

Felipe Paredes Paredes

Preguntas Fundamentales en Torno al Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución

Felipe Paredes Paredes[1]

Introducción

La jurisdicción constitucional es una institución que ha estado recientemente en el centro del debate público. Pero la verdad es que esta discusión no es nueva. Por el contrario, esta se ha producido desde la creación de tribunales con competencias para cumplir con esta función. En esta presentación, se examinarán algunas de las aristas de esta cuestión, a partir de cuatro preguntas fundamentales y del debate surgido en el diálogo con la profesora Ana María García, el profesor Fernando Atria y el público asistente.

I. ¿Cuál es la relación entre el tribunal constitucional, la Constitución y la vida cotidiana de las personas?

La primera parte de la pregunta aborda la relación existente entre la Constitución y el Tribunal Constitucional. Una respuesta breve, debe necesariamente señalar que, sin un tribunal que controle la vigencia del principio de supremacía constitucional, las Constituciones carecería de existencia en tanto normas jurídicas. Esa es justamente la función natural de un tribunal constitucional: asegurar el principio de supremacía de la Constitución, de modo que todos los órganos del Estado, así como también los particulares, se sometan a sus disposiciones (Limbach, 2001).

---

[1] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas Universitat Pompeu Fabra. Doctor en Derecho Universitat Pompeu Fabra. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral de Chile. Director de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.

Aquí es necesario hacer una importante aclaración: en esta explicación se está tomando la expresión "*tribunal constitucional*" en un sentido amplio, es decir, no solamente para designar al órgano que existe bajo la vigencia de la Constitución de 1980 o que ha existido con anterioridad en nuestra historia. En este sentido, la expresión incluye cualquier otro órgano que cumpla una función similar, llámese Consejo Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema, Corte Suprema, Corte Constitucional, o cualquier otro que realice la función de velar por la supremacía de la Constitución.

La historia nos ha enseñado que, ante la inexistencia de un mecanismo que controle la constitucionalidad del Derecho, la Constitución deja de ser una norma jurídica y se convierte en un documento político o una mera declaración de buenas intenciones. Este nexo puede ser observado también a la luz de la historia constitucional chilena. Por ejemplo, en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1833, se transitó de un régimen de gobierno presidencialista vigorizado, a un modelo denominado Parlamentarismo a la Chilena, sin cambiar formalmente la Constitución (Ruiz-Tagle 2016). En síntesis, el sentido que tiene la existencia de un órgano que realice la función de control de constitucionalidad, es evitar que la Constitución sea vulnerada por otras normas jurídicas, anulando todas aquellas disposiciones que entren en contradicción con lo dispuesto por esta.

Ahora bien, pasando a la segunda parte de la pregunta, es necesario dejar en claro que, contrariamente a lo que se ha pensado por largo tiempo entre nosotros, la garantía jurisdiccional de la Constitución impacta la vida cotidiana de los ciudadanos de forma muy importante. Al respecto, se puede señalar que la actividad de cualquier tribunal que controle la constitucionalidad de las normas afecta la vida de las personas de dos maneras diferentes; una indirecta y otra más directa. Desde un punto de vista indirecto, un tribunal constitucional determina los límites y el contenido de las atribuciones de los órganos del Estado (Tushnet 2012). Ello es así porque los derechos de las personas siempre pasan por el filtro de las instituciones del Estado, siendo estas las que en último término determinan su contenido y condiciones de ejercicio. Por cierto, no es trivial señalar que, en Chile, la ciudadanía ha comprendido perfectamente desde el denominado Estallido Social, pero con mayor intensidad luego del advenimiento de la pandemia mundial causada por el virus SARS Covid-19, cuán relevante es que los órganos del Estado reflejen en su composición el principio democrático y el respeto por el Estado de Derecho.

