

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

ALGUNOS TÓPICOS CONTROVERSIALES DE LA CONSTITUCIÓN

Nº 291 | 26 de febrero 2020



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

A 60 días del plebiscito de abril, que podría marcar el inicio de un proceso constituyente, hay materias contenidas en la actual Carta Fundamental que son objeto de agudos análisis y controversias, tales como el principio de subsidiariedad, el sistema presidencial, quórum de aprobación de leyes o las atribuciones del Tribunal Constitucional. En virtud de ello, resulta relevante comprender en qué consiste cada uno de ellos, para tener una discusión más acabada e informada al respecto.



Foto: t13.cl

I. INTRODUCCIÓN

La apertura del Proceso Constituyente pone sobre la mesa para su discusión diversas ideas que podrían verse modificadas, de aprobarse en el plebiscito de abril la opción de escribir una nueva Constitución.

Algunas de estas ideas tienen que ver con aspectos de la Constitución vigente que han sido objeto de largas discusiones, ya sea porque constituyen principios inspiradores de la Constitución y que son esenciales para la interpretación de la misma, como lo es el principio de subsidiariedad, establecido en el artículo 1, como también, la forma de gobierno, que establece la forma en que ha de racionalizarse el poder, que en Chile se consagra como presidencialismo –para algunos un *hiper presidencialismo*–, así como algunas instituciones que han sido objeto de debate

en razón de su mejor o peor desempeño en la vida nacional: los quórum de aprobación de las leyes y el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional.

Acá analizaremos estos aspectos, diversos entre sí, pero igualmente debatidos, contrastados con las propuestas alternativas más divulgadas. Analizaremos el contenido del Estado subsidiario en comparación al Estado social; así como el sistema presidencial chileno y las alternativas para su morigeración o modificación; también abordaremos el debate sobre los quórum de aprobación de leyes, en particular el de leyes orgánicas constitucionales; finalmente, analizaremos el Tribunal Constitucional, con especial énfasis en su facultad de control de constitucionalidad preventivo.

II. ALGUNOS TÓPICOS CONTROVERTIDOS DE LA CONSTITUCIÓN

1. Estado subsidiario y Estado social

Uno de los tópicos más debatidos es el carácter subsidiario del Estado. A juicio de algunos, esto significa, sin más, que el Estado es “neoliberal” y que mercantiliza los derechos.

Al respecto, debemos hacer una serie de precisiones conceptuales. En primer lugar, cuando hablamos de “estado subsidiario”, hacemos referencia a lo que está en el artículo 1º de la Constitución Política, en el inciso 3º, que es el rol que le cabe al Estado respecto de las organizaciones intermedias, voluntarias, entre la familia y el Estado. Estos grupos intermedios estructuran la sociedad, la complejizan y la dinamizan en función de los fines de las personas. El Estado reconoce y ampara esos grupos –los protege y los promueve–, de acuerdo a la propia Constitución, les reconoce su autonomía y garantiza su existencia.

El principio de subsidiariedad, como hemos dicho supra, ha sido objeto de una doble interpretación, si se quiere: por un lado, aquella que propugna un incentivo creador en la sociedad y, por otro, aquella que lo ve como la manifestación del individualismo y el egoísmo. Martín Loo, señala: *“El principio de subsidiariedad no deja de despertar interés ni de generar discusiones. Ha sido ensalzado como la fórmula que resuelve los problemas*

*del Estado restituyéndole sus funciones y su ámbito de acción propio y, de la otra parte, ha sido condenado por poner en un lugar preeminente el egoísmo y la avaricia del ser humano como motores de la vida social. Esta dicotomía se hace presente aún hoy.”*¹

El estado subsidiario ha sido objeto de críticas principalmente en contraposición a lo que se conoce como “Estado social”. El estado social implica la asunción de los poderes públicos de tareas en el campo económico y social. Desde el punto de vista constitucional, implica la incorporación de derechos prestacionales, lo que supone que los ciudadanos tienen garantizados por parte del Estado la prestación de determinados derechos, sobre el supuesto de la igualdad de todos los ciudadanos y, por lo tanto, donde el Estado debe evitar la desigualdad social introduciendo medidas de discriminación positiva.

