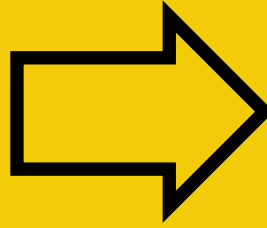


# Modelos de Control Constitucional: Claves para el diseño institucional en Chile.



## **Sebastián Peredo**

Cientista político titulado por la Universidad Diego Portales. Magíster en Pensamiento Contemporáneo por el Instituto de Filosofía de la Universidad Diego Portales. Contacto: [sebastian.peredo@mail.udp.cl](mailto:sebastian.peredo@mail.udp.cl)

## **Víctor Beltrán**

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales. Master of Laws por la Universidad de Wisconsin-Madison. Contacto: [victor.beltran@mail.udp.cl](mailto:victor.beltran@mail.udp.cl)

**contexto+**

# Resumen

Se caracteriza el funcionamiento del Tribunal Constitucional de Chile y se describen sus atribuciones. Al hacerlo, se compara la institucionalidad del proceso de control constitucional de nuestro país con diferentes modelos y las variaciones que pueden tener lugar. Una vez definido el poder de revisión constitucional y presentados los modelos tradicionales, se da paso a una discusión sobre tres grandes desafíos que la institucionalidad chilena deberá enfrentar en el futuro: el peligro de la judicialización de la política y la politización del control constitucional; el problema de la legitimidad de las instituciones contra-mayoritarias; y la tensión entre la autonomía del Tribunal Constitucional y la rendición de cuentas de sus ministros.



**Palabras Clave:**  
Control de  
Constitucionalidad,  
Jurisdicción  
Constitucional,  
Tribunal  
Constitucional.

# 1. Introducción

La Constitución no es cualquier norma jurídica. Es la ley fundamental de la República, encargada de “organizar el Estado, la forma de gobierno y de fijar las atribuciones y límites al ejercicio de los poderes públicos” (Williams, 1999, p. 136-137). En otras palabras, es la fuente de mayor jerarquía, que viene a definir y dar vida al resto del ordenamiento jurídico. Al ser la norma principal y fundamental, la propia Constitución debe incorporar mecanismos o procesos que aseguren el principio de supremacía constitucional en un sentido material. Esto es, mecanismos destinados a asegurar la subordinación y conformidad de todas las normas legales del ordenamiento jurídico, de manera que no entren en conflicto ni contradigan el contenido de la Constitución (Williams, 1999).

Dentro de los mecanismos de defensa o protección de la Constitución se encuentra la denominada justicia o jurisdicción constitucional. Es decir, aquella justicia cuyas decisiones o determinaciones buscan controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, asegurando la supremacía de la Constitución y, consecuentemente, preservando el Estado Constitucional de Derecho (Nogueira, 2000). La existencia de órganos que controlan la constitucionalidad de las fuentes del ordenamiento jurídico, con el poder de expulsar aquellas normas que sean incompatibles con la Constitución, es una práctica común en las repúblicas democráticas contemporáneas. A nivel mundial, los primeros países en implementar activamente el control judicial de la Constitución fueron Estados Unidos, Canadá y Australia. Para el año 2008, 158 de 191 Constituciones consideraban alguna provisión formal de control de constitucionalidad (Ginsburg, 2008).

En los últimos años en Chile, cada vez más proyectos de ley han sido llevados a revisión del Tribunal Constitucional (de aquí en adelante, TC), y muchos de estos nunca prosperaron por esta misma razón. En ocasiones las decisiones del TC han sido polémicas y han ocupado lugar en las portadas de la prensa nacional. Así, el TC se ha vuelto un órgano que genera suspicacias por parte de la opinión pública, pese a que su objetivo es preservar el orden constitucional. Considerando que el control de constitucionalidad de las leyes es un tema fundamental en la discusión en torno al nuevo texto constitucional para Chile, la presente minuta tiene por objeto presentar reflexiones en torno al diseño institucional de la justicia constitucional de cara al proceso constituyente que ha iniciado el país.

## 2. Jurisdicción Constitucional

La defensa de la Constitución se realiza a través de la jurisdicción constitucional (Nogueira, 2005). En pocas palabras, la jurisdicción constitucional permite que se respeten las competencias de los órganos que la propia Constitución establece y también asegura el respeto de los derechos fundamentales, con la finalidad de prevenir y, según el caso, reprimir su incumplimiento o vulneración, restableciendo la fuerza normativa y supremacía de la Constitución (Nogueira, 2000; 2005).

