



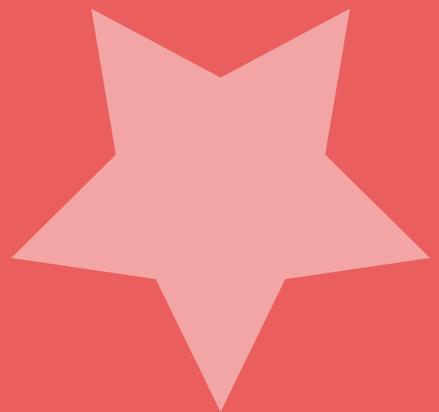
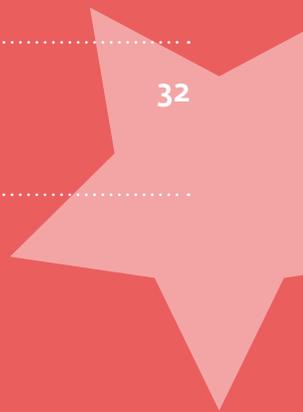
SÉPTIMO INSUMO CONSTITUCIONAL:

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Equipo
Instituto Res Publica

ÍNDICE

Introducción	03
I. Antecedentes e historia de los Tribunales Constitucionales (Rodrigo Meléndez Barrena).	04
II. Antecedentes sobre la composición del Tribunal Constitucional en Chile y en la experiencia comparada (Florencia Muñoz).	12
III. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y declaración de inconstitucionalidad (Luis Fernando Mackenna).	20
IV. Conocimiento del recurso de protección por el Tribunal Constitucional: una necesidad (Agustín Núñez).	25
V. La relación entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: naturaleza de sus fricciones y posibles soluciones. (María Paz Romero).	32



INTRODUCCIÓN

En este insumo –el séptimo de esta serie– se aborda uno de los temas más relevantes dentro de la parte orgánica de la Constitución: el Tribunal Constitucional. Su misma existencia ha sido discutida en el debate público de los últimos años, así como sus funciones, su composición y el sistema en que se nombran sus integrantes.

Por lo anterior, en este insumo se explican, en primer lugar, los antecedentes históricos que llevaron a la creación de este tipo de órganos. De esta manera, se abordan los fundamentos que permiten entender por qué un órgano como el Tribunal Constitucional necesariamente debe formar parte del diseño institucional de una democracia contemporánea.

En segundo lugar nos hacemos cargo de algunos antecedentes históricos sobre la composición del Tribunal, tanto en Chile como en el extranjero, que conviene tener a la vista cada vez que se discuten estos temas.

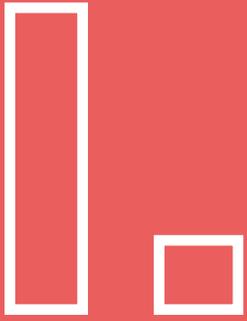
A continuación, en el tercer capítulo, se aborda el tema de las atribuciones del Tribunal Constitucional, explicando, ante todo, por qué el Tribunal debe conocer de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, así como también tiene la facultad de declarar inconstitucionales ciertos preceptos legales, expulsándolos del ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, se hace la propuesta de incorporar una nueva atribución al Tribunal Constitucional: el conocimiento por parte de este órgano del recurso de protección. Esta novedad sin duda enriquecería y fortalecería nuestra justicia constitucional.

Por último, en el quinto capítulo, se aborda una cuestión de índole más 'política', por llamarla de algún modo, y que también ha estado en el centro

del debate en torno al Tribunal Constitucional, como lo es la cuestión de sus conflictos con la Corte Suprema. Se explica cuál es la naturaleza de esas tensiones y se hacen propuestas que pueden orientar vías de solución en la discusión de una nueva Carta Fundamental.





ANTECEDENTES E HISTORIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES



Autor

Rodrigo Meléndez Barrena

1. ANTECEDENTES

1.1 Control de supremacía constitucional

El control de la supremacía constitucional refiere al conjunto de mecanismos que buscan proteger al principio homónimo el que, en palabras del profesor José Luis Cea, es la afirmación de “que la Constitución es, en el fondo y en su forma, la Ley Suprema del Estado-Nación, a la cual deben someterse todas las demás normas jurídicas y tanto las decisiones de los gobernantes como las conductas y actos jurídicos de los gobernados”,¹ agregando que “En virtud de tal primacía, el Código Político no queda supeditado a lo que preceptúa la ley u otra clase de norma”.² De este modo, el control de la supremacía constitucional busca, justamente, asegurar el carácter supremo y vinculante de la Constitución, de manera que ella no sea vulnerada por normas menores.

1.2. Formas de efectuar el control

El control de la supremacía constitucional puede ser categorizado de tres formas: según el órgano al que corresponde el ejercicio de la facultad de control, según el tipo de análisis efectuado y según en qué momento se realiza el control. De esta manera, atendiendo al órgano al que corresponde el ejercicio de la facultad de control tendremos dos formas de realizarlo:

- a. Por medio de un control **difuso**, es decir, cada tribunal, cualquiera sea su jerarquía o materia, tiene la facultad de declarar la constitucionalidad de las leyes y demás normas, típicamente respecto del caso concreto en el que conoce.³
- b. Por medio de un control concentrado, es decir, por medio de un órgano cuya función primordial es conocer y verificar la constitucionalidad de las leyes y demás normas, ya sea por un tribunal de alta

jerarquía, como la Corte Suprema, o bien, por medio de un órgano especializado creado para tal efecto, como el Tribunal Constitucional. Así, ningún otro tribunal podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, sólo el especialmente creado para este propósito.⁴

Atendiendo al tipo de análisis efectuado, encontraremos otras dos formas de realizarlo:

- a. Por medio de un control **concreto**, es decir, el tribunal, en atención a los antecedentes del caso en que debe resolver la constitucionalidad de la ley u otras normas legales, falla con efecto particular o *inter pares*. Esto produce la inaplicación de la respectiva ley o norma en ese caso, mas no su expulsión del ordenamiento jurídico.⁵
- b. Por medio de un control abstracto, es decir, el tribunal realiza un análisis desconectado de los antecedentes de un caso concreto, pues se compara la Constitución con la ley directamente, fallando con efecto general o *erga omnes*. Así, de ser inconstitucional la ley o norma, ésta será derogada o expulsada del ordenamiento jurídico.⁶

Finalmente, atendiendo a cuándo es realizado el control, este puede hacerse:

- a. Por medio de un control **preventivo**, es decir, antes de que el precepto encaminado a ser ley sea una ley. El control se efectúa antes de que termine el proceso legislativo.⁷
- b. Por medio de un control **represivo**, es decir, una vez que el proyecto de ley ya es una ley promulgada y vigente.⁸

Cabe mencionar que, muchas veces, las distintas formas de efectuarse el control van entrelazadas entre sí y que, además, se trata de una distinción doctrinal.

¹ CEA (2008): 239

² CEA (2008): 240

³ RÍOS (2002): 389

⁴ RÍOS (2002): 389

⁵ RÍOS (2002): 389

⁶ RÍOS (2002): 389

⁷ SOTO (2021): 14

⁸ SOTO (2021): 13

2. SURGIMIENTO DEL CONTROL DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

2.1. El Federalista

Algunos esbozos de lo que posteriormente será el control de constitucionalidad o de la supremacía constitucional pueden ser encontrados en *El Federalista*, publicado entre 1787 y 1788. En efecto, en el Artículo N°78 señala, sin referir a Tribunal Constitucional -en parte, porque no existía ninguno en aquella época-, que una Constitución limitada -aquella que impone límites al legislador- requiere de una total independencia de los jueces;⁹ que es nulo todo acto de una autoridad que sea contrario al mandato que se le ha dado y que, por tanto, es nula la ley contraria a la Constitución;¹⁰ que la Constitución es una ley suprema, que así debe ser tomada por los jueces y, de este modo, corresponde a los jueces determinar su significado -y no al legislador- en la misma manera en que interpretan al resto de leyes;¹¹ entre otros.

Por lo tanto, en el pensamiento de *El Federalista* ya existen criterios elementales para afirmar tanto la supremacía constitucional, como la necesidad de controlar los actos del legislador en la medida en que se extralimite de sus potestades otorgadas por la Constitución.

2.2 Marbury vs. Madison

Más allá del pensamiento de *El Federalista*, el caso típico sobre control judicial de la constitucionalidad es *Marbury vs. Madison*, del año 1803. A pesar de que la Constitución de los Estados Unidos no confiere expresamente a los jueces la facultad de realizar tal control, nada impidió a que la Corte Suprema asumiera esta facultad.¹² De esta manera, la sentencia señala que:

“O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como otras tales leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee.

Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si la segunda alternativa es cierta, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del Pueblo en orden a limitar un poder naturalmente imposible de limitar.

Ciertamente, todos quienes han elaborado Constituciones escritas, las consideran la ley suprema y fundamental de la Nación, y, consiguientemente, la teoría de todo Estado como aquél debe ser que un acto del Congreso contrario a la Constitución es nulo.

*(...)En consecuencia, aquellos que controvierten el principio según el cual la Constitución debe ser considerada en los tribunales como ley suprema, se verán en la necesidad de defender que los tribunales deban cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley. Tal doctrina destruiría las bases mismas de todas las Constituciones escritas”.*¹³

Por lo tanto, la sentencia afirma, en esencia, la existencia del principio de supremacía constitucional y la nulidad de aquellas leyes contrarias a la Constitución, en lo que los jueces tienen una tarea primordial.



⁹ HAMILTON, MADISON y JAY (2018): 468

¹⁰ HAMILTON, MADISON y JAY (2018): 469

¹¹ HAMILTON, MADISON y JAY (2018): 469

¹² ZAPATA (2008): 72

¹³ ZAPATA (2008): 76 a 78

3. HISTORIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL MUNDO

3.1 Austria y Hans Kelsen

En los dos antecedentes anteriores, ambos estadounidenses, se puede apreciar una configuración difusa del control, es decir, por parte de la justicia ordinaria. Esto es así dado a que el modelo utilizado en los Estados Unidos, y en buena parte del mundo anglosajón, es justamente el *difuso*. Sin embargo, un Tribunal Constitucional, por esencia, implica un control *concentrado* de la constitucionalidad de las leyes.

