

# Consideraciones sobre un Tribunal Constitucional para la Nueva Constitución.

Humberto Nogueira Alcalá (1)

## Introducción.

La defensa de la Constitución exige que se respeten las competencias de los órganos y los procedimientos para la generación de nuevos enunciados normativos, como asimismo la resolución de conflictos entre los órganos constitucionales y el respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales asegurados en la Carta Fundamental por el órgano constituyente, como asimismo, que se respete, asegure, garantice y promueva los derechos fundamentales (2), con la finalidad de prevenir y eventualmente reprimir su vulneración, restableciendo en su caso la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución.

La defensa de la Constitución se realiza a través de la jurisdicción constitucional, lo que explicita que *"el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación"*(3), como asimismo, *precisa la existencia de un 'nuevo tipo de normas, institucionales y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político'*(4), como señala Mauro Cappelletti.

La instauración de un sistema de jurisdicción constitucional y su eficacia frente a órganos estatales y a particulares determinan la fuerza normativa de la Constitución, lo que es una de las columnas básicas del Estado Constitucional contemporáneo, que lo diferencia del Estado Legal de Derecho.

Existirá así *jurisdicción constitucional* cuando existan *tribunales* que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución.

---

1 El autor es profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Presidente de Red Interamericana de Derechos Fundamentales y Democracia. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

(2) Ver Schmitt, Carl (1931). *La Defensa de la Constitución*. Ed. Labor, Barcelona

(3) Capelletti, Mauro. (1986). ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?. *Revista española de Derecho Constitucional* Nº 17, p..12-13

(4) Capelletti, Mauro. (1986). Ob.Cit. p.13

Los órganos que realizan control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser los tribunales de justicia ordinarios a través de un control difuso o concentrado, o tribunales especializados como son las Cortes o Tribunales Constitucionales, asimismo, puede concretarse dicho control a través de modelos mixtos o híbridos que combinan en grados variables el control jurisdiccional ordinario y de tribunales constitucionales o el control difuso por tribunales ordinarios y el control concentrado en una Corte Suprema o una Sala especializada en materia constitucional de ella.

En el modelo de control concentrado de constitucionalidad lo *contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario*, pudiendo ser un control preventivo o a priori o un control represivo o reparador, *es competencia de un solo tribunal determinado constitucionalmente* con tal fin, el que *resuelve dichas controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, a petición de las jurisdicciones ordinarias o de particulares, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia efecto de cosa juzgada*

Chile desde la Constitución de 1925 se ha caracterizado por establecer un control concentrado de constitucionalidad sobre las leyes, el que se radicó en la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de carácter reparador y con efectos inter partes, y a partir de 1971, se estableció un doble control concentrado de constitucionalidad de los preceptos legales, uno de naturaleza preventiva que realizaba el Tribunal Constitucional y uno de carácter reparador o a posteriori que realizaba la Corte Suprema, este modelo operó durante la vigencia de dicha Constitución hasta el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. Este control se restablece en la Constitución de 1980, a partir del 11 de marzo de 1981 y rige hasta la reforma constitucional del 2005. En esta reforma se eliminó el control de constitucionalidad de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales con efecto inter partes que desarrollaba la Corte Suprema y se adopta por parte del poder constituyente instituido la decisión de la concentración de la jurisdicción constitucional en materia de preceptos legales únicamente en el Tribunal Constitucional, el cual desarrolla tanto un control preventivo obligatorio sobre proyectos de ley orgánicas Constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución (Art. 93 N° 1), un control preventivo facultativo sobre las reformas constitucionales, los demás tipos de leyes (Art. 93 N° 3) y sobre tratados internacionales, como un control reparador abstracto sobre leyes vigentes con efectos generales o derogatorios, mediante acción popular o de oficio por el Tribunal Constitucional con varios pre requisitos, y un control reparador concreto con efectos inter partes, mediante la acción de inaplicabilidad de preceptos legales cuya aplicación que se siga ante cualquier tribunal ordinario o especial, resulta contraria a la Constitución (Art. 93 N° 7).