En términos generales, la jurisdicción constitucional hace referencia al poder que tiene un órgano determinado para decidir sobre la validez constitucional de las leyes (Rubio, 1988). En el lenguaje del derecho procesal, la jurisdicción constitucional se caracteriza por la existencia de tribunales que ejercen la potestad de conocer y juzgar, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, aquellos conflictos constitucionales que aparecen dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine (Nogueira, 2005). De esa manera, se busca garantizar el respeto pleno a los principios, valores y normas que se establecen en la carta fundamental, fortaleciendo al mismo tiempo la democracia.

A nivel global, el origen de la jurisdicción constitucional se remonta a un precedente histórico de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso *Marbury vs. Madison* (1803), la corte estableció la inconstitucionalidad de un acto del Congreso y aplicó por primera vez el principio de *judicial review*.

Esto es, el poder último de los tribunales de justicia para juzgar si un acto de autoridad o la ley vulneran la Constitución u otros principios básicos de justicia. En definitiva, en sus orígenes, el control de constitucionalidad fue visto como un bastión en contra del gobierno arbitrario. Vale decir, como un poder de los tribunales para restringir al Estado y proteger los derechos de los ciudadanos (Ginsburg, 2008).

En definitiva, pese a su lógica contra-mayoritaria, el control de constitucionalidad ha sido visto como una restricción democrática valiosa. La instauración de un sistema de justicia constitucional y su eficacia frente a los poderes y órganos estatales otorgan y determinan la fuerza normativa y vigencia de la Constitución, transformándose en un pilar básico y fundamental en un Estado de Derecho (Nogueira, 2005; Ginsburg, 2008).

### 3. Modelos de control y dimensiones del diseño institucional



Probablemente la pregunta más importante en la creación y diseño de un mecanismo de control de constitucionalidad es ¿a qué tipo de órgano debe entregarse dicho poder? Naturalmente, la respuesta siempre estará determinada por cuestiones históricas, culturales, tensiones sociales, políticas y de tradición legal. Así, por ejemplo, los países que siguen la lógica del *judicial review* o modelo difuso, permitiendo que los tribunales ordinarios ejerzan el control de constitucionalidad, son casi exclusivamente aquellos que, por razones históricas, estuvieron sujetos a la influencia del derecho Anglo-Americano (Ginsburg, 2003)<sup>1</sup>. Alternativamente, las democracias más jóvenes, carentes de dicha tradición, han optado por adoptar el *modelo de Kelsen* o concentrado, designando un tribunal constitucional a cargo del control de constitucionalidad<sup>2</sup>. Como tercera vía, es posible encontrar diferentes modelos híbridos o mixtos, que comparten algunas características de ambos modelos.

En el proceso de creación y diseño de un modelo de jurisdicción constitucional, existen diferentes criterios o dimensiones del diseño institucional que afectan la operación del proceso. Entre las dimensiones más significativas se encuentran las siguientes (Ginsburg, 2003):

1. Por ejemplo, Estados Unidos, Canadá y Australia.
2. Por ejemplo, Alemania, Austria y España.

- **Acceso al tribunal:** ¿Quién cuenta con **legitimidad** para requerir el pronunciamiento del tribunal? A lo largo del mundo existe un espectro que va desde un acceso muy limitado (por ejemplo, solo autoridades de gobierno estatal o federal) hasta un acceso muy amplio (por ejemplo, ciudadanos individuales y/o jueces ordinarios). A modo de ejemplo, la Figura 1 clasifica los sistemas de control judicial más destacados según modelo y nivel de acceso:

**Figura 1:**

Modelos de Control Judicial y Acceso

	Centralizado	Descentralizado
Acceso abierto	Alemania, Italia	Estados Unidos, Canadá, Japón, Países Escandinavos
Acceso limitado	Francia (5ta República), Austria (1920-1929)	

Fuente: Traducción propia de la Figura 2.1 de Ginsburg (2003, p. 37).

- **Forma del Control:** El control de constitucionalidad puede ser hecho en **abstracto** (sobre una norma o ley) o, alternativamente, en **concreto** (a la luz de los hechos de un caso particular). Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés solo determina la constitucionalidad de una norma en abstracto, sin considerar casos específicos. Por otro lado, la Corte Suprema de Estados Unidos solo se pronuncian respecto de casos concretos. Finalmente, los tribunales de Alemania y España reciben solicitudes sobre casos concretos y cuestiones abstractas.



