

Justicia Constitucional y Democracia.¹

1.-Si el Estado de Derecho es la condición institucional que permite a todos vivir en tranquilidad, sabiendo que el ejercicio de los derechos no pende del arbitrio de un individuo o de una facción, sino que está garantizado por reglas abstractas y generales, ello se perfecciona cuando se funda en la democracia, porque es el único régimen político compatible con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales.

Parece natural entonces que, por diversas circunstancias, se transitara de un modelo de Estado Legislativo de Derecho a uno no sólo Constitucional sino Democrático de Derecho.

La unión entre el constitucionalismo y la democracia entonces es estrecho y se explica porque, si la soberanía reside en el pueblo, ésta se expresa directamente a través del poder constituyente y se objetiva jurídicamente en la Constitución, por lo que ésta no es una simple carta política sino la ley superior del ordenamiento jurídico, que define el sistema de fuentes del derecho y tiene fuerza directamente vinculante. Así, todos los órganos del Estado, incluido el legislador, son poderes constituidos y sometidos, por lo tanto, a la Constitución.

Por otra parte, como la Carta Fundamental impone límites al poder del Estado para asegurar los derechos fundamentales, debe fundarse en el principio de separación de los poderes no sólo para distribuir las funciones entre los distintos órganos públicos sino también para imponer un sistema de pesos y contrapesos, y de control recíproco entre ellos.

¹ Conferencia dada por la Ministra del Tribunal Constitucional María Pía Silva Gallinato en Buenos Aires, ante el Honorable Senado de la República Argentina, el día 23 de mayo de 2019.

En efecto, como la propia Constitución busca frenar al poder estatal, debe existir un sistema que asegure que ella será cumplida. De allí nace la idea del control de constitucionalidad, como función confiada especialmente a los jueces, quienes juzgan los actos estatales para velar por la supremacía constitucional, fundada a su vez en el principio democrático.

2.- Ahora bien, como en muchos otros países, en Chile corresponde al Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y con ello no hay duda ha contribuido al fortalecimiento de la democracia.

En efecto, partamos recordando que la Constitución de 1925 fue reformada en 1970, para establecer un Tribunal Constitucional encargado especialmente de conocer de las cuestiones de constitucionalidad surgidas durante la tramitación de los proyectos de ley, conservando la Corte Suprema la facultad que -desde el origen de esa Carta-ejercía de declarar inaplicable por inconstitucional un precepto legal en un caso concreto. Luego, sin embargo, como consecuencia del golpe de Estado de 1973, el Tribunal Constitucional fue disuelto hasta que, en 1980, la nueva Constitución lo repuso con algunos cambios en su composición y atribuciones, agregando el control preventivo de la ley no sólo con motivo de un requerimiento de los poderes colegisladores, sino también uno de carácter obligatorio respecto de las leyes interpretativas constitucionales u orgánicas constitucionales.

Pues bien, habiendo ejercido sus funciones desde 1981 y mientras el país aún se encontraba bajo el régimen militar, el Tribunal Constitucional cumplió un rol gravitante en la vuelta pacífica a la democracia. En efecto, entre 1985 y 1988, dictó una serie de emblemáticas sentencias recaídas en diversos proyectos de leyes orgánicas constitucionales de carácter electoral y político, en las que, aplicando distintos criterios interpretativos y, en especial, el sistemático

y finalista, contribuyó a posibilitar una transición ordenada hacia el régimen libre². Ello prestigió al Tribunal, al punto que, en 2005, se ampliaron sus atribuciones para confiarle también el control represivo de la ley que antes ejercía la Corte Suprema, con lo cual ahora conoce de acciones de inaplicabilidad de un precepto legal cuando su aplicación resulte contraria a Carta en una gestión judicial pendiente e incluso puede declarar su posterior inconstitucionalidad con efectos generales siempre que previamente haya declarado su inaplicabilidad en un caso concreto.

3.- Ahora bien, desde que, en 1990, entraran a regir los preceptos permanentes de la Carta, y en un ambiente de pleno ejercicio de las libertades ciudadanas, nuestro Tribunal Constitucional, como un órgano más de la república, ha actuado sujeto a los principios de supremacía constitucional, separación de funciones y de jurisdicción, desarrollados en el propio texto constitucional, ajustándose asimismo al principio democrático.

