

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

*Andrés Bordalí Salamanca***

Uno de los objetivos centrales de las democracias contemporáneas es lograr un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos. Ese es el sentido de la denominada Justicia Constitucional. Se trata que órganos judiciales puedan controlar al poder del Estado para salvaguardar la libertad de los ciudadanos y el respeto de las reglas del juego democrático constitucionalmente establecidas.

Los estadounidenses, tempranamente, desde la famosa sentencia de 1803 de la Corte Suprema en el caso *Marbury vs. Madison*, conocieron un control judicial del poder para salvaguardar las libertades de los ciudadanos. Al otro lado del Atlántico, los revolucionarios franceses idearon la defensa del orden constitucional, pero sin que los tribunales de justicia pudieran desarrollar tal tarea, ya que fundamentalmente contra ellos mismos había que defender el orden constitucional.

En Francia, la creencia en la infalibilidad de la voluntad parlamentaria como

garante del orden social y de la libertad de los ciudadanos y la desconfianza histórica a los jueces, impidieron que se autorizara a éstos a controlar la legitimidad de la ley elaborada por el Parlamento.

Pero el dogma revolucionario de la soberanía popular y la infalibilidad de la ley no tardó en ser embestido, dando lugar con el tiempo a una Justicia Constitucional en cabeza de un órgano denominado Tribunal Constitucional con facultades para controlar la legitimidad de las leyes que creaba el Parlamento. De este modo, a comienzos del siglo XX muchas constituciones europeas crearon la figura del Tribunal Constitucional, situación que luego arribó a varios de nuestros países latinoamericanos.

En los inicios del siglo XX el reconocimiento del sufragio universal había llevado a los parlamentos europeos a los partidos socialistas, que se unieron a las alternativas conservadoras y liberales. Todos esos grupos políticos tenían ideas muy distintas respecto del Estado, generándose una fuerte lucha al interior de los parlamentos y una desconfianza en que la mayoría política cambiara radicalmente las reglas del juego constitucionalmente establecidas. De este modo, las primeras constituciones democráticas que surgieron después de la Primera Guerra Mundial se hicieron rígidas, a modo de impedir su fácil reforma por las mayorías gobernantes y, de otro lado, comienza a

* Exposición magistral pronunciada en Valdivia con motivo de la inauguración del año académico 2003 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile.

debatirse sobre la posibilidad de controlar las leyes aprobadas en el Parlamento. El Tribunal Constitucional viene a ser considerado como una alternativa posible de una última instancia racional y objetiva de respeto del juego político según las reglas establecidas en la Constitución.

Este modelo judicial de control de la supremacía constitucional centrado en un Tribunal Constitucional, ideado fundamentalmente por Kelsen a principios del siglo XX, tuvo por principal opositor a Carl Schmitt, quien manifestaba la imposibilidad y la inconveniencia de resolver judicialmente las infracciones constitucionales, por el riesgo de politización de la justicia. Es quizás la de este autor la primera y más contundente crítica que recibió la propuesta de un órgano central de tipo judicial para el control de constitucionalidad. Desde Schmitt en adelante, al igual que un volcán que luego de fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica en torno a la temida intromisión de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno, se ha reproducido cíclicamente.

A este respecto, señalaré que el temor de Schmitt a que jueces pudieran resolver conflictos constitucionales aparece influenciado por una concepción propia de un positivismo formalista sobre el sentido de la aplicación judicial del derecho, casi al estilo de un modelo de juez descrito por Montesquieu como “máquina de hacer silogismos” o “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Hoy en día es indiscutible que los jueces no realizan una función mecánica de subsunción lógica de determinados hechos en el supuesto fáctico normativo. La tarea del juez es más compleja ya que tiene un margen de libertad en la aplicación del derecho; la norma previamente estable-

cida no determina por completo el acto jurisdiccional. Desde ese punto de vista, la decisión judicial supone una decisión en algún sentido libre, y tales actos han sido tradicionalmente considerados como políticos, en contraposición a los jurisdiccionales que aparecen normativamente predeterminados o programados. De este modo, por este camino hoy en día es casi imposible distinguir los actos políticos de los jurisdiccionales.