Pero existe también una segunda manera, mucho más directa, en la que la justicia constitucional incide en la vida de las personas. Resulta que la Constitución posee otro gran capítulo que se refiere a los derechos fundamentales. En ese sentido, un tribunal constitucional es el principal intérprete de esos derechos. A través de su jurisprudencia se va dotando de contenido a esas disposiciones, pero en esta materia el tribunal constitucional no es un intérprete cualquiera. Todo aquel que tenga la oportunidad de revisar cualquier declaración que consagre derechos fundamentales, en cualquier Constitución del mundo, advertirá que esos derechos están escritos con enunciados lingüísticos que se caracterizan por un elevado nivel de abstracción y generalidad, lo que hace muy difícil que estos sean interpretados unívocamente (Ferreres, 2007; Gozzi, 1999; Moreso, 2005).

Lo usual será que en torno a dichos conceptos se produzca un profundo debate a la hora de dotarlos de contenido, determinar sus límites o resolver conflictos entre estos. Algunos autores dirán que se trata de conceptos esencialmente controvertidos (Gallie, 1955). Piénsese, por ejemplo, en el concepto de igualdad: hay una versión liberal de la igualdad, hay una versión socialista de la igualdad, una versión marxista, entre otras. Desde esta perspectiva, las Constituciones pueden ser imaginadas como una especie de obra gruesa, como si se tratara de la estructura de un edificio, sobre la que constantemente se siguen construyendo los tabiques o los detalles (Balkin, 2009). En dicho proceso de interpretación-construcción de los derechos el tribunal constitucional tiene una posición privilegiada, en la medida que es dicho órgano quien debe resolver cómo debe ser interpretada la Constitución. En Chile, esta situación quedó reflejada en la sentencia sobre la ley que despenalizó la interrupción del embarazo en 3 causales. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional (TC) falló que las personas jurídicas son titulares del derecho a la objeción de conciencia, lo que no estaba para nada claro en el texto del respectivo proyecto de ley, y a pesar de que ello contradecía la jurisprudencia previa del propio TC. En efecto, en la sentencia sobre la reforma laboral de 2017, a propósito del derecho a la titularidad sindical, el TC había fallado que los derechos fundamentales eran derechos que se adscribían preferentemente a las personas naturales, frente a intereses similares que pudiesen tener los sindicatos.

II. ¿Cuáles son los principales argumentos para abogar por la eliminación o mantención de un TC en la nueva Constitución?

La crítica en comento tiene indudablemente dos niveles de respuesta: uno abstracto y otro concreto. En abstracto, la jurisdicción constitucional presenta un problema que es congénito a su creación y que se ha planteado en todos los países donde existen tribunales que controlan la constitucionalidad de la ley. Desde este punto de vista, existe una tensión entre el control de constitucionalidad y los principios de la democracia. Este problema fue denominado por Alexander Bickel (1986) la objeción contramayoritaria a la revisión judicial de la ley, manifestándose en estos mismos términos en todos los países donde existen tribunales que cumplen dicha función. En síntesis, este se refiere a la dificultad para justificar que un órgano no legitimado democráticamente, posea la atribución de vetar las decisiones de otro órgano que sí goza de dicha legitimidad, como es el congreso. En los EE. UU. esta disyuntiva se ha presentado desde la famosa sentencia de la Corte Suprema Marbury v. Madison de 1803, mientras que en Europa fue una de las razones que determinó el diseño de Kelsen para el tribunal constitucional en la Constitución austriaca de 1920.

Desde luego, en los términos que ha sido presentada la cuestión, se trata de un debate casi bizantino, que no tiene fácil solución. Probablemente, lo más razonable sería asumir que, a pesar de que los tribunales constitucionales cumplen una importante función -la garantía de la Constitución-, esta no es fácil de compatibilizar y reconciliar con la regla de la mayoría. En suma, la existencia de tribunales constitucionales, per se produce algún grado de afectación del principio democrático. No obstante, no se debe soslayar que el diseño institucional sí posee una enorme importancia para aminorar esta dificultad. Esto permite entroncar con la dimensión nacional de este asunto.

