

Propuestas para la modernización democrática del Tribunal Constitucional

Comisión de Sistemas de Justicia

Catalina Salem Gesell¹

I. DIAGNÓSTICO

Existe una permanente tensión entre Constitución y democracia: los textos constitucionales limitan el gobierno de la mayoría distribuyendo el poder en distintos órganos; fijando procedimientos que esos mismos órganos deben acatar; y reconociendo principios, valores y derechos que deben respetar. La justicia constitucional se instaura precisamente para garantizar que el poder constituido no sobrepase los límites que le ha fijado el poder constituyente.

A comienzos del siglo XX, siguiendo estas premisas, en los sistemas parlamentarios europeos comenzaron a crearse los llamados “tribunales constitucionales” con el objeto de controlar la labor legislativa. Las trágicas experiencias de dos guerras mundiales dejaron en evidencia que las mayorías pueden convertirse en tiranías; que el legislador no es infalible, y que por lo mismo debe ser controlado y sometido a la Constitución.

Estos postulados hoy encuentran una férrea crítica en la literatura. El llamado argumento “contra-mayoritario” afirma que un órgano cuyos integrantes no han sido elegidos mediante sufragio universal, no contarían con la legitimidad democrática necesaria para dejar sin efecto la decisión (ley) de aquellos representantes de la ciudadanía (los legisladores) que sí cuentan directamente con esa legitimidad.

Esta crítica, que es universal a cualquier órgano que ejerza el control judicial de la ley, adopta unas notas particulares en el caso del Tribunal Constitucional chileno. Este último ha sido denominado como una “tercera cámara legislativa” (Atria y Salgado), por cuanto en él se fraguaría la misma discusión ocurrida en sede parlamentaria, tanto desde el punto de vista de los argumentos esgrimidos, como desde el punto de vista de las alineaciones políticas.

La politización del Tribunal Constitucional no es una cuestión especulativa. El año 2020 Fábrega, Sajuria y Drobny publicaron un estudio empírico de las decisiones del Tribunal desde el año 1990 en adelante. La conclusión a la que arribaron fue que, tras la reforma constitucional del año 2005, aquellos jueces constitucionales que fueron designados por órganos políticos

¹ Candidata al grado de Doctor en Derecho. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, y abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Investigadora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Becaria ANID/Doctorado Nacional/2018-21180819. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Correo electrónico c.salem@udd.cl.

demonstraron una polarización en sus decisiones, la cual fue mucho menor en aquellos jueces designados por la Corte Suprema.

Que el Tribunal Constitucional se encuentre capturado políticamente lo ha llevado a perder su *auctoritas*, esto es, ha perdido su autoridad para declarar el derecho constitucional logrando una adhesión de la comunidad política por la convicción de los argumentos jurídicos que desarrolla y la trayectoria de quienes los elaboran. Muchas veces esos argumentos disfrazan una decisión política; porque quienes los dictan tienen un compromiso político fuerte que tributa a quienes participaron en su designación. La degeneración de la composición del órgano sin duda ha tenido un impacto en cómo ejerce sus funciones. En el fondo, ha dejado de cumplirlas, defraudando la garantía de la Constitución.

En consecuencia, las propuestas que se presentan buscan responder a la siguiente pregunta ¿es posible repensar un nuevo diseño orgánico del Tribunal Constitucional que permita conjugar constitución y democracia? ¿podría ese diseño restaurar y/o fortalecer la *auctoritas* del Tribunal?

II. JUSTIFICACIÓN

El diseño orgánico de un Tribunal Constitucional debe asegurar dos principios fundamentales: el principio democrático y el principio jurisdiccional.

El principio democrático consiste en garantizar que la composición del Tribunal Constitucional permita representar la pluralidad de intereses presentes en la sociedad. Es decir, que tenga una composición plural. Esta característica es necesaria, porque el parámetro sobre el cual decide el Tribunal es la Constitución Política, que es un texto jurídico, pero también político, y su interpretación necesariamente produce efectos políticos, desde la deliberación jurídica.

Junto con el principio democrático, la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional le impone cumplir con ciertas condiciones: la independencia, la imparcialidad y su carácter técnico-jurídico. La independencia asegura la no injerencia de otros órganos en las decisiones que adopta en ejercicio de sus funciones. La imparcialidad, supone que el juez debe ser ajeno a las partes del proceso y al objeto del litigio; y el carácter técnico-jurídico está dado por la circunstancia que es un tribunal de derecho, esto es, decide invocando y argumentando exclusivamente desde las normas jurídicas. Esto es precisamente lo que lo diferencia funcionalmente del Parlamento. Por ello, se trata de un órgano integrado por quienes están en posesión del título de abogado.

