



Serón Canales, José Luis
“Tribunal Constitucional Chileno:
Órgano Jurisdiccional ¿Político o Legislador?”
En las Fronteras del Derecho 1.2824 (2022)
ISSN: 2735-7236
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0
Sección: Notas y ensayos
Fecha de recepción: 22-10-2021
Fecha de aceptación: 23-12-2021

Tribunal Constitucional Chileno: Órgano Jurisdiccional ¿Político o Legislador?

The Chilean Constitutional Court: Political or Legislative Jurisdictional Body?

José Luis Serón Canales

Resumen

Si bien el control de la supremacía constitucional es de vital importancia para el orden jurídico, parece ser, al mismo tiempo, la labor jurisdiccional más desconocida por las personas. El desconocimiento que tiene la gente de esta jurisdicción constitucional y el conflicto implícito que conlleva este control, ha puesto al Tribunal Constitucional chileno en el ojo del huracán. Esto se debe al diseño que tiene y al alcance de sus atribuciones, que a partir de la reforma constitucional del año 2005 son un claro ejemplo de cómo agravar el conflicto o tensión social en vez de atenuarlo. Hoy la sociedad chilena no entiende la existencia de este órgano garante de la Constitución, que detenta un poder de objeción contra mayoría al parecer ilimitado, muchas veces en perjuicio de los intereses colectivos. Por eso, la lupa social se ha posado sobre él, para escudriñar cuál es la verdadera naturaleza de este tribunal, y se ha preguntado cuál es su labor jurisdiccional. ¿Es un órgano o instrumento político en vez de un tribunal? ¿Es una tercera cámara legislativa? Son interrogantes que la Convención Constitucional deberá responder para definir el diseño y alcance del control constitucional para una nueva Constitución.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; Convención Constitucional

Abstract

Although the control of constitutional supremacy is vital for the legal order, it seems to be, at the same time, the jurisdictional work most unknown by the people. The lack of knowledge that people have of this constitutional

jurisdiction and the implicit conflict that this control entails, has put the Chilean Constitutional Court in the eye of the hurricane. This is due to its design and the scope of its attributions, which since the constitutional reform of 2005 are a clear example of how to aggravate the conflict instead of attenuating it. Today, Chilean society does not understand the existence of this body, guarantor of the Constitution, which holds a seemingly unlimited power of objection against the majority, often to the detriment of collective interests. Therefore, society has scrutinized what is the true nature of this court, and has wondered what is its jurisdictional work. Is it an organ or political instrument instead of a court? Is it a third legislative chamber? These are questions that the Constitutional Convention will have to answer in order to design and define the scope of constitutional control for a new Constitution.

Keywords: Constitutional Court; Constitutional Convention

1. Supremacía Constitucional

En términos simples, la idea del jurista austriaco Hans Kelsen, según la cual la Constitución es la ley suprema y de mayor jerarquía, que fundamenta y da validez a las leyes de menor jerarquía, las cuales están obligadas a respetarla, da origen al principio de la supremacía constitucional que, para no devenir en una mera declaración de buena voluntad, requiere la protección de una institución u órgano que controle que las leyes efectivamente no sean contrarias a la Constitución. El modelo kelseniano de Corte Constitucional de la

Carta Federal de Austria de 1920 es el inicio para la expansión mundial de este modelo. En definitiva, el control constitucional no es endémico de Chile, sino que existe en muchos Estados del mundo, si bien varían el diseño del órgano que lo ejerce y el alcance de sus atribuciones.

