



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS EMPÍRICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

RODRIGO DELAVEAU SWETT

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:
ANÁLISIS EMPÍRICO DESDE EL
DERECHO COMPARADO



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS EMPÍRICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

RODRIGO DELAVEAU SWETT

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono [56-2] 2721 9200
Huérfanos N° 1234, Santiago, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl
www.tcchile.cl

Cuadernos del Tribunal Constitucional

Derechos Reservados
Mayo de 2020

Edición digital

Diseño
versión | producciones gráficas Ltda.

ÍNDICE

I. <u>CONTEXTO</u>	7
II. <u>CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</u>	8
1. <u>El Constitucionalismo</u>	8
2. <u>Síntesis conceptual del control de constitucionalidad</u>	10
3. <u>Metodología del presente estudio</u>	14
III. <u>ANÁLISIS EMPÍRICO COMPARADO SOBRE LOS SISTEMAS Y TRIBUNALES QUE EJERCEN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</u>	16
1. <u>Existencia del control de constitucionalidad a nivel mundial</u>	16
2. <u>Sobre los tipos de Tribunales que ejercen control de Constitucionalidad</u>	20
3. <u>Sobre el tipo o sistema de control de constitucionalidad</u>	23
4. <u>Funciones de tutela cautelar de derechos por parte de Tribunales Constitucionales</u>	27
5. <u>Composición de los Tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad</u>	29
6. <u>Forma de designación de los integrantes de los tribunales que ejercen control de constitucionalidad</u>	32
7. <u>Requisitos e inhabilidades para el nombramiento de miembros de Tribunales con control de constitucionalidad</u>	36
8. <u>Acusación política en contra de los miembros de Tribunales Constitucionales</u>	39
IV. <u>REFLEXIONES FINALES</u>	42
V. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	46

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS EMPÍRICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

Rodrigo Delaveau Swett¹

Sumario: El presente trabajo tiene por objeto abordar, desde una perspectiva empírica, la realidad comparada del control de constitucionalidad en 196 textos constitucionales a nivel mundial. El estudio se enfoca, mediante la aproximación del análisis económico del derecho público, en áreas determinadas, principalmente: en la existencia del control de constitucionalidad; el órgano que lo ejerce; su naturaleza; integración de estos tribunales; sistema de nombramiento; requisitos e inhabilidades de sus miembros y; sus eventuales causales de cesación en el cargo. Finalmente, se abordan las principales conclusiones y hallazgos respecto de la situación actual del control de constitucionalidad frente al sistema de control de constitucionalidad chileno.

Abstract: This working paper aims to address -from an empirical perspective- the comparative reality of judicial review in 196 constitutions worldwide. The study focuses on certain areas, using the economic analysis of public law approach, mainly: on the existence of judicial review, the Court that exercises it; its nature; members of these courts; appointment system; requirements and inabilities of its members; and their eventual causes of cessation of office. Finally, confronts the main conclusions and findings regarding the current state of art of judicial review globally towards the Chilean constitutional review system.

¹ Doctor y Magister en Derecho, Universidad de Chicago. Profesor, Magister en Derecho Constitucional y Abogado, P. Universidad Católica de Chile. Suplente de Ministro, Tribunal Constitucional de Chile.

I. CONTEXTO

Existen diversos trabajos que han abordado la temática del control de constitucionalidad desde el Derecho comparado. Sin embargo, el ejercicio de comparar, es decir, contrastar y analizar diferentes modelos jurídicos suele presentar ciertas objeciones por considerarse selectivo, instrumental o limitado. Selectivo, en cuanto sólo abarca un aspecto concreto a comparar, usualmente cuantitativo. Instrumental, ya que la comparación binaria de casos suele predefinirse para servir un fin determinado por el autor y, desde este punto de vista, nadie “compara para perder”. Y finalmente limitado, porque rara vez se pone sobre la mesa la totalidad de las constituciones existentes, retroalimentando las dos primeras deficiencias, esto es, la selectividad y la instrumentalidad. Si bien todo estudio estará siempre expuesto a imperfecciones, deben en consecuencia, buscarse instrumentos que permitan minimizar el impacto de aquellas.

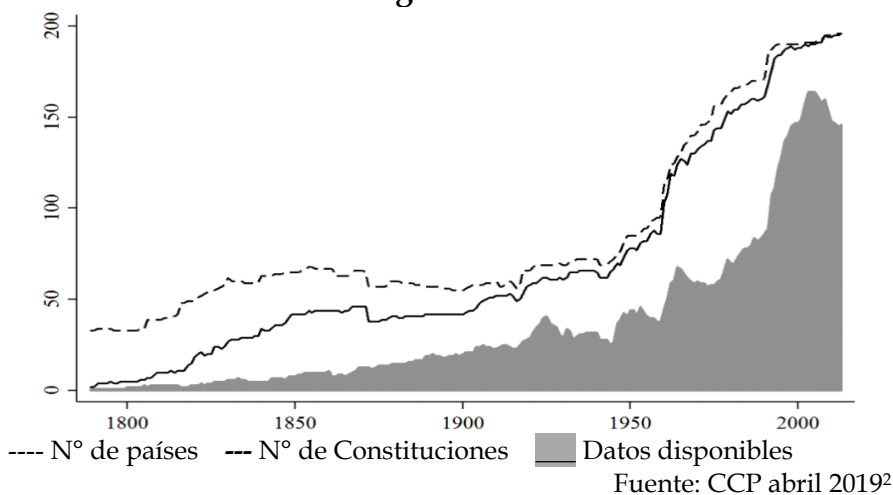
El presente trabajo aborda un tema central de la democracia constitucional actual: el control de constitucionalidad, haciéndose cargo de las críticas metodológicas señaladas, mediante el levantamiento y procesamiento de datos. El estudio se enfoca en parámetros determinadas o fundamentales del control de constitucionalidad. Finalmente, se abordan las principales conclusiones empíricas y hallazgos respecto de la situación mundial actual del control de constitucionalidad.

II. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. El Constitucionalismo

Si bien el fenómeno del constitucionalismo es reciente en la historia humana -abarca poco más de los últimos 200 años- su impacto es global y prácticamente omnipresente. En efecto, tal como lo muestra la Figura N° 1, en la actualidad no existe prácticamente Estado que carezca de una Carta Fundamental que delimite los poderes públicos y proteja ciertas libertades y derechos esenciales.

Figura N° 1



La Figura N°1 ilustra la relación entre los datos del *Comparative Constitutional Project* (CCP) y su cronología. La línea discontinua indica el número de Estados independientes en cada año desde 1789 hasta 2013. La línea continua indica el número de constituciones vigentes en Estados independientes en cada uno de esos años. El área sombreada representa los años/país para los cuales se han publicado datos sobre las características de las

² Esto incluye datos de 524 sistemas constitucionales y casi 1,500 eventos constitucionales, lo que equivale a más de 8,000 datos año/país.

constituciones nacionales. En general, los datos sobre dichas características están disponibles para el 52% de países con una constitución vigente. Como se expone en la Figura N°1 , este porcentaje varía bastante con el tiempo: los que van desde sólo tener datos disponibles para aproximadamente el 40% de los países alrededor de la Segunda Guerra Mundial, hasta datos disponibles para aproximadamente el 85% de los países durante gran parte de la última década.

Si bien la adopción del constitucionalismo es masiva y reconocida, el control de constitucionalidad por parte de un órgano judicial es igualmente masiva, pero -paradójicamente- desconocida.

En efecto, la facultad por parte de un órgano jurisdiccional de declarar que una ley aprobada por el legislador es contraria a la Constitución y que, como resultado debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, resulta una consecuencia casi forzosa, necesaria e irreductible del concepto mismo de democracia constitucional. Conceptos como el derecho a voto, la separación de poderes o el gobierno limitado suelen ir de la mano de la esencia misma de la democracia, y en consecuencia, su protección mediante el control de constitucionalidad de las leyes es -o al menos debiera ser- conceptualmente equivalente a los anteriores.

La evidencia nos muestra que, lejos de tratarse de un mecanismo exótico en retirada -y tal como lo plantean Ginsburg y Versteeg³- en las últimas décadas ha habido un movimiento global de amplio alcance en favor del control de constitucionalidad. Este desarrollo plantea importantes enigmas para la economía política, desde por qué los gobiernos se auto limitarían voluntariamente por medios constitucionales, o qué explica el cambio global hacia la supremacía constitucional

³ GINSBURG, TOM y VERSTEEG, MILA, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review?* Journal of Law, Economics, and Organization, Forthcoming; Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-29 (2013).

mediante control jurisdiccional.⁴

2. Síntesis conceptual del control de constitucionalidad

En términos simples, definimos el control de constitucionalidad como el poder formal de un tribunal para anular legislación por su incompatibilidad con la Constitución nacional.

Al igual que la democracia moderna, el control de constitucionalidad se originó en las cartas coloniales americanas y las constituciones estatales, que fueron utilizadas por los jueces coloniales -incluso antes del establecimiento del federalismo- mediante la primera constitución moderna,⁵ influenciada asimismo por casos existentes del antiguo Derecho inglés⁶. La Constitución de los Estados Unidos no es explícita sobre si la Corte Suprema Federal tiene el poder de revocar las leyes incompatibles con la Constitución, pero muchos académicos creen que los padres fundadores de la democracia norteamericana asumieron que este sería el caso. De hecho, Alexander Hamilton (1788) dedicó la mayor parte de *El Federalista* 78 a justificar dicha práctica. Después del caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), no hubo ya duda de que los tribunales federales sí tienen dicha facultad. Sin embargo, durante muchos años los tribunales dedicaron la mayor parte de su energía a invalidar leyes de los estados, siendo rara vez ejercida en contra de legislación nacional.⁷ El fundamento filosófico del control de constitucionalidad radica en que, como afirma Ackerman, ““*El Federalista*” está gratamente libre de afirmaciones de que los

⁴ En su estudio utilizaron un nuevo conjunto de datos único sobre control de constitucionalidad para las 196 constituciones para el período 1781-2011 para revisar los datos sobre este fenómeno. Usando un modelo de desfase espacial de efectos fijos, encontraron evidencia sustancial de que la adopción de la revisión constitucional es impulsada por la política electoral nacional, como se verá más adelante. GINSBURG, TOM y VERSTEEG, MILA. *Id.* Nota 4.

⁵ PRAKASH, SAIKRISHNA Y YOO, JOHN. *The Origins of Judicial Review*. University of Chicago Law Review 70. (2003) pp. 887-982.

⁶ El conocido “Bonham case” *Thomas Bonham v College of Physicians* de 1610 (8 Co. Rep. 107; 77 Eng. Rep. 638).