- **Momento del control:** La constitucionalidad de un precepto legal puede ser controlada antes de su entrada en vigor o una vez que esta se encuentra plenamente vigente en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en Francia la ley sólo puede ser sometida a control constitucional antes de su promulgación, es decir, se trata de un control **ex ante**. Esto hace que el Consejo Constitucional se parezca más a una “tercera cámara” legislativa que a un tribunal. Por otro lado, existe control **ex post** cuando se realiza sobre una ley que ya ha entrado en vigor en el ordenamiento jurídico, decidiendo sobre sus efectos.
- **Efectos de la decisión:** Dependiendo del sistema, los alcances de las decisiones del mecanismo de control de constitucionalidad pueden ser **generales** o **particulares**. Es decir, tener efectos sobre todas las personas o únicamente sobre aquellas que son parte del proceso en el cual se pronuncian. Asimismo, las decisiones pueden anular la ley de forma inmediata (sistemas concentrados), no anularla de forma inmediata (sistemas desconcentrados), declararla incompatible o recomendar modificaciones sin ser fallos vinculantes (sistemas híbridos).
- **Mecanismos de designación:** Existen tres mecanismos de designación para los ministros o jueces. El primer mecanismo es el de **designación profesional**, que requiere que los candidatos sean nominados por el poder Judicial y ratificados por el Legislativo mediante quórumns calificados. En segundo lugar, está el mecanismo de **designación cooperativa**, que requiere la cooperación del poder Legislativo y el Ejecutivo. Por ejemplo, el Presidente postula una nómina que luego es ratificada por el Legislativo. Por último, existe

un modelo de **designación representativa**, que requiere la convergencia de múltiples autoridades. Por ejemplo,  $\frac{1}{3}$  de los miembros es designado por el poder Ejecutivo,  $\frac{1}{3}$  por el poder Legislativo y  $\frac{1}{3}$  por la Corte Suprema.

- **Rendición de cuentas:** Se trata de la **existencia** o **ausencia** de mecanismos de responsabilización, rendición de cuentas o de pesos y contrapesos. En Estados Unidos, por ejemplo, los jueces de la Corte Suprema se mantienen de por vida en su cargo. En otros sistemas, los miembros del tribunal constitucional cumplen períodos fijos, renovables o no renovables. Usualmente, los períodos son extensos, para aislar a los jueces y evitar que se vean influenciados por las presiones políticas del corto plazo. En general, mientras más extenso sea el período, mayor será la autonomía de los jueces respecto a los demás poderes del Estado.
- **Tamaño del tribunal:** La **cantidad de integrantes** del órgano de control constitucional es importante. A mayor cantidad de jueces, mayor es la probabilidad de contar con un fallo preciso. Aunque, por otro lado, aumentan los costos de la deliberación y el tiempo que puede tardar en producirse una decisión. En general, los tribunales constitucionales suelen tener más miembros (11,25 en promedio) que las cortes supremas (8,25 en promedio)<sup>3</sup>. Un aspecto relevante que considerar es si el número de miembros es **par** o **impar**, dado que un número par puede producir escenarios de empate que requieran implementar mecanismos de desempate.

El diseño de un modelo de control de constitucionalidad, como se ha indicado, puede variar entre modelos *centralizados* o *descentralizados*, e

---

3. El universo considerado son los tribunales constitucionales (n = 25) y cortes supremas (n = 8) que han aparecido desde 1989 (Ginsburg, 2003, p. 48).

incluso *hibridaciones* entre ambos estilos. La Figura 2 sintetiza, en términos generales, los principales atributos de los dos *tipos ideales* de jurisdicción constitucional:

**Figura 2:**

Modelos clásicos de jurisdicción constitucional

Modelo	Órgano de Control	Tipo de Revisión	Acceso a Revisión	Efectos de la Decisión
<i>Judicial Review</i>	Desconcentrado	Concreto	Vía Incidental	Particulares
<i>Modelo de Kelsen</i>	Concentrado	Abstracto	Vía Directa e Incidental	Generales

Fuente: Elaboración propia.

El sistema de *Judicial Review*, también llamado “desconcentrado” o “difuso”, se caracteriza, en primer lugar, porque todos los jueces tienen el poder de dirimir conflictos constitucionales suscitados entre los poderes del Estado o entre estos poderes y la ciudadanía. Es decir, todos los jueces son constitucionales (Colombo, 2003). En otras palabras, no existe un órgano especial o *ad hoc* como un tribunal constitucional, sino que la jurisdicción constitucional se encuentra difusa o diseminada en todos los órganos jurisdiccionales y, específicamente en los jueces, quienes tienen el mandato de no aplicar una norma que vaya en contra de la Constitución en los casos que estos conocen. De esa manera, cuando los jueces efectúan el control de constitucionalidad lo hacen a través de una revisión en concreto. Es decir, ante los hechos de una controversia específica, estos deben examinar si las normas que invocan las partes están o no en conflicto con el texto de la Constitución.