Este tipo de estado, sin embargo, ha entrado en crisis debido al inevitable endeudamiento que implica para los Estados, puesto que todos los derechos significan gasto para las arcas fiscales. En ese sentido, es importante destacar que los derechos sociales al final del día dependen de la situación financiera de los Estados, de modo que dichos derechos resultan en declaraciones de intención, más que en concretas garantías para los ciudadanos.

¹ Loo, Martín (2009): *La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*. Revista de Derecho de la Universidad Católica XXXIII, p. 391-426

Cabe considerar que el principio de subsidiariedad se trata de un principio que genera amplio consenso en el campo doctrinario, desde posiciones liberales hasta algunas coincidencias socialdemócratas, incluso favoreciendo posiciones no liberales.²

2. Sistema presidencial y semipresidencial

Una de las cosas que ha puesto de relieve al sistema presidencial (o hiperpresidencial) chileno son sus críticas, las cuales apuntan a la incapacidad del sistema de dar solución a crisis como la vivida, por no existir mecanismos de escape a estas contingencias, convirtiendo una crisis coyuntural en una crisis del sistema en su totalidad.

Otra de las críticas que se hace al sistema presidencial chileno, es su marcada bifurcación de la soberanía popular, generando una diferenciación de poder Ejecutivo y Legislativo que conflictúa en la medida que ambas son representaciones del pueblo.

Por otro lado, la elección presidencial en Chile tiene un carácter eminentemente presidencial, lo que trae como consecuencia una exclusión de los partidos políticos del ejercicio del Gobierno y la inclusión de los “cercanos” al Presidente. El rol de los partidos políticos, sin embargo, resulta gravitante a la hora

de formar Gobierno, porque representan la base de apoyo del mandatario, sin la cual es difícil sortear los momentos de crisis.

Con todo, ha habido propuestas para modificar el régimen político, entre ellas, la reforma al régimen presidencial, atenuándolo, y la otra la de un régimen semipresidencial.

El régimen semipresidencial obliga a un cogobierno entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Se genera la figura de un primer ministro, elegido por el Congreso, dándole así un papel preponderante en el gobierno del país –los parlamentarios podrían ejercer cargos ministeriales y, por lo tanto, asumir responsabilidades de gobierno– y permitiría conservar la figura del presidente de la República, arraigada en la cultura nacional, que tendrá funciones distintas al primer ministro.

Este aspecto primordial en una futura discusión constitucional, debe ser tratado con especial dedicación. Es común que se pretendan ciertos cambios que desde un punto de vista teórico parecen dar resultados, sin embargo, la praxis política admite una variedad infinita de alternativas y combinaciones que pueden dejar sin sentido normas que no tienen el suficiente arraigo en la cultura política nacional. En Chile ya hemos visto cambios de régimen con resultados lamentables, como ocurrió en el denominado período parlamentario, entre 1891 y 1920.

² Al respecto, vid. *El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Arturo Fermandois V.*, disponible en: <https://bit.ly/2PnuHzK>

3. Quórum de aprobación

Otra de las críticas más difundidas dice relación con los llamados “quórum supramayoritarios” de aprobación de ciertas leyes. Se ha sostenido que dichos quórum son una suerte de “veto” o “cerrojo” (cita Constitución Tramposa, Atria) que la Constitución actual establece con el fin de que sea un determinado sector político el que controle las discusiones, impidiendo el gobierno de las mayorías. Lo que en definitiva alteraría la igualdad política, dándole más valor al voto de algunos por sobre otros. En ese sentido, se han cuestionado fuertemente las leyes orgánicas constitucionales, cuyo quórum de aprobación son 4/7, y las cuales regulan alrededor de 21 materias en nuestra legislación.