El primer Tribunal Constitucional¹⁴ *per se* fue el Tribunal Constitucional austríaco de 1920, en el que la influencia del destacado jurista Hans Kelsen fue fundamental.¹⁵ Este tribunal buscó que las leyes y otras normas estuviesen efectivamente sometidas a la Constitución y fuesen conforme a ella, así encontró Kelsen en un tribunal *ad hoc* la mejor forma de garantizar tal objetivo.¹⁶ Kelsen rechaza el modelo norteamericano pues vulneraría el principio de separación de poderes, al mismo tiempo en que significaría un problema: la jurisdicción -propia de los tribunales ordinarios- crea normas individuales, mientras que el legislador -a quien se busca controlar- crea normas generales.¹⁷ Así, se crea lo que se ha denominado *legislador negativo*, en cuanto se trata de un órgano que controle al legislador y someta sus decisiones. que sea capaz de anular una norma general del poder legislativo -Congreso Nacional-, anulación que debe tener efectos generales para poder efectivamente controlar su sujeción a la Constitución.¹⁸

Así, el Tribunal Constitucional que fue establecido en Austria efectuaba un control *concentrado*, *abstracto* y *represivo*. Este modelo fue el más

extendido en el resto del continente europeo y, con ello, en el resto del mundo.

3.2 Alemania

La Constitución de Weimar de 1919 consagró un Tribunal de Estado del Reich Alemán, el que estaba encargado de resolver los conflictos entre los *Länder* -estados de la federación- y entre los *Länder* y el Reich.¹⁹ No se consagró expresamente la facultad del referido tribunal para conocer de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo, reconoce en una sentencia de 1925 el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich, a pesar de no invalidar la norma en revisión en ese caso particular, lo que no tuvo mayor incidencia²⁰ producto de, entre otros, el término de la institucionalidad con el advenimiento del régimen nacionalsocialista.

A raíz de esta situación, surge la duda sobre qué tipo de tribunal era el Tribunal del Estado, especialmente en comparación con el Tribunal Constitucional austríaco. Surge, de este modo, un arduo debate intelectual protagonizado por Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quien debe ser el guardián de la Constitución,²¹ debate en el que no se adentrará por temas de extensión.

Tras la Segunda Guerra Mundial y la fundación de la Alemania Federal, se crea un Tribunal Constitucional el que, a diferencia del austríaco, está insertado en el poder judicial.²² El control que efectúa es *represivo*, facultativo -siempre la actividad del Tribunal es motivada a petición de parte-. Efectúa un control tanto *abstracto* como *concreto*, según sea la parte y circunstancias en que solicita el pronunciamiento.²³

¹⁴ Realmente el primero fue el de Checoslovaquia del mismo año, mas no fue trascendental para el resto de Europa ni el mundo. Por lo mismo, se considera al austríaco como el primero al ser el más influyente.

¹⁵ ZAPATA (2008): 114

¹⁶ SOTO (2021): 10

¹⁷ SOTO (2021): 11

¹⁸ SOTO (2021): 11

¹⁹ ZAPATA (2008): 89

²⁰ ZAPATA (2008): 89

²¹ ZAPATA (2008): 91

²² SOTO (2021): 17

²³ SOTO (2021): 17

4. HISTORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE

4.1 Constitución de 1925

La Constitución de 1925 no consagró la creación de ningún tribunal o corte especial cuyo objeto fuera decidir sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, dicha Carta entregó a la Corte Suprema la facultad de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de los efectos de la aplicación de las leyes en casos concretos, lo que se conoce como inaplicabilidad²⁸, siendo una forma de control *concentrado, concreto y represivo*.

4.2 Reforma Constitucional de 1970

El Tribunal Constitucional surge como institución en Chile con la Ley N° 17.284 de enero de 1970 que reformó la Constitución de 1925.²⁹ Este tribunal estuvo compuesto por cinco miembros, de cuatro años de duración en el cargo, siendo tres de ellos elegidos por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado y los otros dos restantes por la Corte Suprema.³⁰ De esta manera, se consagra un modelo de resolución de las controversias constitucionales *concentrado*, el que permanece casi ininterrumpidamente hasta la actualidad.

Las atribuciones que tuvo fueron la de resolver de las cuestiones o disputas de constitucionalidad que surgieran durante la tramitación de una ley -es decir, un control *preventivo*-, cuestiones de constitucionalidad respecto de decretos con fuerza de ley, convocatorias a plebiscito, de las inhabilidades de Ministros de Estado, demoras en la promulgación de una ley, y de las contiendas de competencia que las leyes encomendaran, entre otros.³¹

4.3 Constitución de 1980

La Constitución de 1980 no sólo retoma el Tribunal Constitucional creado en 1970, sino que diversas disposiciones remarcan su carácter de independencia respecto de cualquier otro

3.3 Francia

El Consejo Constitucional francés tiene su origen en la Constitución de la V República de 1958. Al igual que en los casos anteriores, es el único órgano francés con la facultad de efectuar el control de supremacía constitucional, por lo que es un control *concentrado*. Al igual que el Tribunal Constitucional austríaco, es un órgano autónomo. Efectúa un control *abstracto y preventivo*, aunque existe una excepción: vulneración de garantías constitucionales en algún caso en concreto, en cuyo caso el control será *represivo y abstracto* -a pesar de ser un caso concreto-. Respecto de ciertas materias -leyes orgánicas, proyectos sometidos a referéndum y reglamentos parlamentarios- el control será obligatorio, y respecto de otras será facultativo.²⁴

3.4 España

El actual Tribunal Constitucional español tiene como antecedente el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido en la Constitución de la Segunda República de 1931. Tuvo como modelo el pensamiento de Hans Kelsen.²⁵ Tras el triunfo de las fuerzas de Francisco Franco en la Guerra Civil española, el Tribunal de Garantías Constitucionales dejó de funcionar. No existió nada similar hasta 1980, año en que comenzó a funcionar el actual Tribunal Constitucional español.²⁶

En la actualidad, el Tribunal Constitucional español es autónomo -siguiendo el modelo austríaco-. Efectúa un control *represivo*, salvo en el caso del control de los proyectos de Estatutos de las Comunidades Autónomas -regiones- en que efectúa un control *previo* y facultativo, esto es, a petición de parte. Al igual que el modelo alemán, en ciertos casos será un control *abstracto*, mientras que en otros será *concreto*.²⁷

²⁴ SOTO (2021): 16

²⁵ CERVANTES (1996): 365

²⁶ CERVANTES (1996): 367

²⁷ SOTO (2021): 19 y 20

²⁸ SILVA BASCUÑÁN (2003): 10

²⁹ SILVA BASCUÑÁN (2003): 11

³⁰ SILVA BASCUÑÁN (2003): 11

³¹ SILVA BASCUÑÁN (2003): 11 y 12

órgano del Estado, siendo uno de los órganos de mayor jerarquía en su diseño constitucional.³² La frase “Habrá un Tribunal Constitucional...” del artículo 81 da cuenta de que es sólo uno el tribunal competente para conocer de los asuntos de constitucionalidad, es decir, nuevamente se trata de un control *concentrado*.³³ Este Tribunal estuvo conformado por siete miembros, tres de ellos elegidos por la Corte Suprema, uno de ellos por el Presidente de la República, dos por el Consejo de Seguridad Nacional y uno por el Senado.³⁴

Dentro de sus atribuciones se encontraban, además de aquellas que le fueron otorgadas por la reforma a la Constitución de 1925 del año 1970: el control de constitucionalidad preventivo de las leyes orgánicas constitucionales el que tenía el carácter de obligatorio,³⁵ mismo control al que se deberán someter las leyes interpretativas de la Constitución;³⁶ control de los tratados internacionales que hayan sido sometidos a la aprobación del Congreso,³⁷ de los decretos o resoluciones de la Contraloría General de la República³⁸ y de los decretos que se refieren a materias de reserva legal,³⁹ entre otros.

Así, la referida Constitución entregó al Tribunal Constitucional la facultad de conocer de la constitucionalidad de las leyes durante su

tramitación, pero también respecto de otras normas de aplicación general que no son leyes, como tratados internacionales, en miras de reafirmar la supremacía constitucional. Sin embargo, todos estos controles son del tipo *abstracto*, en cuanto pueden impedir su concreción en ley, o bien, su expulsión del ordenamiento jurídico, según sea el caso; junto con no considerar caso concreto alguno para la decisión de la constitucionalidad de la norma. Al igual que la Constitución de 1925, la de 1980 otorgó el control *concreto* a la Corte Suprema, sin modificaciones entre una Constitución y otra.

4.4 Reforma Constitucional de 2005

Sea considerada la Ley N° 20.050 como una reforma constitucional o como una nueva Constitución, lo cierto es que ella introdujo grandes modificaciones al Tribunal Constitucional, siendo las más relevantes para el asunto en cuestión la modificación del número de integrantes del tribunal, su sistema de nombramiento, y sus atribuciones.

Respecto de los integrantes, aumentó su cantidad a 10 miembros y ahora su designación es de la siguiente manera: tres por el Presidente de la República, dos por el Senado, dos por el Senado previa proposición de la Cámara de Diputados y tres por la Corte Suprema.⁴⁰



³² SILVA BASCUÑÁN (2003): 32

³³ SILVA BASCUÑÁN (2003): 32

³⁴ SILVA BASCUÑÁN (2003): 34 a 36

³⁵ S SILVA BASCUÑÁN (2003): 58

³⁶ SILVA BASCUÑÁN (2003): 65

³⁷ SILVA BASCUÑÁN (2003): 82

³⁸ SILVA BASCUÑÁN (2003): 142

³⁹ SILVA BASCUÑÁN (2003): 156

⁴⁰ NAVARRO (2016): 16

Respecto de las atribuciones del tribunal, se le otorga el control *preventivo* de los tratados internacionales cuando ellos versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional⁴¹ y el control de la constitucionalidad de los autos acordados de los tribunales superiores de justicia.⁴² Además, el control *concreto* de las leyes que realizaba la Corte Suprema es trasladado desde ella hacia el Tribunal Constitucional, por lo que éste será quien se pronuncia sobre la inaplicabilidad de las leyes.⁴³ Finalmente, se consagra la posibilidad de que, si una ley vigente ha sido declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional en el pasado, ella pueda ser expulsada del ordenamiento jurídico por cuatro

quintos de los integrantes en ejercicio del Tribunal Constitucional, por medio de la declaración de inconstitucionalidad que constituye un control *abstracto y represivo*.

De esta manera, además de añadir miembros al Tribunal Constitucional, la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional concentró, finalmente, todos los tipos de control de la constitucionalidad en un único tribunal, siendo el principal responsable de asegurar la supremacía constitucional, atributo esencial de toda Constitución moderna e indispensable para un sano Estado de Derecho y correcto desenvolvimiento de la democracia.



⁴¹ NAVARRO (2016): 17

⁴² NAVARRO (2016): 17

⁴³ NAVARRO (2016): 23

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CEA EGAÑA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I (Santiago, Ediciones UC, segunda edición)

CERVANTES, Luis y otros (1996): "Los tribunales constitucionales en el derecho comparado", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo VI (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) pp. 355-390

HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2018): *El Federalista* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).