Establecido lo anterior, debemos preguntarnos entonces qué es lo que hace el Tribunal Constitucional. Ejerce un control de constitucionalidad de la ley, que consiste en detectar cuando una ley es contraria a la Constitución y, en términos simples, desconocer su validez por ser incongruente con ésta. Esta idea de eliminar una ley cuando sea contraria a la Constitución en principio parece algo relativamente sencillo. Sin embargo, en la práctica veremos que no lo es tanto, principalmente porque las normas de la Constitución son normas generales, abstractas, que declaran principios y garantías, caminos y directrices. Además, tampoco es una labor fácil, porque los controles suelen implicar un grado de conflicto, una tensión jurídica entre el protector de la Constitución y el creador o el aplicador de la ley, que muchas veces pueden tener una interpretación distinta de la norma constitucional y querer hacer valer sus credenciales de legitimidad para imponer su interpretación o punto de vista.

2. Origen del control constitucional en Chile

En Chile, durante la vigencia de la Constitución de 1833, no existió un control de constitucionalidad de la ley. Disponía su artículo 164 que sólo el Congreso podía resolver las dudas sobre la inteligencia, sentido y alcance de sus artículos.

Esta situación cambió bajo la vigencia de la Constitución de 1925, que estableció por primera vez la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad de la ley por un órgano distinto del Congreso: la Corte Suprema, conforme al artículo 86, conocía y resolvía el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Se trató de un control represivo o *a posteriori*, es decir, de normas ya vigentes y no en formación, solamente legales y no *infra* legales; y que habían sido invocadas en un caso concreto ante tribunales, por ende, con efectos limitados a dicho caso y no de tipo generales. Es interesante señalar que dicha Constitución no limitó el control formal o preventivo de constitucionalidad de la ley, esto es, la posibilidad de ejercer este control durante el proceso mismo de formación de la ley y antes de su entrada en vigencia. Sin embargo, la Corte Suprema no creyó conveniente invadir la labor

del Congreso, por lo que solamente ejerció su labor jurisdiccional a través del control represivo o *a posteriori*. El criterio utilizado por la Corte Suprema para la admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley fue alto, exigente y con las limitaciones ya señaladas.

Mientras tanto, en el extranjero se desarrollaba rápidamente el concepto de Estado Constitucional. Esta fue la razón que llevó a proponer reforzar el control represivo existente y establecer un control preventivo o formal. Surgió así, con el tiempo, la idea de crear un Tribunal Constitucional que ejerciera este control. Con la reforma constitucional efectuada el 23 de enero de 1970 a la Carta de 1925, se creó el Tribunal Constitucional chileno con el objetivo de reforzar el presidencialismo. Se tomó como modelo el Consejo Constitucional de la Constitución de la V República Francesa.

El Tribunal Constitucional chileno fue disuelto por decreto ley número 119, de fecha 10 de noviembre de 1973, y fue repuesto finalmente en la Constitución de la República de Chile del año 1980.

3. ¿Por qué el Tribunal Constitucional Chileno es tan polémico?

En el mes de septiembre del año 2020, la presidenta del Tribunal Constitucional, María Luisa Brahm, entregó un balance histórico del trabajo del tribunal. Según él, entre el año 1971 y el año 2020 el tribunal recibió 9.027 causas y emitió 5.477 fallos, de los cuales solo un 0,8 % se refiere al ejercicio del control de constitucionalidad preventivo de la ley. Se concentró el 96 % del trabajo desarrollado en el periodo que va desde el año 2006 al año 2020.

Antes de la reforma del año 2005, la Corte Suprema ejercía el control constitucional represivo. El Tribunal Constitucional ejercía el control constitucional preventivo y pasaba desapercibido ante la opinión pública, debido a que los enclaves autoritarios que mantenían el *estatus quo*, originados en la Constitución del año 1980, se encontraban hasta esa fecha en el mismo Congreso, como los senadores designados y vitalicios. Con la reforma constitucional del año 2005, que eliminó estos enclaves antidemocráticos, el Tribunal Constitucional fue rediseñado y se transformó en la moneda de cambio de este gran acuerdo político. Se convirtió en el instrumento político que en adelante mantendría el *estatus quo*.

