



Observatorio
Judicial

Informe N° 53

Control de Constitucionalidad: ¿Cómo evitar un nuevo choque de trenes?

MAYO 2023

www.observatoriojudicial.org

Durante bastante tiempo, la Corte Suprema (CS) y el Tribunal Constitucional (TC) fueron capaces de ejercer sus respectivas funciones sin interferencia mutua. Sin embargo, desde hace algunos años ambos tribunales han protagonizado graves desencuentros.

El mayor ocurrió en 2019, cuando la CS dictó una sentencia muy particular. Conociendo de la apelación contra un recurso de protección interpuesto contra una sentencia del TC, la CS confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones que rechazaba el recurso, pero modificó uno de sus considerandos. Allí afirmó que “la autonomía del Tribunal Constitucional se vincula exclusivamente con el ejercicio de las facultades que le han sido expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, ergo, las actuaciones del órgano, llevadas al margen de las atribuciones entregadas por la ley o la Constitución, pueden ser controladas por la vía jurisdiccional mediante esta acción constitucional”¹.

Como bien comenta Lucas Sierra, “la sentencia se transforma en una advertencia hacia el futuro: vía protección, la judicatura ordinaria puede revisar las decisiones del TC. ¿Bajo qué circunstancia? Cuando la propia judicatura ordinaria estime que el TC ha excedido su ámbito de competencia”². Por supuesto, la sentencia de la CS contravenía la prohibición constitucional expresa de revisar las sentencias del TC. La opinión pública bautizó el episodio como “choque de trenes”.

Días después ocurrieron los lamentables hechos de violencia del 18 de octubre de 2019 y el asunto quedó olvidado. Sin embargo, el “choque de trenes” sólo fue el punto álgido de una larga historia de tensiones entre la CS y el TC.

La propuesta de la pasada Convención Constitucional extremaba el conflicto, ampliando las facultades de la justicia ordinaria en desmedro de la Corte Constitucional. La pregunta es si, ahora, el nuevo proceso constitucional fortalecerá el carácter concentrado de nuestro control constitucional, o bien, mantendrá la actual situación de indefinición que genera este problema.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ¿DIFUSO O CONCENTRADO?

El control de constitucionalidad es la facultad que tienen los jueces de revisar la adecuación de las decisiones legislativas o administrativas con la Constitución, dejándolas sin efecto si estiman que contravienen su texto o afectan las garantías constitucionales.

En su origen, se configuró de manera *difusa*. Bajo este sistema, como explica Lautaro Ríos, “cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular que conoce”³. La primera sentencia en ejercer este control fue dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, basada en la mayor jerarquía de la Constitución frente a la ley, como criterio interpretativo.

Lo anterior sometería al derecho a una gran dispersión normativa, si no fuera porque en los países anglosajones rige el sistema de precedentes. De este modo, las decisiones de la CS, en ejercicio de sus atribuciones de control de constitucionalidad, fuerzan la aplicación del mismo criterio en todos los casos futuros, evitando la incerteza jurídica.

¹ Rol 21027-2019

² Sierra, L, “Una sentencia reveladora: laxitud, diseño y “choque de trenes”, en: Fermandois, A (Editor), “Sentencias Destacadas 2019”, Ediciones LyD.

³ Ríos, L, “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile”, *Ius et Praxis* 8 (1): 398-421.

En cambio, en los países de tradición continental los jueces no cuentan con atribuciones para revisar la constitucionalidad de las leyes. Ello configura una cultura judicial legalista en que el juez es concebido, en palabras de Montesquieu, como *boca de la ley*. A ello se suma que las sentencias de los tribunales de justicia tienen efecto *inter partes* y que el rol de la CS es el de unificar la interpretación de la ley y asegurar la certeza jurídica⁴.

Como explica Ginsburg, “este modelo descansa en una fuerte orientación teórica que entiende a los jueces como subordinados del parlamento. Por lo tanto, se hacía necesario que la interpretación judicial se hiciera por un cuerpo designado fuera de la justicia ordinaria”⁵. Esto llevó a que los países europeos, primero, y los latinoamericanos, después, instauran tribunales constitucionales: órganos especializados, separados de la jurisdicción ordinaria, que concentran la revisión de constitucionalidad.

Es, ciertamente, el caso de Chile. Aunque bajo la Constitución de 1925 se había establecido una acción de inaplicabilidad que debía ser conocida por la CS, en 1971 se establece un TC al estilo europeo. Finalmente, en 2005, frente a la subutilización de la acción de inaplicabilidad por la CS, el constituyente optó por entregar tal facultad al TC, fortaleciendo la concentración del control de constitucionalidad en este órgano. De hecho, hoy la inaplicabilidad constituye la principal carga de trabajo del TC⁶.

Este sistema de control concentrado tiene tres ventajas sobre el control difuso. Primero, no desnaturaliza la función jurisdiccional, introduciendo una lógica jurídica extraña en la aplicación de la ley. Además, sin un sistema de precedentes como en los países anglosajones, el control difuso podría generar una enorme incerteza jurídica. Finalmente, la concentración permite que la política y el debate público tengan mayor control y conocimiento sobre las decisiones del TC, mientras abre un espacio libre de presiones políticas para la justicia ordinaria, reforzando la independencia judicial.

