

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Resumen

El futuro de nuestro sistema de justicia constitucional será una de las cuestiones centrales a discutir en el marco del proceso constituyente actualmente en curso. Probablemente, la discusión estará marcada por las críticas que, desde distintos frentes, se dirigen contra el Tribunal Constitucional. La presente minuta busca contribuir a este debate y esbozar algunas propuestas de diseño institucional que podrían ser aptas para enfrentar algunas de las críticas.

Palabras Clave:

Tribunal Constitucional, Órganos autónomos.

Introducción

La integración, atribuciones y continuidad del Tribunal Constitucional será una de las cuestiones centrales a discutir en el marco del proceso constituyente actualmente en curso. Pese a que esta discusión no es nueva, ella ha adquirido un reforzado ímpetu ante una serie de episodios que evidencian la necesidad de una revisión profunda de nuestro sistema de justicia constitucional. Entre tales episodios, cabe mencionar la presunta corrupción en la demora en la tramitación de causas relacionadas con la violación de derechos humanos durante la dictadura, dada a conocer por la actual Presidenta del Tribunal –María Luisa Brahm– en una entrevista (Ayala, 2020). Cabe también recordar la filtración de un audio de una sesión del pleno del Tribunal realizada poco después de la referida entrevista, en la que se registró un tenso intercambio de acusaciones y reproches entre sus integrantes.

Pero incluso en ausencia de episodios tan groseros como los mencionados, parece haber cierto consenso en la necesidad

de someter el estatuto constitucional del Tribunal Constitucional a examen. Tal consenso pudo verse en tres de los siete programas de gobierno de las elecciones presidenciales de 2017, que destacaban la necesidad de evaluar el rol y las atribuciones de este órgano; los de Goic, Guillier y Piñera. Así igualmente lo sugiere un informe emitido por un grupo de académicas/os e investigadoras/es “plural en cuanto a sus orientaciones intelectuales, jurídicas y políticas”, que propone una serie de reformas a esta judicatura (Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional, 2019).

En vistas a lo dicho, es altamente probable que el debate de la Convención Constitucional sobre este punto orbite en torno a algunas de las siguientes interrogantes: ¿debe contemplarse un Tribunal Constitucional en la nueva constitución? Si la respuesta fuese negativa, ¿cómo asegurar entonces la supremacía constitucional? Y, por el contrario, si la respuesta fuese afirmativa, ¿qué clase de diseño institucional sería el más adecuado para salvar las críticas que se formulan al actual Tribunal Constitucional y dotar de legitimidad a su sucesor? La presente minuta busca contribuir a este debate y esbozar algunas propuestas de diseño institucional que podrían ser aptas para dar respuesta a estas interrogantes.

El Tribunal Constitucional en la constitución vigente



La Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como máximo guardián de la supremacía constitucional. En tal rol, el Tribunal concentra una serie de atribuciones que se enumeran a continuación:

- a) Ejercer el control preventivo, obligatorio y facultativo de constitucionalidad de las leyes.
- b) Ejercer el control represivo de constitucionalidad de las leyes, con efectos generales en el caso de la acción de inconstitucionalidad o con efectos para un caso en particular, en el caso de la acción de inaplicabilidad.
- c) Ejercer el control de constitucionalidad de otros actos normativos, como decretos supremos y autos acordados.
- d) Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten en relación a la convocatoria a un plebiscito.
- e) Observar la constitucionalidad de las convocatorias a plebiscitos.
- f) Resolver las contiendas de competencia entre autori-

dades políticas o administrativas y los tribunales, cuyo conocimiento no corresponda al Senado.

g) Emitir pronunciamiento sobre las inhabilidades, incompatibilidades, renunciaciones y causales de cesación en el cargo del Presidente de la República, Ministro de Estado y parlamentario.

h) Declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos.

