

Tribunales Constitucionales en el derecho comparado

Serie Estudios N° 01-21, 13-01-2021

por Víctor Soto Martínez

Resumen

El objetivo general de este estudio es proporcionar la mayor información posible al lector para contribuir al debate que, con toda probabilidad, se dará durante el proceso constituyente, respecto de: i) la necesidad o no de contar con un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad; y ii) el mejor modelo de control de constitucionalidad a implementar en la nueva constitución, considerando las particularidades de nuestro propio sistema, y entendiendo cuáles han sido las respuestas dadas por otros países del mundo a estos problemas.

Para ello, en la primera parte se abordarán ciertas cuestiones generales, como la caracterización de los diversos modelos (y su posterior problematización o cuestionamiento), mientras que en la segunda parte se analizarán seis órganos específicos que pueden arrojar luz sobre nuestro propio sistema: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Consejo Constitucional de Francia, los tribunales constitucionales de España, Perú y Bolivia, y la Corte Constitucional de Colombia. La tercera parte se enfocará en la evolución de nuestro propio Tribunal Constitucional, deteniéndonos en tres momentos: su creación el año 1970, en el marco de la Constitución de 1925; su reformulación en la Constitución de 1980; y la reforma del año 2005, que le dio su configuración actual. Finalmente, se buscará esbozar algunas conclusiones a partir de la comparación entre los diversos órganos analizados.

Disclaimer: Este trabajo ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, sus contenidos están delimitados por los plazos de entrega que se establezcan y por los parámetros de análisis acordados. No es un documento académico y se enmarca en criterios de neutralidad e imparcialidad política.

TABLA DE CONTENIDOS

Antecedentes	3
1. Los diversos modelos de control constitucional	4
1.1. Origen	4
1.1.1. El caso Marbury vs Madison y el razonamiento del juez Marshall... 4	
1.1.2. La constitución austríaca de 1920 y el argumento de Hans Kelsen 9	
1.2. Caracterización de los modelos puros	13
1.2.1. El modelo de control difuso: Estados Unidos	13
1.2.2. El modelo de control concentrado: Austria	13
1.2.3. El modelo de control «político»: Francia	14
1.3. Un caso relevante de modelo mixto: el modelo incidental (Alemania, España e Italia)	14
2. Tribunales Constitucionales en el derecho comparado.....	15
2.1. Francia	15
2.2. Alemania.....	17
2.3. España	19
2.4. Colombia.....	21
2.5. Perú	23
2.6. Bolivia	24
3. Análisis del Tribunal Constitucional chileno.....	27
3.1. Antecedentes: el control constitucional antes de 1970	27
3.2. El Tribunal Constitucional de 1970.....	29
3.3. El Tribunal Constitucional de 1980.....	30
3.4. El Tribunal Constitucional post-reforma de 2005	32
4. Caracterización del sistema chileno actual en el derecho comparado	34
4.1. Posición institucional.....	34
4.2. Atribuciones	36
Conclusiones.....	40
Anexo N° 1	42
Anexo N° 2	46

Antecedentes

Una de las discusiones más importantes a nivel constitucional se refiere a la existencia de un sistema de justicia constitucional. O, en otras palabras, de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y decretos. Es una discusión importante porque ella toca la esencia del constitucionalismo, entendido a grandes rasgos como el paradigma de la sujeción de todos los órganos políticos del Estado, incluidos el gobierno y el legislador, a la constitución (y al derecho). Este paradigma va usualmente de la mano con el principio de supremacía constitucional, es decir, con la idea de un orden normativo escalonado o jerárquico, donde la constitución se encuentra en la base, condicionando la elaboración y el contenido de las leyes, que a su vez tendrían -en principio- la misma preeminencia respecto de los decretos, y así sucesivamente.

Desde las primeras constituciones escritas se ha discutido respecto de la mejor forma de asegurar esta supremacía. Por cierto, no es un debate estrictamente intelectual o técnico, sino político, ya que las diversas respuestas al problema implicarán distintas consecuencias para el equilibrio de poder en cada sistema.

Otra cuestión que hay que aclarar es que no hay un solo modelo de control constitucional, sino varios. En general, la doctrina suele aceptar dos grandes modelos o paradigmas: el estadounidense, de control difuso, y el austríaco, de control concentrado. Pero, como veremos a lo largo de este trabajo, la realidad es mucho más compleja, y la mayoría de los estudiosos ya no aceptan pacíficamente estas categorías, atendiendo sobre todo a cómo han evolucionado los diversos sistemas en los últimos cincuenta años. Con todo, para efectos de este trabajo nos centraremos en los sistemas que se relacionan más con el sistema chileno, es decir, aquellos que se suelen ubicar dentro del modelo de control concentrado.

Así, mientras en la primera parte se abordarán ciertas cuestiones generales, como la caracterización de los diversos modelos (y su posterior problematización o cuestionamiento), en la segunda parte se analizarán seis órganos específicos que pueden arrojar luz sobre nuestro propio sistema: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Consejo Constitucional de Francia, los tribunales constitucionales de España, Perú y Bolivia, y la Corte Constitucional de Colombia.

La tercera parte se enfocará en la evolución de nuestro propio Tribunal Constitucional, deteniéndonos en tres momentos: su creación el año 1970, en el marco de la Constitución de 1925; su reformulación en la Constitución de 1980; y la reforma del año 2005, que le dio su configuración actual.

Finalmente, se buscará esbozar algunas conclusiones a partir de la comparación entre los diversos órganos analizados. En particular, se tratará de responder a la pregunta sobre el peso relativo de nuestro tribunal actual en el marco del derecho comparado.

En síntesis, el objetivo general de este informe es proporcionar la mayor información posible al lector para contribuir al debate que, con toda probabilidad, se dará durante el proceso constituyente, respecto de:

i) la necesidad o no de contar con un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad; y

ii) el mejor modelo de control de constitucionalidad a implementar en la nueva constitución, considerando las particularidades de nuestro propio sistema, y entendiendo cuáles han sido las respuestas dadas por otros países del mundo a estos problemas.

1. Los diversos modelos de control constitucional

1.1. Origen

Podemos identificar dos orígenes disímiles o, más bien, dos fuentes que nos permitirán entender las bases conceptuales de los actuales sistemas de justicia constitucional. La primera fuente, que sirvió de base a la adopción del modelo de control difuso en Estados Unidos, consiste en el fallo del caso *Marbury vs Madison*, redactado por el juez John Marshall; la segunda, que llevó a la configuración del modelo de control concentrado en el derecho continental o europeo, está contenida en la constitución austríaca de 1920, y su principal defensor fue el jurista Hans Kelsen.

1.1.1. El caso *Marbury vs Madison* y el razonamiento del juez Marshall

a) Contexto

Como es sabido, en 1787 Estados Unidos se dio su actual constitución, documento que tuvo una enorme influencia en el constitucionalismo mundial. Más allá de su carácter escrito, lo más llamativo de este documento es que expresó un diseño institucional deliberado. Es decir, se trató de un proceso de creación y no de simple recepción o adaptación de una estructura tradicional¹. Este proceso de creación buscó reflejar una filosofía política, que tomó como base el principio de separación de los poderes propuesto por Montesquieu y que derivó en la idea de los *checks and balances* (pesos y contrapesos). Este singular equilibrio de poder, unido con una forma de Estado inédita a nivel mundial, el federalismo, nos ofrece un marco para el desarrollo posterior del constitucionalismo en dicho país.

Entonces, podríamos decir que una preocupación fundamental de los primeros gobiernos estadounidenses fue resolver las tensiones entre el presidente y los órganos legislativos, así como entre el gobierno federal y los estados. El problema era cómo dirimir adecuadamente estos conflictos y, en definitiva, quién podía defender de mejor forma el pacto político contenido en la constitución.

b) Antecedentes

El 27 de febrero de 1801, faltando pocos días para la toma de posesión de Thomas Jefferson como presidente, el presidente John Adams nombró a 42 jueces

¹ Con todo, cabe señalar que la constitución estadounidense está claramente inserta en la tradición anglosajona y estuvo inspirada no sólo por la filosofía política de la época, sino por experiencias previas de deliberación y autogobierno de las trece colonias, sobre todo a nivel local.

de paz para servir por un periodo de cinco años en el distrito de Columbia y de Alexandria². El Senado ratificó los nombramientos el 3 de marzo, un día antes de la toma de posesión de Jefferson. Sin embargo, no se alcanzó a efectuar la certificación y notificación de estos nombramientos antes del cambio de mando³. Cuando el nuevo secretario de Estado, James Madison, asumió en su cargo, se negó a sellar y entregar los nombramientos que faltaban. Esto generó una larga disputa en el Senado, que terminó con la modificación de los distritos judiciales, eliminándose los cargos nombrados por el presidente anterior. William Marbury fue uno de esos jueces. Por tanto, Marbury demandó a James Madison en su carácter de secretario de Estado, para que el gobierno se viera obligado a hacerle llegar el nombramiento⁴. El caso llegó a la Corte Suprema, donde el 24 de febrero de 1803, John Marshall, uno de los jueces redactores, dio a conocer el fallo, por medio del cual la Corte se declaró incompetente para resolver el fondo del asunto. Por tanto, la gran consecuencia de esto no fue tanto la resolución sino cómo esta fue justificada por los jueces, quienes sentaron las bases de un sistema donde el poder judicial se convertiría en el auténtico defensor de la constitución estadounidense.

c) Contenido del fallo

El fallo discurre sobre el significado de la supremacía constitucional:

“O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable...”⁵.

El fallo sostiene, por tanto, que la única forma de asegurar la supremacía constitucional es anulando aquellas leyes que la contradicen. Luego añade:

“Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? (...)”

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial.

² CARBONELL, Miguel. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°. 5, 2006, p. 292.

³ Irónicamente, como nos relata Miguel Carbonell, esta certificación le correspondía a John Marshall, quien entonces era secretario de Estado y luego sería el principal redactor de la famosa sentencia que originó el sistema de justicia constitucional en Estados Unidos (ibid.).

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p. 294.

(...) los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables”⁶.

La segunda conclusión, entonces, es que el poder judicial es el órgano encargado de dirimir estos casos, estando los tribunales obligados a declarar la nulidad de las leyes que contradigan la constitución.

d) Explicación

Como dice Miguel Carbonell: “Lo que queda claro a partir de los postulados de la sentencia es que cualquier juez que se enfrente a una norma constitucional debe inaplicarla, estableciéndose de esta manera el control “difuso” de la constitucionalidad. Para Marshall la facultad de los jueces para determinar cuál es el derecho aplicable —facultad que corresponde a “la verdadera esencia del deber judicial”— incluía la verificación de la constitucionalidad de las leyes”⁷.

Por otro lado, cabe señalar que esta argumentación no era extraña en la época. Así, por ejemplo, Alexander Hamilton sostenía en *El federalista* -un conjunto de artículos de opinión que marcaron el debate constituyente en Estados Unidos- que era necesario establecer una “constitución limitada”, lo que definió como una constitución que contiene “ciertas excepciones específicas a la autoridad legislativa”⁸. En otras palabras, mientras bajo este esquema el poder ejecutivo es limitado por el poder legislativo, el poder legislativo es concebido, a su vez, como un poder limitado. ¿Y quién asegurará que el poder legislativo esté contenido en dichos términos y no se exacerbe en sus funciones? La respuesta de Hamilton es simple: los tribunales de justicia.

Ahora bien, ¿en qué radica esta confianza en los jueces? La justificación está dada en el capítulo 78 de *El federalista* y está estrictamente vinculada con la naturaleza del poder judicial y el principio de independencia judicial:

“Una simple revisión del problema sugiere importantes consecuencias. Así, prueba de forma incontestable que el poder judicial es el más débil de los tres poderes del Estado; que éste nunca podrá atacar exitosamente a los otros dos; y que todo cuidado es necesario para permitirle defenderse de sus respectivos ataques. También prueba que, aunque la opresión individual puede actualmente proceder de las cortes de justicia, la libertad general del pueblo nunca podrá ser puesta en peligro por ellas (esto es, mientras el poder judicial permanezca auténticamente diferenciado tanto del poder ejecutivo como del legislativo)”⁹.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 295.

⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; y JAY, John. *The Federalist papers*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 381. Traducción propia. La frase original completa indica: “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like”.

⁹ Ibid., p. 380. Traducción propia. La frase original dice: “This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves that though individual oppression may now and

Asentadas las ventajas de la independencia judicial, Hamilton discurre luego sobre la eventualidad de que existiera una discrepancia entre las leyes expedidas por el poder legislativo y la constitución. Aquí, el estadounidense se adelanta a la diferenciación hecha en Francia por el abate Sieyès entre poder constituyente y poder constituido. En la visión de Sieyès existiría, por un lado, un poder constituyente, que sólo le correspondería al pueblo directamente y, por otro lado, un poder constituido, entendido como el poder de los representantes. El primero sería ilimitado y condicionaría al segundo¹⁰.