Ello le ha llevado, en primer término, a reconocer al órgano colegislador y, particularmente al Parlamento, en su calidad de representante de la voluntad popular y productor de normas, *autonomía para configurar el bien común subjetivo a través del contenido de la ley*.

El legislador no tiene límites en el ámbito en que se mueve mientras no vulnere la Constitución, y en especial los derechos fundamentales, porque -como dice Zagrebelsky- *“las funciones legislativas se fundan en el carácter político del Estado, porque encuentran su razón de ser en la misma democracia”*.³

2 STC Roles 33 de 1985, 38 de 1986, 39 de 1986, 43 de 1987, 44 de 1987, 48 de 1987 y 53 de 1988.

3 ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2005), *El derecho dúctil*, (Madrid, Editorial Trotta), pp. 59-60.

Ahora bien, como al órgano legislativo se le abren múltiples alternativas al elaborar la ley, actúa discrecionalmente cuando elige una opción. Ello limita la labor del juez constitucional, porque no está llamado a juzgar el mérito, conveniencia u oportunidad de la sustancia de la ley sino sólo a ejercer un control de carácter jurídico. Por lo tanto, el Tribunal no puede imponer su particular visión en la concreción de los valores que la Carta hace efectivos por sobre el modo como han sido interpretados por los órganos colegisladores. Ello supone, sin embargo, que se no puede olvidar que la Constitución obliga a que la dirección política se dirija hacia el bien común, lo que no puede lograrse atropellando los derechos fundamentales. Es que existe una esfera de lo indecible, como dice Luigi Ferrajoli, que el legislador no puede vulnerar.

Por otra parte, al sujetarse al principio de la mayoría y al de la autodeterminación política⁴, desde un punto de vista formal el legislador también goza de autonomía para adoptar las decisiones que juzgue más adecuadas para avanzar en el debate, tramitación y aprobación de los proyectos de que conozca, aunque siempre dentro de los límites que deriven del proceso legislativo establecido tanto por la Constitución como por la ley⁵.

Sucede que los actos producidos al interior del Congreso mientras se debate la ley, aunque posean naturaleza y eficacia jurídicas, tienen la particularidad de que se encuadran dentro de las relaciones políticas, por lo que, muchas veces, existe un ámbito de valoración que no siempre está sometido a parámetros objetivos de control jurídico por parte del juez constitucional, porque esa tarea se relaciona con la apreciación de la conformidad del acto con el fin propuesto, con su

4 Véase también a Ferrajoli, Luigi (2010) en: *Democracia y garantismo*, (Madrid, Editorial Trotta), 2ª edición, pp. 80-82, 102-109, 212-213

5 Para Peter Häberle la actividad legislativa “puede concebirse como el procesamiento permanente del cambio social en el tiempo y ofrece variedad de procedimientos y técnicas pertinentes”, *El Estado Constitucional* (Buenos Aires, Editorial Astrea), p. 158.

conveniencia y eficacia, y, en ese sentido, tiene un carácter político, ajeno a la competencia judicial⁶.

4.- Pues bien, ¿qué principios ha empleado el Tribunal Constitucional chileno para respetar el ámbito de que goza el legislador democrático?

Ejerciendo su tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes ha aplicado:

a) El principio del judicial restraint, de la auto limitación judicial⁷ o de la deferencia razonada que le merece la obra del legislador.

Según tal criterio debe reconocerse al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Constitución, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común⁸. Este principio, también llamado de *“corrección funcional”*, según Pérez Luño, “obliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución”⁹, para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Carta Fundamental.

Aplicando este postulado nuestro Tribunal Constitucional ha dicho, que la autonomía del legislador “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa”, afirmando que como órgano de justicia constitucional “no legisla ni administra, ni entra a

6 BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001), “Parlamento, principio democrático y justicia constitucional”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol XII, p. 188.

7GUASTINI Riccardo (2014): Interpretar y argumentar (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), p. 380.

8 ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): Justicia Constitucional, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 229

9PÉREZ LUÑO (2010), Antonio Enrique ((2010): Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución (Madrid, Editorial Tecnos, 10º edición), p. 283.

calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales”¹⁰. Consecuentemente, ha expresado que no le corresponde emitir un juicio de mérito técnico o político sobre la ley, ni puede incorporar “a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter”¹¹, “debiendo limitar su pronunciamiento a la conformidad o disconformidad del acto de cuyo control se trate, con los principios, valores y normas constitucionales”¹².

Es que, como expresa Sánchez Agesta, todo órgano encargado de controlar la ley “no decide, solamente influye de una manera directa o incluso impide - como en el caso del Tribunal Constitucional- pero no acepta la responsabilidad moral ni, en su caso, la responsabilidad política de la decisión. El gobierno es poder de impulsión, elemento motor; mientras tanto, el control es poder de inspección, de acción indirecta, de deliberación y advertencia, de rectificación y moderación”¹³.

b) El principio de presunción de constitucionalidad de la ley.

Para determinar si un precepto legal pugna con la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional no puede olvidar que ella se encuentra revestida de una “presunción de constitucionalidad, de legitimidad o de conformidad con la Constitución”.

10 STC rol Nos. 141, de 12 de febrero de 1992 (cons. 26°); 465, de 30 de marzo de 2006 (cons. 22°); 473, de 8 de mayo de 2006 (cons. 11°); 480, de 27 de julio de 2006 (cons. 36°); 505 y 506, de 6 de marzo de 2007 (cons. 35°); 1838, de 7 de julio de 2011 (cons. 36°); 2487, de 21 de junio de 2013 (cons. 15°); 2619, de 31 de enero de 2014 (cons. 18°).

11STC rol N° 231, de 18 de marzo de 1996 (cons. 7°); también véase rol N° 242, de 12 de agosto de 1996 (cons. 3°).

12 STC roles N° 1219, de 31 de enero de 2009 (cons. 10°) y N° 1295, de 6 de octubre de 2009 (cons. 28°). Véase también, por ejemplo, fallos rol Nos. 541, de 26 de diciembre de 2006 (cons. 15°); 591, de 11 de enero de 2007 (cons. 9°); 811, de 31 de enero de 2008 (cons. 24°); 821, de 1 de abril de 2008 (cons. 16°).

13 SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1973), Curso de Derecho Constitucional Comparado (Madrid, Universidad de Madrid, 5° edición), p. 61.

La separación de los poderes y el recíproco respeto que cada uno de los órganos se debe, explica que se trate de una presunción juris tantum, que únicamente cede ante una prueba clara y precisa de la incompatibilidad entre aquélla y la Constitución, lo cual supone que, en caso de duda entre la validez y la invalidez de una norma, debe estarse siempre a favor de su constitucionalidad.¹⁴

Este principio busca mantener a la ley vigente para asegurar la certeza del derecho y también para conservar, hasta donde sea posible, la obra del legislador, respetando así el principio democrático.

El método hermenéutico en comento ha sido aplicado reiteradamente por el máximo órgano de justicia constitucional chilena, como principio general que ha orientado su argumentación¹⁵.

Así, por ejemplo, ha dicho, que, cualquiera sea su denominación, lo fundamental del principio *“consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”*¹⁶.

c) El principio de interpretación conforme a la Constitución

Dejar sin efecto una ley cuando no existe una clara e indudable colisión entre ésta y la Carta Fundamental no solo vulnera la presunción de constitucionalidad, sino que también el principio de *“interpretación conciliadora o conforme a la Constitución”*, según el cual una ley no

14LINARES QUINTANA Segundo (1987): Reglas para la interpretación constitucional (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra), p. 136.

15VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio (2006), Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31), p. 35.

16 STC rol N° 309, de 8 de agosto de 2000 (cons. 2°).

debe anularse cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Carta. Ello supone la presunción *subjetiva* de que el legislador realizó su función dentro de los límites constitucionales (*favor legislatoris*); y la *objetiva* de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (*favor legis*), como dice Pérez Luño¹⁷.

Por ello, entre los varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete debe buscar siempre en ella el más adecuado al texto constitucional, porque sólo a través de una interpretación conforme a él pueden alcanzar unidad en el sentido y alcance las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Lo anterior ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional chileno, al sostener “*que la llamada interpretación conciliadora con la Constitución deriva de su fuerza normativa, así como de su vinculación y cumplimiento inmediatos*”, reconociendo que como el rol fundamental de la justicia constitucional es procurar que no se acate la Constitución, está obligada a intentar compatibilizar la norma examinada con la Carta y, solo después de fracasado ese intento, declarar que es inconstitucional¹⁸.