Para garantizar que el Tribunal Constitucional satisfaga su rol, la Constitución le otorga la última palabra en materia de interpretación constitucional. De ahí que se disponga que contra sus resoluciones no procederá recurso alguno y que las disposiciones que este órgano declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley. Bajo este respecto, es posible afirmar que en Chile se adopta un sistema concentrado de control de constitucionalidad, de carácter robusto. Que se adopte un sistema concentrado de control de constitucionalidad significa que la tarea de velar por la supremacía constitucional se encarga a un órgano especializado, distinto de los tribunales que forman parte del Poder Judicial. Por su parte, que se adopte un modelo robusto de control de constitucionalidad significa que los pronunciamientos del órgano de control representan la última palabra institucional en cuanto a la constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a su composición, el Tribunal Constitucional se encuentra integrado por diez integrantes, que reciben el tratamiento de ministras/os. Tres de sus integrantes son designados por la/el Presidenta/e de la República, a su discreción. Otros cuatro son elegidos por el Congreso Nacional. De estos cuatro, dos son nombrados directamente por el Senado y los otros dos son nombrados por el Senado previa propuesta de la Cámara de Diputadas y Diputados. Tanto los nombramientos como la propuesta, en su caso, se efectúan en votaciones únicas y requieren para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. Los tres restantes son elegidos por la Corte Suprema, en una votación secreta que se celebra en una sesión especialmente convocada a tal efecto.

Críticas al diseño y funcionamiento del Tribunal Constitucional



Buena parte de los cuestionamientos contra el Tribunal Constitucional apuntan a sus amplísimas atribuciones de control de constitucionalidad (Solari, 2015). La controversia se centra fundamentalmente en la evidente dificultad contramayoritaria que entraña el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, en cuanto basta con una simple mayoría de jueces no electos democráticamente para dejar sin efecto la decisión de otra simple mayoría -io, a veces, de una mayoría calificada!- que sí se encuentra legitimada democráticamente. Más aún, el problema no solo surgiría cuando el Tribunal efectivamente ejerce el control preventivo y declara la inconstitucionalidad de un proyecto de ley. La sola amenaza de presentación de un requerimiento es suficiente para que las/os adherentes al proyecto moderen su impacto, poniendo en juego el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la reforma (Guiloff, 2014).

En esta línea de ideas, se ha sostenido que la hipertrofia del Tribunal se proyectaría en la autocomprensión de este órga-

no sobre su rol institucional, tal como lo ilustran los apelativos de “tercera cámara”, “tribunal desatado” (Atria y Salgado, 2018) y “pequeño monstruo” (Fuentes, 2018). Dichos apelativos dan cuenta de una tendencia sistemática del Tribunal a extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, abandonando su tradicional rol de “legislador negativo”¹, interviniendo en discusiones de relevancia constitucional no sometidas formalmente a su conocimiento² e, incluso, arrogándose a sí mismo atribuciones para definir sus propias competencias³. Prácticas de este tipo no solo serían cuestionables desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino que “habrían contribuido de forma invisible, pero decisiva, al deterioro de la institucionalidad democrática, la calidad de la deliberación política y la crisis de legitimidad del orden institucional” (Cia y Quezada, 2017).

Las causas de estas prácticas, a su vez, pueden reconducirse a ciertas opciones de diseño institucional que subyacen a la actual configuración del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en relación con el sistema de nombramiento de sus integrantes, se ha objetado la intervención de las cámaras del Congreso, pues la designación de ministras/os por pares bajo un quórum de dos tercios, determina que los partidos tradicionales terminen negociando cuotas y que se “binominalice” la composición del Tribunal (Suárez, 2009). Y, a pesar de que la intervención del Presidente de la República y del Poder Judicial teóricamente debería contribuir a una integración pluralista bajo criterios técnicos, en los hechos tiende a preservar el equilibrio binominal (Chia y Quezada, 2016). De esta manera, el sistema de designación de las/os integrantes del Tribunal no garantizaría su idoneidad técnica, sino que, por el contrario, conduciría a su sobrepolitización.

-
1. En virtud de este rol, el Tribunal Constitucional solo puede invalidar las normas sometidas a su control que estime inconstitucionales, pero no aprobar otras nuevas o alterar su sentido. Esto último fue justamente lo que ocurrió cuando, en el marco del control del proyecto de ley que despenalizó el aborto en tres causales. En esa ocasión, el control versó acerca de la constitucionalidad de una disposición del proyecto que establecía: “La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la expresión “en ningún caso”, alterando por completo el sentido original de la norma (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol No 3.729, de 28 de agosto de 2017).
 2. Así ocurrió cuando el BancoEstado anunció que no podía otorgar créditos a candidaturas presidenciales y parlamentarias en las elecciones de 2017, con sustento en diversas disposiciones constitucionales. En respuesta, el Tribunal emitió un comunicado público en el que manifestó que la interpretación del Banco era errada, sin contar con fundamento constitucional o legal alguno para emisión de comunicados de esa naturaleza.
 3. Un ejemplo patente de esta práctica pudo observarse cuando el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto que introdujo modificaciones a su propia ley orgánica constitucional. En esa oportunidad, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la disposición que establecía la improcedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de tratados internacionales, ampliando así la esfera de asuntos sometidos a su competencia (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol No 1.288, de 25 de agosto de 2009).