En términos más concretos, es decir en el caso chileno, el diseño institucional en vigor deriva de la reforma constitucional de 2005. Como característica general, se puede señalar que se trata de un modelo concentrado reforzado, que permite que el TC intervenga intensamente el texto de la ley, tanto antes de su entrada en vigencia, como también con posterioridad a ésta. Considerando un análisis únicamente desde la óptica de las atribuciones de control normativo, el TC es un tribunal extremadamente poderoso, lo que por cierto conlleva un innegable riesgo. Esto porque la literatura muestra que, en la medida que un tribunal constitucional tenga mayores atribuciones para anular la ley, en la

práctica terminará utilizando ese poder (Stone, 2002). En este sentido, el diseño de la jurisdicción constitucional en Chile -ya desde la redacción original de la Constitución de 1980, pero aún de forma más acentuada por la reforma del año 2005, ha ido acumulando una dosis considerable de poder en el TC, otorgándole la posibilidad de intervenir la ley en sus distintas etapas; ya sea en su formación, como también una vez que esta se encuentra produciendo sus efectos.

En este sentido, la pregunta verdaderamente relevante no debería ser si tener o no un tribunal constitucional, sino que más bien qué tipo de tribunal constitucional queremos tener. La respuesta a esta pregunta debería ser unánime: es necesario pensar en un tribunal constitucional con un diseño institucional que fomente un mayor respeto al principio democrático y a la función legislativa. Con este objeto existen varias propuestas que conviene tener presente en la discusión constituyente, por ejemplo: mayores controles democráticos sobre los nombramientos de los jueces, reducción y racionalización de las atribuciones del TC, así como también, determinadas estrategias de razonamiento jurídico que respeten la dignidad democrática de la ley. Se volverá sobre esto las próximas secciones de esta intervención.

III. Tomando como antecedente el fallo referido al aborto en tres causales en donde el Tribunal Constitucional, a propósito de la objeción de conciencia institucional, utilizó su facultad de abrogación para eliminar disposiciones provenientes del Congreso: ¿cuál es el rol que debiese tener la justicia constitucional en la nueva Carta Fundamental? ¿Cómo dialoga esto con el concepto de democracia?

La pregunta es tremendamente pertinente, pero quizá el ejemplo es poco representativo de la genuina función que debe cumplir un tribunal constitucional en un Estado democrático. Para entender esta reflexión es necesario recordar que los tribunales constitucionales fueron diseñados originalmente como legisladores negativos (Kelsen, 1942). Esto significa que, a pesar de que existe el debate ya examinado, se acepta que el tribunal constitucional elimine disposiciones legales de un texto legislativo, pero existe un fuerte rechazo a que dichos órganos operen como legisladores positivos, o sea, que añadan disposiciones que no se encontraban presentes en el texto original aprobado por el Congreso, ya sea directa o indirectamente.

Precisamente, el fallo sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales representa un ejemplo de una situación anómala dentro de un Estado democrático, porque en dicha oportunidad el TC actuó en la práctica como un legislador positivo (Paredes, 2018). Ello ocurrió porque se declaró inconstitucional una frase, cuya supresión del texto de la ley, cambió completamente el sentido de la disposición, y terminó creando una forma de objeción de conciencia -objeción de conciencia corporativa de los centros de salud- que no estaba contemplada originalmente en el proyecto, el que únicamente se refería a la objeción de conciencia de los profesionales de salud que intervienen en el procedimiento de interrupción del embarazo.

Por supuesto, no se pretende negar que el concepto de democracia es una idea tremendamente compleja de asir. En efecto, si ello fuera sencillo, esta pugna se resolvería fácilmente en favor del legislador. Pero por la misma razón, tampoco se puede resolver en favor de un Tribunal Constitucional que subrogue en su función natural al Congreso Nacional. Si nos interesa la democracia, esta reflexión lleva necesariamente a la conclusión que el TC debería mostrar respeto y deferencia por las decisiones del legislador, lo que, desde luego, no significa ausencia de control. En términos más específicos la deferencia supone dos exigencias.