Por eso se dice, además, que el acceso a la revisión es “incidental”, pues la cuestión suscitada de constitucionalidad es una cuestión accesorio o incidental al conflicto principal presentado ante el juez y no puede solicitarse como una acción directa. Por último, si el juez constitucional determina que existe un conflicto entre la norma invocada en un caso concreto y la Constitución, la norma inconstitucional no es anulada, sino que simplemente deja de aplicarse para ese caso en concreto.

**El Modelo de Kelsen** se caracteriza porque la defensa de la Constitución se entrega a un órgano o institución especial. En otras palabras, en este modelo la jurisdicción constitucional se encuentra concentrada en un órgano determinado por la Constitución y cuenta con el poder de dirimir conflictos de naturaleza constitucional (Colombo, 2003). La forma que adopta la revisión que se realiza en este modelo es abstracta. Es decir, se confronta una norma jurídica, sin considerar los hechos específicos, con el texto constitucional. Aunque es posible que exista una revisión por vía incidental, como sucede en el modelo norteamericano, también existe la posibilidad de llevar un conflicto al órgano especial de forma directa. Finalmente, el alcance de las decisiones en el modelo de Kelsen es general (afecta a toda la ciudadanía).

# 4. Tribunal Constitucional en Chile



Desde un punto de vista histórico, el control de constitucionalidad en Chile ha pasado por cinco momentos principales<sup>4</sup>. En la Constitución de 1833, la potestad se encontraba en manos del Congreso Nacional, quienes tenían el poder de evaluar la constitucionalidad de las leyes (Fuentes, 2018). En la Constitución de 1925, se entregó a la Corte Suprema la facultad de conocer los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esto es, declarar inutilizable para resolver un casos concretos aquellas normas que vulneren la Constitución. Posteriormente, en 1970, el gobierno de Frei Montalva creó por primera vez un Tribunal Constitucional en Chile que, pese a llevar el mismo nombre, se trata de un órgano distinto al que actualmente existe en nuestra institucionalidad (Atria y Salgado, 2018; Verdugo, 2016). Naturalmente, el órgano dejó de funcionar durante la dictadura militar y luego fue restablecido por medio de la Constitución de 1980. Desde ese entonces, la reforma más significativa a su orgánica y diseño institucional ha sido la del año 2005<sup>5</sup>. A continuación, se caracterizará el diseño y funcionamiento del TC desde dicha reforma en adelante.

---

4. Para detalles en aspectos históricos, ver Pardow y Verdugo (2015, p. 127-131); Verdugo (2016); Fuentes (2018).

5. Ver Pardow y Verdugo (2015, p. 127-131).

## 4.1 Diseño institucional del TC en Chile

El TC chileno es un órgano jurisdiccional autónomo e independiente de toda otra autoridad y se encarga, principalmente, de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes<sup>6</sup>. La Figura 3 sintetiza el actual diseño institucional del TC chileno, en base a las dimensiones definidas en el apartado anterior:

### Figura 3:

Tribunal Constitucional de Chile según dimensiones de diseño institucional

6. El TC también se ha definido como un “órgano jurídico-político que tiene por finalidad interpretar la Constitución (...)” (Cordero, 2009, p. 133)
7. Por ejemplo, sobre la constitucionalidad de autos acordados, el TC conocerá a requerimiento del Presidente, de cualquiera de las cámaras o de diez de sus miembros; si se trata de un proyecto de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso, el TC sólo podrá conocer del asunto a requerimiento del Presidente, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Dimensión	Definición
Acceso al Tribunal	<p><b>Poder Ejecutivo:</b> el Presidente de la República puede ingresar requerimientos al TC sobre proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales.</p> <p><b>Poder Legislativo:</b> cualquiera de las cámaras (Cámara de Diputados o Senado) puede ingresar requerimientos al TC sobre proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales. El quórum dependerá del tipo de norma que se busca revisar<sup>7</sup>.</p> <p><b>Jueces y ciudadanía:</b> El TC puede actuar de oficio en determinados casos. (ej.: acción de inconstitucionalidad). El juez o las partes, en un proceso pendiente, pueden llevar un caso al TC. Existe acción pública en el caso de la acción de inconstitucionalidad, es decir, cualquier persona puede solicitarla.</p>
Momento de la Revisión	El TC cuenta con <b>revisión ex ante o preventiva</b> (ej.: control de constitucionalidad de proyectos de ley) y <b>revisión ex post o represiva</b> (ej.: recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).
Forma de Revisión	El TC tiene atribuciones de <b>control abstracto</b> (ej.: control de constitucionalidad de proyectos de ley) y atribuciones de <b>control concreto</b> (ej.: recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).
Efectos de sus Decisiones	Los efectos del TC son <b>relativos o particulares</b> (ej.: recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) y <b>generales o erga omnes</b> (ej.: acción de inconstitucionalidad).

<b>Designación de Miembros</b>	Se trata de un mecanismo de <b>designación representativa</b> <sup>8</sup> : Tres miembros <i>elegidos</i> por la Corte Suprema en una votación secreta. Tres miembros <i>designados</i> por el Presidente de la República. Dos miembros <i>elegidos</i> por el Senado con un quórum de $\frac{2}{3}$ de los miembros en ejercicio. Dos miembros <i>propuestos</i> por la Cámara de Diputados y <i>confirmados</i> por el Senado. En ambos casos, por un quórum de $\frac{2}{3}$ de los miembros en ejercicio.
<b>Rendición de Cuentas</b>	Los ministros son <b>inamovibles</b> en sus cargos. <b>Duran 9 años</b> y se renuevan por parcialidades cada 3 años, sin posibilidad de ser reelegidos. Si bien existen algunas inhabilidades o incompatibilidades, no existen mecanismos de remoción, responsabilización, ni tampoco un órgano que controle o supervise. El Tribunal Constitucional no forma parte del poder judicial.
<b>Tamaño del Tribunal</b>	El tribunal se compone de <b>10 miembros</b> . Las decisiones se adoptan por <b>mayoría simple</b> , salvo excepciones. En caso de empate decide el <b>Presidente del Tribunal</b> .

**Fuente:** Elaboración propia en base a los artículos 92 y 93 de la Constitución Política de Chile (1980) y las dimensiones del diseño institucional reconocidas por Ginsburg (2003).

## 4.2 Atribuciones del Tribunal Constitucional en Chile

Mención especial requieren las atribuciones del Tribunal Constitucional. Aunque la más destacada es la de conocer y pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, su rol no se agota en aquello. Por el contrario, existen otras atribuciones igualmente relevantes. A continuación, se presenta brevemente cada una de ellas:

- **Control de constitucionalidad de las leyes:** Debe velar por la conformidad de todos los preceptos legales con la Constitución. El TC puede controlar de forma preventiva y represiva un universo de normas que abarca todo tipo de leyes (leyes de rango constitucional, leyes de quórum calificado, leyes orgánicas constitucionales, tratados internacionales, leyes regulares, decretos con fuerza de ley); fuentes legales emanadas de la potestad reglamentaria, como decretos supremos y re-

8. Para integrar el TC se requiere un mínimo de 15 años de ejercicio de la abogacía, haberse destacado en la vida profesional, universitaria o pública y no encontrarse afectos a ninguna causal que les inhabilite como jueces de conformidad a los artículos 248 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

soluciones; fuentes emanadas de la potestad normativa de los tribunales, como auto acordados emanados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones.

El control de estas fuentes normativas ocurre de diferentes formas, en diferentes momentos y por diferentes medios. En general, pueden sistematizarse en dos grandes categorías: el control *ex ante*, en sus variantes facultativo u obligatorio, y el control *ex post*. En el control *ex ante*, el TC revisa la constitucionalidad de un precepto legal antes de que este entre en vigencia en el ordenamiento jurídico. Este control es obligatorio en determinados casos, es decir, el TC siempre revisará normas específicas antes de entrar en vigor. En otros casos, será facultativo. Es decir, el TC revisará su constitucionalidad únicamente cuando las personas legitimadas así lo requieran. Por otra parte, el control *ex post* tiene lugar una vez que el precepto legal ha entrado en vigor en el ordenamiento jurídico, con el objeto de inaplicar dicho precepto en un caso concreto o de expulsar el precepto definitivamente del ordenamiento jurídico. Para ello, se debe requerir la intervención del TC mediante las acciones constitucionales respectivas. En la Figura 4 se presenta un resumen general de esta atribución:



**Figura 4:**

Tipos de controles de constitucionalidad  
del Tribunal Constitucional

Control ex ante	
<b>Facultativo</b>	Sobre proyectos de reforma constitucional, determinados tipos de Tratados internacionales, Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Supremos, Resoluciones y Autos acordados de los Tribunales Superiores de Justicia.
<b>Obligatorio</b>	Sobre leyes interpretativas de la Constitución, leyes Orgánicas Constitucionales y Determinados tipos de Tratados Internacionales.
Control ex post	
Sobre cualquier precepto legal a través de un requerimiento de <i>Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad</i> .	
Sobre cualquier precepto legal declarado inaplicable, para expulsarlo del ordenamiento jurídico mediante una <i>acción de inconstitucionalidad</i> .	

Fuente: Elaboración propia.

- Solución de contiendas de competencia:**  
 El TC debe pronunciarse cada vez exista una contienda de competencia entre autoridades políticas y administrativas y el poder judicial. Una contienda de competencia ocurre cada vez que dos autoridades o tribunales consideran que “carecen o tienen competencias suficientes para resolver determinada situación o materia” (Cordero, 2010, p. 134). Por ejemplo, si tanto la Contraloría General de la República como un Juzgado Civil se estiman competentes para conocer y resolver un determinado asunto, se tramará una contienda de competencia, siendo el TC quien determinará qué autoridad es competente para conocer el asunto. En todo caso, esta facultad es aplicable sólo en aquellos casos en que no le corresponde al Senado resolver dichas contiendas.

- **Pronunciamiento sobre inhabilidades, incompatibilidades y otros:** El TC debe resolver sobre la concurrencia de causales legales o constitucionales de inhabilidad que puedan afectar a una persona para ser designada Ministro de Estado, para permanecer en dicho cargo o para desempeñar otras funciones simultáneamente. Asimismo, debe pronunciarse sobre las causales de inhabilidad, incompatibilidad y cesación en el cargo de parlamentarios. Por último, calificar la inhabilidad que invoque un parlamentario para efectos de renunciar a sus cargos en base a una enfermedad grave que les impida el desempeño del mismo.<sup>9</sup>
- **Pronunciamientos sobre ilícitos constitucionales:** El TC debe pronunciarse cada vez que ciertas organizaciones, movimientos, partidos políticos o ciertas autoridades incurran en el ilícito constitucional del artículo 19 N° 15 inciso 6° de la Constitución. Este ilícito constitucional se configura cada vez que dichas organizaciones, movimientos, partidos políticos u otras formas de organización, mediante sus objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional; procuren el establecimiento de un sistema totalitario; o hagan uso de la violencia, la propugnen o la inciten como método de acción política.

---

9. Art. 60 inciso final y 93 N° 15 Constitución Política.

# 5. Desafíos para la Institucionalidad Chilena



Una vez caracterizada la institucionalidad del Tribunal Constitucional en Chile y sus atribuciones, podemos avanzar en la identificación de tres grandes desafíos para su diseño en la nueva Constitución a ser redactada. Los desafíos identificados son: 1) el peligro de la judicialización de la política y la politización del control constitucional; 2) el problema de la legitimidad de las instituciones contra-mayoritarias y; 3) la tensión que existe entre la autonomía del TC y la rendición de cuentas de sus ministros.

## 5.1 Judicialización de la política / Politización del control constitucional

La ciudadanía debe demandar que existan garantías de protección frente a cualquier tipo de daño y abuso de poder. Sin embargo, en materias de control constitucional, esto suele implicar que se delegue un gran poder sobre autoridades expertas que no han sido electas popularmente (Ginsburg, 2008). Naturalmente, los ciudadanos ven con suspicacia a los poderes públicos que no rinden cuentas por sus acciones o decisiones.

En cierto sentido, los ministros del TC son guardianes del interés público porque obligan a los demás poderes a responder por sus acciones.

Sin embargo, si el TC tiene éxito en su función de restringir el poder del gobierno, es inevitable que se vea involucrado en el proceso de toma de decisiones políticas. Esto abre un espacio para que los jueces no se limiten al control constitucional “adecuado” e intenten aprovechar políticamente su posición.

Cuando esto sucede, nos encontramos ante la “judicialización de la política” o la “politización del control constitucional” (Gibson, 2006). Vale decir, la transferencia de disputas desde la arena política a los tribunales u otras instituciones judiciales.

A lo largo del mundo, es cada vez más común que se les solicite a las instituciones encargadas del control constitucional que se pronuncien sobre materias de política y leyes, sobre todo cuando estas son controversiales. Por este motivo, en la actualidad, los tribunales constitucionales tienen una gran influencia en el escenario político nacional.

Dada la particular naturaleza del poder de control constitucional —cuya función específica es conservar la ley, si esta se encuentra conforme con la Constitución, o derogarla, si contraviene los principios consagrados en ella—, las instituciones que lo detentan se convierten en actores de veto<sup>10</sup>. Es decir, actores políticos que tienen la capacidad de detener cambios en el *statu quo*, aun cuando estos cambios hayan sido aprobados democráticamente.

En la última década, el TC chileno ha sido objeto de severos cuestionamientos por su protagonismo en la revisión de normas aprobadas por el Congreso Nacional (Fuentes, 2018)<sup>11</sup>. En efecto, dadas sus atribuciones para controlar la constitucionalidad de las leyes durante el proceso legislativo y antes de su promulgación, tiene una capacidad de injerencia directa en la forma que adquieren las leyes.