LAS TENSIONES ENTRE LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El “choque de trenes”, como dijimos, fue el punto álgido de una historia más larga de tensiones entre la justicia constitucional y la ordinaria. En 2016 la CS dictó dos sentencias en materia de matrimonios de extranjeros, determinando que “los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia del precepto legal” en aplicación de los principios de interpretación temporal, jerárquico, y de aplicación directa de la Constitución⁷. De este modo, la CS sentaba por vía jurisprudencial las bases de un sistema de control difuso, en base a los mismos supuestos que la sentencia de *Marbury vs. Madison*.

Al respecto, el TC respondió que la concentración del control de constitucionalidad impide “que los jueces eludan la aplicación de la ley, a pretexto de ser incompatible o disconforme con la Constitución, dando lugar así a una dispersión gravemente dañosa para la certeza y seguridad jurídica, así como para la estabilidad de las instituciones”⁸.

⁴ Ver Delledone, G, “Constitutional Courts, relation to Supreme Courts”, 2017, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3065471>

⁵ Ginsburg, T, *The Global Spread of Constitutional Review*, en: Whittington, K, Kelemen, R, Caldeira, G, (Editores), “*The Oxford Handbook of Law and Politics*”, Oxford University Press, 2008, p. 85.

⁶ Libertad y Desarrollo, “Recurso de inaplicabilidad: ¿Corte Constitucional o Corte Suprema?”, *Temas Públicos*, Nº 1535 – 1, 2022.

⁷ Sentencias CS Rol 35.236-2016 y 35.237-2016.

⁸ Tribunal Constitucional, Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, Inconstitucionalidad Sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?, 4 de noviembre de 2016, disponible en: chrome-

Luego, en 2017, una prevención de los ministros Aránguiz y el abogado integrante Jean Pierre Matus, de la Tercera Sala de la Corte Suprema, señaló que el TC era “un tribunal político (en el sentido estricto de la palabra), y sus fallos no pueden constituir fuente de jurisprudencia para el Tribunal Máximo de la República, como es la Corte Suprema”⁹.

Finalmente, en 2019 se dictó la sentencia que produjo el llamado “choque de trenes”. Desde entonces, no ha habido nuevos altercados.

EL ROL DE LA CORTE SUPREMA

¿Significa esta aparente paz, luego de 2019, que la situación se ha normalizado? Para nada. La CS continúa adoptando decisiones que, en la práctica, equivalen a un control de constitucionalidad. En materia de medicamentos de alto costo, de isapres, de urbanismo y construcción, y en una infinidad de materias, la CS inaplica la ley invocando ya sea la Constitución o los tratados internacionales.

Esta pretensión de la CS se oficializó en la presentación formal que realizaron su presidente, el ministro Leopoldo Llanos, y su vocera, la ministra Ángela Vivanco, cuando solicitaron la consagración del “control de convencionalidad”. Al respecto, la ministra Vivanco señaló que “reconociendo el carácter supraconstitucional de las normas del derecho internacional de Derechos Humanos y su debida aplicación por cada juez y jueza, corresponde a toda la magistratura poner en ejercicio el control de convencionalidad. Dicho control, que implica la incorporación de las disposiciones sustantivas y de los estándares interpretativos del respectivo instrumento internacional de Derechos Humanos para su efectividad, además de ser ejercido de oficio por la judicatura nacional, ha de ser practicado por todos los magistrados y magistradas, en cualquiera de sus niveles y respecto de cualquier tratado internacional de Derechos Humanos”¹⁰.

Pero, si tal idea prosperara, significaría que todos los tribunales de la justicia ordinaria podrían decidir cuándo aplicar la ley y cuando no, invocando no sólo la Constitución sino, además, los tratados internacionales, con lo cual se afectaría gravemente la soberanía nacional, el respeto a las decisiones democráticas manifestadas en el texto de la ley, la certeza jurídica y, en consecuencia, la igualdad ante la ley de los ciudadanos que quedarían sometidos a decisiones judiciales disímiles.

Lo anterior es particularmente grave considerando que la CS ha cumplido deficientemente su deber de unificar la jurisprudencia. En efecto, en sus estudios sobre las vacilaciones jurisprudenciales de la Tercera Sala, el profesor Alejandro Vergara ha mostrado reiteradamente que, en una gran cantidad de materias, la CS aplica criterios distintos para problemas idénticos¹¹.

La principal tarea de la CS, al menos desde un punto de vista jurisprudencial, es unificar la interpretación de la ley. Lejos de tratarse de un asunto menor, la unidad de la interpretación judicial es un derecho fundamental vinculado a criterios mínimos de justicia, igualdad ante la ley y previsibilidad de las

extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-II-Jornada-de-Reflexi%C3%B3n-TC.pdf

⁹ Sentencia CS Rol 2925-2017.