Sin duda, el argumento es atendible desde una perspectiva general. No obstante ello, es fundamental considerar la utilidad de las leyes para determinados fines. Si bien en el Derecho Constitucional comparado es difícil encontrar leyes con estas características, sí hay distintos mecanismos tendientes a producir sus mismos efectos.³

Es necesario que existan quórum supramayoritarios, aunque no pueden ser la regla general, sino la excepción, porque determinadas instituciones requieren estabilidad y no pueden estar sometidas a un consenso débil de

mayorías simples, de modo que sea posible garantizar su funcionamiento y su independencia, como en el caso del Banco Central, la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional, por ejemplo.

4. Control de constitucionalidad: el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, sin duda alguna, ha sido también una de las instituciones a las que más objeciones se le han planteado, si bien algunos pretenden simplemente abolirlo por considerarlo innecesario, la mayoría apunta a limitar sus facultades, fundamentalmente el control preventivo obligatorio.

En todas las democracias serias y consolidadas existen mecanismos que establecen controles sobre la legislación, especialmente respecto de la adaptación de la legislación al marco constitucional, estableciendo y reforzando la preeminencia de la Constitución como norma suprema de la República. Así, por ejemplo, existen tribunales constitucionales que desarrollan específicamente esta misión: en Europa, hay tribunales constitucionales de vasta tradición, como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional de Austria, el Tribunal Constitucional de España, entre otros; en el contexto hispanoamericano también existen tribunales

³ La Constitución belga, la uruguayana y la de Costa Rica respecto de materias electorales e instituciones como las que ejercen control de constitucionalidad concentrado.



Foto: twitter.com (@tcchile2018)

de ésta especie: además de Chile, en Colombia, Bolivia, Perú, entre otros. También existen otros tribunales superiores que desempeñan la función de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos de la autoridad para restablecer la preponderancia de la Carta Fundamental; el caso paradigmático al respecto es la Suprema Corte de Estados Unidos, que tiene autoridad para declarar inconstitucionales leyes y actos de gobierno, federales o estatales.

Se ha criticado fuertemente un supuesto carácter político del TC, sin embargo, dichas críticas resultan desproporcionadas al señalar que el TC consiste en una especie de “tercera cámara” que tiene por finalidad deshacer los acuerdos democráticos. El TC es más bien una institución necesaria que hace prevalecer la supremacía constitucional en una sociedad democrática y sus fundamentos radican en el necesario control de los diversos poderes, con el fin de dar cumplimiento y hacer prevalecer la Constitución en un estado democrático de Derecho. Es conveniente considerar, a propósito de este punto, que un Tribunal Constitucional no se vea obligado a interpretar conceptos demasiado amplios o cargados ideológicamente (“justicia”, “bienes”, “libertad”, etc.) porque pasa a definir ideas fundamentales del debate público y, con ello, se le concedería un poder

absoluto dentro de una democracia, al decir de Kelsen. Por otro lado, debe tener una composición plural, de distintas visiones, pero que respeten el acuerdo básico que establece la Constitución.

Respecto a este tema, el mismo TC ha manifestado en distintas ocasiones cuál es su rol y sus funciones en la sociedad democrática. Así, ha sostenido que es su deber *“velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución, lo que también forma parte sustancial de todo el régimen democrático”* (STC, Rol N° 1254, c. 22).

También ha sostenido que la jurisdicción constitucional es *“una de las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho. El poder público en todas sus manifestaciones –Estado legislador, Estado administrador y Estado juez– debe someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos [...] a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete.”* (STC, Roles -‘19’s 591, c. 8° y 1254, c. 23’).

Por otro lado, en una sentencia reciente por el requerimiento de inconstitucionalidad de la Reforma Laboral, el TC refuerza su rol argumentando contra la llamada “objeción contramayoritaria”, señalando: *no hay espacio para la conocida objeción contramayoritaria porque no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto: los límites y vínculos que pesan sobre el legislador son a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos y hacen referencia por tanto al pueblo ()*” (Ferrajoli, Luigi, “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”, Trotta, Madrid, 2009, p. 99, citado por Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, Editorial Trotta, 2013, pp. 70-71). (STC Rol 3016-16 c. 9).