---

10. Para aprender más sobre el concepto de veto *player*, ver el trabajo de Tsebelis (2002).

11. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2018/04/04/un-pequeno-monstruo-llamado-tribunal-constitucional/>

Por estos motivos, es muy importante que las limitaciones al poder de control constitucional se encuentren escritas en la misma Constitución, con el mayor detalle posible.

## 5.2 Legitimidad de las Instituciones Contra-mayoritarias

Todas las instituciones necesitan de capital político para funcionar efectivamente, para que sus decisiones sean aceptadas por otros y para que sean implementadas de manera exitosa (Gibson, 2006). Esto es particularmente cierto en el caso de aquellos órganos que ejercen el poder de control constitucional. El control que ejerce el TC en Chile presenta una dificultad evidente. A saber, el hecho de que sean jueces no electos popularmente, que carecen de legitimidad democrática, quienes están encargados de anular leyes debidamente aprobadas por el Congreso Nacional (esto se conoce como *objeción democrática*<sup>12</sup>).

¿Por qué sucede esto? ¿Es el Tribunal Constitucional anti-democrático? No necesariamente. Su función es facilitar el proceso democrático impidiendo que, a través de mayorías electorales circunstanciales, se violen los derechos fundamentales que han sido consagrados en la Constitución. En otras palabras, evitar que se aprueben leyes o políticas que perjudiquen a los grupos sociales minoritarios. Paradójicamente, los tribunales constitucionales garantizan los ideales de la democracia mediante mecanismos contra-mayoritarios, que funcionan como un seguro frente a la incertidumbre del proceso electoral.

En principio, los ministros del TC están en una posición privilegiada para cumplir con esta función, puesto que tienen entrenamiento especial en ma-

---

12. Ver Atria (1993).

teria de derecho constitucional y han sido seleccionados, en calidad de expertos, específicamente para proteger los fundamentos del sistema democrático. Por esta razón, es importante que cumplan con su mandato de forma transparente y en defensa de los intereses ciudadanos.

Las instituciones contra-mayoritarias pueden ser legítimas, siempre que sean reconocidas como los órganos apropiados para la toma de decisiones. Aún si las decisiones que adopta el Tribunal Constitucional no coinciden con la opinión pública, este órgano puede mantener su capital político fallando en concordancia con aquello que dictan las leyes.

### **5.3 Autonomía vs. Rendición de Cuentas**

La autonomía del Tribunal Constitucional y sus ministros se encuentra garantizada, en Chile, mediante una serie de disposiciones especificadas en los artículos 92, 93 y 94 de la Constitución Política. Como se ha mencionado antes, los miembros del TC duran nueve años en su cargo, son inamovibles y no pueden ser reelegidos. Adicionalmente, no existe mecanismo alguno para apelar a los fallos del TC, lo que le otorga plena independencia respecto de otros órganos judiciales como, por ejemplo, la Corte Suprema.

Desafortunadamente, existe una tensión inevitable entre la autonomía de una institución y la posibilidad de exigir que rinda cuentas por sus decisiones. A cambio de la libertad de los jueces del TC (de dictar sentencia sin temer repercusiones negativas), la ciudadanía ha perdido la capacidad de exigirle a sus ministros que rindan cuentas por sus acciones.

La autonomía judicial es, en efecto, uno de los recursos más valiosos con los que cuenta un tribunal. Para que los jueces puedan cumplir su rol de árbitros imparciales, deben estar aislados de las presiones políticas (Gibson, 2006). Sin embargo, en los Estados democráticos, las autoridades públicas también deben poder ser sometidas al escrutinio público y se les debe poder exigir responsabilidad política (Gajardo, 2018).

El TC chileno es vulnerable a perder legitimidad a lo largo del tiempo, dado que existen pocos mecanismos para exigirle a sus ministros que rindan cuentas. Países como el Reino Unido y Alemania, por ejemplo, cuentan con disposiciones jurídicas que permiten la remoción de sus más altos jueces, ya sea por incapacidad para continuar en el cargo o por incurrir en causales de violación de deberes. En Estados Unidos, los miembros de la Corte Suprema pueden ser revocados de sus cargos mediante *impeachment* por “traición, cohecho u otros delitos o faltas graves”<sup>13</sup>.

La Constitución chilena, en cambio, no prevé expresamente ningún mecanismo para destituir a los ministros del Tribunal Constitucional y, por tanto, no dispone de una vía directa para sancionar el incumplimiento de sus responsabilidades constitucionales. A esto se suma, adicionalmente, el hecho de que no existe un órgano que supervise los fallos del TC, ni que dirima los desacuerdos de sus ministros en caso de un empate<sup>14</sup>.

---

13. Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos (1788). Disponible en línea en: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)

14. Dado que los ministros del Tribunal Constitucional son diez (10), existe la posibilidad de un fallo dividido. En caso de que esto ocurra, es el Presidente del Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra.