La primera, es que un tribunal constitucional que sea deferente con el legislador debería asumir que la Constitución no proporciona siempre una única respuesta correcta a los problemas jurídicos. No hay una única manera de leer la Constitución, sino más bien, la Constitución constantemente está señalando varios caminos plausibles para cumplir con sus exigencias. Ante la existencia de varias opciones compatibles con la Constitución, es completamente legítimo que el legislador pueda tomar uno de esos caminos y que, si ese camino no necesariamente es el mismo que el tribunal constitucional ha elegido, este último órgano debe respetar el juicio de motivación que ya efectuó el legislador y conservar su decisión.

La segunda asunción tiene que ver con la evidencia necesaria para concluir, en cada caso, que una ley vulnera la Constitución. Como se trata de una cuestión en la que es perfectamente plausible que existan dudas o desacuerdos, la pregunta fundamental es quién debe soportar esa falta de certeza: o el legislador o quien alega la inconstitucionalidad de la ley. En palabras sencillas, la pregunta es: o castigamos al legislador -con el alto costo que ello conlleva

para el principio democrático- frente a cualquier sospecha, o más bien reservamos la gravosa consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, únicamente a los casos en los que quede claro que la norma ha vulnerado la Carta Fundamental. En definitiva, la segunda asunción implica reconocer la presunción de constitucionalidad de la ley, como una regla de juicio similar a la que opera en materia penal. En dicho ámbito, cuando no hay certeza de si el imputado es culpable o no, la sentencia debe absolverlo (se aplica el principio "*in dubio pro reo*"). La deferencia al legislador supone introducir una regla de juicio similar, que sería en este caso "*in dubio pro legislator*". Si el TC no tiene la certeza absoluta de que la interpretación que está asumiendo el Congreso es incorrecta, entonces debe declarar la ley constitucional, sin vetar o interpretar artificialmente ninguna de sus disposiciones.

IV. Si se opta por no incluir la figura del Tribunal Constitucional en la nueva Carta Fundamental ¿qué organismo realizaría los controles preventivos y represivos de constitucionalidad? ¿Qué nos dice la experiencia comparada?

Con independencia de que esta pregunta pueda ser materia de debate en términos teóricos, en la práctica es poco probable que una nueva Constitución carezca de un órgano que controle la constitucionalidad de las normas. Una respuesta de este tipo contravendría, incluso, el sentido de llevar a cabo un proceso constituyente como el que se ha iniciado en Chile luego del Estallido Social. Al respecto, se pueden plantear cuatro ideas que sistematizan cómo podríamos imaginarnos un tribunal constitucional que, al mismo tiempo que asegure la supremacía de la Constitución, resulte también respetuoso del principio democrático. Estas ideas fuerza son las siguientes: un TC menos vigoroso, un TC menos del caso concreto, un TC menos partisano y en cuarto lugar un TC más deferente con el legislador.

En primer lugar, hay varias atribuciones que en el estado actual de desarrollo de nuestro Estado de Derecho no se justifican. La primera es el control obligatorio. Esta es una atribución muy difícil de explicar desde el punto de vista del respeto al principio democrático, por lo que debería ser suprimida. Consecuentemente con lo anterior, el control preventivo a instancia de órgano legitimado también debería ser reducido, de modo de que el TC desem-

peñe únicamente un papel de árbitro del proceso político, evitando que las fuerzas políticas saquen alguna ventaja ilegítima del mal uso de las reglas que regulan el proceso legislativo. Por otro lado, existe otro cúmulo de atribuciones que no están relacionadas con el control de constitucionalidad de normas jurídicas, que deberían corresponder a los tribunales de justicia, por ejemplo: la ilegalización de partidos políticos, o la resolución de conflictos de competencia.