Sin duda que los tribunales constitucionales resuelven cuestiones manifiestamente cargadas de política, en comparación con lo que resuelven los tribunales ordinarios, pero la crítica que formula Schmitt a los tribunales constitucionales es también, en alguna medida, aplicable a todos los tribunales de justicia. De este modo, adoptando decisiones con un margen de libertad, todo tribunal de justicia, y no sólo el Tribunal Constitucional, viene a ser considerado en cierto sentido un órgano político, aunque, para no ser injustos con Schmitt, tal poder discrecional, y por lo tanto político, se ve mucho más acentuado en la actuación de los tribunales constitucionales, sobre todo cuando ejercen un control abstracto de constitucionalidad sobre las leyes.

En lo referente a la habitual crítica sobre el supuesto papel antidemocrático que desarrollarían los tribunales constitucionales, señalaré que, valorando a la democracia como bien esencial y quizás única vía que permite la convivencia pacífica entre los hombres, sin embargo la ley no pasa en ocasiones de ser más que la expresión de la voluntad gubernamental aprobada por una mayoría solidaria integrada en un Parlamento. De este modo, asumiendo esa realidad, el sentido de la Justicia Constitucional no hay que centrarlo como muchas veces hacen los críticos del modelo del Tribunal Consti-

tucional en la idea de límite al principio democrático de la soberanía popular, sino como límite al criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria. El Tribunal Constitucional deberá velar para que los grupos mayoritarios que controlan el Parlamento no opriman a las minorías ni conculquen las libertades de los ciudadanos. Su fin en ningún caso supone una vulneración de las decisiones legítimas del Parlamento.

En mi concepto, para que la solución de los conflictos constitucionales, es decir, conflictos de alto contenido político y axiológico, puedan ser solucionados de un modo jurisdiccional antes que político, el Tribunal Constitucional deberá estar organizado como un verdadero tribunal de justicia, garantizándose a su respecto los principios de independencia e imparcialidad, y actuación conforme a los principios de pasividad, es decir, que sólo pueden actuar a ruego de parte interesada y jamás de oficio, y por medio del proceso legalmente establecido que articule un contradictorio que permita una discusión racional de los conflictos constitucionales. Sólo así los tribunales constitucionales adquieren legitimidad para resolver irrevocablemente el conflicto constitucional.

Por otra parte, elemento central para alejar el fantasma de la politización de los tribunales constitucionales, y por el contrario, encontrar su legitimidad, será el hecho que sujeten sus decisiones a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente, y para ello será esencial que fundamenten sus fallos y que éstos se hagan públicos. Se requiere de este modo de jueces sometidos al derecho y que sus decisiones no obedezcan sólo a sus criterios particulares, sino a reglas generales de aplicación, esto es, a reglas consideradas por la cultura jurídica como aceptables.

Todo ello debe quedar suficientemente explicitado en sus fallos y dado a conocer a la comunidad por los medios más idóneos.

En definitiva, la decisión de los conflictos constitucionales por medio del proceso desarrollado ante los tribunales constitucionales supone depositar la confianza en el diálogo racional y ordenado y creer en la eficacia de la argumentación jurídica, aún cuando se tenga como parámetro normas jurídicas como las constitucionales, que a menudo presentan un grado de elasticidad mayor que las legales.

No tengamos miedo en depositar la defensa de la Constitución en el Tribunal Constitucional, siempre y cuando éste sea un verdadero tribunal de justicia.

Para finalizar esta exposición, quiero referirme brevemente a la evolución de la Justicia Constitucional chilena, para terminar formulando un nuevo modelo de Justicia Constitucional que no sólo atañe a los tribunales que ejercen la Justicia Constitucional, sino por necesidad a todo nuestro sistema judicial.

Comenzaré señalando que la Justicia Constitucional chilena ha caminado siempre observando los ordenamientos jurídicos europeos y lo que sucedía en Estados Unidos de Norteamérica.