Debemos señalar que en Chile se concreta un control relativamente difuso en las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, teniendo estas últimas la jurisdicción en materia de las acciones de protección (amparo o tutela) y las

acciones de amparo (habeas corpus en el derecho comparado), según disponen directamente los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República, como asimismo, la Corte Suprema, a través del recurso de nulidad en materia procesal penal, puede determinar la nulidad del proceso por violación de derechos fundamentales o los tribunales laborales en materia de amparo de derechos en el ámbito laboral..

Así, en el caso chileno, son jueces constitucionales los magistrados que integran los tribunales superiores de justicia (las Cortes de Apelaciones cuando resuelven acciones constitucionales de amparo (Habeas Corpus) y de protección (Amparo o tutela en el derecho comparado latinoamericano); la Corte Suprema cuando resuelve apelaciones de dichas acciones de amparo y protección, como también cuando resuelve recurso de nulidad en materia procesal penal por violación de derechos fundamentales y acciones de reclamación de nacionalidad por privación o desconocimiento de la nacionalidad; los jueces laborales cuando resuelven amparos laborales, los jueces de letras cuando resuelven la acción de discriminación arbitraria, como el Tribunal Constitucional, en el ámbito de sus competencias tasadas.

Así podemos distinguir los jueces de jurisdicción ordinaria que ejercen, dentro de sus competencias, jurisdicción constitucional, de los jueces constitucionales especializados que son los magistrados de los tribunales constitucionales.

Ello nos lleva a diferenciar las cortes y jueces ordinarios que ejercen jurisdicción constitucional entre otras competencias, de los tribunales y cortes constitucionales y sus jueces. Ello nos lleva a la necesidad de conceptualizar los Tribunales Constitucionales y diferenciarlos de los tribunales ordinarios, aun cuando sean cortes supremas que ejerzan jurisdicción constitucional.

Finalmente, consideramos conveniente determinar el concepto de tribunal constitucional, que será el centro de nuestras reflexiones. Así los tribunales constitucionales son *órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infra constitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose, generalmente, la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales. Todo ello sin perjuicio de otras competencias residuales vinculadas a la aplicación directa de la Constitución.*

## **1. El estatuto del Tribunal Constitucional vigente.**

- 1.1. El sistema de requisitos, nombramiento, duración en el cargo y posible reelección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

La necesidad de dotar de independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales al Tribunal Constitucional y de independencia e imparcialidad a los magistrados que lo integran, hacen necesario que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida, lo que hace dirigir la mirada sobre el sistema y requisitos para ser nombrado juez del Tribunal Constitucional, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el sistema de incompatibilidades, el régimen de inmunidades, como asimismo, el sistema de la elección del Presidente del Tribunal.

#### *1.1.1. Requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional.*

En Chile, la Constitución, en su artículo 92, determina que los requisitos para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, ellos son: a) ser abogado con quince años de título, b) haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y c) no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez <sup>(5)</sup>, además están sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81 de la Constitución, no pueden ejercer la profesión de abogados, incluyendo la judicatura, ni desarrollar ninguno de los actos establecidos en los incisos 2 y 3 del artículo 60 de la Constitución, que corresponden a causales de cesación del cargo parlamentario.

Los artículos 58 y 59 de la Constitución se refieren a las incompatibilidades e inhabilidades sobrevinientes de los parlamentarios y el artículo 81, regula el fuero penal de los magistrados. Asimismo, los magistrados, no pueden realizar los actos establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60, los que prohíben celebrar o caucionar contratos con el Estado, actuar como abogado o mandatario en cualquier clase de juicios contra el Fisco, ser procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de cargos públicos, consejerías funciones o comisiones de similar naturaleza, como asimismo el que acepte ser director de banco o de una sociedad anónima o ejercer cargos de similar importancia en dichas actividades. El desarrollo de tales actos están prohibidos sea que sean desarrollados por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte.

Los requisitos establecidos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional son razonables y pueden mantenerse, ya que contribuyen a asegurar la independencia en sus funciones.

---

<sup>(5)</sup> La reforma Constitucional de 1997, eliminó el requisito que debían cumplir, además, los miembros elegidos por el Presidente de la República y por el Senado, de ser o haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema de Justicia por tres años consecutivos, a lo menos.