Sin expresarlo directamente, Hamilton está pensando en una dicotomía similar, al diferenciar claramente la voluntad del pueblo de la voluntad de sus representantes. Lo particular de su enfoque es su confianza en que el poder judicial pueda ser concebido como el defensor de la voluntad popular. Así, sostiene:

“las cortes fueron diseñadas para constituir un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con el objetivo, entre otras cosas, de mantener a esta última dentro de los límites establecidos a su autoridad. La interpretación de las leyes es el ámbito propio y peculiar de los tribunales. Una constitución es, de hecho, una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. Por lo tanto, les corresponde a ellos determinar su significado, así como el significado de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Si es que hubiera una diferencia irreconciliable entre ellas, aquella que tuviera la mayor validez y fuerza obligatoria debería, por supuesto, ser preferida. En otras palabras, la Constitución debería ser preferida a la ley ordinaria; la intención del pueblo a la intención de sus representantes.

Esto no quiere decir que el poder judicial sea superior al poder legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se opone a la voluntad del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben guiarse por la última antes que por las primeras. Deberían regular, pues, sus decisiones por las leyes que son fundamentales antes que por aquellas que no lo son”¹¹.

then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the executive”

¹⁰ Así, en su obra clásica *¿Qué es el Tercer Estado?*, argumentó que “la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ningún poder delegado puede alterar nada de las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales”. En otras palabras, en dicho texto se establece una clara jerarquía entre poder constituyente y poderes constituidos. Es el primero el que -a través de las leyes fundamentales, es decir, la constitución- delimita las competencias de los diversos órganos que detentan el poder político. Bajo esta concepción, para que dicha delimitación funcione, es preciso que estos órganos no se encuentren capacitados -en principio- para modificar las reglas que los delimitan. El contexto de esta conceptualización es -por cierto- la reivindicación de la nación como el sujeto del que emana el poder político (en contra de las “corporaciones” -es decir, el rey y los parlamentos- que detentaban el poder durante el período prerrevolucionario). Véase: SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado?*, Biblioteca Omegalfa, 2019, pp. 62-63. Disponible en el sitio electrónico <https://omegalfa.es/>.

¹¹ Ibid., pp. 381-382. Traducción propia. La frase original dice: “It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course,

Como se puede apreciar, las ideas expresadas por el juez Marshall, se ubican en una suerte de continuidad con una línea del pensamiento político estadounidense¹². Esta línea de pensamiento no se impuso sin discrepancias, tiras y aflojas, conflictos, etc. De hecho, se podría decir que, hasta el día de hoy, es una lógica disputada, como veremos a continuación.

d) Críticas

Diversos juristas han criticado la sentencia de Marshall y la lógica que subyace a su razonamiento. Así, por ejemplo, Carlos Santiago Nino señala que la nulidad no es una consecuencia lógica de la inconstitucionalidad de una norma. Así, "una ley inconstitucional tiene una serie de efectos vinculantes y de obligatoriedad"¹³. Por otro lado, tampoco hay una lógica necesaria en la idea de que sean los jueces los destinados a evaluar la inconstitucionalidad de las leyes¹⁴. Más aún, Michel Troper ha sostenido que puede haber supremacía constitucional en un sistema sin control judicial de la constitucionalidad, en el entendido de que "es la constitución la que determina el método usado para elaborar una ley y, en algunos casos, ordena a la ley a tener cierto contenido"¹⁵. Es decir, incluso aceptando el principio de supremacía constitucional, habría *más de una forma de entender esta supremacía* y el control judicial no sería una consecuencia necesaria de ella.

Si la llamada "lógica de Marshall" no obedece realmente a una consideración lógica, cabe preguntarse a qué responde verdaderamente. En este sentido, Nino argumenta que "el sistema de control de constitucionalidad que queramos elegir y que podamos adoptar no depende de una cuestión de lógica, no depende de tener una Constitución operativa, sino de otro tipo de consideraciones"¹⁶. Estas serían consideraciones políticas, y estarían vinculadas con nuestra justificación del sistema democrático.

En este sentido, la principal crítica al fallo de Marshall -y a la institucionalidad del control judicial que se inspira en dicho fallo- es lo que se suele denominar como la *objección contramayoritaria*. Esta se funda básicamente en la falta de vinculación

to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental".

¹² También se ha planteado una continuidad con el pensamiento judicial de ciertos juristas ingleses, en particular Edward Coke, quien en el caso Bonham se refirió a una ley que fuera contraria al "common law", concluyendo que dicha ley sería "nula" (void). Véase: CARBONELL, Miguel. Op. Cit., p. 297.

¹³ NINO, Carlos Santiago. "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 4, 1989, p. 81.

¹⁴ Ibid., p. 82.

¹⁵ TROPER, Michel. "Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy", International journal of constitutional law, vol. 3, Nº 1, 2005, p. 36.

¹⁶ NINO, Carlos Santiago. Op. Cit., p. 82.

democrática de los jueces. Para el caso particular de Estados Unidos, Jorge Amaya ha sintetizado las críticas en los siguientes puntos:

“1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.

2) La duración cuasivitalicia en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos.

3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y, a la vez, no controlable por los otros poderes, que sí encarnan la voluntad popular.

4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución, pues no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél.”¹⁷.

Por el contrario, nos dice el mismo autor, “quienes se adhieren a la posición judicialista entienden que dicha situación, lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías”¹⁸.

No profundizaremos en este debate, pero es importante consignarlo, porque -como señalamos al principio- la adopción o no de un modelo de control judicial de la constitucionalidad, es una cuestión relacionada con el equilibrio de poder en un país determinado; en síntesis, es una cuestión política, y el diseño institucional debe considerar tanto las ventajas como las desventajas que se han planteado.

1.1.2. La constitución austríaca de 1920 y el argumento de Hans Kelsen

a) Contexto

Ciertamente la idea de un órgano *ad hoc* que controlara la constitucionalidad de las leyes era parte del debate en el derecho continental europeo. Sabemos de la existencia de diversos sistemas de control político que ya se habían ensayado¹⁹, además del ejemplo que ofrecía la misma Corte Suprema estadounidense, como control jurisdiccional. Así, cabe destacar que la primera experiencia de una corte constitucional se dio en Checoslovaquia, donde el preámbulo de la constitución de

¹⁷ AMAYA, Jorge. *Control de constitucionalidad*, 2º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 212.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Así, habían existido experiencias donde el control de constitucionalidad lo ejercían órganos legislativos, como, por ejemplo, la constitución francesa del año III (1795), donde el control lo ejercía el Consejo de Ancianos. Cabe mencionar, que -con posterioridad- se han seguido estableciendo sistemas que, o bien combinan un control jurisdiccional con un control político o bien privilegian el control político de la constitucionalidad de las leyes. Esto se puede notar en la constitución de la Cuarta República francesa (1946), donde el control era ejercido por el llamado “comité constitucional” (compuesto por miembros designados por los diversos órganos políticos y presidido por el presidente de la república) y por la constitución finlandesa actual (1999), donde el control es ejercido por la Comisión de Asuntos Constitucionales del mismo parlamento. Para un análisis detallado de estas y otras experiencias similares, véase: TUSSEAU, Guillaume. “Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad”, Parlamento y Constitución. Anuario, N° 18, 2017.

1920 dispuso la existencia de este tipo de órgano²⁰. Sin embargo, este modelo no generó un gran impacto en el resto de los países europeos, ya que, en sus dieciocho años de existencia, la corte funcionó esporádicamente y no creó jurisprudencia²¹.

En paralelo, la constitución austríaca, también promulgada el año 1920, marcaría un hito al disponer la existencia de un tribunal constitucional, en cuyo diseño y elaboración participaron diversos juristas, entre los que destaca Hans Kelsen, uno de los grandes exponentes de la teoría del derecho. Se ha indicado que la principal motivación para establecer este sistema fue la necesidad de contar con un órgano que dirimiera eventuales conflictos entre el Estado federal austríaco y los diversos territorios (Länder) que lo componían²². Sin embargo, como veremos, en la práctica esta nueva propuesta permitió renovar el debate en torno a la supremacía constitucional y las vías para su consagración.

b) *Contenido de la propuesta*

El problema, para Kelsen, consistía en cómo garantizar la "regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución"²³. Es decir, cómo hacer para que las leyes y los decretos se ajustaran efectivamente a lo dispuesto en la constitución. A su juicio, esto sólo se podía llevar a cabo con una visión jerárquica del ordenamiento jurídico. Como vimos al principio, en esta imagen piramidal la constitución determina a la ley, que a su vez determina al decreto, y así sucesivamente²⁴. Si se quiere preservar esta supremacía de la constitución, sostiene Kelsen, entonces es necesario establecer algún mecanismo de control de la constitucionalidad, que permita anular aquellas leyes que se consideran inconstitucionales:

²⁰ El artículo I del preámbulo establecía que las leyes que entraran en conflicto con la constitución eran inválidas, mientras que el artículo II disponía que una corte constitucional decidiría si las leyes de la República Checoslovaca eran o no constitucionales. El artículo III establecía que la corte se compondría de 7 jueces, remitiéndose a una ley la regulación de su mecanismo de designación, así como sus competencias específicas y su procedimiento. Esta ley se promulgó el 9 de marzo de 1920. Véase: <https://archive.org/details/cu31924014118222/page/n13/mode/2up> [consultado el 14-12-2020]

²¹ CRUZ, Pedro. "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 2, N° 5, 1982, p. 146.

²² AMAYA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 108.

²³ KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15, 2011, p. 259.

²⁴ "Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del Derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del Derecho frente a la ley, y creación del Derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican" (*ibid.*, p. 255). Kelsen era consciente de que muchas veces las normas escapan a esta estructura ideal, ya que "ocurre, por ejemplo, que no es necesario que el reglamento, es decir, una norma general que emana de las autoridades administrativas, se inserte entre la ley y el acto individual; incluso, puede suceder que el reglamento intervenga inmediatamente con base a la Constitución y no únicamente en ejecución de una ley" (*ibid.*). Sin embargo, el teórico prefiere situarse en la hipótesis típica de una estructura jerarquizada. Lo relevante es que en cualquier hipótesis que se discuta, la constitución siempre será "el asiento fundamental del ordenamiento estatal" (*ibid.*, p. 260). De esta constatación, se derivaría la "idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible", lo que justifica -entre otras cosas- la existencia de un procedimiento especial para su reforma (*ibid.*).

“Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”²⁵.

El autor descarta la posibilidad de que sea el mismo parlamento el que evalúe esta inconstitucionalidad, “porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz”²⁶. Y añade:

“No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—.”²⁷.

Queda clara, pues, la justificación del control por parte de un órgano distinto al parlamento. Pero, entonces, ¿por qué no entregarle esta función al poder judicial, como en Estados Unidos? Kelsen contesta que aquello vulneraría el principio de separación de los poderes, ya que implicaría la intervención del poder judicial en materias legislativas. Por lo tanto, a su juicio, el órgano tiene que estar fuera del poder judicial. Y es que, en rigor, lo que se ejerce no es una función jurisdiccional, sino legislativa: “la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.

Ahora bien, anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”²⁸.

En otras palabras, el poder legislativo se desdobra, incorporándose un *legislador negativo* que asegurará que la sujeción del parlamento a la norma constitucional.

d) *Críticas*

Kelsen nos proporciona una de las mejores justificaciones de la existencia de un órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, y sus argumentos son citados hasta el día de hoy para defender esta posición. Sin embargo, en su momento se trató de una cuestión polémica, y no tardaron en

²⁵ Ibid., p. 295. Nótese la asociación directa que hace Kelsen entre norma positiva y sanción, donde una norma sin sanción quedaría, de cierta forma, excluida del ámbito jurídico. A juicio de Troper, esta visión es usual en la tradición positivista y no se diferencia sustantivamente de lo expuesto por el juez Marshall en su sentencia, ya analizada. Véase: TROPER, Michel. *Ensayos de teoría constitucional*, Editorial Fontamara, Ciudad de México, 2008, p. 210.

²⁶ KELSSEN, Hans. Op. Cit., p. 274.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p. 275.

aparecer profundas críticas. La más famosa de estas fue formulada por el jurista alemán Carl Schmitt.

Su principal crítica es a la concepción kelseniana de la jurisdicción. Para Schmitt, la jurisdicción supone aplicar una *norma a un caso* concreto (subsumir una hipótesis de hecho dentro de una norma), lo que no tendría sentido en el caso de una contradicción entre *dos normas* (la norma constitucional y la norma legal). En estos casos, sostiene Schmitt, no se puede subsumir una norma dentro de otra; lo que se hace es determinar el *contenido* de una norma. En esencia, se remueve la ambigüedad del contenido de la norma constitucional y se determina el contenido y el alcance de la ley. Esto, para Schmitt, es actuar como un legislador y rompe con la lógica de la distinción entre jurisdicción y legislación.