Es por ello que, fundándose tanto en este principio como en el de la presunción de constitucionalidad, nuestro Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de ciertos artículos de proyectos de ley bajo la fórmula “*en el entendido de*”, es decir, los considera constitucionales siempre que se los comprenda según la interpretación que él mismo les da.

d) El principio democrático y el de conservación de los actos del legislador o de economía del derecho.

17PÉREZ LUÑO (2010), ob. cit., p. 286.

18SCT rol N° 558, de 5 de junio de 2006 (cons. 7°).

La Constitución de 1980 dispone en su art. 4° que *“Chile es una república democrática”* y, por otra parte, conforme al art. 5 inciso 1° de nuestra Carta Fundamental, si bien la soberanía reside esencialmente en la Nación, ella se ejerce no sólo por el pueblo a través de las elecciones, sino también por las propias autoridades que la Constitución establece, incluyendo a quienes reciben su título del electorado y lo representan materialmente, como son los parlamentarios y el Presidente de la República.

Es así cómo la discusión que se produzca dentro de las Cámaras para dar origen a la ley ha de fundarse en el valor democrático, porque todos sus miembros tienen derecho a ser escuchados y a participar en el debate como única forma de lograr que la ley sea fruto del intercambio de opiniones y del consenso a que se arribe.

Pues bien, para que la ley sea efectivamente manifestación de la voluntad del Parlamento debe consagrarse un procedimiento público que respete la regla de la mayoría, la participación de todos los intervinientes en condiciones de libertad e igualdad y una adecuada publicidad y transparencia de las actuaciones que ocurran dentro de las Cámaras, constituyendo el secreto una excepción.

Por lo anterior, para respetar el principio democrático y conservar la obra del legislador, el juez constitucional declarará contrarios a la Ley Fundamental sólo aquellos vicios de constitucionalidad que hayan influido decisivamente en el resultado y siempre que no hayan sido después corregidos o subsanados durante su misma tramitación.

Así el Tribunal Constitucional chileno, ha afirmado, por ejemplo, en sentencia rol N° 2433, de 5 de junio de 2007:

“Que el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión

de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma” (cons. 19°).

Es que es tarea del Tribunal tratar de mantener vigentes las reglas legales para asegurar así la seguridad y certeza del derecho, evitando en lo posible las graves consecuencias que produce su invalidez debido a la laguna preceptiva que resulte de ella, especialmente si el legislador no cubre de inmediato el hueco que deja tal vacío¹⁹.

Ello se acentúa en relación al control que ejerce el juez constitucional sobre las infracciones de las reglas formadoras de la ley, debiendo distinguirse entre aquellos vicios que son relevantes y los que no lo son, porque sólo los primeros pueden ser juzgados por el Tribunal Constitucional. Al efecto, en el trámite de control preventivo obligatorio o preventivo provocado, ha sostenido que restringe *“su declaración sólo a los vicios que han influido decisivamente en el resultado de la tramitación legislativa y siempre que aquéllos no hayan sido ulteriormente corregidos durante la tramitación”* ²⁰.

Es que, como dice Paloma Biglino, en el caso de la ley -como ocurre con otros tipos de actos públicos o privados- el procedimiento

19FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (2013): “La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano”, en Figueroa Mejía, Giovanni (editor), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina* (México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México), p. 243.

20STC rol N° 2646, de 22 de abril de 2014 (considerandos 31° y 32°).

desempeña una función instrumental, por lo tanto, sólo si se altera el diseño institucional fundado en la adecuada deliberación democrática producida en el seno de las Cámaras, el defecto puede llevar a la nulidad del acto²¹.

5.- Por último, no puede olvidarse que la democracia no solo es una forma de gobierno sino también promueve un determinado modo de convivencia social, en el cual las decisiones se adoptan en forma colectiva a través de la participación y deliberación de los integrantes de la sociedad, con respeto a la diversidad de opiniones y a los derechos fundamentales. La democracia, en ese sentido, es un valor, un ideal que orienta e inspira la actividad estatal y la de la sociedad²²..