En la Constitución de 1833 y sus reformas posteriores, la defensa de la Constitución no gravitó en la Corte Suprema, sino que se confió fundamentalmente a los órganos políticos, es decir al Parlamento con su Comisión Conservadora y a un organismo más o menos dependiente del Poder Ejecutivo como era el Consejo de Estado. De este modo, se puede decir que el ordenamiento constitucional de nuestra República en el siglo XIX se caracteriza por un marcado *afrancesamiento*, hasta llegar a la Constitución de 1925 donde hay una revisión importante de

nuestro modelo de Justicia Constitucional, con una relativa aproximación al modelo jurisdiccional estadounidense.

En la Constitución de 1925, junto con mantener el *Habeas Corpus* para amparar la libertad individual, se crea el Recurso de Inaplicabilidad de las leyes en los casos particulares como competencia exclusiva de la Corte Suprema. Sin embargo, con la reforma constitucional de 1970 se introduce además un Tribunal Constitucional para que con un carácter abstracto y generalmente preventivo, realice el control de constitucionalidad de las leyes.

Ese modelo se mantuvo en la Constitución de 1980, agregándose el Recurso de Protección de derechos fundamentales, que ha sido, sin duda, el instrumento de Justicia Constitucional de mayor difusión en nuestro país en los últimos 20 años. A ello hay que agregar las competencias que la Reforma Procesal Penal ha reconocido a los Tribunales de Garantía para dar amparo al derecho fundamental a la libertad individual de los ciudadanos afectados por privaciones ilegales de su libertad y el recurso de nulidad de competencia de la Corte Suprema cuando los tribunales de juicio oral en lo penal hubieren infringido derechos fundamentales de las partes.

Podemos concluir de este modo que, en términos generales, no existe autoridad o persona alguna en nuestro Estado de derecho que no pueda ser controlada judicialmente para que respeten la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos, salvo, obviamente, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema que sólo responden ante la opinión pública, sin perjuicio de la responsabilidad política que reconoce nuestro texto constitucional respecto de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Sin embargo, el modelo chileno de Justicia Constitucional, amén de único en su género, evidencia algunos problemas y contradicciones.

En primer lugar, uno de los objetivos importantes que debiera cumplir un máximo tribunal de justicia, como lo es el de unificar la interpretación del derecho por imperativo de la unidad del ordenamiento jurídico y de la seguridad jurídica, en el caso chileno se ve de difícil logro ya que tenemos dos tribunales –el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema– como máximos intérpretes de la Constitución. Esta situación no se presenta en los Estados Unidos donde la Corte Suprema es soberana en la interpretación de la Constitución, y resulta mucho más atenuada en los países europeos que tienen un Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución. En tal sentido, tal defecto de nuestro sistema jurídico se debería subsanar concentrando el modelo vigente de Justicia Constitucional en un solo órgano, un solo Tribunal Supremo. Surge así el problema de determinar cuál sería el órgano más idóneo para cumplir la función de máximo guardián e intérprete de la Constitución: ¿la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional?

Contestando a tal pregunta señalaré que, en un plano teórico, daría prácticamente lo mismo optar por uno u otro tribunal. No obstante, nuestra historia ha demostrado que, en términos generales, la Corte Suprema no ha desempeñado siempre acabadamente su rol de juez constitucional por intermedio del Recurso de Inaplicabilidad. Asimismo, poco alentador ha sido su trabajo en una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, que además de fijar con cierta coherencia su cuerpo material, haya permitido ponderarlos adecuadamente a fin de lograr

la vigencia de todos ellos con el menor sacrificio de la libertad o igualdad amparada, como tampoco ha cuidado en fijar límites claros a las posibilidades del poder estatal de limitar razonablemente dichos derechos en pro del interés general.