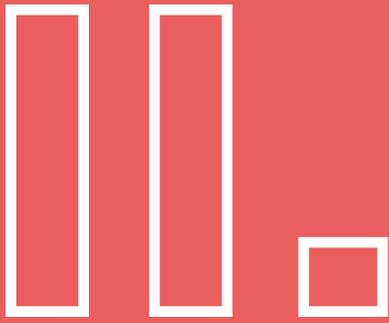
NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2016): "El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005", *Revista de Derecho Público*, vol. 68, pp. 11-31.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2002): "El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile", *Ius et Praxis*, N°8 vol 1, pp. 389-418.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IX (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

SOTO MARTÍNEZ, Víctor (2021): "Tribunales Constitucionales en el derecho comparado", *Serie Estudios* N° 01-21 (Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).



ANTECEDENTES SOBRE LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE Y EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

Autora

Florencia Muñoz

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En 1970 se realiza una reforma constitucional que creó en Chile el primer Tribunal Constitucional encargado del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, esto es, un órgano cuyo objetivo era velar por la correcta coherencia entre las leyes conforme a la Carta Fundamental del Estado, que comenzaría a trabajar ese mismo año de creación.

La finalidad de este instrumento era que tuviera las más altas funciones del Estado para poder resolver conflictos de interpretación de las normas constitucionales que se susciten en el ejercicio de la actividad legislativa por parte de los poderes colegisladores, el ejecutivo y el legislativo y controversias entre el Congreso y el Ejecutivo como poderes del Estado. En segundo término, una de las principales cuestiones que garantiza este Tribunal es la defensa de la supremacía Constitucional a través de la institución de un sistema de jurisdicción constitucional especializada y radicada en una magistratura distinta a la ordinaria.

En 1973 este Tribunal fue suprimido por ser considerado innecesario, sin embargo, fue reinstaurado bajo la actual Constitución de 1980, que sostenía que, “la naturaleza y trascendencia de la función que está llamado a cumplir el Tribunal Constitucional exigían que su composición tuviera un carácter eminentemente jurídico y no político, dotándolo de magistrados de gran solvencia moral e idoneidad que constituyeran, por lo mismo, la máxima garantía para el país”.⁴⁴

Actualmente, este órgano se encuentra recogido en su elementos esenciales en el artículo 92 de la vigente Constitución Política de la República. Está integrado por diez ministros, y se ha establecido que las principales atribuciones son, en primer lugar, el control preventivo y represivo de constitucionalidad; en segundo

lugar, la solución de contiendas de competencia; en tercer lugar, el pronunciamiento sobre inhabilidades, incompatibilidades, renunciaciones y causales de cesación de los titulares de ciertos órganos; y, por último, el pronunciamiento sobre ilícitos constitucionales.⁴⁵ Se trata de un órgano del Estado que es autónomo e independiente de los demás poderes.

Recientemente ha sido objeto de muchos debates en torno al futuro de este órgano debido, principalmente, al mecanismo de nombramiento de sus integrantes y atribuciones que tiene, pues para algunos actúa como una ‘tercera cámara’, por lo que se trata de un tema importante en la discusión de la convención constitucional su mantención o no.

2. NOMBRAMIENTO MINISTROS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE

El artículo 92 de la actual Constitución Política de la República señala que el Tribunal Constitucional estará “integrado por diez ministros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.⁴⁶

⁴⁴ CHILE, Tribunal Constitucional (s.f.).

⁴⁵ Cfr. CHILE, Tribunal Constitucional.

⁴⁶ CHILE, Constitución Política de la República

A diferencia de lo que señalaba el texto original de la Constitución en 1980, la reforma constitucional del año 2005 elimina el rol del Consejo de Seguridad Nacional para la designación de los ministros del Tribunal. También, se elimina la obligación de que alguno de los miembros de esta tribunal sean jueces de la Corte Suprema. Los ministros durarán en su cargo nueve años sin posibilidad de reelección. El citado artículo de la Constitución señala que son requisitos para acceder al cargo de ministros del Tribunal los siguientes: “tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez”. Pues, siguiendo a Kelsen, quienes integren el Tribunal Constitucional debieran ser personas de prestigio, pero que, además, puedan tener trayectoria académica y que puedan exhibir conocimientos especializados, principalmente en materia de Derecho Constitucional y Derecho Internacional de Derechos Humanos, pues son las especialidades más importantes que se deberían asegurar en los ministros del Tribunal, tal como ocurre en países como Colombia o Alemania.

Es importante que el proceso de designación de los ministros sea lo más transparente posible, pues hoy solo la designación de los 3 ministros que efectúa la Corte Suprema está dotada de un procedimiento precedido por un concurso público de antecedentes, donde los candidatos deben exponer las razones de por qué aspiran a ser ministros. En cambio, tanto en la designación hecha por el Poder Legislativo como Ejecutivo no ocurre esto, siendo esta última la forma menos transparente de elección, pues el Presidente de la República elige a discreción a quien nombra. Si bien selecciona cumpliendo los requisitos mínimos que exige la Constitución, no hay

ningún elemento que dote de transparencia o razonabilidad los nombramientos que se realizan.

Pese a todo esto, es conveniente que se mantengan los nombramientos por parte de estos tres poderes del Estado, porque de otra forma el Tribunal Constitucional sería siempre criticado por carecer de legitimidad democrática, de tal forma que cuando órganos democráticamente electos concurren a la designación de ministros de dicho órgano, garantizan esta legitimidad. Por lo tanto, debería mantenerse en los tres poderes del Estado la facultad de escoger a los ministros del Tribunal Constitucional, añadiendo un sistema de concurso público, dotado de una adecuada transparencia, en el cual se den a conocer los méritos exclusivamente técnicos y no políticos de los candidatos.



a) **Presidente Tribunal Constitucional:**
El órgano constitucional deberá contar con un Presidente, que deberá ser miembro de los ministros del tribunal y será elegido por votación entre ellos mismos. Respecto de la elección del presidente del tribunal, el artículo 5º de la Ley N° 17.997 de 1981 señala que, “los Ministros del Tribunal deberán elegir entre ellos un Presidente por mayoría absoluta de votos. Si ningún de los candidatos obtiene el quorum necesario para ser elegido, se realizará una nueva votación, circunscrita a quienes hayan obtenido las dos primeras mayorías en la anterior. El presidente durará dos años en sus funciones y no podrá ser reelegido dos veces consecutivas”. En cuanto a la votación de los ministros, es importante señalar que, en caso de empate en la votación sobre algún asunto, el presidente del Tribunal Constitucional contará con un voto dirimente, lo que significa que su votación resolverá una controversia, pues tiene un efecto decisorio ante disputas con igual cantidad de votos. Lo que hace el presidente en estas ocasiones es desempatar, provocando que al final, quien tiene mayor decisión, será siempre quien esté en el mando.

El hecho de que, a diferencia de otras magistraturas en el derecho comparado, el Presidente tenga que elegirse dentro de los mismos miembros del tribunal, puede generar el problema de que entre ellos se configuren facciones o bandos, dividiéndose. Se ha planteado como una solución a este problema, el nombramiento de un número impar de ministros, ya que, de esta forma, automáticamente el presidente del tribunal no podría tener el voto dirimente que divida a los miembros en coaliciones.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

El Tribunal Constitucional es un órgano que se ha desarrollado en distintos países tanto de América como de Europa, dependiendo del modelo constitucional que tenga cada uno. Por lo que Chile no es el único que cuenta con una institución especializada encargada de realizar un control de constitucionalidad de las normas, de equilibrar los poderes y velar que actúen dentro de sus propias atribuciones, sino que casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo cuentan con un sistema de este tipo. Comparar experiencias de distintos países puede ser útil para la actual discusión nacional, buscando en lo posible mejoras y soluciones a nuestro propio sistema. Para esto, es importante revisar el sistema de nombramiento de Ministros y las atribuciones que tienen los Tribunales o Cortes Constitucionales de distintos países, de manera tal que podamos identificar las principales diferencias con el modelo chileno:

A. *Corte Constitucional de Colombia:*

La Corte Constitucional colombiana se caracteriza por tener un control concentrado, esto significa que se reserva exclusivamente las atribuciones de constitucionalidad a un órgano especializado, tal como ocurre en países como Chile y Alemania. Pero, además de este control “existe, en paralelo, un sistema de control difuso y concreto de la constitucionalidad, sustentado en el artículo 4 que establece el principio de supremacía constitucional. Así, cualquier juez de la República puede inaplicar una norma en un caso concreto, a través de la llamada ‘excepción de inconstitucionalidad’ ”.⁴⁷

⁴⁷ SOTO MARTÍNEZ (2021): 21.

Este órgano está compuesto por nueve ministros. Por tanto, a diferencia de Chile, se trata de un número impar de miembros. Es requisito para formar parte de la Corte contar con el título de abogado, por lo que se entiende que se requiere que sean letrados y profesionales, y para el nombramiento de ellos, se considerará que provengan de diversas ramas del derecho, de manera que se compartan distintos conocimientos. En cuanto a la designación propiamente tal, “los nombra el senado: tres a propuesta del Presidente de la República, tres a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y tres a propuesta del Consejo del Estado. A pesar de ser designados por un órgano político, es interesante notar que seis de los nueve jueces pasan por un filtro judicial, lo que les da un cariz más técnico”.⁴⁸ Los miembros de la Corte permanecen en su cargo durante ocho años, sin posibilidad de reelección.

En cuanto a las atribuciones de este órgano, “la corte ejerce tanto un control de tipo facultativo como un control obligatorio llamado en la doctrina colombiana ‘control automático’. Mientras el primero es iniciado a petición de parte, el segundo se concibe como una instancia obligatoria del proceso de confección de la norma, que puede darse antes o después de su promulgación. Sin embargo, el sistema se centra especialmente en el control facultativo, a través de la acción de inconstitucionalidad”.⁴⁹ Es posible apreciar que se asemeja al sistema chileno en cuanto ambos tienen un control obligatorio de constitucionalidad de las leyes, aun cuando en Chile este tipo de control tiene un carácter exclusivamente preventivo. A ambos órganos les corresponde dirimir los conflictos de competencia que surgen entre las distintas jurisdicciones.

B. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia:

Bolivia cuenta con un Tribunal Plurinacional. Se trata de un sistema híbrido ya que combina distintos tipos de control y varias funciones, cuya estructura es parecida a la Corte Constitucional Colombiana. Este órgano está compuesto por siete jueces titulares y suplentes. Se caracteriza principalmente por ser el único Tribunal elegido por elección popular directa por los ciudadanos, según señala el artículo 198 de su Carta Fundamental, que dispone: “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.⁵⁰

Este tribunal fue instituido por la Constitución Boliviana de 2009. Contempla que los magistrados del Tribunal Constitucional se escojan sobre la base de la elección directa de la ciudadanía. Además, como se definió a Bolivia en esa Carta Fundamental como un Estado plurinacional, tiene que haber una cuota dentro de los magistrados de este tribunal que estén reservados para personas que provengan de pueblos originarios, pues así lo señala el artículo 13 la Ley N° 027 de 2010 que regula el Tribunal Constitucional Plurinacional. El problema de esto es que los ministros de este Tribunal, previamente, se transforman en candidatos de carácter político porque indudablemente el debate público los obligaba a asumir una posición política antes de asumir el cargo, y, además, el asumir estas posiciones implicaba un prejuizgamiento. Al final, se transforman en candidatos en post de un programa, que sería contrario a la independencia de la judicatura, que es un valor importante que debe garantizarse.