El actual sistema de designación de los ministros del Tribunal Constitucional garantiza ambos principios de forma desigual: mientras los 7 ministros que son designados por los órganos con representación democrática directa (Presidente de la República y Congreso Nacional) garantizarían el principio democrático, falla en asegurar el principio jurisdiccional. Esto último sucede porque estos órganos interpretan libremente -sin contrapeso alguno- los requisitos de elegibilidad de los candidatos que son “haberse destacado en la actividad profesional, académica o pública”. En el caso de las designaciones presidenciales, se ha optado por abogados que han sido asesores directos del Presidente de la República; y en el caso de las designaciones

parlamentarias, se ha privilegiado el cuoteo político, independiente de las credenciales de los candidatos. De hecho, el compromiso político de estos últimos con quien los designa es lo que hace deseable su nombramiento. Con ello se afecta la independencia, la imparcialidad y, en ocasiones, incluso se sacrifica la pericia técnica del candidato.

Por su parte, los tres nombramientos que efectúa la Corte Suprema han demostrado asegurar adecuadamente el principio jurisdiccional, pero se ha criticado que los jueces constitucionales por ella designados tendrían menos credenciales democráticas que los jueces designados por los órganos políticos. Como se verá, la propuesta rescata el rol que ha desempeñado la Corte Suprema en la designación de jueces constitucionales. Esta institución ha demostrado ser transparente en los procesos de designación mediante el llamado a concurso público de antecedentes. Además, su mirada técnica cobra una especial relevancia si se toma en consideración que el Tribunal Constitucional es hoy día un “tribunal de inaplicabilidades” lo que obliga a ambos órganos a actuar coordinadamente.

Por ello, lo que se propondrá apunta a garantizar ambos principios en las designaciones de todos y cada uno de los miembros que integren el Tribunal Constitucional; ambos son necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones.

Sin embargo, como se adelantó, la designación de los jueces constitucionales por órganos políticos con legitimación democrática directa parece no ser suficiente para derribar el argumento contra-mayoritario. Por esta razón debe pensarse en rediseñar el esquema clásico de los tribunales constitucionales, pero sin sacrificar la diferenciación funcional de estos órganos (la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley) respecto del Parlamento (la aprobación de leyes). Para ello, debe acudir a mecanismos de democracia directa que permitan generar un contrapeso democrático fuerte al interior del Tribunal. En el ámbito jurisdiccional ese contrapeso lo han constituido tradicionalmente los jurados. Si bien en otras latitudes la profesionalización de los sistemas de justicia civil y penal han relegado esta institución casi a su mínima expresión, no hay ninguna razón de peso en la actualidad que impida su implementación a la justicia constitucional.

Un jurado fortalecería la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional y aminoraría el temor de los denominados “*backlash*”, esto es, la renuncia al ejercicio de sus cometidos constitucionales para evitar reacciones negativas o incluso violentas tanto de la sociedad civil como de actores institucionales. Asimismo, ampliaría el catálogo de derechos políticos de la ciudadanía, estableciendo nuevas formas de participación en la vida nacional; y supondría un importante avance en nuestra cultura constitucional, pues acercaría la vivencia del texto fundamental a cada integrante de la comunidad política.

III. PROPUESTA

Siguiendo los fundamentos anteriores, la propuesta se divide en dos partes. La primera, atiende a reemplazar el sistema actual de repartición de nombramientos de los miembros del Tribunal Constitucional, por un sistema de colaboración de nombramientos entre los distintos órganos incumbentes, con el objeto de que entre todos ellos se contrapesen entre sí para

asegurar al mismo tiempo el principio democrático y el principio jurisdiccional. Y, segundo, establecer un sistema de jurados cuando el Tribunal Constitucional hace un control fuerte de constitucionalidad de la ley.

A. Propuesta de sistema de designación de los integrantes del Tribunal Constitucional

- El proceso de designación debería iniciarse con la selección de candidatos por parte de los órganos con representación democrática directa: el Presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados. Se sugiere que el quórum de aprobación de los candidatos en la Cámara y el Senado sea por mayoría simple. Esto permitirá que exista un mayor número de candidatos que representen a las mayorías electorales del momento.
- Cada uno de estos órganos debería presentar a tres candidatos para proveer una vacante de Ministro del Tribunal Constitucional, cumpliendo los demás requisitos constitucionales de elegibilidad del cargo (cualquiera ellos sean).
- Los candidatos elegidos deben ser presentados ante la Corte Suprema en concurso público de antecedentes.
- La Corte Suprema, previa audiencia pública en que oiga a los candidatos propuestos, debe elegir por mayoría a dos candidatos.
- La decisión del cargo entre los dos finalistas debe hacerse por sorteo, con el objeto de evitar presiones políticas indebidas en la decisión de la Corte.
- El candidato sorteado ocupará el cargo de titular, mientras quien no lo fuera, el de Suplente de Ministro.