Se concentró en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad

represivo y preventivo de la ley. Esta es la razón por la cual el Tribunal Constitucional adquirió mayor protagonismo a partir del año 2006, período que concentra el 96 % de su labor histórica. Su composición se amplió de 7 a 10 jueces, que duran 9 años no renovables en el cargo (3 son elegidos por la Corte Suprema, 3 son designados por el Presidente de la República y 4 son elegidos por el Congreso, de los cuales dos son nombrados por el Senado y dos son propuestos por la Cámara de Diputados para la aprobación del Senado), lo que resulta en una composición binominal y par que no es conveniente para tribunal alguno. Salvo la elección que hace la Corte Suprema, previo concurso público de antecedentes, la designación del resto de los jueces es política y se realiza por órganos políticos. El Tribunal Constitucional ya no se integra por jueces de carrera judicial, como fue hasta el año 2005, sino por académicos que deben tener al menos 15 años el título de abogado y un destacado ejercicio de la profesión, lo cual a primera impresión parece un requisito insuficiente.

Desde el año 2005, el Tribunal Constitucional chileno se ha convertido quizás en uno de los tribunales constitucionales más poderosos del mundo debido al amplio alcance de sus atribuciones. Al ejercer el control preventivo obligatorio de la ley antes de su promulgación o el control preventivo facultativo en cualquier momento de la formación de las leyes, evidentemente invade la función principal y legítima del legislador (quien detenta la representación popular), ya que retrasa el proceso de formación de la ley. Peor aún, puede invalidar proyectos de ley ya aprobados por el Congreso y precisamente ese efecto contra mayoritario de sus resoluciones, sobre todo en materia de derechos sociales o colectivos, ha generado la ira de la sociedad, que no entiende por qué un órgano no elegido por el pueblo puede vulnerar la voluntad mayoritaria expresada en la labor legitimada del legislador.

Por lo anterior, podemos afirmar que cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control constitucional represivo de la ley, lo hace en cumplimiento de su función principal (su labor jurisdiccional), que representa la mayor parte de su trabajo. En cambio, cuando ejerce el control constitucional preventivo de la ley, sobre todo el obligatorio, actúa como un órgano o instrumento de control político del *estatus quo* y, si bien es cierto que este control representa un porcentaje mínimo del trabajo del Tribunal Constitucional, por sus efectos contra mayoritarios genera la mayor resistencia y conflicto social.

4. La tercera cámara legislativa

La crítica mediática que se formula al Tribunal Constitucional, según la cual sería una nueva cámara legislativa no elegida por el pueblo, y la formulada por la doctrina, que dice relación con la escasa fundamentación jurídica de sus resoluciones, a mi parecer son las más importantes y dignas de análisis por su gravedad. Respecto de la primera, si el Tribunal Constitucional, al ejercer el control constitucional preventivo, está efectivamente legislando por la vía de la interpretación, estaría vulnerando e inmiscuyéndose en la función propia y legítima del legislador. Respecto de la segunda, no estaría cumpliendo cabalmente su función principal, es decir, la jurisdiccional.

A modo ilustrativo, podemos mencionar que en el año 2018 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el proyecto de ley que pretendía fortalecer las facultades y poder sancionatorio del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), en evidente perjuicio del interés colectivo de los consumidores. Sin embargo, lo interesante aquí es la forma en que el Tribunal Constitucional ejerció el control preventivo obligatorio respecto de este proyecto de ley. Si bien fue despachado por el Congreso como una ley ordinaria, el Tribunal utilizó la cuestionable práctica de recalificar el tipo de ley que es despachada por el legislador, y lo que el tribunal recalificó como ley orgánica constitucional. Prácticamente se autorizó él mismo a ejercer el control preventivo obligatorio y con el solo fin de declarar su inconstitucionalidad.