Postulo que nuestra sociedad necesita de jueces instruidos en la cultura de los derechos fundamentales, que sean capaces de interpretar las normas constitucionales en el sentido más favorable a dichos derechos. Las experiencias alemana, italiana y española demostraron que jueces constitucionales imbuidos de tal cultura fueron capaces de dar vuelta la página a la triste experiencia del nazismo, del fascismo y del franquismo, respectivamente. Nadie puede poner en duda que los fallos de los jueces de los tribunales constitucionales alemán, italiano y español han contribuido enormemente a la consolidación de una cultura de las libertades en la Europa contemporánea.

El Chile de la democracia de hoy necesita de jueces que tutelén las libertades ciudadanas, y esos jueces pro libertades, en mi concepto, es posible obtenerlos en el seno de un tribunal del tipo Tribunal Constitucional. No quiero dar a entender con mis palabras que el actual Tribunal Constitucional chileno haya desemeñado siempre y en todo lugar una impecable aplicación de las normas constitucionales, dando coherencia y uniformidad a su interpretación. Lo que quiero expresar es que el tipo de juez que podemos incorporar al Tribunal Constitucional, designado proporcionalmente por cada una de las potestades estatales, juez que por lo demás debería contar con una formación teórica importante en Derecho Constitucional y especialmente en una dogmática de los derechos fundamentales, facilita el logro de ese objetivo. Me inclino de este modo en constituir a nues-

tro Tribunal Constitucional como máximo guardián e intérprete supremo de la Constitución. El Tribunal Constitucional pasaría a constituirse así en el verdadero Tribunal Supremo del ordenamiento jurídico chileno.

En este sentido, considero razonable el proyecto de reforma constitucional que actualmente se encuentra en el Congreso Nacional, y que, entre otras cosas, intenta concentrar en el Tribunal Constitucional gran parte de los temas de la Justicia Constitucional, con un control *ex ante* y *ex post* de la ley.

Pero más allá de lo razonable y de lo hoy en día políticamente posible, quiero proponer aquí y ahora, en un plano de pura teoría y de ejercicio académico, un nuevo modelo de Justicia Constitucional para el sistema jurídico chileno, haciendo del Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo de Justicia chileno.

Este modelo teórico que propongo no sólo haría facultativo y no obligatorio el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución de que conoce actualmente el Tribunal Constitucional, que a mi modo de ver no se complace con el principio de pasividad de los tribunales y por el ejercicio eventual que es esencial en la actividad jurisdiccional, sino que encomendaría también al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad de las leyes aplicables a un caso concreto, además de conocer de un amparo de los derechos fundamentales con el carácter de subsidiario a las vías procesales ordinarias. Asimismo, además de conservar las demás competencias que hoy en día se le reconocen, debería el Tribunal Constitucional conocer de un recurso general de nulidad cuando en un proceso cualquiera se dicten resoluciones judiciales o se tramite el procedimiento

con violación de los derechos fundamentales de los justiciables o con infracción de ley.

Soy consciente que atribuir estas nuevas competencias al Tribunal Constitucional significaría un aumento importante de su carga de trabajo, a lo que se debería hacer frente aumentando el número de sus Ministros, horas de trabajo, funcionarios de apoyo, medios materiales y económicos, etcétera, así como cuidando de no repetir las experiencias poco alentadoras de algunos tribunales constitucionales europeos que se rigen por este sistema, cuyo caso más paradigmático es el español. Dichas experiencias dicen relación con el tipo de derechos que pueden lograr amparo ante el Tribunal Constitucional. En este sentido, se debe poner especial énfasis en que el amparo subsidiario se dará sólo a derechos que puedan ser considerados como fundamentales y no a derechos patrimoniales. Por otra parte, se debe cuidar de definir materialmente determinados derechos fundamentales, a fin de que no se conviertan en una especie de “cajón de sastre” de todo el sistema de tutela de derechos fundamentales, como ha ocurrido en España con el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva. La misma precaución se deberá poner al conferir este amparo para el derecho a la igualdad ante la ley.

