bajo al actual Constitución chilena) se puede declarar de inconstitucionalidad de un proyecto de ley que aún no ha sido promulgado, abortando, por decirlo así, una ley antes de que entre en vigencia. Como lo ha argumentado Stone (1992), el control preventivo de constitucionalidad (esto es, el que aborta un proyecto de ley) suele ser mas resistido por el poder legislativo y la población que el control que se realiza después de

que la ley ha entrado en vigencia y ha sido aplicada. En efecto, la acusación de que un tribunal constitucional sería una especie de 'tercera cámara' legislativa no elegida por el pueblo se acuñó por el mencionado Stone a propósito de una corte constitucional que tiene facultades de control preventivas (el Consejo Constitucional francés).

Finalmente, y especialmente si se decide mantener un tribunal constitucional y no traspasar sus funciones de control a la Corte Suprema, buena parte del debate constituyente en esta materia dirá relación con la integración y mecanismos de designación de sus ministros, así como el número de los mismos y tiempo de duración en el cargo. El diagnóstico actual es sumamente crítico respecto de los mecanismos de designación de los ministros del actual del Tribunal Constitucional, en especial el hecho de que el Presidente de la República designa sin consultar a nadie (por sí y ante sí) a tres de los diez miembros del anterior, lo que se ha prestado para una politización de dichos nombramientos. También se ha criticado que el elevadísimo quórum requerido para los nombramientos de integrantes del Tribunal por parte del Congreso ha tenido el efecto perverso de llevar a opacas negociaciones en que finalmente predomina el 'cuoteo' de ministros afines a diferentes sectores político-partidistas.

V.

Como se puede apreciar, la problemática de si adoptar (o no) tribunales constitucionales separados del poder judicial; el tipo y cantidad de atribuciones que se otorgarán a los mismos; y la forma de designar a quienes desempeñarán el rol de ministros de estas entidades de control es sumamente compleja. Adicionalmente, más allá de los tecnicismos que abundan en estos debates, las diferentes opciones disponibles a la Convención Constitucional en esta materia pueden tener un enorme impacto en el tipo de democracia que tenga el país, por lo cual los convencionales constituyentes deberán sopesar con cuidado los diferentes elementos en juego a la hora de definir la fisonomía de la futura Constitución en esta materia.



Referencias

Couso, Javier, "Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970-2010" en *Texas Law Review*, 89 (2010): 1517.

Ferreres, Víctor, "The rise of specialized constitutional courts", en Ginsburg, T., & Dixon, R. eds., *Comparative constitutional law* (Edward Elgar Publishing, 2011), pp.: 265-277;

Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes* (Tecnos, 1921; 2010);

Shapiro, Martin, y Stone, Alec, "The New Constitutional Politics of Europe", en *Comparative Political Studies*, 1994; 26 (4):397-420.

Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile:(1971-1973)*. Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

Stone, Alec, *The birth of judicial politics in France: The Constitutional Council in comparative perspective* (Oxford University Press, 1992).