Como otro ejemplo, en el año 2016 el Tribunal Constitucional ejerció el control preventivo obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional de partidos políticos. Respecto de la prohibición planteada por el legislador para que los jueces se pudieran afiliar a un partido político, fundamentó de manera ligera la limitación de este derecho fundamental, sobre todo porque sólo considera los principios de independencia e imparcialidad propios de la judicatura. A mi entender, es preocupante esta ligereza para justificar la masiva afectación a este derecho fundamental garantizado por la constitución en el artículo 19 N°5, ya que los principios esgrimidos por el Tribunal Constitucional no son suficientes para justificar esta afectación. Según lo exige la propia labor jurisdiccional del Tribunal, es necesario y un deber esgrimir razones de proporcionalidad, legalidad, legitimidad, necesidad y adecuación para justificar la afectación a un derecho fundamental garantizado constitucionalmente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no desarrolló análisis alguno ni ofreció respuestas

al respecto. En cambio, llama la atención que, cuando se trata de analizar la afectación de un derecho de contenido patrimonial y no político como la propiedad, el Tribunal Constitucional fundamente mejor sus sentencias. No existe, por ende, un criterio jurisdiccional uniforme en esta magistratura. Es necesario que el Tribunal se tome en serio la afectación a derechos fundamentales, más si se trata de derechos políticos, en aras del mismo sistema democrático y para efectos de proteger el interés privado de los afectados y el interés colectivo de la sociedad.

En el mismo fallo, respecto de la situación de los extranjeros y el derecho a afiliarse a un partido político, el actuar del Tribunal Constitucional se torna más complejo aún. En principio, parecería razonable exigir a los extranjeros, como lo hace el Tribunal, que cumplan los mismos requisitos que los chilenos (los señalados en el artículo 13 inciso 1° de la Constitución y estar vecindados en Chile por más de 5 años) para ejercer el derecho a afiliarse a un partido político, en virtud de la aplicación del principio de igualdad por equiparación del artículo 14 de la carta fundamental. Sin embargo, el Tribunal Constitucional incurre en un error grave, porque en esta materia el estatuto jurídico de chilenos y extranjeros es diferente, por lo cual no pueden equipararse así nada más. Además, no se puede limitar el ejercicio de un derecho fundamental por la vía de la interpretación judicial, que es lo que hace el Tribunal (que legisla por medio de la interpretación), sino que debe hacerse a través de la ley. Por último, limitar el ejercicio de un derecho fundamental al cumplimiento de un requisito, como no haber sido condenado a pena aflictiva, vulnera los derechos humanos de la persona y no es congruente con los tratados internacionales celebrados y ratificados por nuestro país. Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional en este caso, al aplicar el principio de igualdad por equiparación entre chilenos y extranjeros en materia de derecho de afiliación a partidos políticos, puede generar graves consecuencias, porque puede llegar a implicar una exclusión electoral permanente para los extranjeros que cometan un delito que merezca pena aflictiva en Chile. Esto, a la luz de lo señalado en el artículo 13 inciso 1° de la Constitución, al carecer los extranjeros de una regulación constitucional que garantice que podrán recuperar su calidad de ciudadano y, por ende, los derechos de sufragio y afiliación a un partido político al extinguirse su responsabilidad penal, los coloca en un estado de desigualdad.

Otra cuestión interesante se ventiló a propósito del proyecto de ley de aborto por las tres causales. El mismo incluía una norma que permitía a los médicos y a su equipo de trabajo poder formular una objeción moral o de conciencia, con

determinados requisitos, que les permitiría no participar en la interrupción del embarazo. A requerimiento de una cuarta parte de los parlamentarios en ejercicio, el Tribunal Constitucional ejerció el control preventivo facultativo de constitucionalidad sobre el proyecto y, una vez más, mediante la vía de la interpretación modificó la redacción aprobada por el Congreso. Extendió la facultad de objeción de conciencia a las personas jurídicas o instituciones, no obstante carecer éstas de conciencia moral y ética propia, la cual es exclusiva de las personas naturales. A mi entender, de la libertad de conciencia no se puede derivar una objeción de conciencia, porque la propia Constitución no lo establece, y ella es ajena a las personas jurídicas.