⁷ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS. *Democracy in America*. Traducción de. R.D. Heffner. 2001 ed. New York: New. (1835) P.28.

estadounidenses son inmunes a los males que afligen al resto de la humanidad"⁸. De este modo, lo que le da sentido al constitucionalismo democrático no es que la norma superior tenga un carácter "fundamental" ni que sea creada "por el pueblo" sino que su implementación esté en las cortes de justicia.⁹ De este modo, si la supremacía constitucional es aceptada como una protección respecto de mayorías legislativas circunstanciales que pretendan vulnerar la Carta Fundamental, la pregunta que sigue es, a cargo de quién está el control de esta supremacía. Tal como afirma Wood¹⁰, no puede ser sino un órgano judicial (lo que antes era considerado una "peculiaridad" del constitucionalismo norteamericano). Pero esto no tiene nada de peculiar: es al fin y al cabo algo propio de una democracia dado que el control de constitucionalidad "*se conecta con el valor del acto fundacional como factor legitimante de la Constitución y a su vez, deriva su propia autoridad de la misma*"¹¹, ya que en el diseño de separación de poderes de Hamilton, se debía poner la facultad de vigilar la supremacía constitucional en manos jurisdiccionales el cual, por la naturaleza de sus funciones, será siempre "*el poder político menos peligroso a nivel constitucional.*"¹²

Así, el modelo estadounidense de revisión constitucional se caracteriza por una revisión descentralizada, ejercida en todos los niveles del poder judicial, mediante una Corte Suprema Federal en la parte superior, y siempre regido por el sistema de precedentes vinculante del *common law*, donde la Corte Suprema elige los casos que va a revisar durante el año, los que apenas suelen superar la centena. No existe, además, control jerárquico ni disciplinario por parte de los tribunales superiores hacia los tribunales inferiores, pero sí un control jurisdiccional, ya que la característica central de este modelo es que la revisión se lleva a cabo solo en una disputa concreta, o un "caso o controversia".

⁸ ACKERMAN, BRUCE, *¿Un Neofederalismo?* P. 188.

⁹ LOSTEAU H, GUILLERMO. *El Fundamento Filosófico del Control de Constitucionalidad*. P. 124.

¹⁰ WOOD, GORDON, *The origins of Judicial Review revisited or how the Marshall Court made me out of les*. Washington and Lee Law review, Summer 1999, REv. 787. P. 291.

¹¹ LOUSTEAU H. GUILLERMO. *Id.* Nota 11. p. 125.

¹² *El Federalista*, p. 492. Esta frase, frecuentemente utilizada, se convertiría en el título de la célebre obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*.

Varios países latinoamericanos adoptaron una forma similar de revisión constitucional durante el siglo XIX (pero sin sistema de precedentes y jerarquizado disciplinariamente) convirtiéndose dicho modelo de revisión constitucional en el sistema dominante a principios del siglo XX, donde sigue siendo bastante común - pero no mayoritario- dentro de los modelos de revisión constitucional.

Europa tardaría poco más de un siglo en comprender la esencialidad del control de constitucionalidad judicial como elemento central de la democracia constitucional. Así, en contraste con el modelo estadounidense, un número creciente y mayoritario de países hoy en día tienen un modelo concentrado de control de constitucionalidad y, como se verá más adelante, constituye hoy por hoy el sistema dominante. Como es sabido, el modelo concentrado de revisión constitucional tiene sus orígenes en el trabajo del gran teórico legal austriaco Hans Kelsen, quien lo utilizó en su diseño de 1920 para la Constitución de la Primera República de Austria. Los jueces ordinarios, en opinión de Kelsen, eran sirvientes de la ley, y su tarea se limitaba a aplicarla¹³; no deberían estar facultados para hacer leyes, ni podrían determinar adecuadamente la constitucionalidad de la legislación. Esta perspectiva encaja dentro de la tradición del derecho civil o romanista que, basada en Montesquieu, prevé una división estricta del trabajo entre los tres poderes del Estado, más que en un sistema de controles y equilibrios en el que los diferentes órganos no solo colaboran, sino que también compiten entre sí.¹⁴ Para preservar la soberanía (y la concepción tradicional de separación de poderes) tanto como sea posible, Kelsen diseñó un cuerpo institucional especial llamado Tribunal Constitucional, cuyos miembros eran nombrados de por vida por la legislatura para juzgar disputas constitucionales (principalmente aquellas que involucran el federalismo austriaco).

¹³ KELSEN, HANS. *La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution*. Revue de Droit Public 45. (1928) p. 197, citado por STONE SWEET, ALEC. 2012. *Constitutional Courts*, pp. 816-30 en MICHEL ROSENFELD AND ANDRAS SAJO, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁴ Vid. MERRYMAN, JOHN y PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO. 2007. *The Civil Law Tradition, 3rd Edition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Este modelo de control de constitucionalidad concentrado suele ser abstracto, en el sentido que el Tribunal Constitucional no resuelve casos concretos entre dos partes en litigio, pero responde preguntas constitucionales formuladas por órganos públicos legitimados activamente para ello, ya sea antes o después de la aprobación de una ley. Además, en muchos tribunales constitucionales también es posible revisar disputas concretas, típicamente constitucionales -inaplicabilidades- remitidas generalmente por el juez o alguna de las partes de una causa en un litigio, donde los procedimientos son suspendidos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión. Una vez que éste haya decidido, su fallo servirá de base para que el tribunal remitente decida el caso.¹⁵

El modelo kelseniano de revisión constitucional se adoptó rápidamente en otros países¹⁶, encontrando finalmente un lugar en la Ley Básica de la Alemania de posguerra en 1948. Mientras que el modelo austriaco sólo preveía la jurisdicción limitada de ciertas disputas, el modelo alemán introdujo el mecanismo del amparo constitucional, en el cual cualquier individuo podría reclamar respecto de la constitucionalidad de un precepto o acción gubernamental, incluso sin un caso específico o controversia. Este nuevo mecanismo jugó un papel importante en la democratización del acceso a las cortes constitucionales -no obstante que muy pocos casos son finalmente conocidos y resueltos- asociando la institución con la protección de los derechos fundamentales. Un sistema institucional similar -pero sin recurso constitucional directo- se encuentra en Italia.¹⁷ Los tribunales constitucionales de tipo kelseniano prácticamente se adoptaron en toda Europa durante la tercera ola de democracia, por ejemplo, en Portugal 1976, España 1978 y, luego en el ex bloque soviético después de la guerra fría.

¹⁵ Así constaba en su formulación original en la Constitución austríaca de 1920 en su artículo 89.

¹⁶ Checoslovaquia (Art. 54.13 (1920), Liechtenstein (Art. 104 (1921) e Iraq (Art. 83 (1925).

¹⁷ FERREJOHN, JOHN y PASQUALE PASQUINO. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, University of Texas Law Review 82. (2004) pp. 1671-1704.

Otro modelo de revisión constitucional centralizada está asociado con la Constitución francesa de 1958, traspasándose a su ex colonias que obtuvieron la independencia poco después¹⁸. El *Conseil Constitutionnel* es un organismo especialmente designado que conoce requerimientos en contra de leyes, interpuesto por un número limitado de órganos constitucionalmente facultados para ello, antes de la promulgación de la ley, usualmente de manera obligatoria, respecto de las leyes orgánicas constitucionales. Con el tiempo, sin embargo, el modelo francés ha evolucionado y con las reformas constitucionales de 2008 se amplió la jurisdicción para incluir la revisión posterior a la promulgación. En definitiva, la versión de control de constitucionalidad en Francia ha evolucionado para incorporar elementos de la variable alemana.¹⁹

3. Metodología del presente estudio

Tal como se mencionó, la metodología del presente trabajo incluyó la revisión de datos que provienen de 196 constituciones a nivel mundial, en idioma inglés, disponibles en el *Comparative Constitution Project* (CCP), en particular, para cada constitución nacional escrita vigente, determinando si existe en ellas un tribunal u órgano jurisdiccional que pueda anular o controlar la constitucionalidad de una norma jurídica por ser incompatible con la Constitución.²⁰ Para estos efectos, se considera el control de constitucionalidad tal como está descrito en el texto de cada Carta Fundamental, con plena conciencia de la existencia de un amplio

¹⁸ FAVOREU, LOUIS. *American and European Models of Constitutional Justice*, (1990) en D. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Merryman*. Berlin, Germany: Duncker & Humbolt.

¹⁹ Como veremos más adelante, la evidencia disponible demuestra que mientras el descentralizado modelo estadounidense solía ser dominante, hoy por hoy el modelo de tribunal constitucional especializado es el más utilizado por las democracias modernas. Se les reconoce en el texto constitucional, y se les asigna expresamente su rol esencial, se les define su objetivo utilizando expresiones como “velará por la Supremacía Constitucional” o “es el intérprete final o auténtico de la Constitución” o “será la última instancia en asuntos constitucionales” o similares.

²⁰ Esta definición distingue a los tribunales transnacionales de revisión, como el Tribunal de Justicia Europeo, el Tribunal de Justicia del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA), y el Tribunal de Justicia del Caribe, que están acusados con interpretación de tratados internacionales (Vid. STONE SWEET, ALEC. *Governing with Judges*. New York: Oxford University Press (2000)). Por el contrario, también excluye los sistemas en los que la revisión se limita a examinar la compatibilidad de tratados internacionales con la constitución (Níger, artículo 55 (1960)). Además, excluye sistemas en los que la revisión se limita a la acción ejecutiva más que a la legislación-

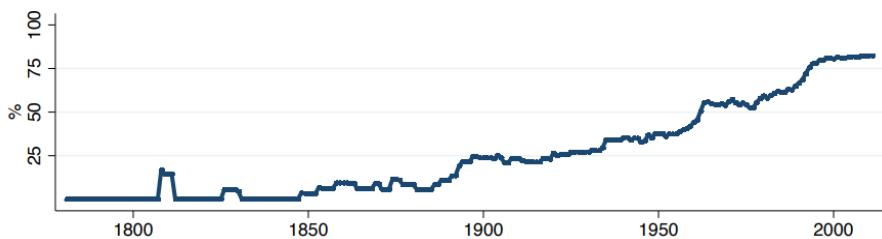
rango de variación en el grado de tribunales de todo el mundo que pueden usar esa facultad. Con todo, y sin perjuicio de que la eficacia real del mecanismo puede ser notoriamente difícil de medir, esperamos ofrecer algo de luz y evidencia comparada respecto del control de constitucionalidad.

III. ANÁLISIS EMPÍRICO COMPARADO SOBRE LOS SISTEMAS Y TRIBUNALES QUE EJERCEN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Existencia del control de constitucionalidad a nivel mundial

¿Cuáles son los datos de esta adopción masiva del control de constitucionalidad? Revisadas las constituciones del mundo dictadas desde 1787, resulta evidente la masiva expansión del control de constitucionalidad tal como lo muestra la Figura N° 2.