⁴⁸ SOTO MARTÍNEZ (2021): 21.

⁴⁹ SOTO MARTÍNEZ (2021): 21.

⁵⁰ BOLIVIA, Constitución Política del Estado.

Si bien el objetivo de la elección de los ministros por medio de un sistema de participación ciudadana directa es lograr asegurar la independencia del Tribunal, el mecanismo “ha sido criticado en su sujeción, durante la etapa de preselección”⁵¹. Se entiende esta crítica si consideramos la naturaleza de la función de los ministros del Tribunal.

Respecto a las atribuciones de este Tribunal, ellas se encuentran establecidas en el Título III de la propia Constitución boliviana. En cuanto a las principales diferencias con Chile, encontramos en primer lugar, el control concreto de inaplicabilidad de una norma legal, pues Bolivia lo ejecuta con efecto erga omnes, es decir, respecto de todas las personas, mientras que Chile lo aplica con un efecto inter pares, es decir, se deja sin efecto el precepto legal de un caso específico.⁵² En segundo lugar, en Bolivia el Tribunal es competente para resolver las acciones constitucionales de amparo y protección, mientras que el Tribunal Constitucional chileno no está habilitado para su conocimiento, sino que recae en la justicia ordinaria. En tercer lugar, el Tribunal boliviano cuenta con una función de control represivo obligatorio exclusivo para reformar parcialmente la Constitución, mientras que en Chile el control represivo no es obligatorio. Por último, el órgano chileno cuenta con la atribución de resolver inhabilidades de los parlamentarios, mientras que el boliviano no se pronuncia sobre estas cuestiones.

c. Tribunal Constitucional del Perú:

Al igual que el Tribunal chileno, el Tribunal Constitucional del Perú es un órgano autónomo e independiente que ejerce el poder concentrado de constitucionalidad, pero también hay cierto control difuso a cargo de los integrantes del

poder judicial. Esta institución se encuentra integrada por siete miembros, que para acceder al cargo deberán cumplir los mismos requisitos para postular a la Corte Suprema, como, por ejemplo, ser peruano de nacimiento, tener más de 45 años, haber ejercido la abogacía, etc., lo que da cuenta de que es necesario tener estudios y ser profesional letrado para tener la posibilidad de acceder al cargo. Los miembros del tribunal durarán 5 años, pero con la posibilidad de reelección de manera discontinua.

En cuanto a la designación de los miembros del órgano, estos son escogidos por el Congreso de la República siempre que cuenten con el voto mayoritario de 2/3 del número total de sus miembros. Pero, anterior a la elección “el pleno del Congreso designa una comisión especial, la que a su vez propone candidatos. Sus nombres son publicados y se abre incluso un periodo para que cualquier persona pueda presentar tachas. Finalmente, la comisión selecciona a sus nominados y el congreso vota”,⁵³ por lo que si bien, no actúan los tres poderes del Estado como es en el caso de Chile, la elección tiende a la transparencia del proceso de selección.

Respecto a las atribuciones que ejerce este órgano, se caracteriza por tener un sistema de control represivo y facultativo de normas, donde, “en primer lugar, ejerce un control abstracto respecto de las leyes [...] que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo, en virtud de la acción de inconstitucionalidad que conoce en única instancia. En segundo lugar, realiza el control concreto, actuando como última instancia de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Finalmente, conoce los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.⁵⁴

⁵¹ SOTO MARTÍNEZ (2021): 25.

⁵² RÍOS (2002).

⁵³ SOTO MARTÍNEZ (2021): 23.

⁵⁴ SOTO MARTÍNEZ (2021): 24.

d. Tribunal Constitucional Federal Alemán:

Dejando de lado los órganos latinoamericanos, es digno de analizar el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Esta institución está compuesta por 16 jueces, divididos en dos salas de ocho integrantes cada una. Se trata de un órgano “letrado y profesional, ya que solo puede ser integrado por personas que cumplan con los requisitos para ser juez, o en ciertos territorios, que hayan obtenido el título de abogado”,⁵⁵ por lo que en este sentido, los requisitos son similares a los establecidos en nuestro país. Además, se exige que hayan cumplido 40 años y puedan ser elegibles para el parlamento federal, sin embargo, no se exige una cierta cantidad de años mínimos en el ejercicio de la profesión, como sí pasa en Chile donde son quince.

Respecto a la elección de los miembros del tribunal, en Alemania “cada sala es elegida por partes iguales por el Parlamento Federal y el Consejo Federal, mediante un quórum de 2/3”.⁵⁶ De los ocho jueces de cada sala, tres deberán pertenecer a alguna de las Cortes Supremas Federales. Por lo tanto, es posible apreciar que busca lograr un equilibrio entre los distintos órganos que participan en él. La duración de los Ministros en el cargo es de doce años, sin reelección o hasta que cumplan 68 años, lo que ocurra primero.

Este órgano está dotado de varias atribuciones, en primer lugar, ejerce un control que es de carácter represivo y no preventivo, se analiza la constitucionalidad de la norma una vez que la ley ya está promulgada y no antes, como pasa en nuestro país, donde existen ciertas normas y materias que obligatoriamente deben pasar por un control preventivo obligatorio, como sucede por ejemplo con las leyes orgánicas constitucionales. Además, el tribunal ejerce un control de carácter facultativo, es decir,

que será necesaria la petición de parte para que el tribunal ejerza el control. En segundo lugar, al órgano le corresponde un control concreto respecto de ciertas materias como, “la compatibilidad de una ley federal o de un Land (Estado) con la Ley fundamental cuando así lo solicite una Corte en el marco de un caso pendiente; cuando la corte constitucional de un Land, interpretando la ley fundamental en un caso concreto, pretenda decidir de una forma distinta a la jurisprudencia del TC o de la corte constitucional de otro Land”.⁵⁷ En tercer lugar, y a diferencia del caso chileno, el tribunal alemán es competente para conocer de los recursos de amparo de Derechos Fundamentales que sean presentados tanto por particulares como municipalidades.

Finalmente, es posible concluir que las actuales atribuciones del Tribunal Constitucional chileno no son una excepción en el panorama mundial, sino que más bien se trata de cuestiones comunes en diversos ordenamientos jurídicos. En cuanto a los nombramientos, en otros países se suele privilegiar criterios judiciales por sobre criterios políticos, como ocurre en Chile, pues si predominaran los criterios políticos, es posible apreciar que el órgano pierde su independencia, lo que constituye un elemento esencial para garantizar la supremacía constitucional. Estos antecedentes y la experiencia comparada nos deberían ayudar a orientar la actual discusión constituyente que vive el país.

⁵⁵ SOTO MARTÍNEZ (2021): 17.

⁵⁶ SOTO MARTÍNEZ (2021): 17.

⁵⁷ SOTO MARTÍNEZ (2021): 18.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Tribunal Constitucional.(s.f.). *Tribunal Constitucional Chile*. Obtenido de <https://www.tribunalconstitucional.cl/tribunal/historia>

Tribunal Constitucional.(s.f.). *Tribunal Constitucional Chile*. Obtenido de <https://www.tribunalconstitucional.cl/tribunal/atribuciones>

MARTÍNEZ, V. S. (13 de enero de 2021). *Biblioteca del Congreso Nacional*. Obtenido de BCN: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivorepositorio/10221/31932/1/N_01_21_Tribunales_constitucionales_en_el_derecho_comparado.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivorepositorio/10221/31932/1/N_01_21_Tribuno/10221/31932/1/N_01_21_Tribunales_constitucionales_en_el_derecho_comparado.pdf)

RÍOS, L. (2002). El control difuso de Constitucionalidad de la ley en la República de Chile. *Ius et Praxis*.



RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Autor

Luis Fernando Mackenna

SISTEMAS COMPARADOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En el contexto actual, en que algunos sectores asumen un tono refundacional, resulta fundamental continuar con la historia de respeto por el estado de derecho y por el principio de supremacía constitucional como principio rector que ha caracterizado a nuestro país a lo largo de los años. Esta supremacía constitucional es un pilar fundamental de aquellos países que se caracterizan por el respeto de sus normas y es un principio cuya concreta aplicación en Chile, en los últimos años, se ha visto cada vez más cuestionado al funcionar de freno a ciertas iniciativas y proyectos de ley.

Para dar eficacia al principio de supremacía constitucional es necesario que existan mecanismos de control orientados a dicho fin. Sobre la importancia de estas herramientas de control, Angela Vivanco ha señalado que: “El principio de supremacía constitucional se transformaría en un elemento puramente programático de no mediar la existencia de los llamados controles de constitucionalidad, que se preocupan precisamente de impedir ya sea la entrada en vigor o la aplicación de preceptos contrarios a la Constitución, o incluso de impedir el efecto dañoso sobre los derechos de las personas de actos o conductas que vulneren la Carta Fundamental”.⁵⁸ Dentro del abanico de herramientas destinadas a resguardar el contenido de una Constitución encontramos el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad.

En el derecho comparado existen diversas fórmulas de control constitucional de las leyes. Dentro de estas encontramos el denominado *control político parlamentario* que es aquel que surge en las primeras constituciones francesas y se basa en la soberanía parlamentaria, es decir, es el mismo parlamento quien realiza un autocontrol de sus propias actuaciones. Este sistema fue utilizado también en los antiguos países socialistas como China, Bulgaria y la URSS en 1977.

Por otro lado, tenemos el *control judicial de constitucionalidad* de las leyes que es aquel que encontramos en Estados Unidos donde son los jueces los encargados de conocer de estos temas a través de reclamaciones hechas por las partes o incluso de oficio para un caso concreto. Por último, tenemos el sistema de *control de constitucionalidad por un órgano especial o modelo concentrado o kelseniano*. En este sistema la labor de control está concentrada en un órgano cuya competencia específica consiste en conocer y resolver los aspectos relativos a la constitucionalidad de los preceptos legales, materia en la que se prohíbe la competencia de jueces ordinarios. Este último sistema es el que encontramos en países como Austria, Alemania, España, Italia, Francia, Polonia, Portugal y Chile, entre otros.⁵⁹

⁵⁸ VIVANCO (2015): 456

⁵⁹ VEGA (2006): 142-143

En la Constitución de 1833 existía exclusivamente un control político de constitucionalidad por parte del Congreso, lo que cambia con la Constitución de 1925 que establece un control vía recurso de inaplicabilidad que estaba a cargo de la Corte Suprema. En la reforma constitucional de 1970 se crea el Tribunal Constitucional, al cual se dota de la facultad de ejercer el control preventivo de leyes, y cuyas sentencias tienen efecto erga omnes, además de habersele atribuido la competencia para resolver conflicto entre poderes del Estado.