Por último, no podemos dejar de mencionar el actuar del Tribunal Constitucional frente al proyecto de ley que permitió el tercer retiro del 10% de los fondos de pensiones y anticipos de los fondos de rentas vitalicias. No obstante existir un requerimiento de inconstitucionalidad con fundamento plausible presentado por parte del ejecutivo, el Tribunal, sin más, no lo admitió a trámite. En este caso, quedará para la posteridad la imagen del señor Ministro, don Iván Aróstica Maldonado, informando por la prensa a la opinión pública que no se acogería a trámite el requerimiento del Gobierno, mucho antes de que el propio Tribunal diera a conocer de forma oficial la decisión, que sin lugar a duda fue motivada por intereses políticos más que jurisdiccionales.

5. Conclusiones para la discusión constituyente

El Tribunal Constitucional chileno, como órgano jurisdiccional, desarrolla su principal función al ejercer el control represivo de constitucionalidad de la ley, que corresponde al 96% del trabajo desarrollado desde el año 2006 al año 2020. Si bien el control preventivo de constitucionalidad de la ley representa un porcentaje mínimo dentro del trabajo del Tribunal, por sus características y consecuencias es la facultad que genera mayor tensión política y social y mayor conflicto. En propias palabras de la Ministra, doña María Pía Silva, "son más las desventajas que las ventajas que genera el control preventivo obligatorio de la ley", pues por sentido común no parece conveniente que el Tribunal de oficio pueda invalidar, justo antes de su promulgación, una ley aprobada en ambas cámaras por el legislador. De esta manera, no me cabe duda de que este control constitucional preventivo obligatorio debe desaparecer, por lo que tiene sus días contados y será tema prioritario de discusión en la Convención Constitucional.

En primer lugar, no parece conveniente que el Tribunal Constitucional pueda controlar la constitucionalidad en cualquier momento del proceso de formación de la ley, por la intromisión que ello implica en la labor legítima del legislador y por la dilación misma que genera al proceso de discusión y formación legal, pero tampoco se puede desconocer que este control tiene aspectos positivos. Dentro de estos, podemos mencionar que permite un control formal durante el proceso de gestación de la ley que no es posible con posterioridad. Además, permite a las minorías del Congreso, representadas por un cuarto de cada Cámara, recurrir al Tribunal cuando estimaren que el proyecto adolece de vicios de inconstitucionalidad. Por estas razones, a mi parecer, resulta conveniente mantener el control de constitucionalidad preventivo facultativo, pero acotado a la etapa final del proceso formativo de la ley, esto es, solo una vez aprobado el proyecto por ambas Cámaras y antes de su promulgación y, además, solo a requerimiento de cualquiera de ellas o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Estos cambios sin duda ayudarán a minimizar el efecto contra mayoritario de las sentencias del Tribunal Constitucional, que debe dejar de ser un órgano o instrumento político de mantención del *estatus quo*, para transitar a un Tribunal técnico y racionalizado. Para ello, es necesario terminar con la composición binominal y par que tiene el tribunal; debe seguirse en la designación de sus integrantes el camino mostrado por la Corte Suprema, que elige a 3 Ministros previo concurso público de antecedentes (como también ocurre sin problemas, por ejemplo, para designar a los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). Deberá ponderarse también que la Corte Suprema pueda elegir de entre sus propios Ministros, como ocurría antes de la reforma constitucional del año 2005.

Respecto a los requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional, la exigencia de 15 años de ejercicio destacado de la profesión de abogado en mi opinión aparece como insuficiente, puesto que integrar esta magistratura debe ser el premio a una larga y destacada carrera jurídica, como ocurre con los miembros de la Corte Suprema, y no el premio o pago para aquellos que participaron de cualquier forma en campañas políticas previas o para simples operadores políticos. Por ejemplo, no parece conveniente que el presidente del Tribunal Constitucional haya sido previamente jefe de campaña del Presidente de la República, como ocurrió con la Ministra doña María Luisa Brahm.