Figura N° 2
Expansión del Control de Constitucionalidad en el mundo
1789 - 2010



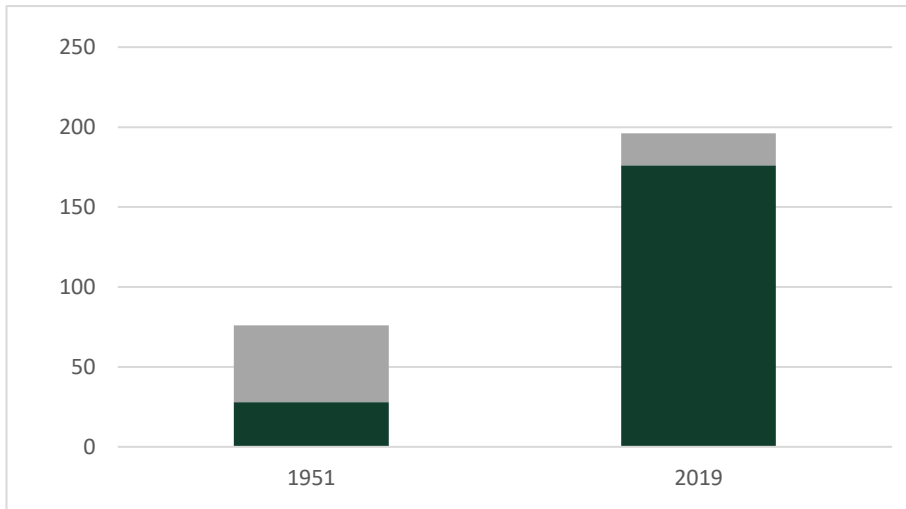
Fuente: Ginsburg y Versteeg (2013)

Ahora bien, si en 1951 alrededor del 38% de todos los sistemas constitucionales tenían tribunales que ejercían control de constitucionalidad, para el 2011 el 83% de las constituciones mundiales habían otorgado poder a tribunales para supervisar la implementación de la Constitución y suprimir la legislación contraria a ella. Hoy, revisados esos datos²¹ en el 2020 es prácticamente del 90%, aun tomando en cuenta que el número total de países también ha aumentado considerablemente desde

²¹ A la fecha de publicación de este trabajo 176 países de 196 reconocen alguna forma de control de constitucionalidad ejercida por un órgano jurisdiccional, llegando en consecuencia al 89,79%. Por lo tanto, lo que Alexis de Tocqueville describió una vez como una “peculiaridad estadounidense” es ahora una característica básica de casi todos los estados (DE TOCQUEVILLE 1835. *Id.* Nota 9 pp.72-77).

1951, de modo que esta institución ha crecido exponencialmente tanto en términos relativos como absolutos.

Figura N° 3
Número de países con Tribunal de control de constitucionalidad en relación al total de países existentes al 2019



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del CCP (2019)

Así, resulta abrumadora la cantidad de países que han optado por tener tribunales que controlen la constitucionalidad de las leyes, sin que, por otro lado, existan antecedentes conocidos de países que hayan derogado el control de constitucionalidad o suprimido sus tribunales constitucionales. En efecto, siendo 176 de 196 países los que contemplan cortes con poderes y facultades para hacer cumplir la supremacía constitucional respecto de la legislación, resulta -en realidad- más fácil identificar la veintena de países que no cuentan con tribunales dotados de la facultad de controlar la constitucionalidad de los preceptos legales.²²

²² A saber, Arabia Saudita, Brunéi, Catar, China, Ciudad del Vaticano, Corea del Norte, Cuba, Guinea-Bissau, Irak, Kuwait, Laos, Lesoto, Liberia, Libia, Maldivas, Omán, Países Bajos, Sudán del Sur, Turkmenistán, Vietnam. Lo anterior, es sin perjuicio que, en determinados sistemas no obstante la existencia formal de este poder en los sistemas jurídicos, rara vez se ejerza por parte de las Cortes facultadas para ello, como en Suiza o Nueva Zelandia siendo, en todo caso, minoritarios.

Sobre los motivos que existen para explicar este fenómeno, se han formulado diversas teorías. Las primeras ideas sugirieron un carácter federalista. Así, se sostuvo en un comienzo que el control de constitucionalidad surgió para responder a problemas de gobernabilidad del federalismo debido a la necesidad de coordinación entre múltiples ramas de gobierno y sus distintos niveles.²³ Las teorías ideológicas, en cambio, enfatizaron la importancia de la protección de los derechos, el Estado de Derecho, o la necesidad de protegerse de los caprichos del legislador.²⁴

Trabajos más recientes han propuesto explicaciones basadas en comportamiento estratégico, en las cuales el control de constitucionalidad se conceptualiza como una respuesta al mercado electoral interno.²⁵ De este modo, los grandes consensos sociales y políticas materializados en el poder constituyente de una Carta Fundamental prevén, eventualmente, perder fuerza en determinados momentos después de su adopción, en el riesgo de caer presa de las mayorías absolutas circunstanciales inferiores a los concesos necesarios para modificar o dictar una nueva constitución. En consecuencia, resulta más probable que instituyan una forma de control constitucional, ya que un órgano jurisdiccional puede proteger los valores sustantivos que los constituyentes no podrían luego -teóricamente- reivindicar a través del proceso político. La revisión constitucional, en esta perspectiva, es una forma de "seguro político" o institucional, a través del cual el constituyente asegura un determinado pacto político que recoge grandes consensos entre distintas fuerzas políticas, usualmente 2/3 -quorum que constituye el promedio a nivel mundial para modificar una Constitución- como ya ha sido demostrado empíricamente por abundante literatura²⁶. Después

²³ Vid. SHAPIRO, MARTIN. *The Success of Judicial Review*, in S. Kenny, W. Rieseinger and J. Reitz, eds., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*. New York: St. Martin's Press. (1999).

²⁴ Vid. CAPPELLETTI, MAURO. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press. (1989).

²⁵ Vid. GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press (2003); HIRSCHL, RAN. *Toward Juristocracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press (2004); FINKEL, JODI. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press. (2008); ERDOS, DAVID. *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*. New York: Oxford University Press (2010).

²⁶ Elkins, Zachary. *The Endurance of the National Constitutions*" (2009).

de todo, si se ha logrado entre los distintos actores en juego un acuerdo, nadie pacta un “contrato social” para que este no se cumpla, de manera que se asegura que dicho acuerdo -que expresa los concesos sociales más relevantes consagrados en una Constitución- puedan ser efectivamente ejecutados por un órgano jurisdiccional mediante el control de constitucionalidad, principalmente como un modo de proteger los derechos fundamentales. Adicionalmente, existe una literatura reciente -pero creciente- sobre la difusión internacional de las normas constitucionales, que sugiere que se puedan adoptar disposiciones en respuesta a los desarrollos constitucionales en el Derecho internacional.²⁷ Así, como han concluido diversos autores, si las normas constitucionales se difunden internacionalmente, también podría ser el caso del control de constitucionalidad como institución, ya que los redactores buscan conformidad del Derecho interno con las normas internacionales.²⁸

Si bien no faltan teorías para explicar este fenómeno en expansión, se sabe poco de manera empírica y sistemática sobre los orígenes y la evolución de la revisión constitucional a escala global. Ninguna de las teorías ha sido probada sistemáticamente entre sí utilizando métodos empíricos cuantitativos, y en particular, casi no se ha hecho ningún esfuerzo por aplicar teorías de adopción de control de constitucionalidad. El estudio más reciente a nivel empírico entregó evidencia sustantiva que, la difusión de la revisión constitucional en todo el mundo durante los últimos dos siglos, se explicaba mejor por la política interna que por otros factores y, en particular, por las incertidumbres en el mercado electoral.²⁹

²⁷ Vid. GODERIS, BENEDIKT y VERSTEEG, MILA. *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*. Working Paper. (2011); DIXON, ROSALIND y ERIC POSNER. *The Limits of Constitutional Convergence*, Chicago Journal of International Law 11 (2011) pp. 399-423.

²⁸ Vid. STONE SWEET, ALEC. *Constitutions and Judicial Power*, in D. Caramani, ed., *Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press. (2008).

²⁹ Más específicamente, los autores afirman que, en las elecciones, medida la diferencia entre la proporción de escaños obtenidos el primero y el segundo partido o coalición política en el poder legislativo, predice la adopción de control de constitucionalidad. Si bien Ginsburg y Versteeg encontraron apoyo empírico para su teoría, en un trabajo más reciente han revelado evidencia sustancial de difusión en el ámbito de los derechos constitucionales. Sus nuevos hallazgos sugieren que la parte orgánica de la constitución es

En consecuencia, es posible afirmar que sólo en aquellas democracias y regímenes que manifiestan una auténtica vocación real y verdadera de autolimitarse por medios constitucionales, son susceptibles de adoptar un sistema de control de constitucionalidad.

2. Sobre los tipos de tribunales que ejercen control de constitucionalidad

Tal como mencionábamos en un comienzo, existieron dos grandes ramas o formas de realizar la revisión constitucional: el modelo norteamericano, mediante un tribunal no especializado³⁰; y un modelo austríaco o europeo por medio de un tribunal especializado en asuntos constitucionales, bajo diferentes denominaciones (Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Consejo Constitucional, etc.). Para efectos metodológicos también hemos incluido en este grupo a aquellas Cortes Supremas que cuentan con una Sala especializada en materia constitucional, toda vez que sus miembros suelen estar sujetos a un sistema de nombramiento distinto o a un estatuto jurídico diferente del de los ministros ordinarios de la Corte Suprema respectiva, teniendo en consecuencia características propias más cercanas a un tribunal especializado que a uno de competencia común, como suele ocurrir en muchos países de Centroamérica, entre otros.³¹

La Figura N° 4 ilustra la creciente preferencia por sistemas de tribunales especializados (TC) por sobre los de competencia común (CS), cuya evolución marca un punto de quiebre preclaro a comienzos de la década de 1990, momento en que las cortes constitucionales pasaron a dominar las preferencias de las democracias para ejercer el control de constitucionalidad, sin que

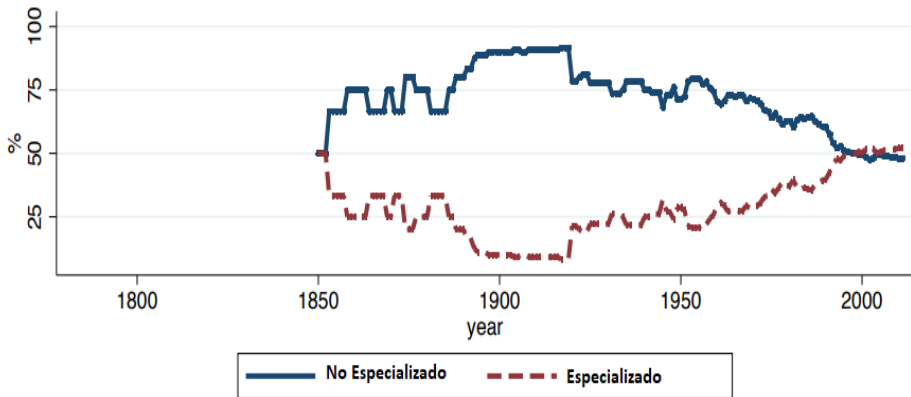
menos propensa a la influencia extranjera e internacional que la parte dogmática o de declaración de derechos. GINSBURG y VERSTEEG *Id.* Nota 4.

³⁰ No obstante, la Corte Suprema de EE. UU. dedica la mitad de su período de sesiones en conocer asuntos de naturaleza constitucional. Así, la Corte divide su trabajo en dos sub períodos, conociendo primero casos de derecho general (general, civil, etc.) y luego del receso de invierno, con los de índole constitucional.

³¹ A saber: Chad, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nigeria, Nicaragua, Kirguistán y Panamá.

existan antecedentes de países que hayan devuelto o retornado estas competencias a sus Cortes Supremas o a otros tribunales no especializados.

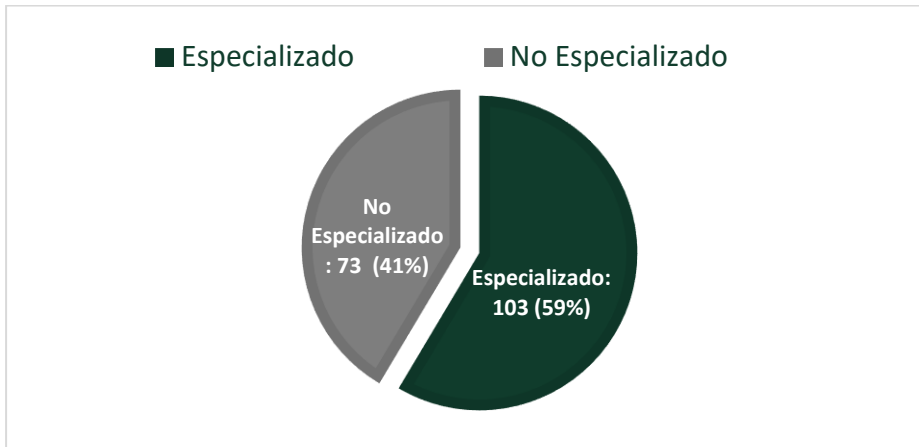
Figura N° 4
Evolución de los sistemas de control de constitucionalidad
tribunales no especializados vs. tribunales especializados
1850-2000



Fuente: Ginsburg y Versteeg (2013)

¿Cómo ha sido la evolución de las democracias modernas en los últimos 20 años? Al actualizar estos datos a 2019, tal como lo expone la Figura N° 5, la evidencia es contundente en reafirmar la tendencia de entregar el control de constitucionalidad de las leyes a Tribunales Constitucionales especializados, y no a Cortes Supremas no especializadas.

Figura N° 5
Existencia de tribunales con control de constitucionalidad
especializados y no especializados
(2019)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del CCP (2019)

Con todo, la existencia de un tribunal especializado en materias constitucionales, no es sinónimo forzoso de un sistema *concentrado* de control de constitucionalidad.³²

Así las cosas, resulta indesmentible que la tendencia es a especializar el ejercicio de la justicia constitucional. Incluso, en naciones que tienen control difuso tienden igualmente a “concentrar” la última palabra en materia constitucional en el Tribunal Supremo, ya sea en países como Estados Unidos o Japón, o bien se trate de Vanuatu, Samoa o Yemen. La doctrina ha dado cuenta de esta expansión de Tribunales *ad hoc* en materia constitucional, no solo por extensión de costumbres jurídicas (como en el caso de tratarse de ex colonias, caso recurrente en África) sino también en países que buscan optimizar y perfeccionar su modelo constitucional a los mejores estándares internacionales. En efecto, “*es sobre todo en el continente europeo, donde el modelo de control concentrado, especializado y sucesivo ha encontrado mayor fortuna: pidiendo parcialmente el préstamo de unos*

³² En Brasil, Chipre, Guatemala, Honduras, Indonesia, Myanmar, Perú, Tanzania y Venezuela, la revisión constitucional puede ser de naturaleza mixta o incluso difusa, como en el sistema norteamericano. Dicho lo anterior, estos sistemas constituyen la excepción.

elementos -además del ideal kelseniano- de los sistemas de Alemania, Italia y, después de España, ha sido previsto en los ordenamientos del Este de Europa y en muchas Repúblicas nacidas de la disolución de la URSS y de Yugoslavia” .³³

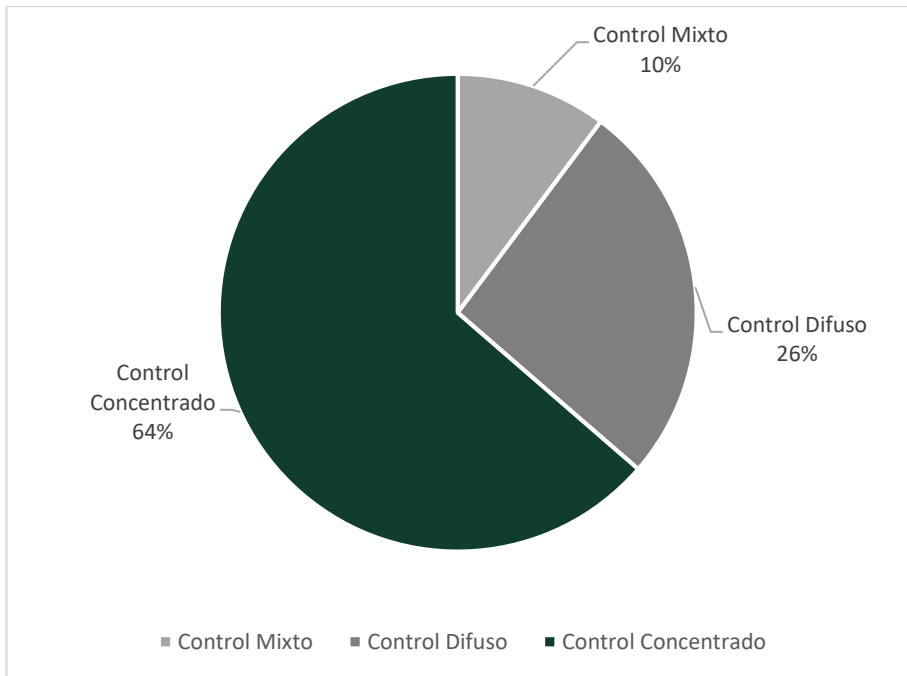
3. Sobre el tipo o sistema de control de constitucionalidad

Otra de las variables relevantes analizadas a nivel comparado, dice relación con la modalidad del control que este ejerce.

Para efectos metodológicos, primero distinguiremos entre aquellos sistemas que tienen un control difuso, concentrado, o bien mixto de constitucionalidad. Luego, los que ejercen un control ex ante, ex post, o ambos. Finalmente, cruzaremos datos para distinguir todas las tipologías posibles de control de constitucionalidad, que incluyan estas dimensiones.

³³ PEGORARO, LUCIO y RINELLA, ANGELO. *Derecho Constitucional Comparado*. Astrea (2018) p. 318.

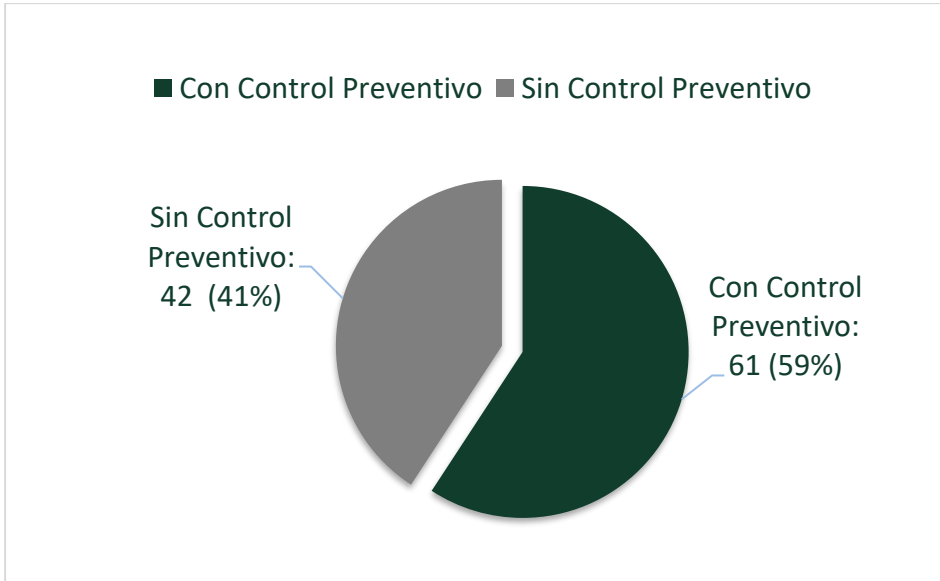
Figura N° 6
Control concentrado, difuso o mixto en países con tribunales que ejercen control de constitucionalidad



Fuente: elaboración propia con datos del CCP (2019)

En la Figura N° 6, se representa el porcentaje de países con control concentrado, siendo éste el modelo predominante (64%) seguido por los sistemas con control difuso, principalmente en países de tradición anglosajona o con régimen federal (26%).

Figura N° 7
Tribunales Constitucionales con
Control Preventivo



Fuente: elaboración propia con datos del CCP (2019)

En la Figura N° 7 precedente, para efectos del presente estudio, es necesario aclarar que el control preventivo existe sólo en tribunales especializados y, en consecuencia, es indispensable desagregar esta variable -aplicando dicha distinción sólo respecto de los Tribunales Constitucionales- de manera de determinar fidedignamente cuántos tribunales especializados a nivel mundial cuentan con control preventivo de constitucionalidad.³⁴ Así, la evidencia nos arroja que, el 59% de los Tribunales Constitucionales del mundo ejercen control de constitucionalidad preventivo de las leyes.

³⁴ En este sentido, la afirmación de Pegoraro y Rinella resulta parcialmente incorrecta al señalar que “*el sistema más seguido en el mundo consiste en situarlo (al control de constitucionalidad) después de la entrada en vigor de la ley*”, aunque dichos autores no citan fuente alguna para tal afirmación. (PEGORARO, LUCIO y RINELLA, ANGELO. *Id.* Nota 30, p. 311). A la luz de la evidencia empírica estudiada, resulta efectivo que, de la totalidad de los tribunales que ejerce control de constitucionalidad, tanto especializados como no especializados, el 35% de los países tiene control preventivo (dado principalmente porque en ningún país con tribunal no especializado existe control preventivo, al no ser necesario principalmente por razón de su familia jurídica (*common law*) o bien porque se trata de un sistema federal. Con todo, desagregados los tribunales no especializados, dentro de los especializados, la mayoría tiene control preventivo, como lo muestra los datos expuestos.

Resulta igualmente plausible prevenir que bajo la figura de control preventivo se agrupan diversos modelos. Estos consideran el modelo original francés de control preventivo -con algunas variantes- de leyes orgánicas, proyectos de ley y tratados internacionales, advirtiéndose que muy pocas veces el control previo agota todas las posibles formas de control de constitucionalidad, atendido lo que sucedió en Francia el 2008 con la introducción de la *question prioritaire de constitucionalité*.³⁵ Por esa razón, esta forma de control preventivo convive con formas de control sucesivo de leyes.³⁶

Ahora bien, dado que el control ex post sólo opera a requerimiento de órganos constitucionalmente autorizados, jueces del caso o partes del juicio, su naturaleza es siempre voluntaria. Por el contrario, en el caso del control preventivo es necesario distinguir un subgrupo que constituye aquellos países que cuentan con control preventivo obligatorio de constitucionalidad. Al respecto, desde el punto de vista del Derecho comparado, del total de naciones que tienen control preventivo, un número significativo de ellas (el 42%) contempla, además, un control obligatorio. Respecto de estos sistemas podemos distinguir dos vertientes: primero, los que han seguido el modelo francés (donde las normas objeto de control obligatorio suelen ser Leyes Orgánicas Constitucionales); o bien, aquellos que han seguido el modelo checo³⁷ (donde un tratado no puede ser ratificado antes de que el Tribunal Constitucional dicte sentencia de conformidad con la Constitución).

Finalmente, la Figura N° 8 refleja el cruce entre ambas dimensiones -incluyendo asimismo los países que no tienen control de constitucionalidad o que no existen datos disponibles bajo la fórmula N/A (no aplicable) los que totalizan el 12%,

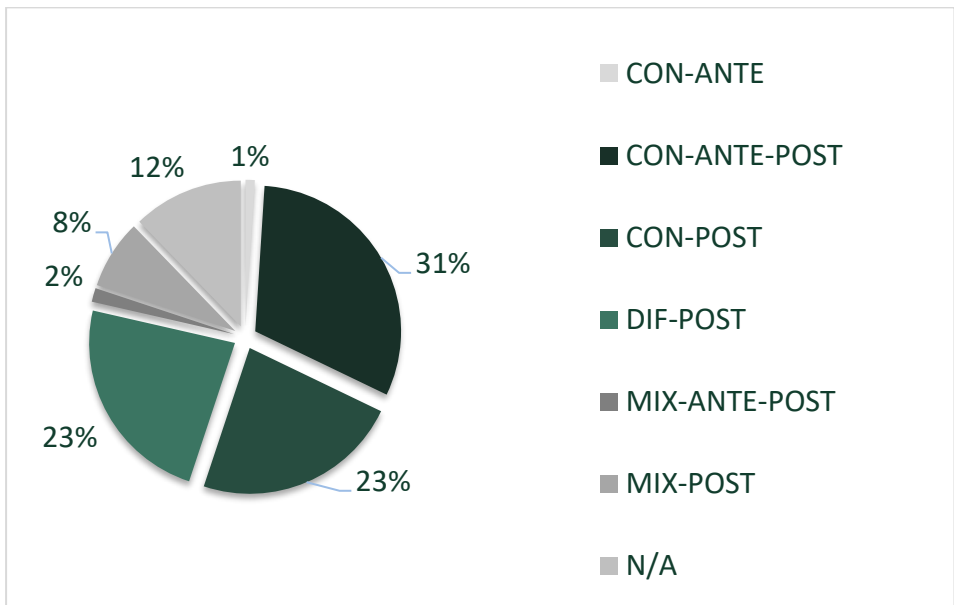
³⁵ La “cuestión prioritaria de constitucionalidad” es el derecho que se reconoce a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia de afirmar que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Muy útil al respecto resulta el trabajo de ALEGRE MARTINEZ, M.A., *Justicia constitucional y control preventivo*, Un. De León, León (1995).

³⁶ Como sucede en Portugal, Rumania, Irlanda, Kazakstán, Hungría, Colombia, Chipre, etcétera, o bien respecto de tratados internacionales como en Bulgaria, Ucrania, entre muchos otros.

³⁷ A este se suman, a modo ejemplar, Albania, Bielorrusia, Bulgaria, Eslovenia, Eslovaquia, Letonia, Polonia, entre otros.

reflejando que la mayoría posee un control concentrado tanto preventivo como una vez promulgada la ley (31%) seguido por los países con control concentrado a posteriori y difuso a posteriori, ambos con un 23%.

Figura N° 8
Cruce interdimensional de sistemas de control de constitucionalidad (incluye países sin control de constitucionalidad)



Fuente: elaboración propia con datos del CCP (2019)

4. Funciones de tutela cautelar de derechos por parte de Tribunales Constitucionales

Quisiéramos referirnos brevemente a una función muy particular de los Tribunales Constitucionales hispanoamericanos cual es, su rol de última instancia en lo relativo al denominado recurso de amparo constitucional o -entre nosotros- el denominado recurso de protección.

Esta institución procesal, no es idéntica en todas las naciones, ni posee características análogas. En muchos casos, ni siquiera

tiene reconocimiento constitucional³⁸. Para efectos del presente trabajo, el recurso de amparo, entenderemos aquella acción procesal de carácter cautelar que tiene por objeto tutelar determinados derechos fundamentales recogidos principalmente en la Constitución. En vista de lo anterior, las acciones no cautelares -aun cuando estén destinadas a proteger o amparar derechos fundamentales- no son consideradas, para efectos metodológicos o estadísticos, como auténticas “acciones de amparo” según la taxonomía definida anteriormente.

Levantados los datos, son pocos los países que incorporan la denominada acción de amparo como acción cautelar en sus textos constitucionales, siendo en su inmensa mayoría, latinoamericanos.³⁹

No todos estos países con acción de amparo o protección cuentan con cortes de control de constitucionalidad especializadas, pero respecto de aquellos en que sí existen Tribunales Constitucionales, Chile constituye una excepción. En esta línea, el profesor Nogueira precisa:

“Chile es el único país con Tribunal Constitucional de América del Sur, al cual no se le otorga competencia en materia de amparo de derechos humanos o fundamentales, debilitando la fuerza normativa de la Constitución en materia de derechos esenciales y su interpretación unificadora, no existiendo un parámetro único y seguro en la aplicación de los derechos.”⁴⁰

³⁸ Por ejemplo, en el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal ostenta el monopolio del control constitucional, en el sentido de ser el último intérprete de la Constitución y la única instancia en poder declarar la inconstitucionalidad de una ley. En materia de amparo constitucional, “la exigencia del agotamiento de la vía judicial pretende mantener y fortalecer las distintas jurisdicciones especiales existentes en Alemania y convierte al amparo en un recurso extraordinario que no tiene carácter de medida cautelar o de proceso sumario, sino de solución definitiva de una posible violación a la Constitución.” LÖSING, NORBERT. *El recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde) en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana*. Revista de Derecho Público N° 18 - enero de 2005. Universidad de los Andes- Facultad de Derecho. Colombia, p. 99. En DELAVEAU S., RODRIGO. *El Amparo Constitucional: Una Mirada Empírica Desde El Derecho Comparado y El Recurso De Protección En Chile*. Seminario con motivo del encuentro entre los Tribunales Constitucionales de Chile y España. (2019).

³⁹ Aquí encontramos -bajo diversas denominaciones- a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

⁴⁰ A lo anterior, el autor agrega otras competencias no existentes en tribunales americanos. A saber: 1. Control de adecuación de las leyes a los tratados internacionales ratificados por el Estado (República

5. Composición de los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad

Otra de las variables abordadas por el presente estudio apunta a la conformación del tribunal encargado de velar por la supremacía constitucional. Esta conformación se refiere al número de sus integrantes (distinguiendo asimismo entre los de conformación par y los de conformación impar). Este punto es relevante dado que uno de los escollos de recurrente cuestionamiento respecto del Tribunal Constitucional chileno se relaciona precisamente con la integración en número par de los ministros (10 miembros) lo que determina en consecuencia que su presidente pueda hacer uso del voto dirimente en caso de producirse empate. Con todo, es necesario prevenir que dicha situación existe exclusivamente cuando conoce algunas materias inherentes a su ámbito (*v.gr.* control preventivo) y no ocurre para los efectos de las inaplicabilidades, donde en caso de empate, se entiende rechazado el recurso. En relación al caso de las admisibilidades -las que se ven en sala, la cual está integrada por un número impar de miembros-, no hay regla legal expresa de cómo se resuelve el empate, en el caso que concurren o asistan solo cuatro miembros a la sesión respectiva. Como se sabe, el TC chileno funciona en dos salas y cada una con 5 miembros; es decir, número impar y el presidente integra una de esas salas.

Al analizar cómo se componen las cortes que ejercen control de constitucionalidad a nivel comparado, la evidencia arroja que, un porcentaje muy significativo de magistraturas constitucionales a nivel mundial, disponen de una *integración* impar (77%), los que

Checa). 2. Control de constitucionalidad de normas no jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia (Bielorrusia, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Moldavia, Polonia, Lituania). 3. Interpretación obligatoria de la Constitución con efectos vinculantes y de carácter erga omnes (Albania, Bulgaria, Hungría, Eslovaquia, Rusia, Ucrania). 4. Control en materia contencioso electoral (Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Eslovaquia, Francia, Lituania, Moldavia, Rumania). “De las cuatro materias señaladas, al menos una contribuye a una mayor fuerza normativa de la Constitución y a un control de constitucionalidad más pleno o completo, ya que superan un vacío sobre la materia que existe en América del Sur, al no existir control de constitucionalidad sobre las normas no jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia, tales como auto acordados que regulan procedimientos judiciales o aspectos de economía procesal que, en ocasiones, pueden vulnerar derechos y garantías.” NOGUEIRA, HUMBERTO. *Las Competencias De Los Tribunales Constitucionales De América Del Sur*. Ius et Praxis v.8 n.2 Talca 2002.

van entre tres⁴¹y diecinueve miembros⁴².

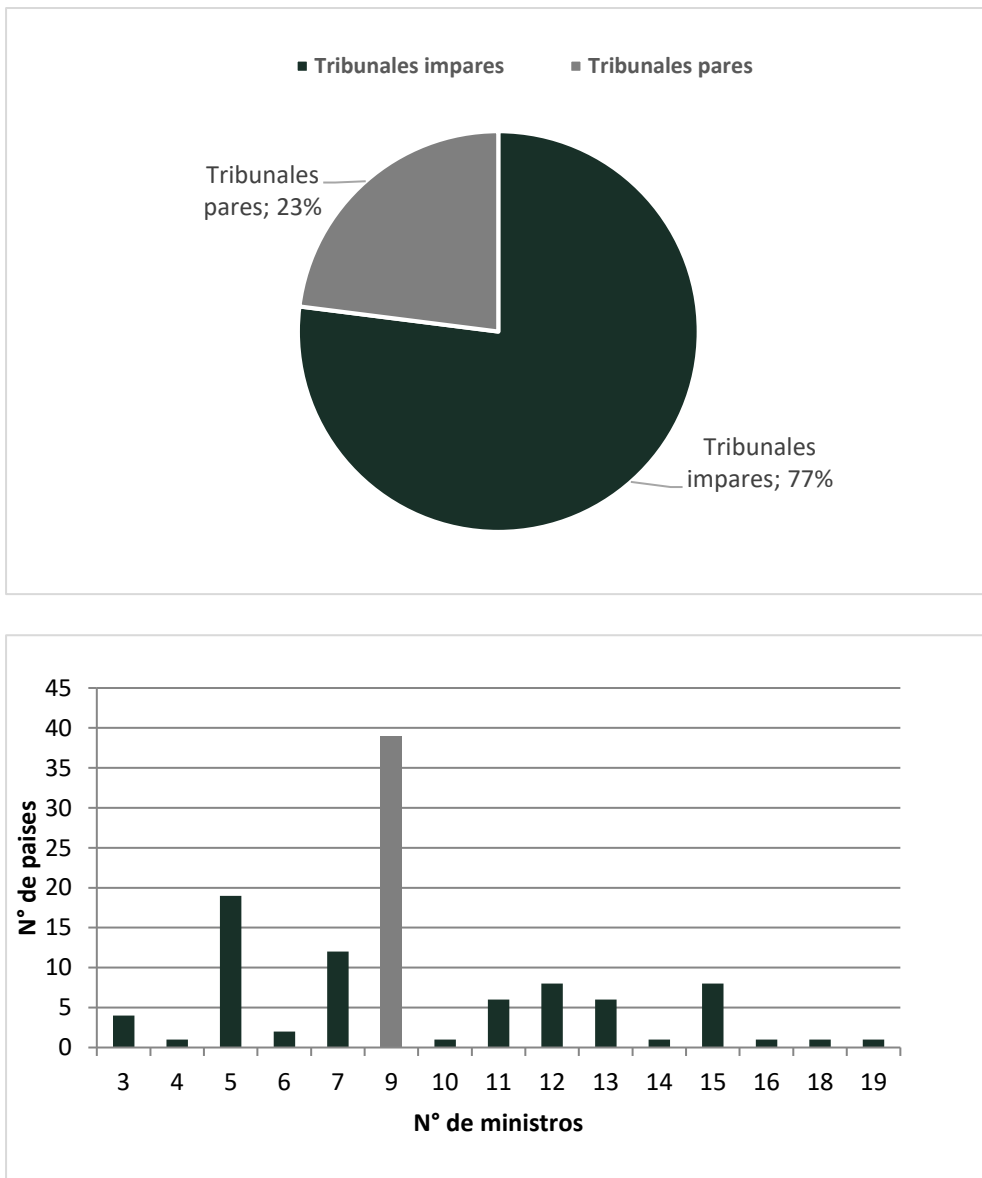
Sin embargo, debemos mencionar algunas precisiones: no todas las Cartas Fundamentales fijan el número de miembros de sus tribunales de competencia constitucional; luego, en algunos de estos tribunales, no obstante que el número total es par, dicha magistratura se divide en realidad en dos cámaras o salas, como en el caso español o alemán, o bien, existe la exigencia que todas las sentencias deban ser dictadas por unanimidad del tribunal - elemento que hace la discusión sobre integración par o impar menos relevante-; y, finalmente, en prácticamente todas las que tiene integración par, las controversias se resuelven por una regla similar a la chilena, esto es, mediante voto dirimente de su presidente.

Así, el cuadro mundial de tribunales, en cuanto al número de sus integrantes, queda expuesto en las Figuras N° 9 A y B, en las cuales se desglosa por porcentaje según el número de sus integrantes.

⁴¹ Chipre, Comoras, Malta, Nicaragua, entre otros.

⁴² En el caso de Rusia.

Figura N° 9A y 9B
Comparación entre tribunales que ejercen el control de constitucionalidad según el número de los miembros que lo integran



Fuente: elaboración propia según datos del CCP (2019)

A nivel comparado, el número de ministros más común en magistraturas constitucionales es de nueve miembros (36%) y,

por notoria diferencia, el modelo preferido, es de un tribunal de composición impar (77%).

6. Forma de designación de los integrantes de los tribunales que ejercen control de constitucionalidad

Si bien son innumerables las formas y variantes a nivel mundial respecto del mecanismo para designar o elegir a los miembros de quienes integran la máxima magistratura constitucional, es posible agrupar los sistemas de designación en cuatro grandes categorías: sistemas *sucesivos*; sistemas *distributivos*; sistemas *unilaterales*; y sistemas *populares*.⁴³

Denominamos sucesivos a aquellos sistemas que, para una misma designación requiere la intervención secuencial de más de un poder del Estado. Entre nosotros, sería el sistema utilizado para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, el cual exige diversos estadios burocráticos: una lista de cinco personas propuesta por la propia Corte Suprema; luego una selección de esa lista realizada por el poder ejecutivo y; que dicha selección o nombre sea aprobado por 2/3 del Senado. Así se verifica la intervención sucesiva de tres poderes del Estado.

Se entiende como sistema distributivo aquel en que la designación de una parte de los miembros del tribunal queda entregada a distintos poderes del Estado, sin que un poder pueda inmiscuirse en la elección realizada por otro órgano diferente.

Luego, en los sistemas unilaterales, es un solo poder del Estado el que realiza la totalidad de las designaciones del órgano jurisdiccional constitucional.

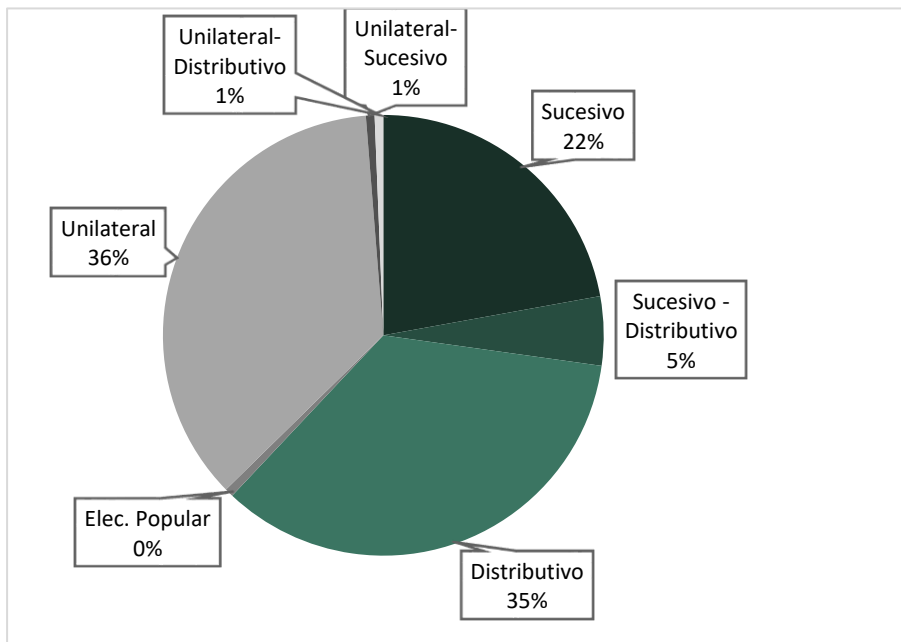
Finalmente, el sistema popular, sus miembros son elegidos directa o indirectamente mediante voto popular.

⁴³ Evidentemente, pueden darse casos de figuras mixtas, las que no fueron estadísticamente relevantes, totalizando 10 países: 8 con sistemas Sucesivo-Distributivo; 1 con Sistema Unilateral-Sucesivo; y 1 con sistema Unilateral-Distributivo.

Cada uno de estos sistemas presenta ventajas y desventajas. *V. Gr.* el sistema sucesivo permite la intervención de más órganos del Estado, pero, por la misma razón, los procesos de nombramientos pueden extenderse indefinidamente en el tiempo, dado que cualquiera de los poderes intervinientes tiene la facultad de bloquear el proceso en cualquiera de sus etapas.

Así, existen sistemas de designación a nivel comparado preferidos en relación al tipo de funciones que cumple el tribunal, pero en particular en relación a su naturaleza y conformación. De ello da cuenta la Figura N° 10, que ilustra los distintos sistemas de designación, respecto del total de tribunales que ejercen control de constitucionalidad.

Figura N° 10
Sistema de designación de integrantes respecto del total de tribunales que ejerce el control de constitucionalidad



Fuente: elaboración propia según datos del CCP (2019)

La Figura anterior requiere cierto análisis y ajuste metodológico, toda vez que el supuesto “empate técnico” entre

sistemas unilaterales y distributivos, esconde -en muchos de los casos- una forma parlamentaria de gobierno, donde el primer ministro designa previa recomendación del gabinete, el cual emana del propio parlamento. Otras veces corresponde a monarquías que requieren el consejo del primer ministro, o figuras similares.

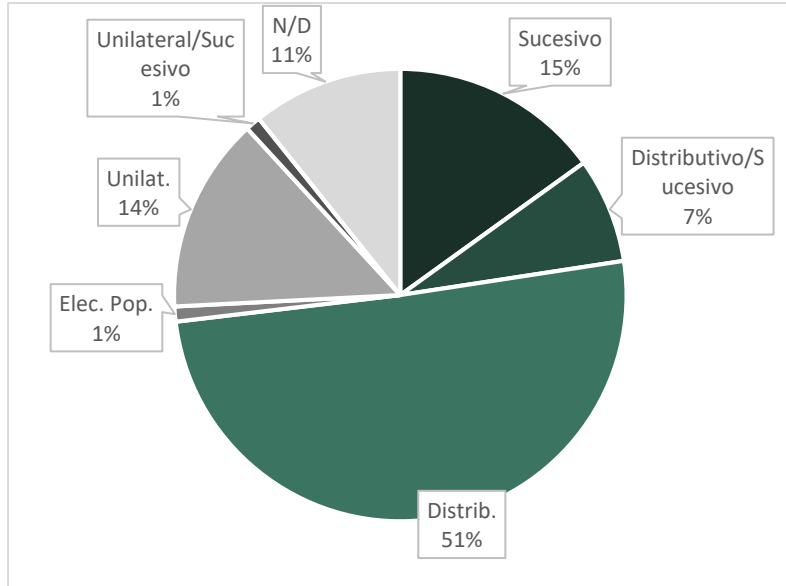
Más relevante entonces resulta la distribución de los sistemas de designación según se trate de tribunales no especializados, o bien especializados, en particular cuando ya sabemos que estos últimos conforman el 59% de las preferencias a nivel mundial.

En efecto, en los sistemas de control difuso y en aquellos donde el control de constitucionalidad es realizado por una Corte Suprema no especializada, el sistema de designación preponderante es el sucesivo. Ello no sorprende toda vez que, al formar parte la Corte Suprema de un órgano mayor -como es el Poder Judicial- las objeciones o críticas a este sistema de designación producen menos impacto. Y es que la demora en el nombramiento en un órgano jerárquico o, al menos, parte de una estructura de mayor envergadura, siempre va a tener la posibilidad de funcionar y poder suplir la falta de nombramiento mediante un sistema de suplencias, integraciones y diversos mecanismos de reemplazo.

En contraste, en las magistraturas especializadas, entiéndase Tribunales Constitucionales o Consejos Constitucionales, el sistema de designación predominante es, consistentemente, el distributivo. Ello resulta plausible, por cuanto al tratarse de órganos autónomos no cuentan con la capacidad de funcionar en plenitud sin contar con los miembros necesarios para poder operar. Dado que el sistema distributivo es -en este sentido- más rápido que el sucesivo, no es de extrañar su notoria preferencia a nivel mundial (51%), tal como lo demuestra la Figura N° 11, muy por lejos de la segunda preferencia, esto es el sucesivo 15%, dado que en los tribunales especializados también hay una baja significativa en cuanto al sistema unilateral de designación de sus

integrantes.⁴⁴

Figura N° 11
Distribución de sistemas de nombramiento de jueces en
Tribunales Constitucionales especializados.



Fuente: elaboración propia según datos del CCP (2019)

Experiencias mundiales recientes con sustantivas dilaciones, problemas y complicaciones que ha suscitado el sistema sucesivo, dado que implica alinear en un mismo momento voluntades de tres poderes del Estado, con altos niveles de quórum (potenciando el poder de veto) y sin plazos definidos (que pueden implicar que algunas instituciones tengan la facultad de dejar a otras sin funcionar) sería una explicación plausible de por qué las democracias se han ido tendiendo hacia el sistema distributivo.

No obstante, a nivel comparado este sistema también ha enfrentado críticas, como el hecho de que, al ser autónoma la designación, ésta puede no ser la más exigente en relación a los méritos o aptitudes del juez que se pretende nombrar. Para

⁴⁴ Sólo un país presenta elección popular indirecta de sus miembros: Bolivia.

hacerse cargo de estas objeciones, diferentes naciones han mantenido las ventajas del sistema, pero al mismo modo, han elevado los estándares, exigencias, inhabilidades y procesos de designación, tema al que nos abocaremos en el acápite siguiente.

7. Requisitos e inhabilidades para el nombramiento de miembros de tribunales con control de constitucionalidad

De modo de garantizar dos valores fundamentales a la hora de nominar miembros de un tribunal con facultades de control de constitucionalidad -calidad e independencia- las democracias constitucionales han buscado robustecer sus magistraturas constitucionales mediante diferentes mecanismos, requisitos e inhabilidades por parte de los candidatos a ocupar el cargo de juez constitucional.

En relación a este objetivo, lo que se persigue es, por un lado, que los jueces estén dotados de las competencias, experiencia y conocimientos necesarios para cumplir el cargo y, por otro, que una vez designado obre con independencia del poder que lo nombró, tanto activa como pasivamente. Esto último suele confundirse con una suerte de “prescindencia de teorías jurídicas o adhesión a determinados principios” por parte del juez constitucional. Ello, nos parece, constituye una aproximación inexacta, toda vez que lo que se busca en un proceso exigente y transparente de designación. Se trata -precisamente- de conocer los puntos de vista, enfoques y doctrinas jurídicas del candidato. Otra cosa distinta es que, una vez designado, éste haga ejercicio de la denominada “debidada ingratitud” -particularmente para con el órgano que lo designó- para así asegurar la independencia de las decisiones de quién imparte justicia constitucional, ya que es un tribunal jurídico pero cuyas decisiones, en ciertas situaciones, tienen impacto en lo político. En efecto, tal como lo señala el Tribunal Constitucional Alemán:

“El trabajo del Tribunal Constitucional también tiene efecto político. Esto se vuelve particularmente claro cuando el Tribunal declara que una ley es inconstitucional. Sin embargo, la Corte no es un cuerpo político.”

Su único estándar de revisión es la Ley Básica. El Tribunal no puede tener en cuenta las cuestiones de conveniencia política. Simplemente determina el marco constitucional dentro del cual la política puede desarrollarse. La delimitación del poder estatal es una característica de los estados constitucionales democráticos modernos."⁴⁵

En este contexto, los países han buscado diferentes fórmulas para establecer estándares a la hora de designar sus magistrados constitucionales, más allá de los requisitos e inhabilidades generales para ser jueces ordinarios. En general podemos distinguir dos grandes categorías: los *requisitos habilitantes* y las *inhabilidades preventivas*.

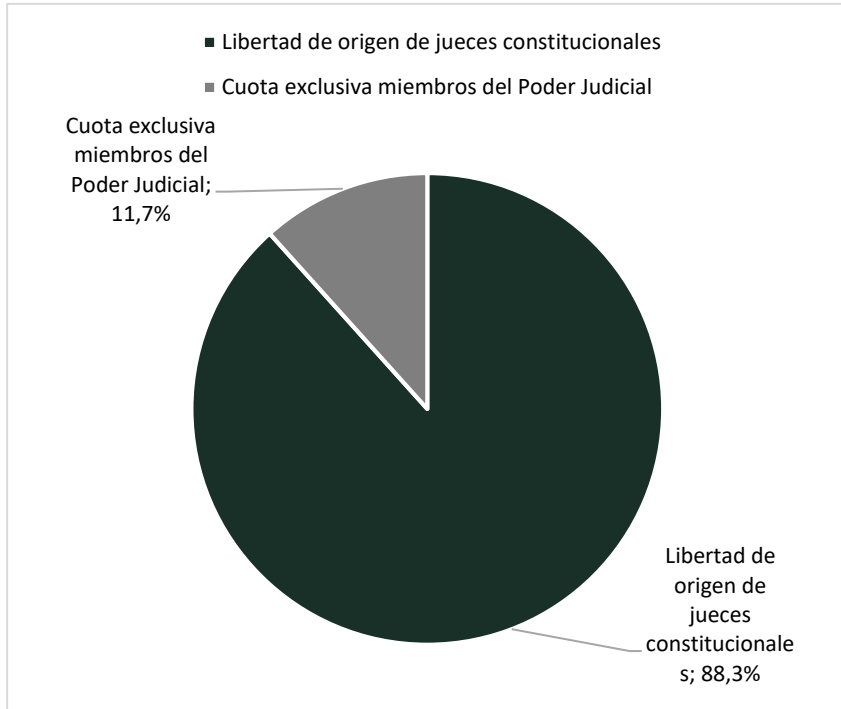
Respecto de los primeros, la mayoría de los sistemas coinciden en exigir la profesión de abogado, un determinado número de años de ejercicio de la profesión (generalmente entre 15 y 20 años, este último en caso italiano) o bien una edad mínima (entre 40 y 50 años) y alguna forma de reconocimiento profesional, académico general, o bien, vinculada al área del Derecho Público. En ello no existe mucha innovación, ya que resulta difícil establecer un parámetro único de requisitos, razón por la cual, si se desea elevar los estándares, algunos países han optado por crear comités de selección o bien concursos públicos de antecedentes previos a la designación por parte del órgano que corresponda.

En cuanto al origen de los magistrados constitucionales, en términos generales, predomina ampliamente la diversidad en las fuentes de quienes puedan ocupar la magistratura constitucional (academia, juristas, litigantes, ex jueces, etc.) siendo el caso del 88,3% de los países con tribunal especializado. Solo el 11,7% restante ha optado que una cuota fija de ellos provenga exclusivamente del Poder Judicial.⁴⁶

⁴⁵ https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Das-Gericht/Aufgaben/aufgaben_node.html

⁴⁶ Son los casos de Benín, Burkina Faso, Burundi, Guinea, Haití, Níger, Portugal, República Centro Africana, República Sudafricana, Santo Tomé y Príncipe, y Tailandia. En este último, la totalidad del Tribunal debe provenir del Poder Judicial. En el caso alemán, la Ley Básica alemana en su artículo 94.1, señala que la Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros, sin indicar un número fijo de ellos, como en los casos anteriores.

Figura N° 13
Distribución de países según el origen de los integrantes de
Tribunales Constitucionales



Fuente: elaboración propia según datos del CCP (2019)

Donde sí encontramos un mayor esfuerzo y preocupación por mejorar los estándares es a nivel de las *inhabilidades preventivas* que deben tener los candidatos, las que tienen por objeto, resguardar la independencia de los miembros del tribunal, en particular, respecto del Poder del Estado que los designa.

Así, encontramos sistemas que exigen un determinado número de años en los cuales el candidato a la magistratura constitucional no puede haber pertenecido a partido político alguno.⁴⁷

⁴⁷ Vr. Gr. las mejores prácticas a nivel comparado respecto de este punto las presenta Albania, donde el candidato no puede haber militado en partido político en los 10 años anteriores a su designación, al igual de Ecuador, Austria, Hungría, Liechtenstein, Mauritania, Myanmar, y Polonia, por nombrar algunos.

Un segundo grupo de inhabilidades preventivas dice relación con un determinado número de años (igual o inferior a los del párrafo anterior) en que el nominado no debe haber pertenecido o trabajado para el órgano que lo designa. En estos casos se trata de una inhabilidad relativa toda vez que no hay -en teoría- impedimento para que pueda ser designado por un órgano distinto respecto del cual se desempeña.⁴⁸

Una categoría final de inhabilidad preventiva constituiría aquella que exige que el candidato no haya prestado servicios, en particular servicios jurídicos de carácter litigioso-constitucional, en favor del órgano que lo designa por un período inferior que en los casos anteriores, de manera de no crear potenciales conflictos de interés en caso que asuma como juez constitucional, lo que, en caso de detectarse tardíamente, incluso podría causar su remoción.⁴⁹

Todo lo anterior, contribuye notoriamente al prestigio de los miembros o integrantes designados, y por ende a la magistratura constitucional misma, reafirmando su labor fundamental de velar por el control constitucional dentro de un sistema democrático.

8. Acusación política en contra de los miembros de Tribunales Constitucionales

Tal como se señaló precedentemente, los Tribunales Constitucionales tienen un rol esencialmente jurisdiccional, sin perjuicio que los efectos de sus resoluciones pueden tener, en casos determinados, repercusiones en órganos políticos. Esto ha dado pie para cuestionamientos en cuanto a si el órgano objeto de control -principalmente el Poder Legislativo- debiera tener la

⁴⁸ Nuevamente, respecto de este punto, el estándar más exigente lo contiene Albania, donde se inhabilita al candidato que haya ocupado altos puestos o cargos de confianza en la Administración Pública en los últimos 10 años. Normas similares -en relación con el órgano que designa- existen también en Alemania, Austria, Bolivia, Colombia, Corea del Sur, Indonesia, México, Panamá, Tailandia, todos los cuales tienen los estándares mundiales más exigentes en materia de independencia debida respecto del órgano que designa, lo que redundaría en una notable legitimidad de sus respectivas magistraturas, al menos en este punto.

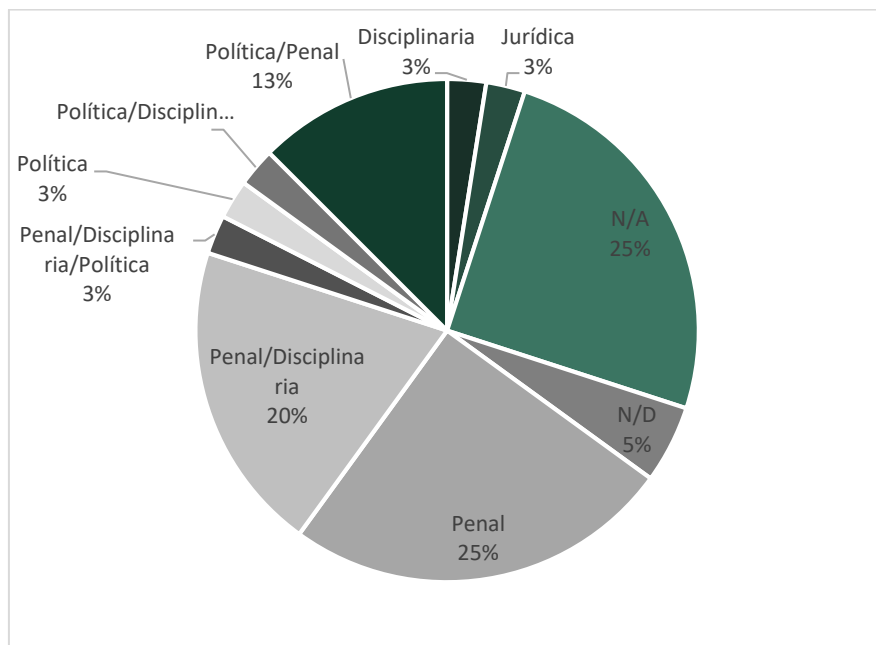
⁴⁹ Como en el caso de Tailandia.

capacidad de remover mediante un procedimiento de acusación política a los mismos que tienen la facultad de controlar sus actos, en el contexto de una democracia constitucional.

En el derecho comparado, no obstante la existencia de más de un centenar de Tribunales Constitucionales, son relativamente pocos los Textos Fundamentales que tratan el tema del cese de funciones de algún miembro del tribunal. La regla general es que sean inamovibles, pero con una duración limitada en el tiempo, siendo menor el número de aquellas constituciones que autorizan causales de término de funciones. Dentro de estas últimas, distinguimos aquellas de tipo penal (donde se remueve al juez constitucional por haber cometido un delito o crimen); las de tipo administrativo-disciplinario (por faltas a la probidad, conflicto de interés u otras similares) y finalmente las de naturaleza política (donde son juzgados por asambleas políticas -como el parlamento o el congreso- por casuales genéricas similares a aquellas por los cuales se puede acusar a ministros de estado, intendentes, etc.)

En efecto, si bien solo 42 de 198 constituciones a nivel mundial tratan el tema de la remoción de jueces constitucionales, la gran mayoría de ellas considera tanto expresa como implícitamente la inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional, incluyéndose predominantemente remoción con causales por la comisión de crímenes, o bien, por ilícitos disciplinarios, que en el fondo representan causales equivalentes a los requisitos necesarios para ser juez, tal como lo ilustra la Figura N° 13.

Figura N° 13
**Causales de remoción de integrantes de Tribunales
Constitucionales en países que la contemplan**



Fuente: elaboración propia según datos del CCP (2019)

Así, de estos 42 países que contemplan alguna forma de remoción en su Carta Fundamental a nivel mundial, solo 8 consideran una remoción mediante acusación política.⁵⁰ Más aún, en muchos de estos últimos, como en el caso de Malta y Montenegro, se exige primero la aprobación de los miembros restantes del Tribunal Constitucional, o bien, el visto bueno del Ejecutivo y un quorum de 2/3 del órgano legislativo para su remoción por la vía política. Este requisito (la intervención de un órgano distinto o del propio TC como único órgano facultado para la remoción de uno de sus miembros por la comisión de un delito o falta disciplinaria) es el más utilizado, aún en países donde no existe acusación política en contra de los integrantes del Tribunal Constitucional, como sucede en Croacia, Ucrania, Eslovenia, Macedonia, Bulgaria, Bosnia Herzegovina o Armenia.

⁵⁰ A saber, Bolivia, República del Congo, República de Corea, Malta, Montenegro, Myanmar y Perú.

IV. REFLEXIONES FINALES

Como toda obra humana, ningún poder del Estado debe estar exento de la crítica y del permanente afán de perfeccionamiento de sus diseños institucionales, mecanismos de funcionamiento, objetivos y niveles de cumplimiento. La única manera de abordar los desafíos y eventuales cuestionamientos que puedan legítimamente formularse a todo órgano es mediante el análisis reflexivo de la realidad y evidencia empírica disponible.

En ese orden de ideas, el presente trabajo ha tenido por objeto ilustrar, respecto de algunas materias precisas, los antecedentes respecto de la función y organización de quienes tienen por función principal velar por la supremacía constitucional y la protección de libertades y derechos fundamentales dentro de poderes limitados por la democracia constitucional. Así, muchas de las objeciones, propuestas y sugerencias realizadas a nuestra realidad en materia de control de constitucionalidad, han carecido de una óptica global, que permita ilustrar -con ciertos datos duros- una aproximación más realista de la magistratura constitucional.

De los hallazgos obtenidos, resulta bastante clara la posición de la realidad chilena frente a ellos: se enmarca en las grandes corrientes globales en cuanto a su sistema de control de constitucionalidad. Más allá de la evidencia que conocíamos hasta ahora aportada por el análisis económico del derecho en otras áreas del constitucionalismo, como la rigidez constitucional comparada,⁵¹ ahora se trata de poner a disposición de la comunidad jurídica estos antecedentes empíricos sobre justicia constitucional, para poder hacer -en un futuro no lejano- un ejercicio similar que nos permita comparar y perfeccionar de mejor manera la justicia constitucional.

⁵¹ ELKINS demuestra su estudio mediante un gráfico que ilustra la rigidez para modificar todas las constituciones del mundo, correspondiendo la línea central al promedio mundial para reformar una Constitución (2/3 del Poder Legislativo). Chile se ubica bajo esa línea, dado que parte de su texto constitucional se modifica por 2/3 y otro tanto por 3/5, encontrándose en la zona de las constituciones más bien flexibles o no rígidas. ELKINS, ZACHARY. *The End urance of the National Constitutions* (2009).

En este orden de hallazgos, Chile se encuentra:

- dentro del 90% de las constituciones del mundo que tiene un tribunal con la facultad de declarar inconstitucional una ley dictada por el Poder Legislativo;
- dentro del 64% de los países que han optado por el modelo de control concentrado de constitucionalidad;
- dentro del 59% de las constituciones que tiene un tribunal especializado para ejercer el control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional);
- dentro del mismo porcentaje de países que contempla control preventivo de constitucionalidad;
- dentro del 51% de las constituciones que tienen un sistema distributivo para el nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional;
- dentro del 89% de los países que permiten que sus ministros provengan de diferentes áreas de quehacer jurídico (y no únicamente del Poder Judicial); y
- dentro del 86% que no contempla causales políticas para la remoción de sus integrantes.

Del mismo modo, en el espectro opuesto, nos encontramos:

- en el 23% de las constituciones que establecen número par de ministros;
- es el único Tribunal Constitucional a nivel iberoamericano sin facultades de interpretación unificadora en materia de derechos fundamentales en acciones de tutela constitucional (recurso de protección);
- en uno de los pocos que no define el rol esencial de intérprete final de la Constitución en su Carta Fundamental ni en su ley orgánica;
- lejos de los mejores estándares normativos en materias de inhabilidades preventivas que aseguren la independencia a la hora de designar a sus integrantes.

En definitiva, existe un espacio de perfeccionamiento en las variables analizadas, las que deben, en todo caso, considerar la realidad institucional nacional. A modo de ejemplo, cualquier

reforma al Tribunal Constitucional de Chile mediante la cual se opte por seguir la tendencia mayoritaria a nivel mundial -en cuanto a la integración impar de su magistratura- debería tener en consideración que dicha exigencia debe ser predicable tanto de su funcionamiento en pleno como en sala. Por lo tanto, un diseño institucional que podría abarcar ambas dimensiones -resguardando la igualdad de miembros entre las salas existentes- consistiría en establecer un número impar para el pleno -de, digamos 11 miembros- y la existencia de dos salas igualmente impares -igual a los actuales 5 miembros, cada una- tomando el resguardo debido de que el presidente del Tribunal Constitucional no pueda integrar ninguna de las salas, es decir, únicamente el pleno. Ello presenta dos ventajas considerables: en primer lugar, el presidente, al integrar sólo el pleno -y no la sala- no altera la composición impar de estas últimas, a la par de elevar el estándar de independencia por parte del presidente a la hora de distribuir las causas entre las dos salas, liberándolo, además, para cumplir otras funciones administrativas y protocolares indispensables para el buen funcionamiento del Tribunal Constitucional. Luego, al contemplar un número total de ministros equivalente a 11, contribuiría a la eventual tensión política en cuanto a qué poder del Estado quedaría disminuido en su participación de un nombramiento (situación que se produciría en el caso que se optara por la fórmula de 9 ministros). Asimismo, y con el objeto de mantener siempre el número impar de miembros tanto en sala como en el pleno, resulta plausible que cada vez que, por diferentes motivos, la sala o el pleno quede con un número par de miembros titulares, pueda ser integrado por ministros suplentes para efectos de dar cumplimiento a la regla de integración impar.⁵²

Con todo, es necesario concluir que, sin perjuicio de los perfeccionamientos que sea posible realizar a la luz del derecho comparado en diversas áreas, en lo medular el sistema de control de constitucionalidad de Chile se encuentra inserto dentro de los

⁵² Otro tanto sucede si se decidiera uniformar el Tribunal Constitucional de Chile respecto de sus pares mundiales en cuanto a ser la última instancia unificadora en materia de interpretación de recursos de amparo en materia de derechos fundamentales, instancia en la cual debiera considerar previamente la existencia de jurisprudencia contradictoria por parte de distintas Cortes de Apelaciones, y siempre con la capacidad de seleccionar los casos a conocer mediante un sistema de *Certiorari*, que permita aunar criterios jurídicos.

grandes principios y reglas que gobiernan la inmensa mayoría de las democracias modernas.

Nuestro Tribunal Constitucional, muy lejos de ser un “caso excepcional” constituye una magistratura que recoge las tendencias mayoritarias de las democracias modernas y avanzadas. No obstante, siempre puede ser objeto de mejoras, sin perder de vista la realidad comparada, la evidencia empírica y la evolución constitucional chilena, de modo que todas ellas contribuyan, en definitiva, a posicionar el sistema de control de constitucionalidad de Chile dentro de los más prestigiados del orbe y al servicio de su país.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE, *¿Un Neofederalismo? The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L. J., 1013 (1984).
- ALEGRE MARTINEZ, M.A., *Justicia constitucional y control preventivo*, De León, Leon (1995)
- CAPPELLETTI, MAURO. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press. (1989).
- DE TOCQUEVILLE, ALEXIS. *Democracy in America*. Traducción de R.D. Heffner. 2001 ed. New York: New. (1835).
- DELAVEAU S., RODRIGO. *El Amparo Constitucional: Una mirada empírica desde el Derecho comparado y el Recurso de Protección en Chile*. Seminario con motivo del encuentro entre los Tribunales Constitucionales de Chile y España. (2019).
- DIXON, ROSALIND y ERIC POSNER. *The Limits of Constitutional Convergence*, Chicago Journal of International Law 11 (2011).
- ELKINS, ZACHARY. *The Endurance of the National Constitutions* (2009).
- ERDOS, DAVID. *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*. New York: Oxford University Press (2010).
- FAVOREU, LOUIS. *American and European Models of Constitutional Justice*, en D. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Merryman*. Berlin, Germany: Duncker &Humbolt. (1990)
- FEREJOHN, JOHN y PASQUALE PASQUINO. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, University of Texas Law Review 82. (2004).
- FINKEL, JODI. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*. Notre Dame, IN. University of Notre Dame Press. (2008).

- GINSBURG, TOM y VERSTEEG, MILA, *Why do countries adopt Constitutional Review?* Journal of Law, Economics, and Organization, Forthcoming; Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 29 (2013).
- GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press (2003).
- GODERIS, BENEDIKT y VERSTEEG, MILA. *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*. Working Paper. (2011).
- HAMILTON, ALEXANDER, *El Federalista 78*, IES Ed. (2018).
- HIRSCHL, RAN. *Toward Juristocracy*. Cambridge, MA. Harvard University Press (2004).
- KELSEN, HANS. *La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution*. Revue de Droit Public 45. (1928).
- LÖSING, NORBERT. *El recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde) en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana*. Revista de Derecho Público N°18 - enero, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho. Colombia. (2005).
- LOSTEAU H, GUILLERMO. *El Fundamento Filosófico del Control de Constitucionalidad*. Interamerican Institute for Democracy. (2009)
- MERRYMAN, JOHN y PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO. *The Civil Law Tradition, 3rd Edition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Palo Alto, CA: Stanford University Press. (2007).
- NOGUEIRA, HUMBERTO. *Las Competencias De Los Tribunales Constitucionales De América Del Sur*. Ius et Praxis v.8 n.2 Talca (2002).
- PEGORARO, LUCIO y RINELLA, ANGELO. *Derecho Constitucional Comparado*. Astrea (2018).
- PRAKASH, SAIKRISHNA Y YOO, JOHN. *The Origins of Judicial Review*. University of Chicago Law Review 70. (2003).

- SHAPIRO, MARTIN. *The Success of Judicial Review*, en S. Kenny, W. Rieseinger and J. Reitz, eds., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*. New York: St. Martin's Press. (1999).
- SNOWISS, SYLVIA. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New Haven, CT: Yale University Press (1990).
- STONE SWEET, ALEC. *Constitutional Courts*, en MICHEL ROSENFELD y ANDRAS SAJO, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. (2012)
- STONE SWEET, ALEC. *Constitutions and Judicial Power*, en D. Caramani, ed., *Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press. (2008).
- STONE SWEET, ALEC. *Governing with Judges*. New York: Oxford University Press (2000).
- TREANOR, WILLIAM. 2005. *Judicial Review before Marbury*, *Stanford Law Review* 58. (2005).
- WOOD, GORDON, *The origins of Judicial Review revisited or how the Marshall Court made me out of les*. *Washington and Lee Lawreview*, Summer, Rev. 787 (1999).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono [56-2] 2721 9200
Huérfanos N° 1234, Santiago, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl • www.tcchile.cl