¹⁰ <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/89562>

¹¹ <https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/31077-profesor-alejandro-vergara-cultura-de-zigzags>

decisiones. Las razones por las cuales se produce este déficit son múltiples, incluyendo el sistema de integración de las salas de la CS, que produce mucha variabilidad de criterios. Sin embargo, también incide la confusión sobre su rol, que deja de ser la unificación de la jurisprudencia y comienza a parecerse al rol que corresponde al TC.

Por eso, si la pretensión de la CS de consagrar el control de convencionalidad como una forma de control difuso se verifica, tendremos dos tribunales con atribuciones solapadas y una CS que abandonará definitivamente su tarea de unificar la jurisprudencia. Todo lo anterior no puede sino dañar la certeza jurídica.

POR QUÉ DEBEMOS FORTALECER LA CONCENTRACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En alguna medida, el conflicto entre el TC y la CS es inevitable. Por un lado, es imposible controlar la constitucionalidad de la ley sin interpretarla. Para realizar su tarea, el TC requiere entender la ley en algún sentido u otro, pero siempre teniendo presente que la CS tiene la última palabra en la interpretación de la ley. Por otro lado, los tribunales ordinarios, incluyendo la CS, deben interpretar la ley a la luz de la Constitución, lo cual supone atender a la jurisprudencia de su guardián institucional: el TC.

En este ejercicio los roces son inevitables. Por eso en otros países que tienen sistemas de control de constitucionalidad concentrados, se han establecido “diálogos de cortes” para resolver estos conflictos¹². Sin embargo, una cosa es que haya roces y otra muy distinta es que la CS decida inaplicar leyes y declare que puede revisar las decisiones del TC. Tal nivel de superposición de atribuciones sólo puede resolverse delimitando muy claramente las facultades de uno y otro tribunal.

Algo de esto se ha esbozado en el debate de la Comisión de Expertos que redacta una nueva Constitución, tanto en el primer texto aprobado en general como en las enmiendas propuestas, actualmente en discusión. En ambos casos, la comisión avanza en la dirección adecuada.

En primer lugar, llama la atención la norma aprobada que señala que “en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces se sujetarán a la ley y no podrán en caso alguno atribuirse potestades de otros poderes públicos ni ejercer otras funciones que las expresamente determinadas en la ley”¹³. Esta norma está hoy en el Código Orgánico de Tribunales, pero adquiere rango constitucional. Es la contracara de la independencia judicial y, en los hechos, contiene una prohibición de fallar activistamente. Como, normalmente, las sentencias activistas justifican su desviación del derecho en la invocación de un principio constitucional o de derecho internacional, en los hechos esta norma restringe las posibilidades de la CS de hacer control de constitucionalidad.

Adicionalmente, una enmienda propone la incorporación a nivel constitucional de la regla del Código Civil, conforme a la cual “los fallos judiciales solo tendrán efecto obligatorio sobre las causas en que se pronunciaren”¹⁴. Atendido que, en el último tiempo la CS ha dictado fallos con efectos generales, como los relativos a Isapres en 2022, -cuestión que sólo podía hacer el TC, cuando conoce la acción de inconstitucionalidad, y por un quórum de cuatro quintos- la norma propuesta contribuye a delimitar mejor las atribuciones de ambos tribunales.

¹² Garlicki, L, (2007), “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, Icon 5 (1), 44-68.

¹³ Artículo 144, inciso 4 del texto constitucional aprobado en general por la Comisión de Expertos.

¹⁴ Enmienda 010/07, presentada por los comisionados Arancibia, González, Horst, Larraín, Martorell y Salem.

Pero, además, el texto aprobado en general establece que “la sentencia estimatoria o desestimatoria de inaplicabilidad, será obligatoria para el tribunal en cuya gestión haya de producir efectos y deberá ser expresamente considerada en los fundamentos de la decisión”¹⁵. Con ello, se pone fin a la práctica de los tribunales de justicia de eludir la aplicación de las sentencias del TC (con el aparente beneplácito de la Corte Suprema, si damos fe a la prevención del ministro Aránguiz y el abogado integrante Matus, comentada anteriormente).

Pero, probablemente la norma más relevante en discusión es la enmienda que propone que “sólo la Corte Constitucional ejercerá el control de compatibilidad de preceptos legales contrarios al texto de tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile. Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, inaplicar la ley por esta razón o por causa de inconstitucionalidad, sin una sentencia de inaplicabilidad que los faculte para ello”¹⁶.

Con ello, se consagraría formalmente el carácter concentrado del control de constitucionalidad en la futura Corte Constitucional, incluyendo el llamado “control de convencionalidad” defendido por la CS.

Si esta norma prospera, será una buena noticia no sólo para el TC, sino también para la salud de la CS, alejándola definitivamente de la política. Con ello, se fortalece la independencia judicial y la seguridad jurídica.

¹⁵ Artículo 160, inciso 4 del texto constitucional aprobado en general por la Comisión de Expertos.

¹⁶ Enmienda 003/08, presentada por los comisionados Arancibia, Frontaura, González, Ossa, Pavez, Peredo, Ribera y Soto.