Además, para efectos de mitigar el sesgo político que tienen los miembros del Tribunal en su designación, sería conveniente establecer un estatuto fuerte

de inhabilidades y prohibiciones, dentro de un plazo previo para asumir el cargo y dentro de un plazo posterior al momento de dejarlo. En este punto quiero dejar claro que el problema no es que los miembros del Tribunal Constitucional tengan una opinión, postura o inclinación política, sino que, por el contrario, tenerla es deseable y evidente. Como decían los griegos, el ciudadano debe siempre interesarse por los destinos de la *polis*, y si no lo hace es un *idion* o idiota. El problema verdadero es que los miembros del Tribunal Constitucional sean operadores políticos: eso es lo que hay que evitar y condenar.

Para avanzar a un Tribunal Constitucional racional, será fundamental disminuir sus atribuciones y establecer algún sistema para poder ejercer un control sobre el mismo. La idea sería mantener aquellas potestades propias del control de constitucionalidad de la ley y eliminar todas aquellas que no tengan relación con este control puro: son las señaladas en el artículo 93, numerales 10 a 15 de la Constitución. Todas estas atribuciones tienen un sesgo político que contamina al Tribunal Constitucional y que no tienen nada que ver con su función principal. En mi opinión, no veo inconveniente para que puedan ser competencia de los tribunales ordinarios de justicia.

La Convención Constitucional deberá recoger y ponderar estos postulados en aras de rediseñar el Tribunal Constitucional como un órgano puro, técnico y racional, de control represivo y preventivo formal, que evite todo sesgo político en sus integrantes y resoluciones, de manera de elevar el estándar jurídico de su fundamentación y evitar que legisle por medio de la interpretación.

Acerca del autor

José Luis Serón Canales. Alumno de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

✉ servicorlimitada@gmail.com

Bibliografía

Atria Lemaitre, Fernando. «El Tribunal Constitucional y la objeción democráticas.» *Revista Chilena de Derecho* 20.2-3 (1993): 367-378. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14557>.

Bordalí Salamanca, Andrés. «Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los Tribunales Consti-

tucionales.» Nogueira Alcalá, Humberto. *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina : Presente y Prospectiva (Homenaje en memoria de Germán Bidart Campos y Luis Favoreu)*. Santiago: Lexis Nexis, 2005. 213-254.

Marshall Barberán, Pablo. «¿Qué derechos incluye la ciudadanía constitucional? (Tribunal Constitucional).» *Revista de Derecho (Valdivia)* 30.1 (2017): 379-386. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502017000100016>.

Nogueira Alcalá, Humberto. «La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas.» *Estudios Constitucionales* 8.1 (2010): 79-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004>.

Palomino Manchego, José. «El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos Iberoamericanos (los primeros pasos).» Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Rogelio Flores Pantoja. *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. 2017. 637-667.

Pardow Lorenzo, Diego y Sergio Verdugo Ramírez. «El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos.» *Revista de Derecho (Valdivia)* 28.1 (2015): 123-144. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100006>.

Paredes Paredes, Felipe. «Discreción judicial, razonabilidad y control de constitucionalidad.» *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 42 (2020): 251-270. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2020.42.14343>.

—. «Justicia constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el control preventivo obligatorio (Tribunal Constitucional).» *Revista de Derecho (Valdivia)* 24.1 (2011): 165-172. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502011000100009>.

Silva Irrázaval, Luis. «La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional.» *Anuario de Derecho Público UDP* 1 (2012): 615-629. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/29_Silva.pdf.

Verdugo, Sergio. «Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador.» *Estudios Constitucionales* 8.1 (2010): 201-248. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100008>.

Zegers Quiroga, María José y Tomás Eugenio Mackenney Bertrán. *El Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad y la declaración de inaplicabilidad*. Santiago: Universidad de Chile, 2010.