La virtud de este sistema es que permite a los órganos políticos llevar candidatos que representen la idea de derecho mayoritaria en un momento dado, asegurando el pluralismo; pero ese candidato competirá con otros candidatos que serán medidos desde un punto de vista técnico por la Corte Suprema. De manera tal que no podrán postular a cualquiera, sino que al que tenga más posibilidades de ser elegido por la Corte Suprema. Así, las decisiones se balancean y contrapesan entre los distintos órganos intervinientes en el proceso.

B. Propuesta de sistema de jurados para el Tribunal Constitucional

- Se propone establecer la institución del jurado como un mecanismo de contrapeso interno del Tribunal Constitucional cuando ejerce ciertas atribuciones específicas de control de constitucionalidad de la ley. Estas serían (1) la atribución de 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 aprobación del Congreso; y (2) la atribución de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal

2 de diciembre de 2021

declarado previamente inaplicable, ambas consagradas en el actual artículo 93 N°s 3° y 7°, respectivamente.

- La razón de elegir estas dos atribuciones radica en el hecho de que las dos tienen por objeto controlar de forma intensa la labor del legislador. Además, en la práctica, la primera de ellas ha sido la que más tensiones y conflictos ha generado entre los órganos involucrados. He excluido la atribución de control preventivo obligatorio consagrada en el artículo 93 N° 1° por no revestir su procedimiento un carácter contencioso, sin perjuicio que esto último pueda ser revisado. También he excluido la atribución de declarar la inaplicación de la ley para un caso concreto, por sus limitados efectos que no alteran la validez de la ley (Artículo 93 N° 6°).
- El derecho al jurado podría ser una institución permanente, o bien, una institución que sea convocada cuando así lo solicite alguna de las partes u órganos legitimados para actuar en el proceso, o el mismo Tribunal de oficio.
- Su composición sería de ciudadanos con derecho a sufragio seleccionados por sorteo y remunerados de igual forma que un ministro del Tribunal, ajustado proporcionalmente a las sesiones en que hayan intervenido.
- El número de jurados podría ser idéntico al de los ministros que componen el Pleno.
- En cuanto a su funcionamiento, la deliberación del jurado debería ser secreta y traducirse en una única decisión unánime, aunque en su seno se haya adoptado por mayoría simple. Con esto quiero decir que la decisión del jurado es una sola (la norma es constitucional o inconstitucional), sin publicidad de los votos disidentes. Tradicionalmente estos elementos han buscado garantizar que cada jurado pueda expresar y defender con total libertad su opinión en la deliberación interna, sin temor a represalias. Esa garantía puede ir reforzada con la tipificación de faltas o delitos que pongan en peligro el bien jurídico protegido, ya sea que provengan de los mismos jurados o de terceros.
- En cuanto al valor jurídico de la decisión del jurado y cómo ella se inserta en la decisión jurisdiccional que adopta el Pleno de Ministros, cabe señalar lo siguiente: Si se le da el valor de un contrapeso democrático, creo que dos elementos deben ser considerados. El primero, que la decisión del jurado debe ser una retroalimentación de gran relevancia para la deliberación que se dé al interior del Tribunal. Por ello, la decisión del jurado debería conocerse antes que el Pleno de Ministros delibere y emita una sentencia. Y el segundo es que, en el caso que el Pleno de Ministros arribe a una decisión contraria a la del jurado, se le imponga un quórum calificado para declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma. Este quórum puede ser de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio. En caso contrario, esto es, si la mayoría de los miembros en ejercicio coincide con la decisión del jurado, no es necesario reunir el quórum calificado para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o proyecto de ley.

IV. CONCLUSIÓN

Lo que se ha propuesto aquí busca desde dos caminos lograr un punto de encuentro entre constitución y democracia. Así, por una parte, se reconoce la necesidad de contar con jueces constitucionales independientes e imparciales en la resolución de los conflictos constitucionales; y, por la otra, se refuerza su desenvolvimiento democrático con mecanismos directos de participación ciudadana. Ambas propuestas responden a las críticas efectuadas en contra de su funcionamiento y que apuntan a socavar su legitimidad democrática.

Con esto se garantizaría que el Tribunal Constitucional chileno funcione como un sistema diferenciado del Congreso Nacional, enriqueciendo la deliberación democrática desde un punto de vista distinto al que se da en el parlamento, a saber, desde la argumentación jurídico-constitucional, la cual entraría en diálogo con la decisión de un jurado que va marcando el compás de su funcionamiento al interior de la “sala de máquinas” de la Constitución.

V. BIBLIOGRAFÍA

Las propuestas aquí esbozadas han sido desarrolladas en detalle y publicadas en los siguientes textos:

SALEM, Catalina (2016) “¿Quién controla al supremo intérprete de la Constitución?”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año IV, N° 2, pp. 143-165.

SALEM, Catalina (2017) “Integración del Tribunal Constitucional: Un análisis crítico al sistema de designación actual”. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 11, pp. 69-86.

SALEM, Catalina (2021) “Propuestas para el fortalecimiento de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional”, Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coord.) *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución*, pp. 527-542.