### *1.1.2. Los órganos que realizan nombramientos de Magistrados del Tribunal Constitucional y el número de miembros nombrados.*

En Chile, la Constitución, en su artículo 92, establece una integración del Tribunal Constitucional de diez magistrados:

Tres ministros designados por el Presidente de la República sin control inter-órgano y lo mismo hace el Senado, eligiendo dos miembros por dos tercios de los senadores en ejercicio; otros dos ministros son propuestos por la Cámara de Diputados por dos tercios de los diputados en ejercicio, lo que debe ser ratificado por el Senado por los dos tercios de los senadores en ejercicio; la Corte Suprema elige tres magistrados, cuyo procedimiento de elección se encuentra regulado por un Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia de 24 de marzo de 2006.

A su vez, debe señalarse que un magistrado del Tribunal Constitucional que cesa en el cargo, por renuncia u otra razón, debe ser reemplazado por el órgano correspondiente por el tiempo que falte al miembro saliente para completar su período, como determina el mismo artículo 92 de la Constitución.

Esta integración tiene algunos problemas como su composición par de los Magistrados y la falta de transparencia del nombramiento por los órganos políticos.

**Consideramos adecuado, en primer lugar, modificar la integración del Tribunal Constitucional, pasando de 10 a 11 sus magistrados**, posibilitando un número impar de sus miembros, lo que posibilita la elección del presidente del Tribunal Constitucional y hace más improbable que no exista una mayoría de miembros del Tribunal para su elección, como asimismo también hace más improbable el voto de calidad que ha tenido hasta ahora el presidente del tribunal.

**Nos parece conveniente, además, eliminar la participación de Corte Suprema en el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional.** En una perspectiva claramente republicana y democrática, un Tribunal Constitucional debe estar integrado sólo por magistrados nombrados por órganos representativos directamente de la voluntad popular, en nuestro caso, del Congreso Nacional y del Presidente de la República con controles inter orgánicos o intra orgánicos.

En tal **perspectiva el Presidente de la República no debe nombrar discrecionalmente los magistrados que sean de su designación sino que debe tener un control inter orgánico que debe ser realizado por el Senado por dos tercios de sus miembros en ejercicio**, asegurando así que se garantice el cumplimiento del perfil de magistrado constitucional y el acuerdo plural de diversas corrientes de opinión, posibilitando que la diversidad de sensibilidad de los ciudadanos quede expresada en dicha designación.

**Consideramos que el Presidente de la República debe nombrar tres magistrados** del Tribunal Constitucional con el acuerdo de dos tercios del

Senado. **Los otros ocho magistrados deben ser elegidos por la Cámara de Diputados y por el Senado.** Cuatro magistrados deben ser nombrados por cada una de las Cámaras del Congreso Nacional por dos tercios de sus miembros.

Por otra parte, parece adecuado **establecer la paridad de géneros en el nombramiento realizado por el Presidente de la República y por las cámaras del Congreso Nacional.** En el caso del Presidente de la República, el que nombra tres magistrados, al menos uno de ellos debe pertenecer al género femenino o masculino. En el caso de ambas Cámaras deben realizar el nombramiento de dos Magistrados de género femenino y dos de género masculino, cada una de ellas. Tal perspectiva genera una composición equilibrada y considera el espectro de experiencias, personales o colectivas, afín de recoger diversas sensibilidades y modos de razonar, lo que posibilita enriquecer la calidad epistémica de sus sentencias., sin perjuicio de considerar también una variable geográfica, que integre y represente las realidades regionales.

Por último consideramos que **los magistrados del Tribunal Constitucional deban realizar una declaración de intereses y una declaración de patrimonio renovada anualmente mientras se desempeñen en dicha magistratura.**

#### *1.1.3. La duración del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional y su renovación.*

Los miembros del Tribunal Constitucional ejercen por un periodo de nueve años y se renuevan por parcialidades cada tres años, como determina el artículo 92, inciso 2º de la Constitución.

**La renovación por parcialidades en plazos determinados es conveniente, ya que limita el impacto de las decisiones de las autoridades que deben decidir los nuevos magistrados, permite a los nuevos magistrados adquirir el saber hacer de la respectiva Corte o Tribunal Constitucional,** incorpora los cambios de perspectiva o de valores sin generar problemas de estabilidad y continuidad del respectivo tribunal y permite preservar la memoria institucional. Así ocurre también **en España** (art. 159.3 de la Constitución); **Francia**, a excepción de los miembros de derecho; como en **Albania, Rumania, en Marruecos, Mauritania, en Nigeria**, entre otros países.

**Nos parece adecuado el periodo de nueve años establecido,** el cual otorga estabilidad a los magistrados y consideramos que debe mantenerse. Este **periodo contribuye también a la autonomía y a la independencia intelectual del magistrado, cuyo mandato excede el del órgano que realiza su nombramiento y es un periodo generalizado en una cantidad importante de tribunales constitucionales como España, Francia, Italia, Portugal, Albania, Polonia, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Ecuador, Marruecos, Burkina Faso, Mauritania, Camerún, entre otros.** Una corta duración del mandato de los magistrados constitucionales no posibilita a los magistrados adquirir la experiencia del saber hacer necesario para el desempeño de sus

funciones y la rotación acelerada de ellos genera problemas a su estabilidad institucional como asimismo al desarrollo de una jurisprudencia coherente, lo que genera inseguridad a los justiciables.

**El mandato por un periodo delimitado asegura una previsibilidad mayor de su reemplazo y una igualación de la influencia de los magistrados constitucionales en la toma de decisiones y en la evolución del órgano respectivo.**

En el orden de la renovación del periodo de ejercicio del magistrado, somos partidarios de **la prohibición de la renovación y de la prolongación del mandato**, lo que **fortalece la independencia en el ejercicio de sus funciones**. Así lo establecen también en **Colombia, Perú, Alemania, Albania, Andorra, España, Francia, Italia, Lituania, Polonia, Portugal<sup>6</sup> o Rumania** entre otros países.

En tal perspectiva, **parece adecuado establecer la prohibición de que el magistrado que deja el Tribunal Constitucional pueda ser candidato en el año que sigue al término de su periodo a cargos públicos electivos como asimismo a funciones públicas o cargos públicos en la administración central o descentralizada del Estado.**

Por último, **el mandato del magistrado constitucional, como lo determina la Constitución vigente, tiene fin al cumplir setenta y cinco años de edad.**

#### ***1.1.4. Existencia de Ministros suplentes en casos de impedimentos temporales de los magistrados titulares.***

La LOCTC, en su texto reformado y sistematizado de 2010, en su artículo 15, considera actualmente la existencia de *dos suplentes de ministros* que, en nuestra opinión son de *dudosa constitucionalidad*, ya que el texto de la Carta Fundamental no los considera, ni la redacción de las competencias otorgadas por la Constitución al legislador orgánico constitucional permite una interpretación que permita sostener su habilitación para establecerlos. El legislador orgánico constitucional introdujo en tal sentido en la materia, una verdadera mutación constitucional. Consideramos que habría sido más adecuado introducir una reforma a la Constitución estableciendo directamente **ministros suplentes nombrados por los órganos constitucionales que tienen la competencia constitucional de nombrar a los ministros titulares.**

**Consideramos conveniente establecer constitucionalmente**, la existencia de magistrados suplentes, **elegidos por los mismos órganos constitucionales y con los mismos requisitos que los magistrados titulares, en una cantidad de cinco magistrados suplentes**, los cuales ejercerán la función de magistrado en casos en que uno o más magistrados titulares puedan encontrarse inhabilitados por implicancia, enfermos, fuera del país o por cualquier otro motivo, como asimismo fallezcan o puedan tener impedimento que fuere

---

<sup>6</sup> Portugal permitía la reelección inmediata de los magistrados del Tribunal Constitucional hasta la dictación de la reforma constitucional de 1998 que la prohibió.

absoluto o debiere durar indefinidamente, en cuyos casos ejercerán la función del magistrado correspondiente con las mismas atribuciones que los magistrados titulares, tanto para integrar sala, o el pleno del tribunal, mientras se produce el **reemplazo del magistrado titular por el mismo órgano que nombró al magistrado que tuviere el impedimento absoluto, de duración indefinida o cuando hubiese fallecido, el que permanecerá en el cargo sólo hasta completar el periodo del reemplazado.** Disposiciones constitucionales similares existen en **Austria** donde hay doce ministros suplentes (art. 147.1 de la Constitución), en **Ecuador** (art. 275 de la Constitución) y en **Guatemala** (art. 269 de la Constitución).

**Dichos jueces suplentes durarán tres años en sus funciones, debiendo concluir sus funciones al cumplir 75 años de edad.**

Los ministros suplentes tienen por **objetivo garantizar la continuidad del ejercicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional en toda circunstancia, dotando de eficacia su cometido constitucional.** Debemos señalar que en América del Sur han sido ejemplos de discontinuidad del ejercicio de sus funciones los tribunales constitucionales de Perú, luego de la destitución de tres magistrados por acusación constitucional, lo mismo ocurrió con el Tribunal Constitucional de Bolivia por renuncia bajo amenaza de enjuiciamiento penal en el primer gobierno de Evo Morales y la destitución de ministros del Tribunal Constitucional de Ecuador, en etapas en que no quedaban magistrados suplentes en Bolivia y no existían magistrados suplentes en Ecuador.

#### **El funcionamiento en pleno o en sala.**

Conforme a lo que dispone la Carta Fundamental en su artículo 92, inciso 5° y que regula el artículo 19° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este tiene su sede en la Ciudad de Santiago, capital de la República, sin perjuicio de que, excepcionalmente puede sesionar en el lugar que el mismo determine. Así ha acontecido con el funcionamiento del Tribunal Constitucional fuera de la región metropolitana a partir de 2013, constituyéndose en ciudades de algunas regiones del país.

**El Tribunal Constitucional chileno funciona en pleno o dividido en salas,** como determina el artículo 92 de la Constitución y regula el artículo 30 de la LOCTC. En el primer caso el **quórum para sesionar es de, a lo menos ocho miembros;** La misma disposición de la LOC del Tribunal dispone la existencia de **dos Salas, las cuales se componen de cinco ministros cada una de ellas y su quórum de funcionamiento es de, a lo menos, cuatro miembros.** Cada Sala en caso de necesidad puede integrarse con Ministros de la otra Sala.

Nos parece que esta normativa debe mantenerse, al aumenta el número de magistrados a once, **el Presidente del Tribunal no integraría sala.**

*La responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional.*

En el caso chileno, a diferencia de algunos ejemplos del derecho comparado latinoamericano, los magistrados del Tribunal Constitucional son inamovibles como determina el artículo 92 de la Carta Fundamental.

**En el derecho comparado latinoamericano se entrega al Congreso o Asamblea Nacional la posibilidad de destituir los magistrados del Tribunal Constitucional a través del juicio político o acusación constitucional**, lo que constituye un riesgo para la adecuada independencia de los magistrados en el ejercicio de sus funciones. **El precedente peruano sobre la materia durante el régimen de Fujimori en Perú (7), que impidió al tribunal conocer de acciones de inconstitucionalidad por un buen periodo de tiempo, por carecer de quórum para ello**, como asimismo, la acusación constitucional que se mantuvo latente sobre cinco de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador en 2003, que luego terminó en el **Gobierno de Lucio Gutiérrez con la destitución de todos los Ministros del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema del Ecuador en un juicio político parlamentario**, sin debido proceso (8); como asimismo la amenaza por el gobierno contra los magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia durante los años 2007 y 2008, que llevó a su anulación por renuncia de todos sus magistrados, lo que constituye una confirmación de dicho riesgo.

**Consideramos más adecuado que los magistrados o ministros de un Tribunal Constitucional no sean susceptibles de ser acusados constitucionalmente por sus votos u opiniones emitidos en sus resoluciones o sentencias, sino solamente puedan ser objeto de imputación y condena en el caso de cometer delitos por el tribunal de justicia competente correspondiente, luego de un debido proceso**, según determine el respectivo ordenamiento jurídico.