En la misma sentencia, destaca la importancia de los límites al legislador y a los jueces constitucionales: De este modo, el legislador, al desarrollar los derechos fundamentales, no lo hace de manera “original ni creadora”, sino que lo hace para cumplir lo previsto en la Constitución. El desvío y contradicción que el legislador realice en esta labor respecto de las dimensiones formal y sustancial de la Constitución, justifica plenamente la necesidad de un control constitucional del legislativo, como ultima ratio, que vele por la integridad de aquella y restituya la soberanía de la Constitución “cuando el contenido legal, en un sentido amplio, se desvía de las determinaciones iusfundamentales o adquiere un sentido restrictivo respecto de lo prevenido en las mismas” (Peña Freire, Antonio Manuel, “La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho”, editorial Trotta, 1997, p. 212). (STC Rol 3016-16 c.10).

Es importante destacar cuáles son las fuerzas políticas que han recurrido más veces al TC. Un estudio reciente elaborado por Observatorio Judicial demuestra que en el período abarcado desde 2006 a 2017, la centroizquierda acudió como oposición en un 60% más de lo que lo hizo la centroderecha en la misma condición por requerimientos de inconstitucionalidad. Este estudio también demuestra que el llamado “uso político” del TC ha sido fundamentalmente desde la centroizquierda y fue durante el primer período presidencial de Sebastián Piñera. Durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet, la centroizquierda no recurrió al TC ninguna vez, y la centroderecha recurrió 3 veces más al TC cuando era gobierno de lo que hizo la centroizquierda en la misma condición.

El control preventivo de constitucionalidad nace como una necesidad de preservar el carácter supremo de la Constitución, impidiendo, así, la coexistencia de normas contradictorias en el ordenamiento jurídico.

i. Sobre el control preventivo

El profesor Humberto Nogueira define el control preventivo de constitucionalidad como “un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico”.

ii. Tipos de control preventivo

Existen dos tipos de controles preventivos:

a. Obligatorio: aquel que ejerce el Tribunal tanto en relación a las leyes interpretativas de la Constitución como a las leyes orgánicas constitucionales despachadas por el Congreso, anterior a la vigencia de la ley y posterior al despacho de ambas cámaras. El ejercicio fundamental que se realiza en el control preventivo obligatorio es verificar que no existan vicios constitucionales de forma y fondo. El fallo del Tribunal Constitucional a este respecto tendrá carácter vinculante y no permitirá que la norma entre al ordenamiento jurídico.

b. Facultativo: se ejerce mientras la ley se encuentra en tramitación y surge alguna cuestión de constitucionalidad que habilite recurrir al Tribunal para que la zanje. En él existe requerimiento de partes, un conflicto visible acerca de la constitucionalidad del acto y lleva a la enmienda del proyecto antes de su despacho por el Congreso.

Algunos autores señalan que dicho control es parte del proceso legislativo y, debido a esta misma característica, algunos han criticado su existencia, señalando que se trata de una tercera cámara ajena al proceso de deliberación democrática.

iii. Razones para el control preventivo obligatorio:

a. En la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución:

• En primer lugar, el comisionado Bertelsen –basándose en el sistema de control de constitucionalidad francés–, indicó que un control de este tipo era necesario para efectos de otorgar seguridad jurídica, puesto que no debe quedar duda respecto del apego a la Constitución por parte de los órganos colegisladores. Indicó: *“Como la ley orgánica es el complemento indispensable de la norma constitucional, es preciso (...) que haya plena certeza sobre su concordancia con esta última. (...) Tal seguridad jurídica de rango constitucional sólo se puede lograr cuando el órgano contralor de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional) emite un pronunciamiento definitivo sobre el particular.* En ese mismo sentido se manifestó el comisionado Lorca, quién señaló que debía asegurarse la total armonía entre la Constitución y las leyes .