## Conclusiones

Naturalmente, en Chile existe espacio para perfeccionar el funcionamiento del TC. Esto puede hacerse, como sugiere Zúñiga (2014), si la nueva Constitución se hace cargo de los desafíos que implica su naturaleza contra-mayoritaria. El TC es un órgano con una función eminentemente política y, en esencia, conservadora. Sin embargo, esto no significa que el poder de control constitucional deba ser empleado en la persecución de objetivos particulares o partidarios.

Es posible evitar que el poder de revisión constitucional en Chile exceda sus límites y se transforme en un órgano “legislativo” si se refuerza el control *ex post* (represivo) y se disminuye el alcance del control que se realiza antes de la promulgación de un proyecto de ley (*ex ante*). De forma adicional, es fundamental incluir mecanismos de rendición de cuentas para evitar abusos de poder. Para estos efectos, es posible hacer responsables a los ministros del tribunal mediante el dispositivo de la *acusación constitucional* y/o la introducción del mecanismo de *reelección*. Podría considerarse, también, transitar desde el modelo de designación *representativo* a un modelo de designación *profesional* o *cooperativo*.

Podría verse como una cuestión deseable, también, aumentar el número de miembros del TC, añadiendo un (1) miembro adicional. Esto llevaría al TC a contar con 11 miembros —promedio de miembros de los tribunales constitucionales de las nuevas democracias—, un número impar que cuenta con la ventaja de evitar el mecanismo de desempate que, en la práctica, le da un gran poder de veto al presidente del tribunal.

Por último, al momento del diseño del proceso de revisión constitucional, podría considerarse ampliar el acceso al tribunal, imitando el comportamiento de sistemas como los que es posible encontrar en Alemania o Italia. No existe motivo alguno para restringir los requerimientos de inconstitucionalidad de las normas a los poderes representativos del Estado, excluyendo a los ciudadanos. La introducción de mecanismos de acceso directo de la ciudadanía al TC —mediante, por ejemplo, la recolección de un número determinado de firmas— puede servir para reforzar la legitimidad democrática de esta institución.





## Bibliografía:

Atria, F., & Salgado, C. (2018). El tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/>

Atria, F. (1993). El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2/3), 367-378.

Código Orgánico de Tribunales. (1943). <http://bcn.cl/2fa3i>

Colombo, J. (2003). La Justicia Constitucional. *Revista de Derecho*, 14: 259-284.

Constitución de los Estados Unidos. (1788). [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)

Constitución Política de la República de Chile. (1980). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Cordero, L. (2010). Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la Reforma Constitucional de 2005. *Revista de Derecho Público*, 72: 133-142.

Fuentes, C. (2018). *Un pequeño monstruo llamado Tribunal Constitucional*. <https://www.ciperchile.cl/2018/04/04/un-pequeno-monstruo-llamado-tribunal-constitucional/>

Gajardo, F. (2018). La responsabilidad constitucional de los ministros del Tribunal Constitucional. Una propuesta de procedencia de la acusación constitucional. *Revista de Derecho Público*, (Número especial), 229-246.

Gibson, J. (2006). Judicial institutions. In *The Oxford Handbook of Political Institutions* (Oxford University Press ed.).

Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases* (Cambridge University Press. ed.).

Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review. In *Oxford Handbook of Law and Politics*. Keith Whittington y Daniel Keleman. <https://ssrn.com/abstract=2487330>

Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. (1981). <http://bcn.cl/2gdcf>

Nogueira, H. (2000). Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (4), 243-308.

Nogueira, H. (2005). Los Tribunales Constitucionales de América del Sur y sus competencias. *Provincia*, (Número especial), 27-93.

Pardow, D., & Vedugo, S. (2015). El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos. *Revista de Derecho*, 28(1), 123-144.

Rubio, F. (1988). La Jurisdicción Constitucional como forma de creación del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(22), 9-51.

Toro, S., Acevedo, C., & Matamala, K. (2010). Quebrando Paradigmas en Contextos Presidencialistas: un Examen sobre la Capacidad Legislativa en Chile. *Revista Ibero-Americana de Estudios Legislativos*, 1(1), 102-110.

Tsebelis, G. (2002). *Veto players: How political institutions work* (Princeton University Press ed.).

Verdugo, S. (2016). El Tribunal Constitucional de 1970, de 1980 y de 2005. <https://prensa.udd.cl/medios-y-prensa/tribunal-constitucional-1970-1980-2005/>

Zúñiga, F. (2014). Nueva Constitución para Chile. Las "bases" y las nuevas ideas político-constitucionales. [repositorio.uchile.cl](http://repositorio.uchile.cl)