“Llegamos siempre a la misma y clara alternativa: o hay una obvia e indudable violación del mandato contenido en una ley constitucional, y en este caso el tribunal deberá sancionar dicha violación, determinándola explícitamente en la forma debida y ejerciendo una justicia penal reivindicativa; o la duda relacionada con el contenido de la norma está tan bien fundamentada, y el contenido de la norma es tan poco claro, que es imposible hablar de una violación de dicho contenido (...). Es evidente que, en este último caso, la decisión del tribunal no puede tener otro significado que el de una interpretación auténtica. (...) Todo órgano que ponga, auténticamente, fuera de duda el contenido controvertido de una norma actúa, de hecho, como legislador. Y si pone fuera de duda el contenido ambiguo de una ley constitucional actúa como legislador constitucional”²⁹.

Cabe mencionar que Kelsen era consciente de esta posible objeción, ya que admitía el carácter legislativo del tribunal constitucional, pero lo caracterizaba como un legislador negativo. La diferencia estriba en que, para Schmitt, esto implica igualmente una transgresión en la lógica de la separación de los poderes. Como lo plantea Lorenzo Córdova:

“Schmitt rechaza la opción de Kelsen a favor de un tribunal constitucional en la medida en la que, sostiene, la garantía de la Constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. Quien propone la institución de un tribunal constitucional en Alemania, afirma Schmitt, lo hace inspirándose en la figura de la Suprema Corte establecida por la Constitución estadounidense sin darse cuenta que ese órgano “es todo menos una corte constitucional”; éste es en realidad el verdadero y propio centro del poder de decisión de una forma de Estado que Schmitt califica como “jurisdiccional”. Pretender crear un tribunal de ese tipo en una república como la de Weimar sería, según Schmitt, un grave sinsentido que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar a la jurisdicción”³⁰.

En contraste, el propio Schmitt propone un control estrictamente político de la constitucionalidad. A su juicio, la labor de “defensa de la constitución” sólo puede ser ejercida por un *poder neutral*, que sea capaz de ubicarse por sobre los vaivenes

²⁹ SCHMITT, Carl. “The guardian of the Constitution. Chapter I, 1-3”, en: VINX, Lars (ed). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 117. Traducción propia a partir de la traducción de Vinx.

³⁰ CÓRDOVA, Lorenzo. “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 15, 2006, pp. 60-61.

políticos que afectan tanto al parlamento como al gobierno. A su juicio, este poder no es ni más ni menos que el presidente de la república, que en la Alemania de Weimar -un régimen semipresidencial- representaba, según él, la unidad política de la nación³¹.

Aparte de esta crítica -que obligó a Kelsen a elaborar una cuidadosa respuesta-, se han reiterado las objeciones ya vistas en el punto anterior. En particular, la falta de una necesidad lógica de que la supremacía constitucional conlleve un sistema de control constitucional en los términos planteados por Kelsen³² y la llamada objeción contramayoritaria (que, de todas formas, se halla implícita en la crítica schmittiana).

1.2. Caracterización de los modelos puros

1.2.1. El modelo de control difuso: Estados Unidos

Este modelo se caracteriza por los siguientes elementos³³:

a) Es un modelo difuso o descentralizado, ya que todo juez tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad.

b) Es concreto, debido a que se ventila durante un juicio principal que tiene una causa y un objeto distintos, en cuanto el juez se pronuncia por vía de excepción con ocasión de la aplicación de una ley en particular.

c) Es un control represivo o *a posteriori*, ya que se aplica respecto de leyes ya promulgadas.

d) Sus efectos son particulares o *inter partes*; es decir, causa efectos para las partes del juicio, pero no para todas las personas;

e) La sentencia tiene efecto declarativo (y no constitutivo). Esto significa que el juez, al declarar inconstitucional la ley, reputa la norma como inválida o nula. La nulidad se aplica *ex tunc*, es decir, de modo retroactivo.

1.2.2. El modelo de control concentrado: Austria

Este modelo se caracteriza por los siguientes elementos³⁴:

a) Es un sistema concentrado, ya que el control de constitucionalidad se encuentra reservado a un órgano especialmente constituido para tal efecto.

³¹ SCHMITT, Carl. "The president of the Reich as the guardian of the Constitution", en: VINX, Lars (ed). Op. Cit., 2015, pp. 172-173.

³² Véase, a este respecto: TROPER, Michel. "Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy", International journal of constitutional law, vol. 3, Nº 1, 2005, p. 36.

³³ Para este punto tuvimos a la vista la síntesis de DÍAZ, Enrique. "Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes", Opinión Jurídica, vol. 15, Nº 30, 2016, pp. 35-36.

³⁴ Ibid., pp. 37-38.

b) Es de control abstracto, porque consiste en analizar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la existencia de una causa judicial.

c) Es un control represivo o *a posteriori*.

d) Sus efectos son generales o *erga omnes*, expulsando la norma del ordenamiento jurídico.

e) La sentencia tiene efecto constitutivo. Así, ella se aplica *ex nunc*, es decir, sus efectos rigen solo hacia el futuro.

1.2.3. El modelo de control «político»: Francia

De forma consistente con su historia constitucional, en Francia se creó un modelo de control que algunos llaman "político". Este carácter se ejemplificaría en la composición del Consejo Constitucional, que incorpora a los expresidentes de la república de manera vitalicia. Además, a diferencia de los otros modelos, este era un control exclusivamente *preventivo* de las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios (es decir, se aplicaba antes de que dichas leyes y reglamentos fueran promulgados). Según Amaya, la razón de este diseño fue "frenar el excesivo poder que la Asamblea Nacional tuvo en el período de 1946-1958"³⁵. Sin embargo, sucesivas reformas lo han ido acercando cada vez más al modelo concentrado, como veremos más adelante.

1.3. Un caso relevante de modelo mixto: el modelo incidental (Alemania, España e Italia)

Como veremos en el apartado siguiente, en la práctica no existen los modelos puros, sino que a lo largo de los años se han ido dando procesos cada vez más agudos de hibridación de modelos. Sin embargo, dentro de los llamados "modelos mixtos", vale la pena detenerse en el modelo incidental que se estableció en Alemania, Italia y España, debido al impacto que estos sistemas han tenido en América Latina.

En general, podemos decir que las constituciones de postguerra establecieron modelos híbridos o intermedios, donde "el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es único y especializado, como en Austria, pero, al igual que en Estados Unidos, cada juez está interesado en el ejercicio del control de constitucionalidad: ellos pueden, y en determinadas circunstancias más bien deben, realizar un juicio preliminar de conformidad con la Constitución de la ley a aplicar en un caso concreto y, sólo si tienen dudas (o la certeza racional) de contradicción de la norma con la Constitución, elevarán la cuestión al Tribunal Constitucional"³⁶.

Es decir, el sistema es difuso en el sentido de que todo juez tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero es concentrado en el sentido de que sólo el tribunal o corte constitucional tiene competencia para dirimir el conflicto

³⁵ AMAYA, Jorge. Op. Cit., p. 104.

³⁶ PEGORARO, Lucio. "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional", Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N° 6, 2002, p. 399.

en caso de duda. Por otra parte, en muchos de estos países se combinan el control concreto con el control abstracto. En algunos ordenamientos, incluso, se incorpora el control preventivo de estilo francés, en su variante obligatoria y facultativa.

2. Tribunales Constitucionales en el derecho comparado³⁷

2.1. Francia

a) General

Es un modelo de control concentrado, es decir, el control de la constitucionalidad le corresponde a un solo órgano. Además, se trata de un órgano autónomo que se encuentra fuera del poder judicial.

b) Composición

Está compuesto por nueve jueces, además de los expresidentes de la república, quienes son miembros vitalicios. Ni la constitución ni su ley orgánica establecen requisitos para ser juez, por lo que formalmente sería un tribunal no letrado, aunque en la práctica ha sido compuesto por eminentes juristas. Esto refuerza la tesis de su carácter *político*, que ya vimos en el apartado anterior.

Por otra parte, se establecen diversas incompatibilidades para ejercer el cargo. Así, no pueden ser miembros del gobierno, del Consejo Económico, Social y Ambiental, ni de la Defensoría de los Derechos. El cargo es incompatible, además, con el ejercicio de cualquier mandato electoral, de la profesión de abogado, de cualquier función pública y cualquier otra actividad profesional o asalariada. Sin embargo, a los miembros del Consejo Constitucional se les permite realizar trabajos científicos, literarios o artísticos.

c) Mecanismo de designación

Tres son nombrados por el Presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Este equilibrio refuerza el carácter político del órgano. Así, mientras en otros países se establecen quórum elevados para forzar los consensos y asegurar el carácter "transversal" -en realidad, negociado- de los nombramientos, este diseño asume de forma bastante transparente la vinculación política del órgano.

d) Duración

Duran en sus cargos 9 años sin reelección (excepto los expresidentes de la república, que tienen cargo vitalicio).

³⁷ En esta sección se sintetizan los elementos que se pueden observar en el Anexo N° 1.

e) *Principales funciones*

En primer lugar, el Consejo Constitucional francés ejerce un control *preventivo*; es decir, revisa la constitucionalidad de las normas antes de que hayan sido promulgadas. Se trata, asimismo, de un control de carácter *abstracto*, ya que no se encuentra vinculado a un caso concreto, sino a la revisión de la validez de una norma en relación con otra norma superior. Por otra parte, este control puede ser de dos tipos:

a) *Obligatorio*: deberá pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución de las leyes orgánicas, antes de su promulgación, de las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum³⁸, y de los reglamentos de las cámaras parlamentarias antes de su aplicación (art. 61, inc. 1º).

b) *Facultativo*: deberá pronunciarse sobre la conformidad con la constitución de las leyes, antes de su promulgación, cuando así lo soliciten el Presidente de la República, el Primer Ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores (art. 61, inc. 2º).

En segundo lugar, ejerce un *control represivo extraordinario* de disposiciones legislativas, en el caso de que surja en un juicio una "cuestión prioritaria de constitucionalidad". Se trata del alegato hecho por un particular en una instancia jurisdiccional de que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que garantiza la Constitución. Para que esta causa llegue al Consejo Constitucional, tienen que habérselo remitido el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación (art. 61-1). Si bien se trata de un control concreto o incidental, el principal efecto de la sentencia es la invalidación de la norma declarada inconstitucional; es decir, es una sentencia con efecto *erga omnes*. Veremos un caso similar respecto del Tribunal Constitucional español.

En tercer lugar, tiene una serie de funciones relacionadas con materias electorales:

a) Velar por la regularidad de la elección del Presidente de la República, examinar las reclamaciones y proclamar los resultados del escrutinio (art. 58).

b) Pronunciarse, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores (art. 59).

c) Velar por la regularidad de las operaciones de referéndum previstas en los artículos 11 y 89 y en el título XV de la Constitución, así como proclamar sus resultados (art. 60).

³⁸ Dice el artículo 11, inciso primero: "El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicadas en el *Journal Officiel* (Boletín Oficial), podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones".

2.2. Alemania

a) *General*

Este tribunal, a diferencia del modelo austríaco, se inserta *dentro* del poder judicial, asemejándose más, en este punto, al modelo estadounidense. Sin embargo, la remisión de la norma al tribunal superior en este caso no es eventual, sino que obligatoria. Es decir, un juez que considere que la norma de la que depende la resolución del caso es inconstitucional debe elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal (art. 100).

b) *Composición*

Está compuesto por 16 jueces. Se divide a su vez en dos "senados" de ocho integrantes (en adelante hablaremos de "salas", por ser el término que generalmente se usa en nuestro medio). Es un órgano letrado, profesional, ya que sólo puede ser integrado por personas que cumplan con los requisitos para ser juez o, en ciertos territorios, que hayan obtenido el título de abogado (art. 3 de la ley que regula el Tribunal Constitucional Federal). Además, tienen que haber cumplido los 40 años de edad y ser elegibles para el parlamento federal (Bundestag). Sin embargo, no hay requisitos adicionales en cuanto al tiempo de ejercicio de la profesión.

c) *Mecanismo de designación*

Cada sala es elegida por partes iguales por el parlamento federal (Bundestag) y el consejo federal (Bundesrat), mediante un quórum de 2/3. Tres jueces de cada sala deben pertenecer a alguna de las cortes supremas federales³⁹.

Por tanto, vemos que su mecanismo de designación es predominantemente político, buscándose un equilibrio entre los diversos órganos que participan en él.

d) *Duración en el cargo*

Doce años sin reelección o hasta que cumplan 68 años.

e) *Principales funciones*

En primer lugar, cabe señalar que el control ejercido por este tribunal es siempre de carácter *represivo* y no preventivo (es decir, se aplica una vez que la ley ya se encuentra promulgada). Además, es un control *facultativo* y no obligatorio (es decir, la actividad del tribunal se inicia siempre a petición de parte).

En segundo lugar, le corresponde un *control abstracto* respecto de:

a) controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de las leyes federales o de los Länder con la Ley Fundamental; o

³⁹ Estas se encuentran establecidas en el art. 95 de la Ley Fundamental y son: i) la Corte Federal de Justicia; ii) la Corte Federal Contencioso-administrativa; iii) la Corte Federal de Hacienda; iv) la Corte Federal de Trabajo; y v) la Corte Federal Social.

b) la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del derecho federal.

En ambos casos sólo puede hacerse a petición del gobierno, del gobierno de un Land, o de 1/4 de los miembros del parlamento (art. 93.1, N° 2);

c) cuando haya una controversia sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2 de la Ley Fundamental, es decir, en caso de legislación concurrente del nivel federal para crear condiciones de vida equivalentes entre la población, a petición del Consejo Federal, del gobierno de un Land o de la asamblea legislativa de un Land (art. 93.1, N° 2a).

En tercer lugar, le corresponde el *control concreto* respecto de:

a) la compatibilidad de una ley federal o de un Land con la Ley Fundamental cuando así lo solicite una corte en el marco de un caso pendiente (art. 100, N° 1); y

b) cuando la corte constitucional de un Land, interpretando la Ley Fundamental en un caso concreto, pretenda decidir de una forma distinta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de la corte constitucional de otro Land (art. 100, N° 3).

En cuarto lugar, le corresponden los *recursos de amparo* de derechos fundamentales, presentados por particulares (art. 93.1, N° 4a) o por municipalidades o mancomunidades de municipios en casos de vulneración de la autonomía municipal (art. 93.1, N° 4b).

En quinto lugar, le corresponde resolver los siguientes problemas sobre *competencias*:

a) interpretar la Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos por la Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo (art. 93.1, N° 1);

b) en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la *ejecución* del derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal (art. 93.1, N° 3);

c) en otras controversias de derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial (art. 93.1, N° 4).

En sexto lugar, es competente sobre los *recursos* interpuestos por asociaciones contra el *no-reconocimiento* como partido para las elecciones al parlamento (art. 93.1, N° 4c).

2.3. España

a) *General*

A diferencia de Alemania, España se apega al modelo austríaco, estableciéndose un órgano autónomo, que se encuentra fuera de la órbita del poder judicial.

b) *Composición*

Son 12 jueces y se divide en dos salas de seis jueces cada una.

Es un órgano letrado, compuesto por juristas, aún más profesionalizado que en el caso alemán, ya que requiere más de quince años de ejercicio profesional y ejercer como magistrado, fiscal, profesor universitario, funcionario público o abogado. Es un cargo incompatible con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

c) *Mecanismo de designación*

Son nombrados por el Rey:

a) cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5 de sus miembros;

b) cuatro a propuesta del Senado, también por 3/5;

c) dos a propuesta del gobierno; y

d) dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

d) *Duración*

Sus miembros duran 9 años en el cargo sin reelección.

e) *Principales funciones*

Cabe señalar que, al igual que en el caso alemán, el control es -salvo una excepción a la que nos referiremos- *represivo* y de carácter *facultativo*. Además, combina el control abstracto con el control concreto, con lo cual se asemeja bastante al esquema alemán.

En primer lugar, le corresponde un *control abstracto* respecto de:

i) los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas;

ii) las leyes ordinarias (incluida cualquier otra disposición normativa y actos del Estado con fuerza de ley);

iii) los decretos legislativos;

- iv) los tratados internacionales;
- v) los reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales;
- vi) las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas; y
- vii) los reglamentos de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Este control abstracto se lleva a cabo a través del recurso de inconstitucionalidad, que sólo puede ser interpuesto por el Presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas⁴⁰ (arts. 161, N° 1, a) y 162).

En segundo lugar, le corresponde el *control concreto* respecto de cualquier norma de rango legal, cuando un juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, plantee la cuestión de si es contraria a la constitución, en caso de que dicha norma sea aplicable al caso y el fallo dependa de su validez (art. 163). Cabe mencionar que aquí se hace igualmente un análisis de validez de la norma y las consecuencias del fallo son las mismas que en el recurso de inconstitucionalidad, vale decir, la anulación del precepto. Así, al igual que en el control abstracto, la sentencia tiene efecto *erga omnes*, lo que ha llevado a parte de la doctrina a hablar de un "control concreto impropio"⁴¹.

En tercer lugar, le corresponde conocer del *recurso de amparo* por violación de los derechos y libertades fundamentales establecidos en los artículos 14 a 29 (art. 161, N° 1, b).

En cuarto lugar, conoce de los *conflictos de competencia* entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí (art. 161, N° 1, c).

Finalmente, le compete además un *control previo* de los proyectos de Estatuto de las Comunidades Autónomas y de sus propuestas de reforma⁴².

⁴⁰ Aunque la constitución no establece tal diferencia, la ley orgánica del TC español limita las hipótesis de interposición del recurso en caso de los órganos ejecutivos y las asambleas de las Comunidades Autónomas a las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, lo que pareciera excluir la impugnación de los tratados internacionales, los decretos legislativos, los reglamentos de las cámaras, así como las leyes y reglamentos de otras Comunidades Autónomas. Esta limitación ha sido debatida en la doctrina. Véase: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "La legitimación activa en los procesos constitucionales", Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 3, N° 9, 1983, p. 11 y ss.

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 43. Citado en: GÓMEZ CORONA, Esperanza. "El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-2008)", Revista de Derecho Político, N° 74, 2009, p. 269.

⁴² Esta atribución no está indicada en la constitución española, sino en la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Es el propio artículo 161, N° 1, d) de la constitución el que permite esta posibilidad. Así, en la versión original de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, se pudo incluir la competencia del Tribunal Constitucional de conocer "del control previo de constitucionalidad en los casos previstos en la Constitución y en la presente Ley", cuestión

2.4. Colombia

a) *General*

En Colombia, al igual que en Alemania, tenemos un caso de control *concentrado*, pero con una corte inserta en el poder judicial. Además de este control existe, en paralelo, un sistema de control difuso y concreto de la constitucionalidad, sustentado en el artículo 4 (que establece el principio de supremacía constitucional). Así, cualquier juez de la república puede inaplicar una norma en un caso concreto, a través de la llamada "excepción de inconstitucionalidad".

b) *Composición*

La Corte Constitucional está compuesta por nueve miembros. Para ser parte de la corte es necesario ser abogado. Asimismo, en su integración los órganos encargados de los nombramientos deberán considerar que sus miembros provengan de diversas ramas del derecho. Como se ve, se trata de un organismo letrado y profesional, pero no se establecen mayores requisitos en cuanto a la trayectoria de sus miembros.

c) *Mecanismo de designación*

Los nombra el Senado: tres a propuesta del Presidente de la República, tres a propuesta de la Corte Suprema de Justicia (en cuanto máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria) y tres a propuesta del Consejo de Estado (en cuanto tribunal supremo de lo contencioso administrativo). A pesar de ser designados por un órgano político, es interesante notar que seis de los nueve jueces pasan por un filtro judicial, lo que les da un cariz más técnico.

d) *Duración*

Duran en sus cargos ocho años sin reelección.

e) *Principales funciones*

La Corte Constitucional ejerce tanto un control de tipo facultativo como un control obligatorio (llamado en la doctrina colombiana "control automático"). Mientras el primero es iniciado a petición de parte, el segundo se concibe como una instancia obligatoria del proceso de confección de la norma (que puede darse antes o después de su promulgación). Sin embargo, como veremos, el sistema se centra especialmente en el control facultativo, a través de la *acción de inconstitucionalidad*.

que, de acuerdo a esa misma ley, incluía a los proyectos de Estatutos de Autonomía. Este control previo fue derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, según lo establecido en su preámbulo, debido a que "la experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado". Finalmente, y producto de los diversos conflictos constitucionales entre las Comunidades Autónomas y el Estado central español, el año 2015 se repuso esta atribución, pero en los términos acotados que estamos analizando (Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre).

Además, la Corte generalmente realiza un control *abstracto*⁴³.

Así, vemos que, en primer lugar, la Corte ejerce un control *preventivo obligatorio*, respecto de:

a) la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación;

b) la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados (vetados) por el gobierno como inconstitucionales, en caso de insistencia de las cámaras;

c) la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias (parecidas a las leyes orgánicas constitucionales de nuestro sistema), tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; y

d) la "exequibilidad" (es decir, ajuste a la constitución) de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, antes de su ratificación.

En segundo lugar, le corresponde un control *represivo*, de carácter *obligatorio*, sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (estados de excepción).

En tercer lugar, realiza un control *represivo facultativo* cuando resuelve sobre la acción de inconstitucionalidad. Esta se puede interponer por cualquier ciudadano en los siguientes casos:

a) contra actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios en su formación (art. 241, N° 1);

b) contra los referendos sobre leyes, tanto por cuestiones materiales como de procedimiento;

c) contra las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional, sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

d) contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;

e) contra los decretos con fuerza de ley, dictados por el gobierno, en uso de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso con fundamento en el artículo 150, numeral 10 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;

f) contra los decretos con fuerza de ley, sobre el plan nacional de desarrollo, conforme al artículo 341 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

⁴³ La excepción a esto es cuando se pronuncia sobre la acción de tutela.

En cuarto lugar, le corresponde revisar las decisiones judiciales relacionadas con la *acción de tutela* de los derechos constitucionales.

Finalmente, le corresponde dirimir los *conflictos de competencia* que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

2.5. Perú

a) *General*

El Tribunal Constitucional del Perú es un órgano autónomo e independiente y ejerce un control concentrado de constitucionalidad, acercándose en este sentido al modelo austríaco. En paralelo a este modelo concentrado, el sistema peruano cuenta con el control *difuso* a cargo de los integrantes del poder judicial. Esto ha llevado a algunos autores a hablar de un sistema dual o paralelo⁴⁴.

b) *Composición*

Está compuesto por siete miembros, que deben cumplir los mismos requisitos que se necesitan para ser vocal de la Corte Suprema (ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años y haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años). Es decir, no sólo es un órgano letrado, sino además se requiere una trayectoria profesional importante.

Por otro lado, los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas y les alcanzan las mismas incompatibilidades. Además, no pueden ser elegidos los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

c) *Mecanismo de designación*

Son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los 2/3 del número legal de sus miembros.

Para la selección, el pleno del Congreso designa a una comisión especial, la que a su vez propone candidatos. Sus nombres son publicados y se abre incluso un período para que cualquier persona pueda presentar tachas. Finalmente, la comisión selecciona a sus nominados y el Congreso vota.

Vemos aquí una mezcla de consideraciones técnicas y políticas. Es interesante notar que la totalidad del proceso se realiza en el poder legislativo, sin participación del poder ejecutivo o del poder judicial. Esto pareciera reforzar una visión kelseniana del órgano, en cuanto legislador negativo.

d) *Duración en el cargo*

⁴⁴ Citar a Amaya

Su período es de sólo 5 años, pero pueden ser nombrados nuevamente de manera discontinua.

e) *Principales funciones*

El Tribunal Constitucional peruano ejerce un control represivo y facultativo de las normas. Es decir, aquí también sigue de cerca el modelo austríaco.

En primer lugar, ejerce un control *abstracto* respecto de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo, en virtud de la *acción de inconstitucionalidad* que conoce en única instancia.

En segundo lugar, realiza el *control concreto*, actuando como última instancia respecto de las resoluciones *denegatorias* de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento (esta última procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley).

Finalmente, conoce los *conflictos de competencia*, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

2.6. Bolivia

a) *General*

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ejerce el control concentrado de la constitucionalidad, pero se inserta dentro de la estructura del poder judicial, similar a la forma en que lo hace la Corte Constitucional colombiana. Como veremos luego, es un caso particular de hibridación, por cuanto combina diversos tipos de control y detenta una amplia gama de funciones.

b) *Composición*

Está integrado por siete jueces titulares y siete suplentes. Al menos dos de estos magistrados deben provenir del sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal.

En cuanto a los requisitos para ser juez, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, deberán haber cumplido 35 años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos 8 años en las disciplinas de derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos. Es decir, es un tribunal letrado y con elevadas exigencias en cuanto al desarrollo profesional.

Respecto de las inhabilidades, se rigen por el mismo sistema de prohibiciones e incompatibilidades de los servidores públicos.

c) *Mecanismo de designación*

Aquí viene el punto más innovador de este órgano: sus miembros se eligen mediante *sufragio universal*. La Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de 2/3 de sus miembros presentes, realiza una preselección de 28 postulantes, de los cuales la mitad deben ser mujeres, y remite la nómina de precalificados al Órgano Electoral Plurinacional. Los siete candidatos más votados serán los magistrados titulares y los siete candidatos siguientes en votación serán suplentes.

Es decir, a pesar de los requisitos profesionales que ya mencionamos, con esto se reconoce el carácter político del órgano. Sin embargo, se trata de un órgano cuya legitimidad no se deriva del poder ejecutivo, del poder legislativo o del poder judicial, sino que cuenta con legitimidad democrática directa. El objetivo de este sistema pareciera ser, por lo tanto, asegurar la independencia o autonomía del tribunal. Aun así, se ha criticado su sujeción, durante la etapa de preselección, a un solo órgano (el órgano legislativo), lo que cuestionaría su pretendida independencia⁴⁵.

d) *Duración*

Duran seis años en sus cargos, pero pueden ser elegidos nuevamente de manera discontinua.

e) *Principales funciones*

El Tribunal Constitucional de Bolivia tiene una amplia gama de funciones. Así, le corresponde, en primer lugar, el *control preventivo obligatorio* de los tratados internacionales, antes de su ratificación.

En segundo lugar, le corresponde el *control preventivo facultativo* de las consultas del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley.

En tercer lugar, ejerce el *control represivo obligatorio* del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

En cuarto lugar, realiza el *control represivo facultativo* en los siguientes casos:

a) inconstitucionalidad de las leyes;

b) inconstitucionalidad de los Estatutos Autonómicos (normas institucionales básicas de los departamentos⁴⁶);

c) inconstitucionalidad de las Cartas Orgánicas (normas institucionales básicas de los municipios, elaboradas participativamente);

⁴⁵ MILLÁN, Óscar. "El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional", Ciencia y Cultura, N° 35, 2015, p. 127.

⁴⁶ Similares a nuestras regiones.

d) inconstitucionalidad de los decretos y de todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales.

Si la acción es de carácter *abstracto*, sólo pueden interponerla el Presidente de la República, legisladores y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas. Si es de carácter *concreto*, puede interponerla cualquier persona afectada. En todos estos casos el tribunal actúa en única instancia.

En quinto lugar, le compete la revisión de las siguientes *acciones constitucionales*:

a) de libertad (equivalente a nuestra acción de amparo);

b) amparo constitucional (equivalente a nuestra acción de protección);

c) protección de privacidad;

d) popular (acción que corresponde frente a cualquier ley inconstitucional que afecte a personas individuales o colectivas); y

e) de cumplimiento (acción que corresponde cuando un funcionario público incumple disposiciones constitucionales o legales, pudiendo exigirse mediante ésta que se ejecute la norma omitida).

En sexto lugar, debe conocer de diversas *acciones especiales*, como:

a) los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución;

b) los recursos contra resoluciones del órgano legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas;

c) los recursos directos de nulidad. Estos tienen por objeto declarar la nulidad de los actos de órganos o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

En séptimo lugar, le corresponde dirimir los diversos conflictos de competencia que se presenten: i) entre órganos del poder público; ii) entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas; y iii) entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

Finalmente, le corresponde un rol *consultivo*: debe conocer las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto.

3. Análisis del Tribunal Constitucional chileno

Para realizar este análisis, debemos tener presente los distintos tipos de control constitucional que hemos visto en los apartados anteriores. Así, se podría decir que el sistema chileno fue modificándose, desde un control exclusivamente político, que descansaba en el equilibrio de poderes hasta un sistema de tipo jurisdiccional concentrado, como el actual. En paralelo, se fue desarrollando una verdadera tradición de control concreto, de la mano de la Corte Suprema. Estas competencias fueron traspasadas sólo parcialmente al Tribunal Constitucional en la reforma del año 2005, como veremos en el apartado 4, lo que hasta el día de hoy genera interpretaciones divergentes entre estos órganos.

3.1. Antecedentes: el control constitucional antes de 1970⁴⁷

a) *En la constitución de 1833*

El artículo 164 de este texto constitucional, dentro del capítulo XII, sobre la observancia y la reforma de la constitución, indicaba explícitamente: "Sólo el Congreso (...) podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos". De esta forma se consagraba una fórmula de control político, no jurisdiccional, en el entendido de que el sistema descansaba sobre la existencia de un adecuado equilibrio de poderes⁴⁸. Este equilibrio, en su versión presidencialista, consideraba la existencia de un veto presidencial y, además, la existencia de dos cámaras, donde el Senado actuaba como órgano moderador de la acción de la cámara baja. Asimismo, en el texto de 1833 se contemplaba la existencia de un Consejo de Estado, órgano asesor del poder ejecutivo, pero que además tenía la atribución de resolver contiendas de competencia entre órganos administrativos y judiciales (art. 104, N° 5). Por otra parte, mientras en países como Estados Unidos el Congreso tenía amplias atribuciones de fiscalización de la acción del poder ejecutivo, en Chile la constitución era relativamente escueta en este punto, lo que fue subsanado por la evolución de su práctica legislativa, al punto de afianzarse, hacia fines del siglo XIX, la institución de la interpelación y la consecuente responsabilidad política de los ministros frente al Congreso⁴⁹.

Cabe señalar que la opinión dominante de la doctrina defendía este sistema de control exclusivamente político. Así, Jorge Huneeus sostenía que el poder judicial "no es juez de la ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala"⁵⁰, postura

⁴⁷ Las caracterizaciones que se podrán apreciar en las secciones 3.2, 3.3 y 3.4 se basan en la información contenida en el Anexo N° 2.

⁴⁸ En un interesante estudio, Guillaume Tusseau sostiene que, en el plano histórico, el control político "ha gozado de una preeminencia segura. Fue dominante en varios Estados durante todo el siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX y es solidario con una experiencia, con una cultura y con una memoria original. Las olas sucesivas por las cuales la justicia constitucional se ha desarrollado son testigos del carácter globalmente reciente del fenómeno de judicialización de la garantía de la constitución". Véase: TUSSEAU, Guillaume. Op. Cit., p. 18.

⁴⁹ Para apreciar esta evolución en detalle, véase el siguiente informe: SOTO, Víctor. "Antecedentes para el debate sobre el sistema de gobierno (II): revisión de la historia constitucional chilena y propuestas de reforma", Serie Informes 25-20 (18-08-2020), Biblioteca del Congreso Nacional, 2020. Disponible en: <https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/>, o bien en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/debatenacional/>.

⁵⁰ NAVARRO, Enrique. "Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile", Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 22, 2010, p. 1233.

que era defendida además por José Victorino Lastarria y Manuel Carrasco Albano⁵¹. La misma Corte Suprema sostenía, sobre el control constitucional: "Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Majistratura alguna, según nuestro sistema constitucional"⁵².

Con todo, hay que hacer presente que el propio presidente Balmaceda, en el marco de la guerra civil de 1891 -desencadenada por un conflicto entre los poderes del Estado- argumentó en favor de la creación de un tribunal *ad hoc* que permitiera resolver estas diferencias dentro del marco de la institucionalidad⁵³. Esto, por cierto, serviría como antecedente para el órgano que se creó en 1970, pero no como base para el control concreto y la inaplicabilidad de las leyes. Esto último fue una creación de la constitución de 1925.

b) *En la constitución de 1925*

La comisión redactora de la constitución discutió el problema a fondo. Existía consenso en torno a la necesidad de entregarle esta atribución a la Corte Suprema, pero había una discrepancia sobre los efectos que debían tener las sentencias que declararan la inaplicabilidad de un precepto legal. Así, el presidente Alessandri sostenía que había "un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo"⁵⁴. Finalmente, se estableció un control concreto con efecto *inter pares*, radicado exclusivamente en la Corte Suprema (es decir, era un control concreto concentrado).

Esto se encontraba establecido en el artículo 86, inciso segundo, en los siguientes términos: "La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación".

La doctrina defendía el carácter acotado de esta revisión, por tratarse de una "excepción al principio de separación de Poderes Públicos"⁵⁵. La Corte Suprema también interpretó sus propias atribuciones en un sentido restringido: la revisión de la constitucionalidad, a su juicio, era sólo de fondo, no de forma. Esto llevó a que algunos parlamentarios propusieran incluir el análisis de forma de manera explícita en la constitución⁵⁶. Más adelante, el presidente Jorge Alessandri propuso que la sentencia de inaplicabilidad tuviera efecto *erga omnes*⁵⁷.

Se ha sostenido que fue precisamente este carácter acotado del control de constitucionalidad lo que motivó a diversos profesores de derecho constitucional y políticos a proponer la creación de un órgano especial que se hiciera cargo de aquello. De esta forma, se evitaba uno de los problemas que la propia Corte Suprema había advertido en sus fallos: el peligro de una politización de los tribunales de justicia⁵⁸. Se habría impuesto, por tanto, el siguiente razonamiento: "todo lo relacionado con

⁵¹ Ibid.

⁵² Sentencia de la Corte Suprema de 27 de junio de 1848, citada en: *ibid.*, p. 1234.

⁵³ *Ibid.*, p. 1236.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 1238. La opinión citada es de Carlos Estévez Gazmuri.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 1239. Se trata de un proyecto de reforma de 1950 que alcanzó a ser aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1240. Proyecto de reforma del año 1964.

⁵⁸ CAZOR, Kamel. "La jurisdicción constitucional en Chile", p. 101.

el control de la constitucionalidad (debido esencialmente al conflicto entre órganos del Estado que implica dicho control) tiene un sentido político. De ahí, la habitual renuencia de los constituyentes (1925 y 1980) a entregar un control amplio de constitucionalidad a los Tribunales de Justicia, y la necesidad de crear un Tribunal Constitucional, distinto del Poder Judicial, que garantice la supremacía de la Carta Fundamental y supere los conflictos entre los órganos del Estado”⁵⁹.

3.2. El Tribunal Constitucional de 1970

a) *General*

La ley N° 17.284 incorporó al texto constitucional los artículos 78 a), 78 b) y 78 c), donde se definió la existencia de un nuevo órgano: el Tribunal Constitucional. Este órgano debía ejercer un control concentrado y estaba modelado sobre la base del Consejo Constitucional francés (es decir, se buscaba que ejerciera un control jurídico-político y no meramente jurisdiccional). Por ello, se mantuvo la competencia de la Corte Suprema respecto del control concreto. Así, el sistema chileno pasaba a tener un sistema de control doble, ambos concentrados: uno de tipo abstracto y predominantemente preventivo, a cargo del Tribunal Constitucional, y otro de tipo concreto y represivo, a cargo de la Corte Suprema.

b) *Composición*

Estaba compuesto por cinco ministros.

c) *Mecanismo de designación*

Tres miembros eran designados por el Presidente con acuerdo del Senado y dos miembros eran elegidos por la Corte Suprema de entre sus miembros. Los miembros designados por el Presidente con acuerdo del Senado debían cumplir los siguientes requisitos: i) ser abogado con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión; ii) no tener los impedimentos que inhabiliten para ser designado juez; y iii) haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de derecho constitucional o administrativo. Es decir, se trataba de un órgano altamente profesionalizado.

d) *Duración*

Cuatro años, pudiendo ser reelegidos (no se establece, en el texto constitucional al menos, un límite para la reelección).

e) *Funciones*

Su control siempre era de carácter abstracto. En primer lugar, ejercía un *control preventivo*. Este control era siempre *facultativo*. Así, debía resolver las cuestiones que se suscitaban durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. También debía resolver las cuestiones que se suscitaban con relación a la convocatoria al plebiscito.

⁵⁹ Ibid., p. 102.

En segundo lugar, realizaba un *control represivo*, respecto de los decretos con fuerza de ley. Igualmente, resolvía los reclamos en caso de que el Presidente no promulgara una ley cuando debía hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente correspondía.

En tercer lugar, tenía atribuciones que podríamos denominar netamente *políticas*, como resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afectaran a una persona para ser designada ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones, y, finalmente, una facultad amplia para resolver las contiendas de competencia que determinaran las leyes (cuestión que nunca se determinó en la práctica).

Como ha indicado Kazor, este tribunal se caracterizaba, también, por la *naturaleza política* de los órganos legitimados para el recurso⁶⁰. Así, los legitimados para recurrir al tribunal eran, por regla general, el Presidente, cualquiera de las dos cámaras, o 1/3 de sus miembros en ejercicio. Esta impronta se mantuvo en la constitución de 1980, como veremos a continuación.

3.3. El Tribunal Constitucional de 1980

a) General

Se mantuvo la estructura dual del control de constitucionalidad que señalamos en el punto anterior. Así, convivían bajo este esquema un control concreto a cargo de la Corte Suprema y un control abstracto a cargo del Tribunal Constitucional.

b) Composición

Pasó a tener siete miembros.

c) Mecanismo de designación

Se componía de tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, un abogado designado por el Presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional⁶¹, y un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Quienes no fueran jueces de la Corte Suprema debían ser abogados con al menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional,

⁶⁰ Ibid., p. 103.

⁶¹ En su versión original era un consejo presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, y por el General Director de Carabineros. Sus principales funciones eran asesorar al Presidente en cualquier materia vinculada a la seguridad nacional en que éste lo solicitara y representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atentara gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pudiera comprometer la seguridad nacional. Además, se requería su acuerdo para declarar los estados de excepción constitucional y podía autoconvocarse (podía ser convocado a solicitud de dos de sus miembros). En el fondo, era una institución que le permitía a las Fuerzas Armadas y de Orden mantener el control político en materias relacionadas con la seguridad externa e interna. Luego de la reforma del año 2005 este consejo pasó a convertirse en un órgano asesor presidencial y sólo puede ser convocado por el Presidente de la República.

universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que les inhabilitara para desempeñar el cargo de juez. Estaban sometidos a las incompatibilidades de los diputados y senadores, y sus cargos eran incompatibles con el de diputado o senador y con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones.

Además, los jueces designados por el Presidente de la República y por el Senado, debían haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos, a lo menos.

En el fondo, se mantenía el carácter profesional del tribunal, pero se modificaba sustancialmente su composición, incorporándose a dos abogados que representaban al Consejo de Seguridad Nacional, que en su versión original oficiaba como un órgano de representación de las Fuerzas Armadas y de Orden. Los abogados designados por este consejo, además, tenían requisitos menos exigentes para integrar el tribunal. Esta última diferenciación entre los miembros del tribunal fue modificada recién el año 1997, en el marco de la reforma del Poder Judicial, mediante la ley N° 19.541.

d) Duración

Pasaron a durar ocho años en sus cargos, sin reelección.

e) Funciones

En primer lugar, le correspondía el *control preventivo obligatorio* de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución.

En segundo lugar, mantuvo el *control preventivo facultativo* respecto de las leyes, convocatorias a plebiscitos y tratados internacionales, agregándose además el control de las cuestiones que se suscitaban durante la tramitación de una reforma constitucional. De acuerdo con Francisco Zúñiga, subyace a esta innovación "la particular o prejuiciada lectura realizada de la experiencia institucional del Tribunal Constitucional incorporado por la "gran reforma" de 1970", cuando dicha judicatura se declaró incompetente para resolver el conflicto de constitucionalidad surgido durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional sobre la definición de las *áreas de la economía* chilena, argumentando que no se encontraba dotada de dicha atribución⁶².

En tercer lugar, mantuvo el *control represivo* respecto de los *decretos con fuerza de ley* y los reclamos respecto de los *decretos promulgatorios*. Además, se incorporó la facultad de resolver sobre la constitucionalidad de los *decretos o resoluciones presidenciales que la Contraloría hubiera representado* por estimarlos inconstitucionales (en este caso, el tribunal sólo podía ser requerido por el Presidente de la República). Adicionalmente, se le otorgó la facultad de resolver sobre la

⁶² ZÚÑIGA, Francisco. "Control de constitucionalidad de la reforma constitucional", Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2, 2006, p. 419. La postura del Tribunal Constitucional de 1970, consagrada en la sentencia Rol N° 15 del 2 de junio de 1973 (considerando N° 20), fue la siguiente: "Que tratándose de una ley ordinaria es incuestionable que la constitucionalidad que este Tribunal debe resolver es tanto la sustancial como la formal, porque el artículo 78 b), párrafo a), de la Constitución, no hace distinción entre la una y la otra; mientras que resulta inadmisibles que en materia de reformas constitucionales el Tribunal pudiera resolver la inconstitucionalidad sustancial de los proyectos de reformas: si pudiera hacerlo usurparía la función genuina del Poder Constituyente para reformar la Carta Fundamental y establecer nuevas disposiciones que eliminen y modifiquen las vigentes".

constitucionalidad de los *decretos supremos* dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, cuando ellos se refirieran a materias de reserva legal.

En cuarto lugar, se ampliaron sus *facultades políticas*. Así, debía declarar la responsabilidad de las personas que incurrieran en los actos establecidos en el artículo 8 de la Constitución, y la inconstitucionalidad de los partidos o grupos que infringieran esa norma. El artículo 8 tenía por objeto sancionar a aquellas personas o grupos que realizaran actos “destinados a propagar doctrinas” que propugnaran la violencia, que atentaran “contra la familia” o que reflejaran “una visión de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”. Asimismo, se prohibía a aquellos partidos o movimientos que difundieran dichas ideas. En otras palabras, se buscaba limitar el pluralismo, prohibiendo a aquellos grupos que podían oponerse al sistema creado por la dictadura, como los partidos políticos de base socialista o marxista. Este artículo fue, finalmente, derogado por la reforma constitucional de 1989, pero parte de su redacción se trasladó al artículo 19, N° 15, sobre libertad de asociación. Aquí se mantuvo la prohibición de los partidos que propugnaran la violencia, que defendieran un sistema totalitario o que atentaran contra el sistema democrático, pero se eliminaron las referencias a la familia y la lucha de clases. Así, para 1989, el Tribunal Constitucional tenía la atribución de *declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, movimientos y partidos políticos que incurrieran en los ilícitos constitucionales establecidos por el artículo 19, N° 15*, así como la responsabilidad de las personas que hubieran participado en esos hechos.

Siguiendo con el texto de 1970, le correspondía resolver sobre las *inhabildades constitucionales o legales que afectarían a una persona para ser designada ministro de Estado*, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones. Pero, además, se le agregó la atribución de pronunciarse sobre las *inhabildades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios* (que en el texto constitucional de 1925 eran analizadas por las propias cámaras).

En definitiva, vemos un claro reforzamiento del órgano, lo que se manifiesta especialmente en la ampliación de sus facultades políticas y en la incorporación del control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales (categoría de ley creada también por la Constitución de 1980⁶³). Por otra parte, cabe señalar que se mantuvo la naturaleza política de los legitimados para actuar ante el tribunal.

3.4. El Tribunal Constitucional post-reforma de 2005

a) General

Se introduce un cambio importante. A partir de la reforma, el Tribunal Constitucional asume tanto el control abstracto como el control concreto de las leyes, ya que se le traspasa la competencia para conocer los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

⁶³ En su versión original estas normas, para ser modificadas, requerían el voto de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, es decir, lo mismo que las leyes de reforma constitucional. Posteriormente, con la reforma de 2005, se rebajó el quórum a 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. Parte de la doctrina ha argumentado que estas normas han “constitucionalizado” materias que anteriormente eran consideradas de ley simple. Véase: MELÉNDEZ, Felipe. “La forma de gobierno en el Chile actual: un caso de presidencialismo latinoamericano equilibrado”, Revista Republicana, N° 26, 2019, p. 29.

b) *Composición*

Pasa a tener diez miembros. En caso de empate, se le entrega el voto dirimente a su presidente.

c) *Mecanismo de designación*

Se elimina el rol del Consejo de Seguridad Nacional. También se elimina la obligación de que algunos de sus miembros sean jueces de la Corte Suprema. Así, tres miembros son elegidos por la Corte Suprema, tres son designados por el Presidente de la República y cuatro son elegidos por el Congreso Nacional. De estos últimos, dos son nombrados directamente por el Senado y dos son propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectúan en votaciones únicas y requieren para su aprobación del voto favorable de los 2/3 de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

Por otra parte, se mantienen los requisitos de experiencia profesional ya establecidos.

c) *Duración*

Los ministros pasan a durar nueve años en sus cargos, sin reelección.

d) *Funciones*

Se mantienen en general las funciones que ya se han visto, pero se refuerzan. Así, por ejemplo, en cuanto al *control preventivo obligatorio*, se agrega la revisión de las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias de ley orgánica constitucional.

En cuanto al *control represivo*, se agrega la facultad de resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los *autos acordados* dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

Asimismo, se incorpora -como ya señalamos- el *control concreto* de las leyes, a través de la *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, que se puede deducir en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Asimismo, se le agrega la facultad de conocer una nueva acción: la *acción de inconstitucionalidad*, respecto de cualquier norma que previamente hubiera sido declarada inaplicable. Esta es una acción pública o popular -es decir, puede ser ejercida por cualquier persona- aunque también el tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de oficio. Ahora bien, en este punto se establece un requisito adicional de quórum, ya que sólo se podrá declarar esta inconstitucionalidad *erga omnes* en caso de que así lo resuelva el tribunal por 4/5 de sus integrantes.

Respecto de sus *atribuciones políticas*, se retoma una de las atribuciones que tenía el tribunal de 1970: la de resolver las contiendas de competencias. En particular, se le da la facultad de resolver las *contiendas de competencia* que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

En definitiva, con esta reforma el sistema chileno deja de ser un sistema dual y refuerza su carácter concentrado. En este sentido, podemos ver similitudes con los sistemas alemán y español. Sin embargo, el Tribunal Constitucional chileno no es competente para resolver las acciones constitucionales de amparo y protección. Así, conserva ciertas similitudes con el modelo kelseniano y el modelo francés original, sobre los que se superponen las atribuciones respecto del control concreto que antes le correspondían a la Corte Suprema.

4. Caracterización del sistema chileno actual en el derecho comparado

En primer lugar, es preciso hacer una prevención. Para que recurrir a la experiencia comparada tenga verdadera utilidad, hay que entender que cada arreglo institucional se debe a un contexto histórico y social concreto; que no es lo mismo que el control constitucional se lleve a cabo en un Estado unitario a que se desenvuelva en un Estado federal; que el rol del órgano de control variará si estamos frente a un sistema presidencial o un sistema parlamentario, etc. En el caso específico que nos ocupa, por ejemplo, no es lo mismo un órgano de control ubicado dentro del poder judicial que uno ubicado fuera del mismo. Por lo tanto, para comprender a cabalidad la naturaleza y sentido del órgano de control en cada uno de los países estudiados, deberíamos conocer en mayor detalle su contexto específico, las razones que se dieron para su creación y los objetivos que se buscaban con ello. Sin embargo, el ejercicio que hemos realizado en este trabajo nos sirve al menos para entender la gran variedad de arreglos institucionales que existen. En otras palabras, que no estamos atados a una sola forma de configuración del control constitucional.

Con ello en mente, podemos pasar a caracterizar nuestro Tribunal Constitucional dentro de los países estudiados.

4.1. Posición institucional

Podemos ver, a grandes rasgos, dos posibles estrategias para la configuración del control constitucional. Estas coinciden con el contraste que veíamos al principio entre el sistema estadounidense y el sistema austríaco, aunque también es claro que estos sistemas "puros" existen en muy pocos lugares. Por ejemplo, el control difuso y concreto realizado por el poder judicial estadounidense se replica sólo en algunos países, como Argentina. Por otro lado, un control concentrado en un solo órgano ubicado fuera del poder judicial, aunque más común, sigue siendo un sistema minoritario en comparación con los sistemas "mixtos", como el de Alemania.

Las estrategias mencionadas son: i) que el órgano de control constitucional integre el poder judicial; y ii) que el órgano de control constitucional se ubique fuera de los poderes del Estado (que constituya un órgano autónomo). Sin embargo, esto se complica si consideramos la posibilidad de que este órgano autónomo no detente el monopolio del control constitucional y que éste se reparta entre varios órganos, lo que puede dar pie a arreglos institucionales más complejos. Esto se puede apreciar mejor en la tabla de la página siguiente:

Tabla N° 1
Posición institucional de los órganos estudiados

País	¿Es parte del poder judicial?	¿Hay algún otro tribunal que ejerza algún tipo de control constitucional?
Alemania	Sí	No
España	No	No
Francia	No	No
Colombia	Sí	Sí, hay control difuso y concreto de todos los tribunales de justicia
Perú	No	Sí, hay control difuso y concreto de todos los tribunales de justicia
Bolivia	Sí	No
Chile	No	Sí, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema conocen acciones de amparo y protección

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, hay cuatro variantes en el diseño institucional de los órganos estudiados. En primer lugar, tenemos los países que establecen un *control concentrado en sentido estricto*. Así, está el caso de Francia que, como ya vimos, establece un control jurídico-político predominantemente preventivo, radicado en un órgano específico, de carácter autónomo: el Consejo Constitucional. La lógica de este consejo es parecida a la del modelo austríaco propuesto por Kelsen, donde se entiende que la función de controlar la constitucionalidad de la ley tiene un componente "legislativo" (como legislador negativo), lo que -bajo esta visión- complicaría el equilibrio de poderes en caso de incluirse en el poder judicial. También se ubicaría aquí el Tribunal Constitucional de España.

En segundo lugar, tenemos aquellos países donde el *control constitucional es concentrado, pero este se ubica dentro del poder judicial*. Aquí podemos ubicar el caso del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y al Tribunal Constitucional de Bolivia. En ambos casos, se trata de órganos que pertenecen al poder judicial pero que, dentro de éste, ejercen un control estrictamente concentrado de la constitucionalidad, sin que existan otros tribunales que “compitan” con ellos.

En tercer lugar, está el caso de Perú, similar al sistema chileno anterior a la reforma de 2005, donde el órgano de control se ubica fuera del poder judicial y ejerce un control concentrado de la materia, pero no detenta la exclusividad de ella. Así, conviven *dos sistemas*: un sistema de control concentrado de constitucionalidad, especialmente abocado a materias de control abstracto, y un sistema de control difuso y concreto, a cargo de los tribunales ordinarios de justicia.

En cuarto lugar, podemos ver el caso colombiano que presenta una *mixtura* del sistema alemán y del sistema peruano. Así, la Corte Constitucional de Colombia se ubica dentro del poder judicial -en su cúspide, como en el caso alemán-, pero convive con el control constitucional difuso y concreto que ejercen el resto de los tribunales de justicia.

Dentro de este esquema cuatripartito, podríamos ubicar al sistema chileno actual dentro del primer grupo (sistema concentrado estricto). Sin embargo, aún subsiste, en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema, una forma de control constitucional en materia de tutela de derechos, a través de las acciones de amparo y protección. Como ya dijimos, el sistema chileno anterior a 2005 calzaba aproximadamente con el sistema dual peruano y el sistema de 1970 sería una muestra más pura de modelo concentrado, a la francesa.

4.2. Atribuciones

Más compleja es una revisión de sus atribuciones. Aquí, más que un recuento formal de las atribuciones establecidas en la constitución respectiva habría que determinar cómo opera el órgano de control constitucional en el marco de dichas atribuciones y cómo se relaciona con los otros órganos que detentan el poder estatal. En este sentido, hay que recordar lo planteado por Tsebelis respecto de los “jugadores con derecho a veto”: los tribunales constitucionales y el poder judicial -en los países que cuentan con control difuso- son actores clave en el juego institucional, y son capaces de modificar las acciones políticas de otros actores. Un análisis verdaderamente profundo debería incorporar la variable de cuál es su relación con los demás órganos que participan del sistema político.

Con todo, se ha querido aquí mostrar una comparación formal entre los diversos tribunales constitucionales estudiados con una finalidad meramente ilustrativa. En ningún caso la enumeración de sus atribuciones permitirá “pesar” los distintos órganos analizados, pero sí nos pueden ayudar a ver mejor cuál es el lugar en el orden institucional que el constituyente les ha reservado, así como la intensidad de los controles existentes frente a la acción de los poderes “políticos”. Así, como se apreciará en la Tabla N° 2 (al final de la sección), prácticamente todos los órganos estudiados mostraron un amplio abanico de atribuciones, incluyendo algunas

vinculadas con el control concreto, otras con la tutela de los derechos fundamentales, otras con el control abstracto y un cuarto grupo de atribuciones de carácter específicamente político, que iban variando en los distintos ordenamientos.

Control concreto

Primero debemos destacar que, si bien en todos los ordenamientos revisados notamos la existencia de un control concreto de la constitucionalidad de las leyes, no en todos se le entrega esta competencia al tribunal constitucional. Así, por ejemplo, en Colombia y en Perú existe un control difuso y concreto a cargo de otros tribunales de justicia, control que funciona en paralelo al sistema concentrado y abstracto del tribunal o corte constitucional, como ocurría en Chile hasta el año 2005.

En segundo lugar, destaca el hecho de que, en los países donde sí hay un control de este tipo por parte del tribunal constitucional, el efecto de la sentencia de control es *erga omnes*, es decir, tiene efectos generales, excepto en el caso chileno donde esta sentencia tiene sólo un efecto relativo, para las partes (*inter partes*). El origen de esto bien puede hallarse en los debates que animaron la redacción de la Constitución de 1925, y en el periodo posterior, en que la misma Corte Suprema entendió sus funciones de una manera restringida. Es decir, tendría que ver con un recelo frente al peligro de politización de la justicia. Sin embargo, la reforma de 2005 abrió finalmente esta válvula, al establecer la posibilidad de que, a través de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad *erga omnes*, derogando la norma. Con todo, como hemos visto, esta facultad sólo se puede ejecutar con un quórum de 4/5 de los magistrados, lo que dificulta su aplicación.

Tutela de derechos

El rol de ejercer la tutela de los derechos fundamentales aparece en casi todos los órganos analizados, excepto en Francia y en Chile. En el primer caso, por la naturaleza política -o "jurídico-política"- del Consejo Constitucional y, en el segundo, porque esta materia ha sido entregada desde antaño a los tribunales superiores de justicia. Así, durante la vigencia de la Constitución de 1925 existió el llamado "recurso de amparo" (o habeas corpus) para casos de detenciones arbitrarias o ilegales. El llamado "recurso de protección" se incorporó en la Constitución de 1980 para garantizar (algunos de) los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19, pero se modeló a partir de la lógica del mismo recurso de amparo, quedando radicado también en los tribunales superiores de justicia. Esta división se mantiene así hasta el día de hoy. Por último, es interesante notar el caso de Perú, donde, el Tribunal Constitucional no ejerce directamente esta competencia, sino que actúa como tribunal de última instancia en caso de vulneración de derechos.

Control abstracto

En cuanto al control abstracto, hemos identificado aquí cuatro posibles modalidades: i) *control preventivo obligatorio*, donde el órgano debe revisar la ley o precepto ya que así lo mandata la propia constitución; ii) *control preventivo facultativo*, donde el órgano debe intervenir en caso de que surja una controversia sobre la constitucionalidad de la norma antes de su promulgación; iii) *control represivo*

obligatorio, donde el órgano debe controlar la norma una vez expedida (esto se da, generalmente, respecto de ciertos decretos del poder ejecutivo); y iv) *control represivo facultativo*, donde el órgano debe intervenir frente a una controversia ante la norma ya promulgada.

Si atendemos a los órganos más “puros”, como el alemán y el francés, veremos una clara distinción: mientras el primero se dedica exclusivamente a la revisión de cuestiones constitucionales sobre normas ya existentes, el segundo se encarga de la constitucionalidad de normas aún no promulgadas (de ahí su rol “político”, ya que dirime diferencias o dudas manifestadas por los órganos políticos encargados de la elaboración de las normas). El Tribunal Constitucional peruano sigue en esto el modelo alemán. Sin embargo, los órganos creados con posterioridad han transitado hacia una mixtura de atribuciones. Así, si bien España sigue bastante de cerca al modelo alemán, le entrega al Tribunal Constitucional el control preventivo de los Estatutos de las Comunidades Autónomas. Por otra parte, países como Colombia y Bolivia le han dado un amplio abanico de atribuciones a los órganos constitucionales, tanto respecto del control preventivo como del control represivo (aquí el caso más paradigmático es el del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que abarca *todas* estas hipótesis).

Finalmente, el Tribunal Constitucional chileno ha transitado desde un modelo más parecido al francés (en su configuración de 1970) hasta un modelo parecido al colombiano, abarcando todos estos tipos de control con excepción del que hemos denominado “represivo obligatorio”.

Atribuciones políticas

Ahora bien, si observamos la variable “política”, podemos notar que *todos* estos órganos tienen alguna competencia en este sentido. Sin embargo, difieren en su nivel de incidencia en el juego político y/o en el ámbito específico de la política que les corresponde controlar. Así, el Consejo Constitucional francés es el único que detenta atribuciones electorales (en el resto de los países estudiados dichas atribuciones se encuentran completamente radicadas en tribunales electorales).

Por otra parte, lo común es que estos órganos tengan algún nivel de incidencia en las contiendas de competencia (esta atribución se da en todos los países estudiados, menos en Francia). Lo anterior refuerza la comprensión inherentemente política de estos órganos. Por otro lado, tanto en Alemania como en Chile encontramos la atribución de declarar la inconstitucionalidad de partidos y movimientos políticos. Como se pudo apreciar en el apartado anterior, el órgano chileno evolucionó desde una norma mucho más amplia que la alemana. Es decir, la Constitución de 1980 le entregaba en este punto mayores atribuciones políticas que al resto de los órganos estudiados. Cabe señalar que en España también existe esta atribución, pero se encuentra radicada en el Tribunal Supremo.

Finalmente, sólo en Chile vemos la posibilidad de que el Tribunal Constitucional destituya a un parlamentario. En esto la Constitución de 1980 se desvió claramente del modelo aplicado en la tradición constitucional chilena anterior, donde sólo las propias cámaras podían declarar la remoción de uno de sus miembros, por causales

acotadas. En suma, se ve claramente que el órgano chileno es -entre los estudiados- el que detenta la mayor cantidad de atribuciones netamente políticas.

Tabla N° 2
Comparación de atribuciones de los órganos estudiados

País	Atribuciones												
	Control concreto		Tutela		Control abstracto				Atribuciones políticas				
	Inaplicabilidad de una norma legal	Acción de protección y/o amparo	Control preventivo obligatorio	Control preventivo facultativo	Control represivo obligatorio	Control represivo facultativo	Resolver contiendas de competencia	Resolver inhabilidades de parlamentarios	Declarar inconstitucionalidad partidos políticos	Revisión de materias electorales			
Alemania	X *con efecto erga omnes	X	-	-	-	X	X	-	X	-	-	-	-
España	X *con efecto erga omnes	X	-	X *sólo estatutos autonomía	-	X	X	-	-	-	X	-	-
Francia	X *con efecto erga omnes	-	X	X	-	-	-	-	-	-	-	-	X
Colombia	-	X	X	-	X	X	X	-	-	-	-	-	-
Perú	-	X *última instancia	-	-	-	X	X	-	-	-	-	-	-
Bolivia	X *con efecto erga omnes	X	X	X	X	X	X	-	-	-	-	-	-
Chile	X *con efecto inter pares (excepto en acción de inconstitucionalidad)	-	X	X	-	X	X	-	X	X	X	X	-

Fuente: Elaboración propia

Conclusiones

Como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo, el control de constitucionalidad es una materia compleja, porque bajo este control subyace un problema político. El problema -que está en la esencia del constitucionalismo- consiste en cómo asegurar la supremacía de la constitución, es decir, cómo asegurar la sujeción del poder político al derecho, cómo hacer que este poder respete los derechos de las personas y las reglas del juego democrático. Aquí se manifiesta la tensión inherente a la democracia constitucional: entre su polo democrático y su polo constitucional; entre el aseguramiento del poder de la mayoría y el establecimiento de límites concretos para su actuación. Por cierto, planteada en estos términos la discusión puede resultar falaz: democracia y concentración del poder no son sinónimos. Tampoco hay *una* sola forma de llevar a cabo la supremacía constitucional o la sujeción del poder político a las reglas del derecho. Así, hemos podido ver que el gran desafío del constitucionalismo es asegurar, a través del diseño de sus instituciones políticas, un sistema donde los diversos poderes se equilibren y actúen en el marco de sus respectivas competencias. *Una* de las fórmulas para garantizar esto es el control jurisdiccional de la constitucionalidad (otra sería la fórmula inglesa original, que descansaba en la mera separación de poderes, o los diversos modelos de control político existentes en la actualidad⁶⁴).

Dentro de la opción jurisdiccional, por otra parte, también vemos múltiples arreglos institucionales posibles. Así, tenemos la doctrina del juez Marshall en Estados Unidos (que da pie al control difuso y concreto llevado a cabo por el poder judicial), la propuesta de Kelsen en Austria (de un control concentrado y abstracto, incorporado en un órgano *ad hoc* ajeno al poder judicial), el modelo alemán establecido por la Ley Fundamental de 1949 (con un órgano concentrado, pero ubicado en la cúspide del poder judicial, que ejerce un control predominantemente abstracto), el Consejo Constitucional francés (órgano jurídico-político *ad hoc*, encargado del control preventivo de las leyes) o, revisando modelos más recientes, el modelo boliviano (órgano concentrado, elegido democráticamente, pero ubicado dentro del poder judicial y con un amplio abanico de atribuciones).

Por lo tanto, la única conclusión que podemos sacar con plena certeza de esta investigación es que no hay un solo modelo de control de la constitucionalidad; al contrario, hay múltiples modelos. Y, si bien se pueden ver algunos avances hacia la convergencia de modelos en la actualidad, una somera revisión del derecho comparado nos indica que sigue habiendo una gran variedad de órganos.