¿Qué debiese decir la nueva Constitución acerca del Tribunal Constitucional?



Es difícil anticipar el destino del Tribunal Constitucional de cara al proceso constituyente en curso. Por lo pronto, las propuestas en discusión en materia de justicia constitucional son bastante variadas. Algunas consisten en derechamente prescindir de un órgano especializado encargado de velar por la supremacía constitucional (De Rementería, 2020). Otras, en cambio, apuntan a preservar el Tribunal Constitucional en términos similares a los actuales, pero introduciéndole diversos ajustes en cuanto al número e intensidad de sus atribuciones o al mecanismo de designación de sus integrantes, entre otros aspectos (Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional, 2019; VV.AA., 2016).

Pese a que la propuesta de supresión del Tribunal Constitucional no refleja la posición dominante en Chile, merece reflexión y debe tomarse en serio. En este sentido cabe observar que aunque la mayoría de los países confía la tarea de velar por la supremacía constitucional a un tribunal especializado, también hay países que entregan esta función

a los tribunales ordinarios, adoptando un sistema difuso de control de constitucionalidad. Así ocurre, en la mayoría de los países latinoamericanos y en Estados Unidos. Por otro lado, en el caso excepcionalísimo de los Países Bajos, su constitución prohíbe expresamente a los tribunales revisar la constitucionalidad de las leyes y los tratados⁴.

Ahora bien, si la propuesta de eliminar el Tribunal Constitucional resultara ser políticamente inviable⁵, los esfuerzos de la Convención deberían centrarse sobre todo en evitar o hacer improbable que el Tribunal continúe operando como una “tercera cámara”. Para ello, es necesario eliminar el control preventivo de constitucionalidad, pues precisamente en ejercicio de este control cobra especial fuerza la dificultad contramayoritaria que fuera referida más arriba. Alternativamente, se ha planteado que el control preventivo de constitucionalidad quede en manos de una comisión parlamentaria que carezca de competencias de resolución de conflictos sobre la correcta interpretación de las normas derechos fundamentales y se limite a arbitrar las controversias procedimentales que surjan durante la tramitación de la ley, mediante decisiones no vinculantes (Atria, 2020).

Otra estrategia adecuada para racionalizar la labor del Tribunal Constitucional podría ser eliminar el carácter vinculante de sus decisiones (Solari, 2020). Una propuesta de este tipo implicaría reemplazar el sistema de control robusto actualmente imperante por uno de carácter débil o dialógico, como el que existe –con distintos alcances– en países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido. En ellos, el órgano de control cuenta con atribuciones para examinar la constitucionalidad de una ley, pero no invalidarla⁶. De esta forma, la decisión de dicho órgano no sería simplemente imputada al legislador, sino que, en su lugar, permite entablar un diálogo permanente con este.

Por último, la Convención tendrá también el desafío de adoptar un diseño institucional que contribuya a atenuar la sobrepolitización de sus integrantes y que sea consistente con el rol de “expertos” que se les atribuye a estos. En cuanto a lo primero, si bien la mayoría de las propuestas en juego buscan moderar la sobrepolitización mediante reformas al sistema de nombramiento (Busch, 2020), es necesario también procurar que la correlación de fuerzas políticas de sus

-
4. Artículo 120 de la Constitución del Reino de los Países Bajos.
 5. Recuérdese que la Convención deberá aprobar las normas de la nueva constitución por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.
 6. No obstante el examen puede tener otros efectos, como la declaración de incompatibilidad de la ley en cuestión con los derechos constitucionales, que opera como una suerte de alerta al legislador.
 7. Son ilustrativas de esta clase de cálculos las declaraciones de Jaime Bellolio –actual Secretario General de Gobierno y entonces Diputado de la UDI– al diario *La Segunda*, a propósito de la derrota parlamentaria de Chile Vamos en la votación del proyecto de ley de carrera docente. En esa oportunidad señaló: “No importa. Vamos al Tribunal Constitucional. Allí estamos 6/4” (*La Segunda*, 2015).

integrantes no sea conocida de antemano, para evitar que la decisión de recurrir al Tribunal obedezca puramente a cálculos estratégicos⁷. Ello se podría lograr si se incrementara considerablemente el número de integrantes de este órgano y luego se definiera de manera aleatoria entre ellos a quienes conocerán de cada caso en que el Tribunal deba ejercer sus atribuciones (Grupo Sala de Máquinas, 2021). En cuanto lo segundo, una posible vía para satisfacer la expectativa de que las decisiones del Tribunal Constitucional reflejen un juicio experto es que todas ellas sean adoptadas por una regla de supermayoría, por ejemplo, 2/3 o 4/5, en lugar de simple mayoría. Una regla de decisión de estas características transmitiría una señal de consenso entre los expertos y contribuiría a legitimar su quehacer ante la opinión pública, en comparación con una regla de decisión de simple mayoría (Waldron, 2014).

Conclusiones

El destino del Tribunal Constitucional sin duda será objeto de intenso debate y negociación durante el proceso constituyente. Es de esperar que ese debate esté fuertemente influenciado por la dificultad contramayoritaria que entraña su existencia y las críticas al funcionamiento del Tribunal como una “tercera cámara”. Dado este contexto, esta minuta ha sintetizado algunas propuestas de diseño institucional que podrían hacerse cargo de algunos de los principales problemas que plantea nuestro sistema de justicia constitucional. Y aunque estas propuestas distan de ser exhaustivas o detalladas, al menos ponen el acento en aquello que a toda costa debemos evitar: un tribunal que, en lugar de racionalizar la discusión política, termina simplemente reproduciéndola.



Referencias

Atria, F. 2020. Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): propuestas finales. *Derecho y Crítica Social* 6(1), 161-215.

Atria, F. y Salgado, C. 2020, 23 de enero. El Tribunal Constitucional desatado (I): un poder inso-portable. *El Mostrador*.

Ayala, L. 2020, 18 de abril. María Luisa Brahm, presidenta del TC: “Antes de que yo llegara había causas detenidas en el TC por mucho tiempo, al límite de la corrupción”. *La Tercera*.

Busch, T. 2020. El control del juez constitucional Control y responsabilidad en la jurisdicción constitucional. Santiago: Tirant Lo Blanch.

Chia, E. y Quezada, F. 2017. Rol del Estado, justicia constitucional y derechos fundamentales en el marco de una nueva Constitución. En J. Cifuentes, Pérez, C. y Rivera, S. (eds.), *¿Qué políticas públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*. Santiago: CED, pp. 64-81.

De Rementería, T. 2020, 8 de mayo. ¿Necesita Chile un Tribunal Constitucional? *La Tercera*.

Fuentes, C. 2018, 4 de abril. Un pequeño monstruo llamado Tribunal Constitucional. *CIPER*.

Gómez, G., Sierra, L. y Zúñiga, F. (eds.). 2016. *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos. Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional. 2019. *25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI*. Santiago: s/e.

Grupo Sala de Máquinas. 2021. *Justicia constitucional*. Documento no publicado.

Guiloff, M. 2014. El estatuto constitucional de la propiedad: una mirada ex ante. En E. Chia y F. Quezada (eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad / Facultad de Derecho Universidad de Chile / Friedrich Ebert-Stiftung, pp. 103-126.

La Segunda. 2015, 15 de octubre. Reforma educacional, aborto y laboral las dirimirá el Tribunal Constitucional, donde Gobierno perdió la llave. *La Segunda*.

Solari, E. 2015. Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena. *Revista Derecho del Estado*, 35, 201-241.

Solari, E. 2020. Un constitucionalismo débil para Chile. En J. Bassa, J. C. Ferrada y C. Viera (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*. Santiago: Lom Ediciones, pp. 351-374.

Suárez Crothers, C. (2009): La Constitución celda o “straightjacket constitution” y la dogmática constitucional. *Universium*, 1(24), 248-271.

Waldron, J. 2014. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?, *Yale Law Journal*, 123, 1692-1730.