En la Constitución Política de 1980 se mantuvo un control dual de constitucionalidad de las leyes en el que el Tribunal Constitucional tenía a su cargo el control preventivo obligatorio de ciertos tipos de leyes y un control preventivo a requerimiento de ciertas autoridades respecto de otros proyectos de ley y otros actos normativos. También realizaba un control represivo o posterior de los decretos con fuerza de ley, decretos promulgatorios y decretos o resoluciones del Presidente de la República, entre otros actos. No fue hasta la reforma constitucional de 2005 que se traspasó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional y se creó la figura de la declaración de inconstitucionalidad *ex post* dejando al Tribunal Constitucional como “el supremo intérprete y custodio de la supremacía de la Constitución”.⁶⁰

La inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la actualidad se encuentra regulada en el numeral 6º del artículo N° 93 de la Constitución Política de la República de la siguiente forma:

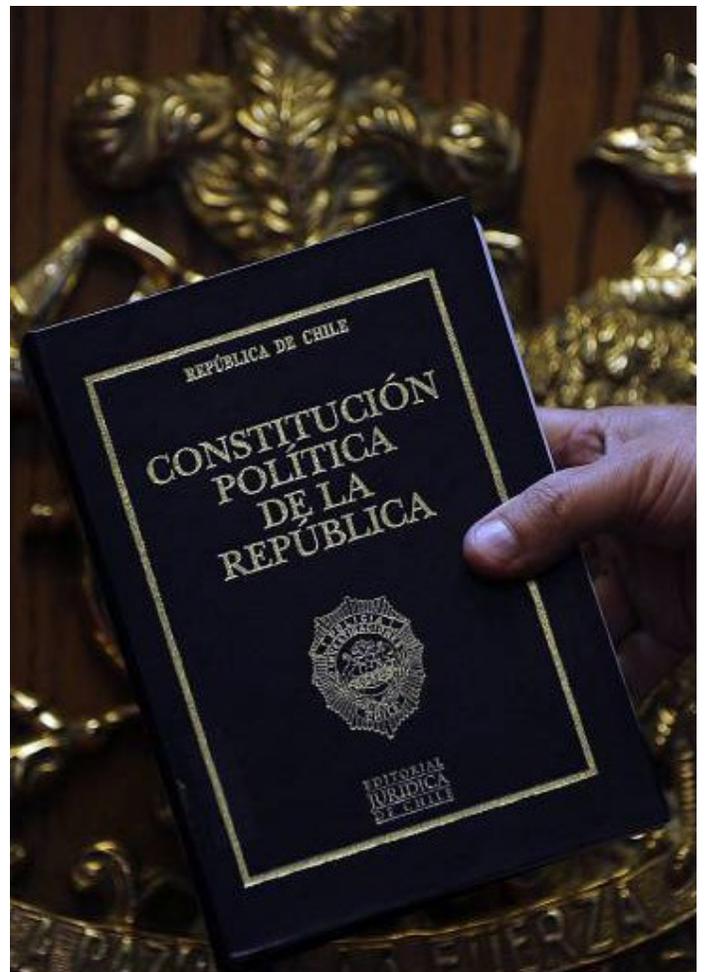
“Artículo 93º.-

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad

de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;”

Esta acción busca permitir a los jueces la inaplicación de un precepto legal para un caso concreto por resultar su aplicación, en esa situación particular, y como consecuencia de la aplicación del precepto como fundamento de la resolución de la gestión pendiente, de efectos contrarios a la Constitución. Esta acción puede ser interpuesta por las partes e incluso por el tribunal de oficio, y la sentencia tiene efecto *inter partes*.



⁶⁰ RIOS (2007): 250

CONCLUSIONES:

Ya existiendo una sentencia de inaplicabilidad sobre un precepto legal la Constitución contempla la denominada “acción de inconstitucionalidad”, ya sea de oficio o mediante acción pública. Esta atribución del Tribunal Constitucional se encuentra regulada en el artículo 93º Nº 7 de nuestra Carta Fundamental de la siguiente manera:

“7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;”

Como podemos apreciar, para la aprobación de esta acción por parte del Tribunal Constitucional, se requiere de un quorum mayor que para la aprobación de la inaplicabilidad y se exige la existencia previa de una sentencia de inaplicabilidad, invocando las mismas causales que se tuvieron en consideración para la aprobación de dicho requerimiento, lo que “esteriliza su eficacia”.⁶¹ Estas mayores exigencias se deben en parte a que el efecto de esta sentencia es *erga omnes*, tiene un efecto derogatorio, por lo que se justifica la mayor exigencia.

La creación post reforma del 2005 de la figura de la inconstitucionalidad ex post, sumado al traspaso del recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional significó un gran avance en materia de respeto a la Constitución y a los derechos que esta consagra, y es un aspecto en que una nueva Carta Política no debiese retroceder.

En un país en que prima el estado de derecho es necesaria la existencia de herramientas destinadas a la protección de uno de sus pilares, esto es, la supremacía constitucional. Sin dudas, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad se encuentran orientadas a dicho fin.

La mantención de un órgano técnico y especializado cuya función sea el control de constitucionalidad de las leyes, como el Tribunal Constitucional, pareciera ser el camino más adecuado a seguir, pero considerando la eliminación de este órgano como una posibilidad en el actual clima político, resulta fundamental que se mantenga el control de constitucionalidad en algún órgano distinto al poder legislativo como podría eventualmente ser una Corte Constitucional.

⁶¹ RIOS (2007): 268

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VIVANCO MARTINEZ, Angela (2015): *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo 1 (Santiago, Ediciones UC)

VEGA, Francisco y ZUÑIGA, Francisco (2006): "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. teoría y práctica", *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N°2: pp 135-172.

RIOSALVAREZ, Lautaro (2007): "El nuevo Tribunal Constitucional chileno", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol. 1138, N°11: pp 243-248

IV.

CONOCIMIENTO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA NECESIDAD

Autor

Agustín Núñez

Una de las grandes discusiones que deberá enfrentar la Convención Constitucional a la hora de redactar una nueva Constitución para Chile es la que dice relación con la parte orgánica de la norma suprema, es decir, definir, entre otros temas, la forma de gobierno, las funciones de los distintos poderes del Estado, sus órganos y las autonomías constitucionales. Así, los constituyentes deberán reflexionar, por ejemplo, sobre qué órganos consagrados actualmente en la Constitución consideran necesarios de mantener, cambiar o derechamente eliminar de la nueva Carta Fundamental. En esto, seguramente uno de los órganos que estará en el centro del debate público y que probablemente deberá tratar de superar intentos de supresión durante los próximos meses será el Tribunal Constitucional. Esto es evidente, basta con observar como este órgano jurisdiccional consagrado en la Constitución ha sido ampliamente cuestionado durante los últimos años, fenómeno que se ha ido intensificando progresivamente con el paso del tiempo. Debido a esto, resulta esencial realizar un juicio sobre algunas de sus competencias y desarrollar algunas propuestas en lo que respecta a ellas, particularmente considerando la importancia de que este órgano se mantenga en la nueva Constitución, aunque con un cambio que se sostendrá en las próximas líneas. Específicamente, se afirmará que, en lo que respecta a las facultades del Tribunal Constitucional, podría avanzarse y consagrarse explícitamente como una de sus nuevas atribuciones el conocimiento de la acción cautelar del recurso de protección.

Recurso de protección: orígenes y explicación de la norma

Como es sabido, durante el siglo XX el mundo fue testigo de un crecimiento sin precedentes de la figura del Estado. Chile no estuvo exento de este fenómeno y es posible sostener que, a lo largo de los años, producto del aumento de las potestades administrativas, hubo situaciones de violaciones impunes a derechos fundamentales de los ciudadanos, por ejemplo, vulneraciones al derecho de propiedad, atentados contra la vida, infracciones a la igualdad ante la ley, entre otras que hundieron muchas veces principios elementales del régimen democrático constitucional y, por consiguiente, al mismo Estado de Derecho. Constatada esta realidad, resultaba incomprensible la ausencia de mecanismos constitucionales en nuestro país que permitieran a todas las personas hacer efectivos y proteger sus derechos ante tribunales, frente al creciente poder de la Administración del Estado. En palabras de Cea, “no es difícil comprender que un régimen constitucional que carece de acciones y recursos jurisdiccionales, pronto y eficaces, para cautelar los derechos fundamentales, no es coherente con el Estado de Derecho y la democracia”.⁶² Debido a esto, en 1973 los profesores Jaime Navarrete y Eduardo Soto Kloss presentaron al diputado Sergio Diez Urzúa (que posteriormente fue miembro de la Comisión de Estudio del anteproyecto de la nueva Constitución) un borrador con las ideas esenciales del que iba a convertirse en el vigente recurso de protección.⁶³

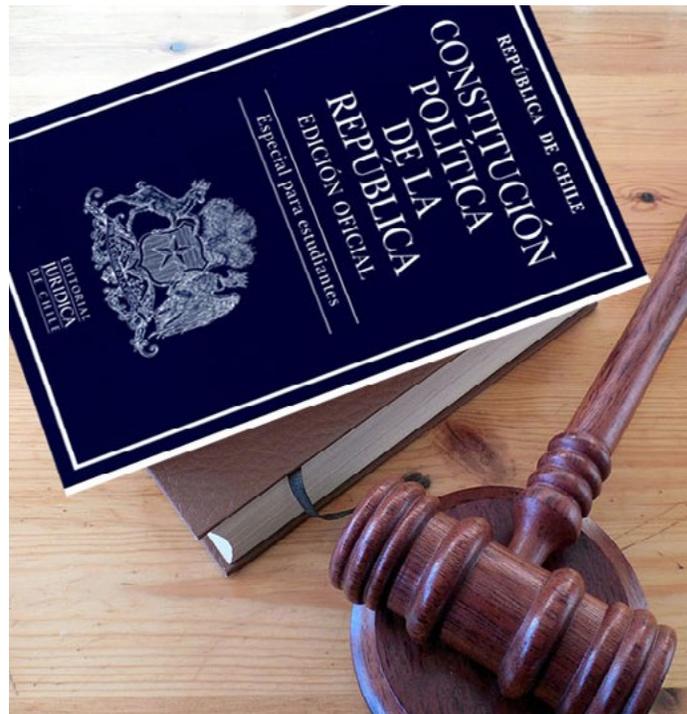
Actualmente, el recurso de protección es una figura plenamente asentada en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución vigente, el cual dispone que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el

⁶² CEA (2012): 664.

⁶³ CEA (2012): 664.

legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.⁶⁴ Asimismo, el inciso segundo de la norma citada contempla una acción similar para el caso en que la garantía vulnerada sea la que dice relación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como se desprende, el recurso de protección presenta una serie de características fundamentales. En primer lugar, el legitimado activo, es decir, aquel que puede interponer la acción para proteger sus derechos, es muy amplio. En efecto, la norma utiliza la expresión “el que”, lo que viene a significar que el sujeto activo puede ser cualquiera, ya sea persona natural o jurídica, aunque evidentemente debe estar identificada. También puede ser interpuesto por una agrupación, ente o colectividad no personificada.⁶⁵ En el mismo sentido, el legitimado pasivo, es decir, aquel contra el cual puede interponerse la acción, no solamente recae en el Estado, ya que evidentemente no es el único que puede vulnerar derechos fundamentales, sino que el sujeto pasivo puede ser cualquiera, en los mismos términos que el legitimado activo. De esta manera, el sujeto activo se halla habilitado para deducir el recurso de protección en contra de un universo de sujetos pasivos que es de amplitud idéntica. Con esta extensión, se buscó dejar a los derechos fundamentales y a la dignidad humana como los elementos centrales del ordenamiento jurídico, otorgándole a todos los ciudadanos



una herramienta jurídica para hacer cumplir sus garantías esenciales de manera efectiva. Asimismo, el artículo citado señala que la acción constitucional puede ser interpuesta ante “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”. Así, el ámbito de protección del recurso de protección no comprende solo actos, en el sentido de que no solo se reclama contra alguien que hizo algo, sino que también incluye omisiones, es decir, se podría deducir contra alguien que dejó de realizar lo que debía hacer. Normalmente, son omisiones en que el Estado ha incurrido. Con la palabra “arbitrarios”, se hace referencia a aquello que carece de razonabilidad y fundamento, es decir, que es un mero capricho. Por su parte, la expresión “ilegales” viene a significar algo que es contrario a la ley. En cuanto a las causales en que resulta procedente la acción constitucional, el mismo artículo 20 señala que puede ser interpuesto en respuesta de privaciones, perturbaciones o amenazas en el legítimo ejercicio de los

⁶⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980).

⁶⁵ SOTO KLOSS (1984): 366.

derechos. La privación, como resulta evidente, conlleva la imposibilidad de ejercer el derecho. La perturbación por su parte significa que se restringe considerablemente el ejercicio del derecho y la amenaza es la inminencia de estar próximo a sufrir una privación o perturbación. En relación con las garantías protegidas por el recurso de protección, la enumeración que hace el artículo da cuenta de que, en general, los derechos amparados por la acción son aquellos individuales y no los que requieren una prestación. Por lo demás, la Comisión de Estudios así lo aclaró al señalar que “es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, u otros”.⁶⁶ A pesar de que la enumeración hecha en el artículo 20 de la Constitución vigente es taxativa y en teoría no se puede aplicar el recurso de protección por analogía a derechos excluidos del listado, la práctica ha demostrado que esto ha sido frecuentemente desbordado por la doctrina y, especialmente por la jurisprudencia, los cuales han tendido a ampliar el ámbito de protección de la norma. Como señala Soto, “el recurso de protección, por la vía de la interpretación que han hecho los jueces, es utilizado para la protección de todo tipo de derechos”.⁶⁷

Como última característica relevante a mencionar, el recurso de protección debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Esto resulta particularmente importante para el objeto de estas líneas, como se explicará más adelante.

Recurso de protección y vinculación con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

A pesar de que el recurso de protección es una acción especialmente destinada para la protección de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico contempla otro mecanismo, que, a pesar de exhibir importantes diferencias con la acción contemplada en el artículo 20 de la Constitución vigente, presenta algunas conexiones fundamentales que resultan pertinentes de ser destacadas. Nos referimos al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

A diferencia del recurso de protección que entra en la esfera de competencias de las Cortes de Apelaciones y eventualmente de la Corte Suprema, el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la facultad para resolverlo es una atribución exclusiva del Tribunal Constitucional (desde el año 2005). Así lo dispone expresamente el artículo 93 N°6 de la Constitución vigente, al señalar que al Tribunal Constitucional le corresponde “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”⁶⁸. De esta forma, lo que busca el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es obtener la declaración de que, en una gestión pendiente que se sigue ante tribunales, la aplicación de un determinado precepto legal resulta contraria a la Constitución. Así, la inaplicabilidad no resuelve el conflicto, sino que simplemente declara que el juez que está conociendo del asunto pendiente puede o no aplicar el precepto legal en su sentencia.

⁶⁶ CEA (2012): 668.

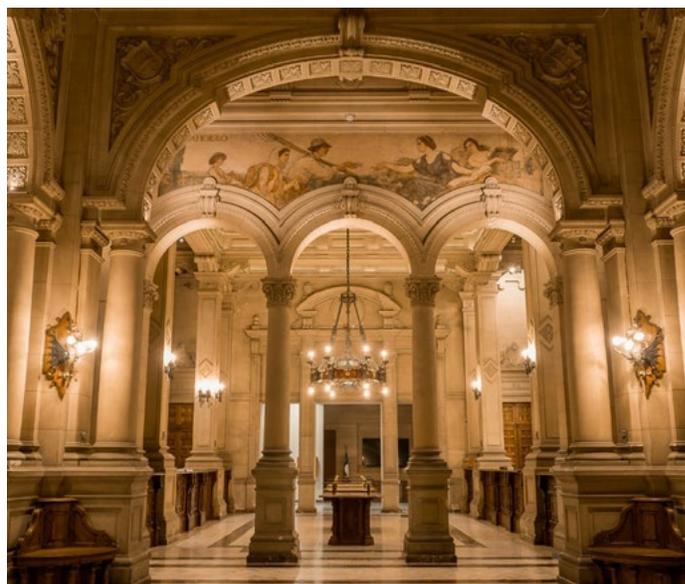
⁶⁷ SOTO (2020): 114.

⁶⁸ SOTO (2020): 155.

La vinculación entre el recurso de protección y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad resulta patente. Así, en ambos debe interpretarse la Constitución para que pueda resolverse el caso concreto. De ahí el problema del asunto, ya que, por un diseño institucional, contamos con dos órganos distintos con capacidad para decidir sobre qué es lo que verdaderamente significan y qué es lo que abarcan las garantías constitucionales. El conflicto es particularmente relevante si se considera que pocas veces se recurre por asuntos de la parte orgánica de la Carta Fundamental a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sino que en la mayor parte de los casos lo que se sostiene es que un determinado precepto legal atenta contra alguno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De esta manera, ambos, Cortes de Apelaciones (y muchas veces la Corte Suprema cuando la causa llega a su conocimiento) y Tribunal Constitucional, interpretan el catálogo de derechos de la Constitución vigente para resolver recursos de protección y recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respectivamente.

Lo anterior está lejos de ser baladí, más aún, considerando los frecuentes casos de conflictos entre las Cortes y el Tribunal Constitucional cuando se trata del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En este sentido, ha habido sentencias de la Corte Suprema en las cuales se ha declarado, por ejemplo, que “pese a haberse acogido la inaplicabilidad de un precepto, el órgano público respectivo no había actuado ilegalmente pues, cuando se dictó la resolución, el precepto posteriormente declarado inaplicable estaba plenamente vigente”.⁶⁹ Asimismo, en un caso reciente, la Corte Suprema primero declaró admisible un recurso de protección contra una sentencia

del Tribunal Constitucional (hay que recordar acá que acorde al artículo 94 de la Constitución vigente, contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno) y luego, “aunque formalmente lo rechazó, hizo declaraciones que vacían de contenido la inaplicabilidad. Así, se sostuvo que es el juez que conoce de la gestión pendiente el que decide qué parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es vinculante y obligatorio”.⁷⁰ Entre otras consecuencias, esto conllevaría que cualquiera de las Cortes de Apelaciones del país podría conocer fallos del Tribunal Constitucional. De esta forma, no solo tenemos una concurrencia de competencias en el sentido de que existen dos órganos con facultades para interpretar la Constitución, sino que existe un conflicto latente sobre quién tiene la última palabra en materia de derechos y libertades. Esto es sumamente grave, ya que lo que está en juego es la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos y evitar caer nuevamente en los errores del pasado, para lo cual la incerteza no hace más que alejar el objetivo inicial.



⁷⁰ SOTO (2020): 156.

PROPUESTAS

Por todo lo anterior, resulta necesario realizar algunas propuestas que podrían ser tomadas en consideración por los convencionales constituyentes al momento de debatir y reflexionar sobre cambios en la parte orgánica de la Carta Fundamental y particularmente en relación con las atribuciones que debería tener el Tribunal Constitucional.

En este sentido, sería razonable que la nueva Constitución considere la existencia de un solo órgano que pudiera tener la calidad del auténtico interprete de la Constitución para evitar que existan dos lecturas o dos miradas sobre cómo deben comprenderse las disposiciones constitucionales. Además, esto es fundamental desde el punto de vista de dar mayor certeza y seguridad jurídica a las personas. Así, parece ser que lo más conveniente sería entregarle directamente el conocimiento del recurso de protección al Tribunal Constitucional y que este órgano concentre las atribuciones de resolver tal acción constitucional junto con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Podría pensarse que otra solución sería entregarle nuevamente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a la Corte Suprema, sin embargo, esta decisión estaría lejos de ser oportuna y de solucionar el problema, ya que como ha señalado Soto, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad adquirió otra altura a manos del Tribunal Constitucional. Así, éste “elevó la argumentación y le dio vida a un recurso que había sido bastante intrascendente entre 1925 y 2005”. Además, el mismo autor señala un inconveniente práctico y es que “la continua rotación de las integraciones, la excesiva dispersión de temas, la carga de trabajo y otras características propias de la deliberación judicial en la Corte Suprema

sugieren que, si retorna a ella, la inaplicabilidad reducirá su fuerza argumentativa y su aporte a la dogmática nacional”.⁷¹

Además, la decisión de traspasar el conocimiento del recurso de protección al Tribunal Constitucional encuentra respaldo en la confianza que supone que muchas personas recurren diariamente de inaplicabilidad ante este órgano, lo que significa que la ciudadanía tiene seguridad en que sus derechos van a ser protegidos. Por lo demás, el hecho de que las personas requieran de inaplicabilidad frecuentemente ante el Tribunal Constitucional ha ido transformando este recurso en un verdadero amparo de derechos fundamentales, por lo que entregarle el conocimiento del recurso de protección operaría más bien como una consolidación de una tendencia que ya se viene dando en la práctica.

Asimismo, es necesario señalar que, si pese a esto finalmente se decide mantener el conocimiento del recurso de protección en las Cortes de Apelaciones y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional, sería altamente recomendable incorporar en la nueva Carta Fundamental una norma que disponga expresamente la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional para los otros órganos, especialmente consagrando que en el caso de las decisiones sobre la inaplicabilidad de un determinado precepto legal, el fallo del Tribunal Constitucional es vinculante para el tribunal que está conociendo la gestión pendiente. Esto con el fin de dar una mayor certeza jurídica y seguridad a los ciudadanos de que sus derechos fundamentales serán protegidos de manera eficaz.

⁷¹SOTO (2020): 156.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CEA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional chileno, Tomo II* (Santiago, Ediciones UC).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Fecha de consulta: 21 de mayo de 2021.

SOTO, Sebastián (2020): *La hora de la Re-Constitución*. (Santiago, Ediciones UC).

SOTO KLOSS, Eduardo (1984): "El Recurso de Protección: aspectos fundamentales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, pp. 365-372.



LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA: NATURALEZA DE SUS FRICCIONES Y POSIBLES SOLUCIONES

Autora

María Paz Romero

I. FUNCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si hay hoy un aspecto en el cual hay consenso en nuestra sociedad es en la importancia de una Constitución. De lo anterior debiera colegirse que es fundamental asegurar la efectiva aplicación de las normas contenidas en ésta. Para tal efecto, debiera existir una judicatura independiente de los poderes políticos (Ejecutivo y Congreso) encargada de velar por la supremacía constitucional. Además, resulta deseable el establecimiento de mecanismos que faciliten el acceso de las personas para la protección de los derechos por ella garantizados, que lo resuelto por quienes imparten justicia constitucional sea respetado por el resto de los órganos, y que el contenido de sus decisiones responda a un análisis especializado y vaya construyendo una doctrina razonablemente clara y uniforme que sirva de guía sobre el sentido y alcance de las normas constitucionales.

Siguiendo la tendencia mundial preponderante desde la posguerra (mediados del siglo XX), nuestro país ha optado por un modelo en que la función de principal custodio de la Constitución es encomendada a un órgano especializado de Justicia Constitucional, llámese Tribunal o Corte Constitucional. En efecto, dicha Magistratura -por mandato de la Constitución- controla los actos normativos de los tribunales superiores de justicia (artículo 93 N° 2), del legislador (artículo 93 N°s 1, 6 y 7), del legislador delegado (artículo 93 N° 4) y del ejecutivo (artículo 93 N° 16). Por su parte, nadie lo controla a él, lo que se refleja en que no tiene un superior jerárquico, sus ministros integrantes no pueden ser acusados constitucionalmente y contra sus sentencias no procede recurso alguno ante otro organismo (artículo 94). La razón de ello, es que necesita la debida independencia y autonomía para ejercer su función de custodia de la Constitución sin verse influenciado o presionado por quienes ejercen los poderes públicos controlados por él. Hay que tener presente, sin embargo, que esta

función de custodio recae preponderantemente, mas no exclusivamente, en el Tribunal Constitucional. Los tribunales ordinarios de justicia, las cortes y, en especial, la Corte Suprema, también tienen un rol de control que cumplir. Este se manifiesta en el conocimiento y resolución por parte de la judicatura ordinaria de acciones entabladas por la vulneración de algunos derechos constitucionales derivadas de actuaciones u omisiones de órganos de la administración u otras personas. El más relevante de estos medios es el recurso de protección (artículo 20 de la Constitución) y el recurso de amparo o habeas corpus (artículo 21 de la Constitución). Junto a los recién mencionados, a nivel legal se han establecido otras acciones o recursos en los que un juez o Corte debe decidir aplicando lo que la Constitución establece. Nos referimos a la acción de tutela laboral (artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo); la acción por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito tributario y aduanero (Ley N° 20.322); la acción por discriminación arbitraria (Ley N° 20.609); la acción de protección de la vida privada o habeas data (Ley N° 19.628), y el recurso de nulidad por infracción de derechos fundamentales en materia penal (artículo 372 del Código Procesal Penal).

II. CAUSAS DE LAS TENSIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA

En el mundo, en general, no es poco común que exista alguna tensión entre cortes supremas y tribunales constitucionales. Es más, España, Italia y Colombia son claros ejemplos de los desencuentros a los que pueden llegar ambos órganos jurisdiccionales. Muchas veces, las cortes supremas resienten la pérdida de poder a manos de cortes constitucionales, las cuales fueron creadas con posterioridad. Dicha pérdida de atribuciones también ha ocurrido en Chile. Por ejemplo, la reforma constitucional del 2005 le quitó a la Corte Suprema el control constitucional de preceptos legales (o inaplicabilidad) para conferirle dicha facultad al Tribunal Constitucional. Este último, en contraste con uso poco frecuente de la misma por la Corte Suprema, ha extendido enormemente el acceso y aplicación de dicho instrumento a favor de la ciudadanía.

Como ya se ha explicado, en nuestro país el principal custodio del respeto que a la Constitución le deben los demás órganos es el Tribunal Constitucional, quien -por ende- tiene la primacía interpretativa de las normas constitucionales. Esta última afirmación no sólo tiene un indudable sustento jurídico, sino que es deseable que así sea. Sin embargo, dado que la Corte Suprema también juega un rol de control constitucional conociendo, eventualmente, de diversas acciones y recursos, como los indicados previamente, ésta ha aprovechado dicho espacio para entrar a competir por quién es el máximo intérprete de la Constitución. Esta dualidad parcial en el control de constitucionalidad, reforzado por una actitud a veces hostil por parte de la Corte Suprema, genera una dispersión de la interpretación de los preceptos constitucionales, lo cual produce incerteza jurídica.



Asimismo, la misma naturaleza de la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional ha sido fuente de resquemor por parte de la judicatura ordinaria. Así como no debiera discutirse la primacía de la Magistratura Constitucional en la interpretación de la Carta Fundamental, tampoco está en duda la que tienen los tribunales ordinarios y, en especial, la Corte Suprema en la interpretación de la ley. La mayoría de las veces el ejercicio de ambas competencias no genera problemas, pero hay una zona limítrofe en que el control de constitucionalidad de un precepto legal por parte del Tribunal Constitucional hace necesario realizar un ejercicio de interpretación de la ley. Como bien lo señala Luis Alejandro Silva, “[l]a inaplicabilidad supone juzgar la constitucionalidad de la ley aplicada a un caso

III. CASOS CULMINES DEL CONFLICTO

concreto. Por esto, la determinación del sentido y alcance de la ley impugnada es una condición para decidir el punto. (...) Desde el momento que la inaplicabilidad consiste en examinar, a la luz de la Constitución, el resultado de la aplicación de un precepto legal, se convierte en una oportunidad para examinar la forma como el precepto legal fue interpretado por quien lo aplicó”.⁷² Si a lo anterior, se agrega el hecho de que se puede requerir de inaplicabilidad incluso después de dictada sentencia de primera o segunda instancia, una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inaplicabilidad del precepto legal que ha de decidir el juicio seguido ante los tribunales ordinarios puede ser percibida -equivocadamente- como un reproche del primero a lo resuelto por los segundos.

Este espacio de desencuentro fue advertido tempranamente por algunos. En palabras de Bordalí, “en nuestro país no hay instrumento procesal ni práctica alguna que permita coordinar eventuales decisiones contradictorias en materia de interpretación de la Constitución y de la ley dadas por el Tribunal Constitucional y por la judicatura ordinaria. Todo ello conspira claramente contra los valores de certeza y predecibilidad (sic) del Derecho, afectándose asimismo el derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Constitución y la ley”.⁷³

Por sí solo, y sin perjuicio de posibles vías de solución que se identificarán hacia el final, los potenciales espacios de tensión derivados del diseño jurídico no debieran dar lugar a un conflicto agudo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En un ambiente de respeto y deferencia institucional las tensiones naturales debieran mantenerse dentro de los cauces jurídicos normales. Sin embargo, ello no siempre ha sido así, como lo ilustran ciertas conductas jurisdiccionales de la Corte Suprema que se reseñarán a continuación.

Un primer atisbo claro de cierta hostilidad de la Corte Suprema puede verse en una prevención de dos de los tres integrantes de la tercera sala de la Corte Suprema en una sentencia del año 2017, en la que sostuvieron que debía eliminarse un párrafo en que se citaba jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El motivo para ello, según se lee en el fallo, es que el TC era “un tribunal político (en el estricto sentido de la palabra) y sus fallos no pueden constituir fuente de jurisprudencia para el tribunal máximo de la República, como es la Corte Suprema”.⁷⁴ El hecho de mayor gravedad, sin embargo, ocurrió con la resolución de la Corte Suprema⁷⁵ que, revirtiendo lo dictaminado por la Corte de Apelaciones de Santiago en donde se sostenía correctamente que contra las sentencias del Tribunal Constitucional



⁷² SILVA (2012): 600-603.

⁷³ BORDALÍ (2007): 524.

⁷⁴ SEPÚLVEDA CON ISAPRE COLMENA (2017).

⁷⁵ CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FUNCIONARIOS MUNICIPALES DE CHILE CON TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019)

IV. VÍAS QUE HA UTILIZADO LA JUDICATURA ORDINARIA PARA ELUDIR LAS RESOLUCIONES Y EL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

no procedía recurso alguno, entre ellos el de protección, declaró admisible el recurso entablado por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile, Asemuch, en contra del Tribunal Constitucional.

Frente a lo resuelto por la tercera sala de la Corte Suprema, el Pleno de Ministros del Tribunal Constitucional emitió una declaración pública en la cual se lamenta que la Corte Suprema “*pretend[er] rediseñar el esquema de competencias constitucionales, en particular: habilitando el recurso de protección contra sentencias del Tribunal Constitucional; otorgando competencias al juez ordinario para revisar qué parte del contenido de nuestras sentencias es vinculante y, en consecuencia, sugiriendo que actuamos fuera de la Constitución*”. Dicha declaración agrega que resulta “*improcedente habilitar el recurso de protección para revisar o invalidar sentencias del Tribunal Constitucional; u otorgar competencias al juez ordinario para determinar qué parte de la sentencia debe ser cumplida y cuál no, introduciendo una discriminación incompatible con la distribución de competencias propias del Estado de Derecho y de la Democracia Constitucional.(...) El Tribunal Constitucional no rechaza la interpretación que hace el juez ordinario del precepto legal, sino, sólo lo declara inaplicable y no interfiere ni controla la forma en que se ha tramitado la gestión judicial pendiente*”. Finalmente, la Magistratura Constitucional reivindicó sus atribuciones al manifestar que “*en el ejercicio de garantizar el principio de supremacía constitucional, corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 93 N° 6 de la Ley Fundamental, declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales cuya eventual aplicación, en una gestión judicial, produzca un efecto contrario a la Constitución. Resuelto que fuera lo anterior, por disposición de su artículo 94 no procede recurso alguno en contra de las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional*”.⁷⁶

El ejemplo recién relatado da cuenta de una manifestación extrema de tensión por desborde competencial. En ocasiones, sin embargo, la forma de la judicatura ordinaria para eludir lo dictaminado por la judicatura constitucional o sustituir su facultad de control de leyes opera de manera más sutil. En cuanto a lo primero, las cortes pueden hacer caso omiso a una declaración de inaplicabilidad de una norma legal que puede ser decisiva en la resolución judicial de un asunto por la vía de aplicar otras disposiciones legales que -según ellos- producirían el mismo efecto que la que ha sido impugnada y declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional. En cuanto a la sustitución por parte de la Corte Suprema de la prerrogativa del Tribunal Constitucional de inaplicar leyes inconstitucionales, hay dos caminos que, en ocasiones, la primera ha utilizado: (1) justificar el desconocimiento de una regla legal amparándose en su contradicción con la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es decir, mediante el control de convencionalidad, y (2) desconocer la aplicación de una ley dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución aduciendo la derogación tácita de la primera por la segunda. La última tesis motivó, incluso, una jornada de reflexión interna del Tribunal Constitucional en la que se expresó preocupación por dicha práctica de la Corte Suprema. En palabras del propio Tribunal, “[s]ea que se trate de una ley preconstitucional o posterior, a cuyo respecto el ordenamiento jurídico no distingue, su inconformidad con la Carta Fundamental sólo puede declararla el Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad, como órgano colegiado y a través del proceso

⁷⁶ DECLARACIÓN PÚBLICA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (08/10/2019).

especialmente reglado al efecto por el propio texto supremo y la ley, incluso con la eventual participación de los órganos colegisladores interesados. Tanto es así, que en diversas oportunidades han decidido requerir de inaplicabilidad ante esta Magistratura Constitucional, no solo los tribunales de primera instancia o los de alzada, sino que lo ha efectuado la misma Corte Suprema”.⁷⁷

V. SOLUCIONES

Del análisis precedente es posible desprender dos principales tensiones que enfrenta el Tribunal Constitucional frente a la justicia ordinaria. Primero, si bien es el intérprete supremo de la Constitución, carece de los instrumentos necesarios para que exista una jurisprudencia unificada de los preceptos constitucionales; y en segundo lugar, si bien sus sentencias son vinculantes para todos los órganos del Estado y el control de constitucionalidad que realiza está radicado exclusivamente en él, este carácter vinculante no está expresamente consagrado. Para esos efectos, a continuación se presentarán ciertas soluciones que se han planteado por diferentes autores, de distintos países y sectores políticos, que pueden ser un aporte para apaciguar las existentes y potenciales fricciones ya descritas entre la judicatura ordinaria y la judicatura constitucional.

1. Traslado de la acción de amparo de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional.

En primer lugar, el proyecto de nueva Constitución propuesto por la ex Presidente de Chile Michelle Bachelet, consideraba una serie de modificaciones interesantes al Tribunal Constitucional. Entre ellas, consagra el traslado del amparo de los derechos fundamentales, incluyendo el actual recurso de protección y de amparo, para ser conocidos en segunda instancia por el TC, restándole esta atribución a la Corte Suprema. El proyecto de reforma

constitucional consagra esta facultad en el artículo 94, N 16°, cuyo enunciado comienza diciendo que serán atribuciones del Tribunal Constitucional: “Resolver, por la mayoría de sus miembros, el efectivo amparo frente a la vulneración de los derechos constitucionales, de que hubiere sido objeto el titular de la acción prevista en el artículo 20 de esta Carta”. A su vez, el artículo 20 de dicho proyecto establece que “quien estime ser lesionado en los derechos establecidos en esta Constitución por actos arbitrarios o ilegales, causado por cualquier persona o institución, sea ésta privada o pública, puede recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional”.⁷⁸

Lo expresado anteriormente es muy rescatable para ser evaluado, ya que permitiría poner fin a la multiplicidad de interpretaciones de los preceptos constitucionales, específicamente respecto de los derechos fundamentales, garantizando mayor uniformidad jurisprudencial y con ello, mayor certeza jurídica para las personas. De este modo, también se pondrá fin al roce de competencias limítrofes entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.



⁷⁷ CONCLUSIONES DE LA II JORNADA DE REFLEXIÓN INTERNA TC (04/11/2016).

⁷⁸ BOLETÍN N° 11.617-07. ÉNFASIS AÑADIDO.

2. Recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional en manos del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, Andrés Bordalí propuso hace ya varios años una alternativa distinta basada en el derecho español, la cual consiste en un recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional en manos del Tribunal Constitucional chileno con el fin de evitar la dispersión jurisprudencial en materia de interpretación de los derechos fundamentales. Con este recurso, según lo explica el autor, el Tribunal Constitucional no interviene en el fondo del asunto que ha sido resuelto por el juez ordinario, sino que sólo debe contrastar la sentencia con su propia doctrina y jurisprudencia, y si resulta ser contraria a ella, entonces tiene la facultad de anular la sentencia.

3. Creación de un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional contra una sentencia que desconoce los efectos de la sentencia de inaplicabilidad dictada por el mismo Tribunal Constitucional.

Esta solución, propuesta por el Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional, apunta a ser un recurso de aplicación única y excepcional para los casos en que las sentencias de inaplicabilidad que acogen el requerimiento han sido desconocidas por el juez de fondo de la gestión pendiente.⁷⁹ Esta sería una herramienta muy útil para reforzar el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales, como bien se ha analizado anteriormente, en ocasiones son eludidas por los jueces ordinarios.

Cabe recalcar que no es vista como una solución posible ni conveniente devolver a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicables preceptos legales. En efecto, dicha posibilidad fue ampliamente rechazada por el Grupo de

estudio de reforma al Tribunal Constitucional en su informe entregado el año 2019 por estimar que el ejercicio de esta facultad ha sido enormemente favorable desde que la reforma constitucional del 2005 la radicó en el Tribunal Constitucional. En efecto, las cifras indican un aumento exponencial de las causas ingresadas llegando a 2.210 en 2019, de las cuales 2.181 son requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁸⁰ Esto manifiesta la creciente confianza de los ciudadanos en la eficacia de este órgano para asegurar sus derechos. En cambio, cuando dichos requerimientos eran conocidos por la Corte Suprema muy pocos eran admitidos a trámite, y el criterio para declarar su inaplicabilidad era bastante exigente de modo que pocos eran acogidos. Por último, el tipo de razonamiento que se requiere para fallar una inaplicabilidad o inconstitucionalidad es diferente al acostumbrado por los jueces ordinarios.⁸¹

Como se ha mencionado con anterioridad, un arreglo al diseño jurídico que distribuye las competencias entre la judicatura constitucional y la judicatura ordinaria puede ayudar a reducir los potenciales espacios de tensión dentro de los cauces jurídicos naturales. No obstante, el derecho tiene límites y ninguna norma es capaz de evitar que se produzcan conductas poco deferentes e incluso hostiles como aquellas relatadas anteriormente provenientes de la Corte Suprema. Por lo mismo, tal vez sea el momento de exigir una actitud colaboradora y de mutuo respeto entre los jueces en pos de mejorar las relaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional y así generar un ambiente propicio para el desarrollo de sus funciones.

⁷⁹ Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional (2019): 31-32.

⁸⁰ Información disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/estadisticas/estadisticas-ano-2019>.

⁸¹ Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional (2019): 31.

VI. CONCLUSIONES

La actual Constitución consagra al Tribunal Constitucional como su intérprete y garante primordial, más no el único. Esta duplicidad en la interpretación de ciertos preceptos constitucionales, especialmente aquellos relativos a los derechos fundamentales, ha generado múltiples fricciones entre la judicatura constitucional y ordinaria, en especial con la Corte Suprema.

Una de las razones que se invoca para defender una interpretación definitiva o, al menos, claramente prevaleciente de la Constitución, es la necesidad de acotar el debate sobre los significados polémicos de disposiciones constitucionales. Si no hay intérprete supremo de la Constitución, se producirá una incertidumbre constante entre los jueces y, en general, en los poderes del Estado acerca de su significado. Es necesario, o al menos deseable -como ya se ha dicho-, garantizar una interpretación uniforme de la Constitución.

En definitiva, no habría Constitución que defender si no tuviera un significado razonablemente común y constante. Y el Tribunal Constitucional juega y debiera jugar un papel central en el desarrollo de su significado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BORDALÍ, Andrés (2007): "La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3, [pp. 517 - 538]. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v34n3/arto8.pdf>

BOYS, Henry (2019): "Tribunal Constitucional vs. Corte Suprema: claves del conflicto", *Diario Constitucional*. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/tribunal-constitucional-vs-corte-suprema-claves-del-conflicto/>

DELAVEAU, Rodrigo (2020): "Control de constitucionalidad: análisis empírico desde el derecho comparado", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 67, año 2020. <https://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Cuaderno-67.pdf>

EL LÍBERO (10/10/2019): "Director del Observatorio Judicial sobre fallo de la Corte Suprema que detonó conflicto con el TC: "Abre la puerta para el desacato"". <https://ellibero.cl/actualidad/director-del-observatorio-judicial-sobre-fallo-de-la-corte-suprema-que-detono-conflicto-con-el-tc-abre-la-puerta-para-el-desacato-2/>

GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): "25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI", Santiago de Chile, 28 de Junio 2019. <https://media.elmostrador.cl/2019/07/informe-final-grupo-estudio-reforma-al-tc.pdf>

PEREIRA, Antonio Carlos (2010): *Lecciones de Teoría Constitucional*. (Madrid, Editorial Colex, tercera edición).

SILVA, Luis Alejandro (2012): "¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?", *Revista de Derecho*

de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 573 - 616]. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100014&script=sci_arttext&tlng=en#footnote-32980-105-backlink

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016): "Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna: inconstitucionalidad sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?". Santiago, 4 de noviembre de 2016.

JURISPRUDENCIA CITADA

:
SEPÚLVEDA CON ISAPRE COLMENA (2017): Corte Suprema (tercera sala), 8 de junio de 2017 (apelación recurso de protección) Rol N° 2925-2017, en Vlex, Código de búsqueda 682441241, Fecha de Consulta 17 de junio 2021.

CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FUNCIONARIOS MUNICIPALES DE CHILE CON TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): Corte Suprema (tercera sala), 7 de octubre de 2019 (Apelación recurso de protección) Rol N°21.027-2019, en MicroJuris, Código de búsqueda MJJ 292929, Fecha de consulta: 17 de junio de 2021.

Declaración Pública Tribunal Constitucional (08/10/2019).

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile.

Código Procesal Penal de Chile.

Código del Trabajo de Chile.

Ley N° 20.322 (27/01/2009), Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera.

Ley N°19.628 (28/08/1999), Sobre protección de la vida privada.

Ley N° 20.609 (24/07/2012), Establece medidas contra la discriminación.

Boletín N° 11.617-07 (06/03/2018): Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.

SÉPTIMO INSUMO CONSTITUCIONAL:

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Equipo
Instituto Res Publica