• Considerando que se implementa un sistema de leyes orgánicas constitucionales, el control resulta un mecanismo efectivo para preservar la coherencia entre la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales.

• La importancia de las materias que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, y por el riesgo que lleva la dictación de leyes interpretativas, de ir más allá de la mera determinación del verdadero sentido y alcance del precepto interpretado, hacen del control preventivo una garantía de respeto de la constitucionalidad.

b. Opinión de la doctrina:

• El profesor Miguel Otero en la Comisión de Constitución del Senado, 18 de marzo de 2003, cuando se discutía el control preventivo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, señaló: *(L)a razón de ser del control de constitucionalidad (es que) la Constitución Política de la República es el marco normativo bajo el cual existe, se desarrolla y opera el Estado de Derecho, instituto que consiste en el respeto cabal e íntegro a los preceptos constitucionales por parte de todos los Poderes del Estado y sus autoridades (...) de la misma manera en que los tribunales de justicia obligan a la observancia de las leyes por parte de las personas naturales y jurídicas que las infringen, la Constitución ha creado un organismo especial encargado de cautelar que el ejercicio de la facultad legislativa que otorga al Congreso Nacional y al Presidente de la República, se ajuste estrictamente a sus normas (...) De no existir este control y la facultad de declarar la nulidad de la norma contraria a la Constitución, es imposible mantener la vigencia del Estado de Derecho, por cuanto el Congreso Nacional y el Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad legislativa, podrían ignorar y modificar la Carta Fundamental. La Constitución pasaría, en la práctica, a ser una ley más, susceptible de ser modificada por otra, de quórum simple.*"

• Algunos sectores de la doctrina han argumentado que el control preventivo permite evitar los efectos traumáticos que implica derogar normas inconstitucionales. Esta posición es defendida en el contexto del debate constitucional iberoamericano, por el académico

Miguel Ángel Alegre, que dice de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal ya aplicado se deriva una serie de delicados problemas, vale decir, situaciones problemáticas derivadas del cambio normativo que implica el control, muchas de las cuales no es posible reparar. Frente a lo anterior, el control preventivo viene a fortalecer la certeza jurídica .

• También se ha señalado que permite evitar la responsabilidad internacional por infringir tratados suscritos por Chile. Al respecto, Miriam Henríquez indica que, de este modo, se evitan *"los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional"*.⁴ Adicional a ello, el académico Humberto Nogueira ha señalado que "en materia de tratados, existe el efecto de evitar la trasgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial los artículos 26 y 27, que los Estados han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, los cuales establecen que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (y) «que una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». De esta manera, para actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas en el ámbito del derecho internacional, es necesario con un mínimo de coherencia lógica y jurídica, que los Estados establezcan un control -solo preventivo, pero obligatorio- de constitucionalidad de todos los tratados internacionales que se deseen incorporar al derecho interno."

⁴ Henríquez, Miriam (2007). *Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 119-126.

III. CONCLUSIÓN

No cabe duda que el Derecho Constitucional debe abordar una serie de temas, aún cuando no hay resultados sobre el Plebiscito de abril, porque ya se han puesto de relieve y requieren una comprensión acabada, ajena a las simplificaciones efectistas, y, por cierto, una que permita también ponderar sus virtudes y carencias. La tarea de comprender acabadamente algunos aspectos esenciales de la Constitución exige de una discusión honesta, ponderando la realidad de Chile, las condiciones de posibilidad que la misma Constitución ha generado y la responsabilidad que cabe con el futuro del país. Ninguno de los aspectos acá abordados está escrito sobre piedra, todos tienen, en alguna medida, matices y ángulos desde los cuales pueden reforzarse o modificarse; sin embargo, en virtud de esa necesaria honestidad con que se deben asumir las discusiones sobre la Constitución, es primario que también se repare en aquellos aspectos que han fracasado o que son ajenos a nuestra cultura política.

Creemos que lo tópicos enunciados, si bien distintos entre sí, son algunos temas que serán inevitables en el futuro, y respecto de los cuales hay que asumir una posición.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman