

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E INAPLICABILIDAD

PABLO SOTO DELGADO¹

En esta breve presentación quisiera plantear dos cuestiones en torno a la institucionalidad de control de constitucionalidad en nuestro país. La primera de ellas es la posibilidad y conveniencia de la modificación radical o supresión del Tribunal Constitucional del modo en que lo conocemos, y la segunda, como consecuencia de lo anterior, consiste en la transferencia del control de constitucionalidad de la ley hacia la Corte Suprema. Para ello comenzaré con una distinción entre el control de constitucionalidad y la idea de un Tribunal Constitucional.

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En torno al control de constitucionalidad, es posible identificar una distancia entre, por una parte, la idea de garantizar la regularidad de los actos infraconstitucionales, y por otra, cuál ha de ser la institucionalidad apropiada para hacerlo. La constitucionalidad de la legislación es, sin duda, un valor del ordenamiento jurídico y el establecimiento de mecanismos de revisión de la constitucionalidad de la ley aseguran la eficacia de la Constitución: efectivamente, es difícil hablar de la obligatoriedad de la Constitución sin un mecanismo de control de constitucionalidad de la legislación.

Ahora bien, lo anterior no significa que exista una institucionalidad *per se* o natural de control de constitucionalidad. Para decirlo con claridad: el Tribunal Constitucional no es la única configuración institucional para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Ni siquiera es posible encontrar dos tribunales constitucionales que funcionen igual en el mundo. Esto significa, primero, que puede haber jurisdicción constitucional sin Tribunal Constitucional y, segundo, que el diseño de la institucionalidad de control de constitucionalidad está siempre a disposición del constituyente. Esto porque, como lo decía el buen Kelsen, la garantía de la supremacía de la Constitución obedece a aspectos *técnicos*, esto es, a una decisión acerca de “cuáles son los mejores medios”² para satisfacer el objetivo de obtener una concordancia entre la Carta Fundamental y las normas que le deben estar subordinadas. No hay aquí, entonces, configuraciones esenciales, algo que la práctica comparada comprueba sobradamente.

¹ Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl. Este texto corresponde a la exposición ante la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convención Constitucional, con fecha 02.12.21.

² Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15, 2011, p. 254.

2. UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN

Ahora bien, tampoco es cierto que automáticamente la existencia de un Tribunal Constitucional produzca el cumplimiento de la Constitución. Esto ha quedado demostrado en el caso chileno de manera patente a través de diversas ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional se ha extralimitado en sus funciones, es decir, ha actuado inconstitucionalmente. Con la profesora Viviana Ponce de León, también de la Universidad Austral, hemos escrito sobre el particular y constatado que en una serie de decisiones el órgano de control de constitucionalidad derechamente ha incumplido la Constitución³.

Así ha sucedido en una serie de casos y circunstancias, entre los cuales puede mencionarse:

i) El del proyecto de ley que despenalizó el aborto en tres causales. En esa ocasión, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la expresión “en ningún caso”, alterando por completo el sentido original de la norma, convirtiendo la prohibición legislativa de objeción institucional de conciencia en una *autorización*⁴, lo que implicó desnaturalizar la función de control del Tribunal Constitucional, suplantando así al legislador.

ii) También el Tribunal Constitucional ha intervenido en discusiones de relevancia constitucional no sometidas formalmente a su conocimiento. Así ocurrió cuando el Banco del Estado anunció que no podía otorgar créditos a candidaturas presidenciales y parlamentarias en las elecciones de 2017, con sustento en diversas disposiciones constitucionales. En respuesta, el Tribunal emitió un inédito comunicado público en el que manifestó que la interpretación del Banco era errada⁵, sin contar con fundamento constitucional o legal alguno para emisión de declaraciones de esa naturaleza.

iii) Otro ejemplo se halla en la sentencia que controló preventivamente el proyecto de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor⁶; allí el Tribunal Constitucional decidió que las disposiciones que el Congreso enviaba para ser revisadas no eran suficientes y expandió su control sobre gran parte de la iniciativa legal, lo que le permitió declarar varias inconstitucionalidades que modificaron lo aprobado por las cámaras.

iv) También en los fallos sobre el caso “Cascadas”⁷: aquí, el Tribunal Constitucional controló directamente el acto administrativo que impuso la multa, reduciéndola sustancialmente, como si resolviera un contencioso de ilegalidad, algo que tampoco está dentro del ámbito de

³ Para lo que sigue, Ponce de León, V. y Soto Delgado, P., “Introducción: el trayecto del Tribunal Constitucional hacia la crisis”, en Ponce de León, V. y Soto Delgado, P. (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021, pp. 33 y ss.

⁴ STC, Rol N° 3729.

⁵ <http://www.elmostrador.cl/media/2017/09/comunicado-TC-29-09-2017.pdf>

⁶ STC Rol N° 4012.

⁷ Desde la STC Rol N° 2922.

sus atribuciones⁸. Aún más, Cascadas es una demostración de que el Tribunal se transformó en una instancia de litigio ordinario que especialmente ha favorecido a grupos aventajados⁹.

v) Una de las últimas veces en que se ha hecho patente la extralimitación —esto es, la inconstitucionalidad— del ejercicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional, ha sucedido a propósito de declarar admisible una inaplicabilidad en contra de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias¹⁰.

Este es un caso grave porque significa que estamos en una circunstancia muy compleja en la cual el Tribunal Constitucional considera que ya no le impera la Constitución. La pregunta es por qué eso sucede con el Texto Constitucional vigente y no sucederá en el futuro con el que ustedes propondrán al país. De manera que, considerando la práctica del actual Tribunal Constitucional, su permanencia deja en entredicho la sola idea de cumplimiento de la futura Constitución.

3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MANOS DE JUECES PROFESIONALES: ESBOZOS DE UNA POSIBLE INAPLICABILIDAD

Como he dicho, existe una puerta abierta para modificar sustancialmente e incluso suprimir el Tribunal Constitucional como lo conocemos porque lo que importa es asegurar la supremacía de la Constitución y no un modelo específico de control como el que actualmente tenemos en Chile. El único criterio, siguiendo con lo expuesto, es que encontremos los mejores medios técnicos disponibles para asegurar que las normas legales se ajusten a la Constitución.

La propuesta que a este respecto quisiera defender consiste en que se hace necesario transferir a jueces *profesionales* el control de constitucionalidad que actualmente tiene mayor incidencia ante el Tribunal Constitucional: la inaplicabilidad, que corresponde al 98,39% del total de asuntos ingresados al Tribunal Constitucional en 2020¹¹. Como es natural, la Corte Suprema, como Poder del Estado (como contrapeso de los otros poderes), habría de ser la encargada de resolver acerca de ella.

Una importante razón para esta transferencia desde el Tribunal Constitucional a la Corte radica en que la inaplicabilidad es una consecuencia que sólo adquiere sentido cuando ya no hay interpretaciones constitucionales posibles de un precepto legal en una gestión determinada. En tal sentido, la inaplicabilidad puede operar como *ultima ratio*.

⁸ Soto, P., “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2017, pp. 37 y ss.

⁹ Sobre esto, Coddou, A., “El acceso al Tribunal Constitucional para grupos aventajados: los requerimientos de inaplicabilidad de los sancionados del caso ‘Cascadas’”, en Ponce de León, V. y Soto Delgado, P. (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021, pp. 129 y ss.

¹⁰ Rol 11230-21. La resolución de admisibilidad es de fecha 29.07.21.

¹¹ Sobre esto, véase Tribunal Constitucional de Chile, *Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional 2020*, Santiago, 2021, pp. 27 y 33. Esto significa, como contrapartida, que la inconstitucionalidad es prácticamente irrelevante.

Este agotamiento de las opciones interpretativas de una norma para ajustarla a la Constitución es parte del proceso interpretativo estructural del juez llamado a resolver el respectivo asunto. Para ser claro: es más probable que el juez de la causa tenga indicios de una posible inconstitucionalidad en la gestión pendiente, y que jueces profesionales, con experiencia y preparación acerca de la interpretación de la ley, tengan mayores chances de apuntar en la decisión del caso en el que se requiere la inaplicabilidad. De aquí se sigue que un diseño de este tipo de control exige la intervención del juez de la causa como filtro para la inaplicabilidad, lo que, además, debería limitar la interposición de inaplicabilidades irrelevantes o meramente incidentales para dilatar los procesos, como ha sucedido a propósito de las causas de derechos humanos¹².

Este aspecto es relevante por cuanto, como comenzó a mostrarlo en un excelente libro el profesor Gastón Gómez ya en 2013, existen inaplicabilidades declaradas por el Tribunal Constitucional que no tienen efecto en la gestión pendiente porque, por ejemplo, el precepto declarado inaplicable no tenía ninguna relación con la resolución del asunto¹³. Esto, que es una descoordinación entre el sistema de justicia constitucional y la jurisdicción común, puede corregirse a través de entregar a jueces de carrera, especialistas en interpretación, la decisión de la inaplicabilidad y no, en cambio en un ente externo sin conexión profesional con la actividad jurisdiccional ordinaria. Y es que nuestro mejor personal para resolver acerca de cuestiones que inciden en conflictos judiciales está, precisamente, en el Poder Judicial y no, en cambio, como sucede hoy, en nombramientos que tienen un trasfondo político o con conflictos de interés porque, por ejemplo, se trata de abogados litigantes o informantes que se transforman en jueces constitucionales por un período y luego siguen litigando ante el mismo órgano.

Esta transferencia de la inaplicabilidad desde el Tribunal Constitucional hacia la Corte es coherente con una discusión acontecida en esta misma comisión, referida a la eliminación de los abogados integrantes en los tribunales superiores del país. Si en causas ordinarias no estamos dispuestos a aceptar abogados que no sean jueces profesionales, ¿por qué razones habríamos de aceptarlos en causas de relevancia constitucional?

Por último, la transferencia de la inaplicabilidad hacia la Corte es también coherente con la tradición constitucional del país. Esa acción, con diferencias, ciertamente, estuvo radicada en la cúspide del Poder Judicial desde la Constitución de 1925 y solo en 2005 se la entregó al Tribunal Constitucional.

¹² Al respecto, Collins, C. *et al.*, “Negacionismo en la era de la postverdad: verdad, justicia y memoria en Chile, a dos décadas del ‘Caso Pinochet’”, en Vial, T. (ed.), *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 66 y ss.

¹³ Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 65 y ss.