Una conclusión más especulativa puede hacerse en relación a nuestro propio Tribunal Constitucional. Así, si bien hemos advertido que se requeriría un análisis comparativo más profundo para establecer cuál es la situación de este órgano en el contexto internacional, sí podemos advertir una fuerte concentración de atribuciones políticas y amplias atribuciones de control abstracto y concreto. En este sentido, si en un extremo podemos ubicar el tribunal constitucional peruano o al consejo constitucional francés como ejemplos de órganos con atribuciones acotadas, y en otro extremo podemos ubicar al tribunal boliviano, que reúne casi todas las

⁶⁴ Véase: TUSSEAU, Guillaume. Op. Cit.

atribuciones estudiadas, ciertamente Chile se ubicaría más cerca de este último extremo.

En definitiva, es relevante que durante el proceso constituyente -en el que nuestro país ya se encuentra inmerso- se debata este tema con amplitud de miras, observando las diversas opciones existentes en el derecho comparado y contrastándolas con lo que ha sido nuestra historia constitucional. Pero también es importante que el futuro diseño institucional busque responder a los problemas concretos que han enfrentado nuestras instituciones políticas en los últimos treinta años y se ensayen fórmulas que nos permitan enfrentar los desafíos que se le plantearán a nuestra democracia en el futuro. Esto porque, como se dijo al principio, el debate sobre el Tribunal Constitucional no se puede escindir del debate sobre el sistema político que nos rige.

Anexo N° 1

Tribunales Constitucionales en Europa y América Latina

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

		Alemania	España	Francia	Colombia	Perú	Bolivia
Nombre		Tribunal Constitucional Federal de Alemania	Tribunal Constitucional de España	Consejo Constitucional de Francia	Corte Constitucional de Colombia	Tribunal Constitucional del Perú	Tribunal Constitucional de Bolivia
Normas que lo regulan		Ley Fundamental de Bonn (1949) y la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1951 (modificada el año 2017)	Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (modificada el año 2015)	Constitución de 1958 y Ordenanza N.º 58-1067, de 1958 (modificada el año 2015)	Constitución de 1991, la Ley N.º 270, de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y el decreto N.º 2.067, de 1991, que establece sus normas de procedimiento	Constitución de 1993 y su ley orgánica (ley N.º 28.301)	Constitución de 2009, la ley N.º 027 de 2010 y el Código Procesal Constitucional (ley N.º 254 de 2012)
Composición	N.º de jueces	16, divididos en dos senados de 8 miembros	12	9 (pero se pueden incorporar además expresidentes de la República en calidad vitalicia)	9 (ley N.º 270/1996)	7	7 titulares y 7 suplentes (ley N.º 027/2010)) Al menos 2 magistrados deben provenir del sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal (ley N.º 027/2010)
	Duración en el cargo	12 años o hasta que cumplan 68 años (sin reelección)	9 años (sin reelección)	9 años sin reelección (excepto expresidentes de la República, que tienen cargo vitalicio)	8 años sin reelección	5 años, pero pueden ser nombrados nuevamente de manera discontinua	6 años, pero pueden ser elegidos nuevamente de manera discontinua (ley N.º 027/2010)
Requisitos para ser juez		Tener 40 años cumplidos, ser aptos para ser elegidos como miembros del parlamento (Bundestag), cumplir los requisitos para obtener el título de juez (o de <i>diplomjurist</i> en determinados territorios) y estar habilitados para desempeñar la profesión de abogado. No pueden ser miembros del Bundestag, del Bundesrat ni del gobierno federal.	Ser jurista con más de quince años de ejercicio profesional y ejercer como: magistrado, fiscal, profesor universitario, funcionario público o abogado. El cargo es incompatible con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.	No se establecen.	Ser abogado (ley N.º 270/1996). En su integración los órganos encargados de su nombramiento deben atender a que provengan de diversas ramas del derecho.	Se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No pueden ser elegidos los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.	Se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido 35 años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos 8 años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Se regirán por el mismo sistema de prohibiciones e incompatibilidades de los servidores públicos.
Mecanismo de designación		Cada senado es elegido por partes iguales por el Bundestag y el Bundesrat, mediante un quórum de 2/3.	Cuatro son elegidos a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5 de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado.	Tres son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres	Los nombra el Senado. Tres a propuesta del Presidente de la República, tres a propuesta de la Corte Suprema y	Son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los 2/3 del número legal de sus miembros.	Sus miembros se elegirán mediante sufragio universal. La Asamblea Legislativa Plurinacional, por

	Alemania	España	Francia	Colombia	Perú	Bolivia
	Tres jueces de cada senado deben pertenecer a alguna de las cortes federales.	también por 3/5; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.	por el Presidente del Senado.	tres a propuesta del Consejo de Estado.		voto de 2/3 de sus miembros presentes, realizará la preselección de 28 postulantes, de los cuales la mitad serán mujeres, y remitirá la nómina de precalificados al Órgano Electoral Plurinacional (ley N.º 027/2010). Los 7 candidatos más votados serán los magistrados titulares y los 7 candidatos siguientes en votación serán suplentes (ley N.º 027/2010).
Atribuciones	La Corte Constitucional Federal decide: 1. Interpretación de la Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos por la Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo; 2. En caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder, con la Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un cuarto de los miembros del Bundestag; 2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72,	El Tribunal Constitucional es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de la Constitución. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.	El Consejo Constitucional tiene las siguientes funciones: 1. <i>Funciones relacionadas con materias electorales</i> a) Velar por la regularidad de la elección del Presidente de la República, examinar las reclamaciones y proclamar los resultados del escrutinio. b) Pronunciarse, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores. c) Velar por la regularidad de las operaciones de referéndum previstas en los artículos 11 y 89 y en el título XV de la Constitución, así como proclamar sus resultados. 2. <i>Control preventivo de leyes y reglamentos.</i> a) Obligatorio: deberá pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución	La Corte Constitucional cumple las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido	Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad que procede respecto de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento (esta última procede contra cualquier autoridad funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley). 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.	Le corresponde conocer y resolver: 1. <i>Control represivo:</i> en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrá interponerla el Presidente de la República, legisladores y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas. 2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas. 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en

	Alemania	España	Francia	Colombia	Perú	Bolivia
	<p>apartado 2 (legislación concurrente del nivel federal para crear condiciones de vida equivalentes entre la población), a petición del <i>Bundesrat</i>, del Gobierno de un <i>Land</i> o de la Asamblea legislativa de un <i>Land</i>;</p> <p>3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los <i>Länder</i>, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los <i>Länder</i> y al ejercicio del control federal;</p> <p>4. en otras controversias de Derecho público entre la Federación y los <i>Länder</i>, entre los <i>Länder</i> o dentro de un <i>Land</i>, siempre que no esté</p>		<p>de las leyes orgánicas, antes de su promulgación, de las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y de los reglamentos de las Cámaras parlamentarias antes de su aplicación.</p> <p>b) Facultativo: deberá pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución de las leyes, antes de su promulgación, cuando así lo soliciten el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.</p>	<p>material como por vicios de procedimiento en su formación.</p> <p>5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 (delegación de facultades extraordinarias al Presidente, hasta por seis meses) y 341 de la Constitución (caso en que el Congreso rechace el plan nacional de desarrollo propuesto por el Presidente), por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.</p> <p>6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución (excusas a asistir cuando la persona hubiera sido citada</p>		<p>contravención a lo dispuesto en la Constitución.</p> <p>5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.</p> <p>6. La revisión de las siguientes acciones constitucionales:</p> <p>a) <i>De libertad</i> (equivalente al <i>habeas corpus</i>);</p> <p>b) <i>Amparo Constitucional</i> (equivalente a nuestra acción de protección);</p> <p>c) <i>Protección de privacidad</i>;</p> <p>d) <i>Popular</i> (frente a cualquier ley inconstitucional que afecte a personas individuales o colectivas); y</p> <p>e) <i>De cumplimiento</i> (si un funcionario público</p>
	<p>abierta otra vía judicial;</p> <p>4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Federal;</p> <p>4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación</p>		<p>3. <i>Control represivo extraordinario de disposiciones legislativas</i>: pronunciarse sobre un caso de vulneración de los derechos y libertades que garantiza la Constitución por parte de una disposición legislativa, en caso de que un particular tenga una instancia pendiente ante una jurisdicción, cuando el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación se lo hubieran remitido.</p>	<p>por el Congreso).</p> <p>7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (estados de excepción).</p> <p>8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.</p> <p>9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos</p>		<p>incumpliera disposiciones constitucionales o legales, se puede exigir mediante esta acción que se ejecute la norma omitida)</p> <p>7. <i>Control preventivo facultativo</i>: las consultas del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley.</p> <p>8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto.</p> <p>9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.</p>

	Alemania	España	Francia	Colombia	Perú	Bolivia
	<p>por leyes de los Länder, en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land;</p> <p>4c. sobre los recursos interpuestos por asociaciones contra el no-reconocimiento como partido para las elecciones al Bundestag;</p> <p>5. en los demás casos previstos en la Ley Fundamental.</p>			<p>constitucionales.</p> <p>10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.</p> <p>11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.</p> <p>12. Darse su propio reglamento.</p>		<p>10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.</p> <p>11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.</p> <p>12. Los recursos directos de nulidad.</p>

Anexo N° 2

El Tribunal Constitucional chileno (en su historia constitucional)

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

		1970	1980	2005
Normas que lo regulan		Constitución de 1925 (introducido por ley N° 17.284, de 1970)	Constitución de 1980 y ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional	Constitución de 1980 (reformada por la ley N° 20.050) y ley N° 20.381 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional
Composición	N° de jueces	5	7	10
	Duración en sus cargos	4 años, reelegibles	8 años	9 años
Requisitos para ser juez		<p>Ser abogado con un mínimo de 12 años de ejercicio de la profesión y no tener ninguno de los impedimentos que inhabiliten para ser designado juez. Uno de los miembros debía haber sido 10 años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país.</p> <p>Estos ministros estaban sometidos a las incompatibilidades para diputados y senadores (artículos 29 y 30). Tampoco podían ser diputados, senadores y miembros del Tribunal Calificador de Elecciones.</p> <p>Sin embargo, sus cargos no eran incompatibles con los de Ministro, Fiscal o Abogado Integrante de los Tribunales Superiores de Justicia.</p> <p>[Artículo 78 a)]</p>	<p>Quienes no fueran jueces de la Corte Suprema, debían ser abogados con al menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que les inhabilitara para desempeñar el cargo de juez.</p> <p>Estaban sometidos a las incompatibilidades de los diputados y senadores, y sus cargos eran incompatibles con el de diputado o senador y con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones.</p> <p>Además, los jueces designados por el Presidente de la República y por el Senado, debían haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por 3 años consecutivos, a lo menos.</p> <p>[Artículo 81]</p>	<p>Deberán tener a lo menos 15 años de título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez.</p> <p>Estarán sometidos a las incompatibilidades de los diputados y senadores (artículos 58 y 59), y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60.</p> <p>[Artículo 92]</p>
Mecanismo de designación		<p>Tres son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado</p> <p>Dos son designados por la Corte Suprema de entre sus miembros.</p> <p>[Artículo 78 a)]</p>	<p>a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;</p> <p>b) Un abogado designado por el Presidente de la República;</p> <p>c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;</p> <p>d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.</p> <p>[Artículo 81]</p>	<p>a) Tres designados por el Presidente de la República.</p> <p>b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los 2/3 de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.</p> <p>c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.</p> <p>[Artículo 92]</p>
Atribuciones		<p>El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:</p> <p>a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;</p>	<p>Son atribuciones del Tribunal Constitucional:</p> <p>1º.- Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;</p>	<p>Son atribuciones del Tribunal Constitucional:</p> <p>1º.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;</p> <p>2º.- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de</p>

	1970	1980	2005
	<p>b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;</p> <p>c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de elecciones;</p> <p>d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;</p>	<p>2º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;</p> <p>3º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;</p> <p>4º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;</p>	<p>Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;</p> <p>3º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;</p> <p>4º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;</p> <p>5º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;</p> <p>6º.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;</p> <p>7º.- Resolver por la mayoría de los</p>
	<p>e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, y</p>	<p>5º.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;</p> <p>6º.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;</p> <p>7º.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;</p> <p>8º.- Declarar, en conformidad al artículo</p>	<p>cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;</p> <p>8º.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;</p> <p>9º.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;</p> <p>10º.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del Nº 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;</p>

	1970	1980	2005
	<p>f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes.</p> <p>[Artículo 78 b)]</p>	<p>8o. de esta Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (DEROGADO POR REFORMA DE 1989)</p> <p>9o.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 Nº. 7 de esta Constitución;</p> <p>10o.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;</p> <p>11o.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y</p>	<p>11o.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;</p> <p>12o.- Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;</p> <p>13o.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;</p> <p>14o.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;</p> <p>15o.- Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y</p>
		<p>12o.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.</p> <p>[Artículo 82]</p>	<p>16o.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.</p> <p>[Artículo 93]</p>