**La inamovilidad es regla en Alemania** (art. 97 Constitución); **España** (art 159.5 Constitución); **en Portugal** (art. 222.5 Constitución); **en Rusia** (art. 12 y 14 LCFCC), **en Armenia** (art. 8 LCC), **Colombia** (art. 178 Constitución); **Ecuador** (art. 431 Constitución); **Guatemala** (Art 161 LAEPC), **en Perú** (art. 14 LOTC);

---

<sup>7</sup> En la materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la vulneración del derecho a un juicio justo y las garantías judiciales en vulneración del artículo 8° y 25° en armonía con el artículo 1° de la CADH, estableciendo como medida de reparación la reincorporación de los Magistrados por el periodo que restaba para el ejercicio legítimo de sus funciones, lo que fue asumido por Perú, durante el Gobierno de Transición del Presidente Paniagua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 71.

<sup>8</sup> Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en sentencia de 2013, la vulneración en dicho juicio político de los derechos a las garantías judiciales de todos los magistrados destituidos, estableciendo como reparación para cada uno de ellos, una compensación de varios cientos de miles de dólares que deben ser pagados por el Estado del Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013.

La Constitución Política determina así, específicamente, los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional, los órganos legitimados para realizar los nombramientos y el respectivo procedimiento para ello, como asimismo, la duración en el cargo, la prohibición de reelección, la regulación de ministros suplentes.

### **El control de constitucionalidad normativo preventivo.**

Artículo 93 de la Constitución determina que son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

El control preventivo de constitucionalidad tiene por objeto evitar ya sea el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Constitución o impedir que normas provenientes del derecho internacional se incorporen al ordenamiento jurídico nacional si nuestro texto constitucional se encuentran en conflicto con ellas. Se trata de un control de prevención, por lo que la acción, requerimiento o consulta tiene como efecto impedir que continúe el procedimiento de aprobación o incorporación de la norma jurídica cuestionada mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional; respecto de tratados se establece la compatibilidad o incompatibilidad de la Constitución con el cuerpo normativo del respectivo tratado.

### ***Consideraciones críticas del artículo 93 Nº 1 y 3 de la Constitución.***

**En nuestra consideración deben ser eliminado el quorum de las leyes orgánicas constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto ellas deben ser expresión del órgano legislativo mediante mayoría simple o mayoría absoluta, pero nunca debe establecer un bloqueo o veto de la minoría como ocurre con el quorum de cuatro séptimos de los diputados o senadores en ejercicio que se encuentra establecido para este tipo de leyes. Consideramos que las materias que actualmente deben aprobarse por dicho quorum deben ser aprobadas, modificadas o derogadas por el quorum de mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de ambas ramas del Congreso Nacional; en tal perspectiva, debe eliminarse el control**

**preventivo obligatorio de constitucionalidad de dichas leyes orgánicas constitucionales.**

**Así debe mantenerse el control preventivo de las leyes interpretativas de la Constitución para evitar que ellas, bajo el pretexto de interpretación, no modifiquen disposiciones constitucionales.**

**Debe mantenerse el control preventivo facultativo de constitucionalidad de tratados internacionales durante su tramitación en el Congreso Nacional, concluida ésta y comunicada formalmente al Presidente de la República, debe cesar la posibilidad de realizar el requerimiento, el que sólo puede ser planteado por una de las Cámaras del Congreso o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, si existiere algún conflicto del tratado con el texto constitucional, en cuyo caso, para ingresar al ordenamiento jurídico nacional el tratado deberá aprobarse por el quorum de reforma constitucional o previa reforma de la Constitución. Debe quedar claramente establecido constitucionalmente que no hay control reparador sobre tratados internacionales, ya que ello genera responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho Internacional, ya que los tratados sólo pueden ser dejados sin efecto, modificados o suspendidas de conformidad con el mismo tratado o con las normas generales del Derecho Internacional.**

**En relación a la facultad del Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional, consideramos que este control de constitucionalidad sólo pueden ser objeto de control preventivo a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de al menos una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, conforme determina el artículo 61 de la LOC del Tribunal Constitucional, conforme con el artículo 93 de la Carta Fundamental. Este control debe mantenerse, para preservar las reglas de procedimiento y de competencia que corresponda a la generación, modificación o derogación de reformas constitucionales o proyectos de ley, como asimismo para preservar el ámbito competencial de los diversos órganos estatales, determinado por la Constitución, el cual debiera hacerse efectivo después del trámite de aprobación por ambas Cámaras del Congreso Nacional y antes de la promulgación de la normativa respectiva.**

**El control reparador o correctivo de constitucionalidad de normas legales en control abstracto.**

***El control por vía principal se establece a través de una acción de inconstitucionalidad que ataca directamente la norma u acto, supuestamente inconstitucional, ante el órgano de control jurisdiccional competente.*** Este control puede producirse en forma restringida o amplia. *La modalidad restringida a la legitimación activa de órganos ejecutivo y legislativo, existe por regla general en el caso de los tribunales constitucionales, como los de Alemania, España, Portugal, Francia, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Hungría, Bélgica, entre otros. La modalidad de acción popular, además de Chile, la encontramos en países como México, Colombia, Panamá, Italia, Venezuela, entre otros.*

El artículo 93 N° 7 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tiene la atribución de resolver por mayoría de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable de conformidad con el número anterior, hay acción pública para requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad sin perjuicio de la facultad del propio Tribunal Constitucional para declararla de oficio.

Consideramos que **debe eliminarse la declaración de oficio por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de leyes**, la que no es regla general en el derecho constitucional comparado, donde **los tribunales constitucionales ejercen sus atribuciones a petición o requerimiento de terceros**.

Somos claramente partidarios de desvincular la acción de inconstitucionalidad de preceptos legales de la acción de inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, ya que no existe ninguna vinculación entre ambas instituciones, ya que la primera constituye un control abstracto de constitucionalidad que determina la eliminación de la norma legal del ordenamiento jurídico por ser contraria en todas sus interpretaciones posibles a la Constitución, mientras que la acción de inaplicabilidad constituye un control concreto de constitucionalidad sobre una aplicación del precepto legal que en el caso concreto puede generar un eventual situación de inconstitucionalidad en su aplicación, donde no existe *contradicción entre la ley y la Constitución* (Nogueira, 2013). A su vez, el artículo 97 N° 2 de la LOC del Tribunal Constitucional, le agrega una limitación adicional, la que restringe aún más su eficacia, al determinar que la cuestión de inconstitucionalidad debe fundarse en el *“mismo vicio de inconstitucionalidad del que motivó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”* del precepto impugnado (Navarro, 2012, p. 379), lo que debiera ser eliminado; asimismo debe serlo el artículo 101 de la Ley Orgánica Constitucional comentada, que restringe la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas ya que el requerimiento de inconstitucionalidad debe fundarse *“únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*.

La regla general en el derecho comparado no vincula la acción de inconstitucionalidad a pre-requisitos como la existencia previa de un control concreto de constitucionalidad (Ríos, 2010, p. 59) siendo ambas perspectivas autónomas e independientes como está establecido en Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Portugal, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana, entre otros.

Asimismo, nos parece inadecuado mantener el quorum extraordinario de cuatro quintos de los integrantes para declarar una ley contraria a la Constitución y eliminarla del ordenamiento constitucional. Consideramos oportuno *rebajar a la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal Constitucional en ejercicio* la resolución que determine la derogación (anulación) de un precepto legal, lo que requiere la concurrencia de seis de los once magistrados que integrarían el Tribunal, no existe Tribunal

**Constitucional en todo el derecho comparado que opere con la mayoría de 4/5 exigidos por el texto constitucional chileno para anular un precepto legal por inconstitucionalidad**, constituyendo ello un debilitamiento in extremis de la acción de inconstitucionalidad.

Por último, **respecto de los efectos del fallo de inconstitucionalidad, el constituyente no se planteó si los efectos mal denominados de “derogación” (Verdugo, 2008, p. 251 y ss.), del precepto legal debe ser, en todos los casos, la consecuencia única e indispensable de la inconstitucionalidad, o si se puede reparar la inconstitucionalidad por vías distintas**, como puede ser el caso de sentencias que desvinculen la declaración de inconstitucionalidad de la anulación inmediata, pudiendo establecerse sentencias que determinen la anulación del precepto legal con una eficacia en un momento futuro, un año u otro plazo que determine el texto constitucional o legal en su caso, plazo en el cual el legislador puede superar el vicio establecido..

Así es posible sostener que la aplicación de la anulación es innecesaria cuando el juez constitucional se pronuncia sobre leyes derogadas o sobre leyes vigentes que han agotado todos sus efectos jurídicos, o cuando la inconstitucionalidad versa sobre omisiones de la ley, ya que en tales casos la nulidad y expulsión del precepto inconstitucional no genera el efecto de agregar a la ley lo que le falta para ser constitucional, y en otros casos, la derogación o anulación del precepto legal puede generar un vacío más peligroso que el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico, en casos de discriminación por omisión..

En esta perspectiva, consideramos que debe sostenerse que la nulidad o anulación, únicamente es utilizable cuando *“la expulsión resulte medio idóneo para el restablecimiento de la juridicidad conculcada”* (Jiménez. 1998, p. 123).

### **Resolución de conflictos de competencia.**

**El Tribunal Constitucional chileno constituye entre los tribunales constitucionales el que tiene menos atribuciones en materia de conocimiento y resolución de contiendas o conflictos de competencias.** En efecto, **sólo tiene una**, la de resolver las contiendas de competencia que se suscitan entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

**Nos parece que el Tribunal Constitucional es un órgano más preparado que los órganos políticos para resolver conflictos jurídicos constitucionales**, por lo cual **debiera estar dotado de la atribución de “Resolver los conflictos de competencia o de atribuciones entre los órganos del Estado u otros órganos establecidos en la Constitución”.**

### **Reflexiones finales.**

A través del presente artículo hemos propuesto algunas reformas al Tribunal Constitucional chileno con el objeto de mejorar su legitimidad y posibilitar el objetivo de la defensa jurisdiccional de la Constitución con autonomía e independencia, pacificando los conflictos en base al derecho y potenciando el Estado Constitucional democrático.



## Bibliografía

Bagni, Silvia y Nicolini, Mateo. 2021. *Justicia Constitucional Comparada*. Walters Kluwer y CEDAM.

Jiménez Campo, Javier. 1998. “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, MacGraw-Hill, Madrid.

Fondevila Marón, Manuel. 2021. *Los jueces de la Constitución y el Pueblo*. La Coruña, Ed. Colex.

Navarro, Enrique. 2012. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 39 , pp. 363 – 394.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2019. *El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con tribunales constitucionales latinoamericanos*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2019. “Consideraciones jurídicas sobre el Tribunal Constitucional y sobre su competencia de control de constitucionalidad preventivo sobre tratados internacionales y sobre preceptos legales en Chile. Algunas proposiciones de reforma. En Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). *Temas de jurisdicción constitucional chilena y sudamericana*, pp. 91-121.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2013. “Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7) en perspectiva de derecho comparado”, en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coordinador y coautor). 2013. *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*. Ed CECOCH – Librotecnia, Santiago. pp. 47 – 87.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en Revista Estudios Constitucionales, volumen 3, número 1, pp. 11-35

Nogueira Alcalá, Humberto. 2004. *La Jurisdicción Constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México D.F., Ed. Porrúa.

Pegoraro, Lucio 2020. *Derecho constitucional comparado: Volumen IV, Los Sistemas de Justicia Constitucional*. Torino y Buenos Aires, G. Giappichelli Editore y Ed. Astrea.

Ríos Álvarez, Lautaro. 2013. “La acción de inconstitucionalidad en Chile (Logros, problemas y posibles perfeccionamientos).” en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coordinador y coautor). 2013. *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*. Ed CECOCH – Librotecnia, Santiago. pp. 89 – 115.

Ríos A., Lautaro. 2010. "La sentencia de inconstitucionalidad en la reforma de la LOC del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coord.) (2010). *Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional*. CECOCH – Asociación Chilena de Derecho Constitucional - Ed. Librotecnia. Santiago. pp. 27 – 63.

Ríos Álvarez, Lautaro. 2005. La Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional, en Revista Estudios Constitucionales, volumen N° 3, número 1, pp. 73 a 95, especialmente pp. 82 - 95.

Tusseau, Guillaume. 2021. *Contentieux Constitutionnel Comparé*. Paris, LGDJ.

Verdugo Ramírez, Sergio. (2008). La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos. En Revista Actualidad Jurídica N° 18, pp. 247-.297

Zúñiga Urbina, Francisco. 2010. *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*. Ed. Abeledo Perrot / Legal Publishing, Santiago.