El Tribunal Constitucional sirve a ese ideal no sólo garantizando los derechos y el orden institucional y democrático representativo a través de sus fallos, sino también escuchando las voces de la comunidad nacional. Ello supone comprender, como dice Peter Häberle²³, que vivimos en una sociedad abierta a los diferentes intérpretes de la Constitución. En efecto, el juez constitucional no es el único que participa en el proceso constitucional, por lo que debe interactuar con la comunidad, por lo cual *“el derecho procesal constitucional se vuelve un fragmento del derecho de la participación democrática”*.²⁴

En efecto, el juez constitucional y los órganos que ejercen funciones públicas no son los únicos que participan en el proceso constitucional, sino también los particulares que acudan a él a través del ejercicio de las acciones que son sometidas a su conocimiento y, en general, las fuerzas colectivas a través de las cuales el pueblo actúa,

21BIGLINO, Paloma (2001), ob. cit. p. 186.

22 En trabajo de mi autoría denominado: “¿Conviene establecer un nuevo sistema de gobierno en Chile?”, en http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion_web2015.pdf.

23 HÄBERLE, Peter (2007), ob. cit., p. 263 y sgtes.

24 HÄBERLE, Peter (2007), ob. cit., p. 278.

todos los cuales participan asimismo en el espacio público como intérpretes constitucionales.

Lo anterior se explica dentro del proceso de constitucionalización del derecho, en el que los ciudadanos han tomado conciencia del importante rol que cumple la Carta Fundamental y la justicia constitucional en la garantía de sus derechos fundamentales y en la promoción y sustento del régimen democrático.

Al efecto nuestro Tribunal Constitucional ha procurado escuchar a la ciudadanía y proyectar la actividad que realiza en su servicio, procurando transparentar sus actuaciones e implementando diversas modalidades para que pueda participar en el proceso constitucional a su cargo. Tal misión la cumple conociendo de los requerimientos de inaplicabilidad promovidos por las partes de una gestión judicial²⁵, de los requerimientos de inconstitucionalidad en contra de una ley previamente declarada inaplicable a través de acción popular o de una acción de inconstitucionalidad en contra de un auto acordado proveniente de las Cortes de Justicia cuando una parte en una gestión se vea afectada en el ejercicio de un derecho fundamental por tal auto acordado. Pero además esa apertura a la ciudadanía se da a través de otras vías como, por ejemplo, posibilitando que grupos interesados expongan sus planteamientos en audiencias públicas, cuando ha debido revisar leyes que causan un indudable impacto social; transmitiendo a través de streaming sus actividades; funcionando en algunas sesiones del pleno de Ministros en diferentes regiones del país²⁶; comunicando

25 De acuerdo a la Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional referente al Año 2018, de las 1.663 causas que ingresaron ese año, 1.618 corresponden a requerimientos de inaplicabilidad (97,29% de los ingresos). Mientras tanto, según al cuenta del año 2017, el total de requerimientos ingresados al Tribunal ascendió a la suma de 930, de los cuales 897 recayeron sobre acciones de inaplicabilidad.

26 Durante 2014, el Pleno del Tribunal sesionó en dos oportunidades en regiones, para cumplir el acuerdo adoptado en virtud de lo previsto en el artículo 19 de su Ley Orgánica Constitucional, en orden a acoger las invitaciones cursadas por las Cortes de Apelaciones del país. En concordancia con lo anterior, el día 23 de enero de 2014, esta Magistratura se trasladó a las dependencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, el día 3 de junio de ese mismo año el Tribunal se trasladó a la Corte de Apelaciones

rápidamente las decisiones adoptadas en casos emblemáticos de interés; celebrando seminarios abiertos al público en su sede, transparentando las actividades de sus Ministros, etc.

6.- Mucho más puede decirse del rol que cumple la justicia constitucional para velar por el efectivo respeto al principio democrático, pero al menos la suscita mirada que hemos dado a la forma de actuación del Tribunal Constitucional chileno nos aproxima a la comprensión del rol que ha cumplido y seguirá cumpliendo para respetarlo y fortalecerlo.

Muchas gracias

María Pía Silva Gallinato

Ministra del Tribunal Constitucional de Chile