En segundo lugar, es necesario un tribunal que se incline más a una jurisprudencia de principios, que a una jurisprudencia del caso concreto como sucede en la actualidad. Desde este punto de vista, la acción de inaplicabilidad, tal cual está diseñada, no es idónea para cumplir este rol, por lo que debería ser derechamente eliminada. Por el contrario, el grueso de la actividad del TC debería estar centrada en una modalidad de control correctivo de preceptos, que produzca efectos generales, con base en un quórum alto de miembros del tribunal.

En tercer lugar, es necesario un TC menos partisano. Aquí entran varias de las propuestas que sugieren hacer obligatorio el concurso público para el nombramiento y establecer un régimen más exigente de inhabilidades. Es lógico que, como sucede por lo demás en todos los cargos de esta índole, deberían eliminarse los nombramientos directos y todos los jueces deberían nombrarse con base en un concurso de méritos, como por lo demás sucede en la actualidad respecto de los jueces nombrados por la Corte Suprema. También, en aras de asegurar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones del TC, sería conveniente establecer un régimen fuerte de inhabilidades que excluya las situaciones de conflictos de intereses que permite la legislación actualmente vigente.

En cuarto lugar, se requiere de un TC más democrático. Democracia significa el último término diálogo, y ese diálogo, se debe producir tanto con el legislador como con la ciudadanía. Sobre lo primero, algo ya se ha dicho al hablar del principio de deferencia al legislador, lo que se puede conseguir introduciendo una regla en la ley orgánica o en la misma Constitución, pero el diálogo con el legislador no se agota en la idea de deferencia. En Derecho Comparado existen interesantes ejemplos de cómo fomentar esta comprensión de la justicia constitucional. Por ejemplo, en la Constitución canadiense

en el artículo 33 de la Carta de Derechos, se establece un mecanismo para que la Corte Suprema, quien tiene la atribución de declarar inconstitucional una norma legal, la devuelva al Parlamento para que este pueda modificar la norma dentro de los márgenes de la Constitución.

Pero ese diálogo también se debe producir con la ciudadanía. Aquí es donde adquiere importancia la motivación de las sentencias constitucionales. Actualmente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remite la exigencia de motivación del tribunal a los requisitos de motivación que existen en el proceso civil, lo que resulta insuficiente como criterios de justificación, pues la jurisdicción civil posee una finalidad distinta y unas especificidades que restan sentido a la señalada remisión. En la actualidad, es cierto que el TC está haciendo un esfuerzo por ser mejor comprendido por la ciudadanía, pues últimamente las sentencias son más fáciles de leer y están mejor estructuradas. Sin embargo, este aspecto del diálogo con la ciudadanía también puede ser incrementado a través de la consagración de reglas que establezcan determinadas exigencias de motivación, inspiradas en la lógica del principio democrático.

Bibliografía

Balkin, Jack, "Framework Originalism and the Living Constitution", Northwestern University Law Review, 103, 2009, 549-614.

Bickel, Alexander, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press, 1986.

Gallie, Walter, "Essentially Contested Concepts", Proceedings of the Aristotelian Society, 56, Aristotelian Society, Wiley, 1955, 167-198

Ferreres, Víctor, Justicia constitucional y democracia, CEPC, Madrid, 2ª ed., 2012.

Gozzi, Gustavo, Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale, Editori Laterza, Bari, 1999, pp. 270 – 272.

Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution, The Journal of Politics, 4 (2), 1942, 183-200.

Limbach, Jutta, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", The Modern Law Review, 64 (1), 2001, 1-10.

Moreso, José Juan, "Sobre los conflictos entre derechos", en Carbonell, Miguel (coord.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005.

Paredes, Felipe, "Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol Nº 3729-2007, de 28 de agosto de 2017", Ius et Praxis, 24 (3), 2018, 803-816.

Ruiz-Tagle, Pablo, Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado. LOM Ediciones, 2016.

Stone, Alec, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", West European Politics, 25 (1), 2002, 77-100.

Tushnet, Mark, ¿Por qué la Constitución importa? (Alberto Supelano trad.), Universidad Externado Colombia, Bogotá, 2012.