Hago hincapié en el tema de los derechos a ampararse por el Tribunal Constitucional, porque considero que los derechos fundamentales son sólo aquellos que son predicables de todas las personas por el mero hecho de ser tales y su existencia es un dato que ha previsto el legislador constitucional al reconocerlos en la Norma Fundamental. Se caracterizan estos derechos fundamentales porque todas las personas son igualmente titulares de ellos. Los derechos patrimoniales,

por el contrario, como el concreto derecho de propiedad sobre un bien, no son propios de toda persona, sino que se crean expresamente por actos jurídicos particulares, y nada de fundamentales tienen.

Excluyendo del Tribunal Constitucional el conocimiento de los amparos de derechos patrimoniales, y delimitando acabadamente derechos como el de tutela judicial, que en ningún caso hay que entenderlo como un derecho del ciudadano a una sentencia judicial de contenido favorable a la pretensión, como parece ser que ha sido entendido mayoritariamente en España, además de precisar si convendría o no conferir amparo constitucional por esta vía procesal al derecho a la igualdad ante la ley, se puede lograr el objetivo de unificar la interpretación constitucional en un solo órgano jurisdiccional, esto es, en el Tribunal Constitucional, conciliando dicho objetivo con el de un trabajo expedito y eficiente del referido tribunal.

¿Qué habría que hacer con la Corte Suprema en este modelo teórico? Como sabemos, la Corte de Casación nació en Francia con una clara función nomofiláctica, es decir, como tribunal que debía velar por la defensa o conservación de la ley. Luego, a dicha función nomofiláctica se sumó –sobre todo por las elaboraciones teóricas de Piero Calamandrei en Italia– la función uniformadora. Esa función debería ser asumida por el Tribunal Constitucional chileno a través del recurso de nulidad, entendido no como recurso de control de legalidad, sino ahora ya de juridicidad, a modo de constituirse en un órgano garantizador del derecho, pero especialmente no hacia el pasado como lo hacen los tribunales de la instancia, sino fundamentalmente hacia el futuro, a modo de salvaguardar el interés del ciudadano en la certidumbre e igualdad en

la aplicación e interpretación del derecho. Ello implica redefinir también el rol del precedente judicial en nuestra cultura jurídica y la garantía del ciudadano en la igual aplicación del derecho.

Sin embargo, la actual Corte Suprema tiene atribuida otras competencias, algunas jurisdiccionales como el recurso de revisión de los fallos injustos y las apelaciones por desafuero y amovilidad, y otras no propiamente jurisdiccionales. Si suponemos, como lo estamos haciendo ahora en el modelo propuesto, la supresión de la Corte Suprema, quien debería conocer de los recursos jurisdiccionales precedentemente enunciados es el Tribunal Constitucional, lo que no implicaría una especial sobrecarga en su trabajo, ya que éstos son recursos de marginal utilización en nuestro sistema jurídico. A su vez, las demás competencias no jurisdiccionales deberían pasar a un nuevo órgano constitucional que denominaría Consejo General de la Justicia, organismo que debería contribuir a una mayor independencia judicial.

Propongo en definitiva en este modelo una modificación bastante sustancial de nuestro sistema judicial posicionando al Tribunal Constitucional como el supre-

mo y exclusivo intérprete de la Constitución y de la ley. Se trata de hacer de nuestro sistema de Justicia Constitucional más jurisdiccional y más concentrado, todo ello en aras de asegurar de un modo más igualitario la libertad de los ciudadanos y la organización del poder constitucionalmente establecido.

Si el Tribunal de Casación francés fue concebido como el Tribunal Supremo del Estado liberal de derecho, el Tribunal Constitucional diseñado del modo propuesto pasaría a ser el Tribunal Supremo del Estado Constitucional de derecho. Este tribunal deberá desempeñar sus labores de modo de asegurar de una mejor manera las libertades de los ciudadanos, y todo aquello que pueda reforzar la libertad de los ciudadanos, como lo ha expresado Mauro Cappelletti, con toda seguridad también reforzará a la democracia. Nuestro pueblo se merece grados más profundos de libertad y de democracia, y un modelo de Justicia Constitucional como el que he propuesto aquí creo que podría ayudarnos a ello.

Valdivia, marzo de 2003.