

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LAS COSAS EN SU LUGAR

- Desde hace algunos años, ciertos sectores han visto al Tribunal Constitucional (TC) como un enemigo al que hay que combatir puesto que es un órgano que controla la decisión de las mayorías expresadas en el Parlamento. Así suponen, al parecer, que cualquier límite a las mayorías sería una cuestión ilegítima. Sin embargo, esta posición olvida que la base del constitucionalismo es la existencia de límites al Estado y a la decisión mayoritaria.
- Si de verdad creemos que la Constitución es la norma suprema y que se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa, no queda más que encargarle a algún órgano la verificación de si un determinado acto normativo infraconstitucional es o no contrario a la Constitución.
- Ahora bien, parece necesario reflexionar si hay espacio para perfeccionar la institucionalidad del TC, reflexión que en todo caso debe efectuarse en forma seria y en los plazos adecuados, más allá de la coyuntura y de las expectativas .

La comunicación del resultado de la sentencia que dictará el Tribunal Constitucional (TC), con motivo del control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley de educación superior ha generado una nueva ola de críticas en contra de la institución. Pero, como tantas veces antes, estas críticas desconocen una serie de antecedentes que vale la pena volver a destacar.

EL PROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TC

El proyecto de ley de educación superior incorpora una infinidad de regulaciones a este mercado que en otros documentos ya se han analizado críticamenteⁱ. No es necesario repetir los efectos lamentables que tendrá la reforma en la autonomía de las casas de estudio, en el gasto fiscal, en el crecimiento de la burocracia y, en definitiva, en la dependencia asfixiante que tendrán las instituciones de educación superior de la voluntad financiera estatal.

Pero más allá de esas críticas, lo que se discute en el TC es otra cosa. Ello dice relación con un aspecto muy acotado del proyecto de ley que se vincula con la estructura de los gobiernos corporativos de las instituciones de educación superior.

En la actualidad la exigencia es que éstas se constituyan como personas jurídicas sin fines de lucro. La reforma y la decisión del TC mantienen intacta esa exigencia y solo profundizan en la regulación de los controladores de la persona jurídica disponiendo que estos también deben ser personas jurídicas sin fines de lucro o corporaciones de derecho público. Asimismo y, de modo muy conveniente, establece una excepción infundada para tres casas de estudio: la Universidad de Concepción, la Universidad Austral y la Universidad Técnica Federico Santa María.

La norma en cuestión se arrastra en el proyecto desde sus inicios. Y desde hace tiempo diversas voces han cuestionado su constitucionalidad. La última vez fue semanas antes de despachado el proyecto por el Senado cuando un grupo de constitucionalistas invitado a la Comisión de Educación levantó justas dudas sobre la constitucionalidad de la normaⁱⁱ, algo que a la mayoría del Congreso Nacional no pareció importarle. En esa oportunidad se argumentó que la norma podía ser declarada inconstitucional por vulnerar el derecho de asociación y por tener efecto retroactivo. Aunque aún no se conocen los fundamentos del fallo, es plausible pensar que esos pueden ser argumentos que se utilicen para sostener la inconstitucionalidad. En cualquier caso, y como se ha señalado en otra publicaciónⁱⁱⁱ, la sentencia del TC no implica modificar la prohibición de lucro como han querido señalar algunos. Tampoco elimina aspectos sustanciales del proyecto que, como se dijo, bien podrían haber sido eliminados por el Congreso Nacional por su inconveniencia para la política pública. La sentencia, en lo que se conoce hasta ahora, tiene un efecto acotado en el proyecto de ley. ¿Por qué entonces una reacción tan destemplada desde ciertos sectores de la izquierda?

LA CRÍTICA AL TC

Sucede que desde hace ya algunos años cierto sector de la izquierda chilena ha visto al TC como un enemigo al que hay que combatir. Primero desde la academia y, posteriormente, desde ciertos sectores de la clase política que han hecho suyo un discurso demasiado simple: dado que el TC es un órgano que controla la decisión de las mayorías expresadas en el Parlamento, se trataría de un órgano no democrático. Suponen, al parecer, que cualquier límite a las mayorías sería una cuestión ilegítima.

Pero esta posición olvida que la base del constitucionalismo y de un Estado de derecho democrático es la existencia de límites al Estado y a la decisión mayoritaria. Sea sobre la base de reglas constitucionales, sea sobre la base de la protección de derechos fundamentales o sea incluso sobre la base de principios constitucionales, las constituciones globalmente han sido fórmulas de limitar la decisión mayoritaria y generar un espacio protegido. Diversos juristas o filósofos han resumido esta idea

en expresiones que grafican lo mismo: la “*esfera de lo indecible*” lo llama Ferrajoli; “*el coto vedado*”, Garzón Valdés; o el “*territorio inviolable*”, Bobbio. Con sus matices, ésta y otras expresiones similares dan cuenta de una característica que el constitucionalismo ya carga por siglos: la limitación de las mayorías.

Con todo, la crítica en Chile no alcanza a cuestionar este elemento fundacional del constitucionalismo; la crítica se ha centrado en el TC, es decir, en el órgano jurisdiccional que concentra en sus atribuciones el control de constitucionalidad. El cuestionamiento no es exclusivamente chileno, pero llama la atención que aquí en nuestro país se ha tomado parte del debate político. No por nada, el ex candidato presidencial de la Nueva Mayoría incorporó como una propuesta de su programa eliminar el Tribunal Constitucional, aun cuando en otras páginas del mismo documento sugiere que solo debe ser perfeccionado^{iv}.

La existencia de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no es nueva. O dicho de otra forma, no es nuevo que un órgano judicial sea el que vele por la supremacía constitucional, es decir, que se encargue de verificar si las leyes están o no de acuerdo con la Constitución. En el mundo nace en 1803 con el caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos. Luego, durante el siglo XX, por la influencia de Kelsen, Europa hace suya la revisión judicial y empieza a crear cortes constitucionales con un rol expreso en controlar la constitucionalidad de las normas legales. Y tras la caída del muro y del imperio comunista, la Europa del Este se incorpora a la ola propia de la revisión judicial^v. De hecho si se observa el más completo sitio web sobre derecho constitucional comparado (www.constituteproject.org) puede apreciarse que hoy 91 constituciones del mundo tienen cortes constitucionales con algún tipo de atribuciones de control judicial. Y que 160 tienen alguna forma de revisión judicial de las leyes.

Chile sigue en esto la tendencia mundial. Durante el siglo XIX el control de constitucionalidad lo ejercía principalmente el Parlamento. Fue a partir de la Constitución de 1925 que la Corte Suprema, por vía del recurso de inaplicabilidad, asume por primera vez la posibilidad de declarar inconstitucional una ley para un caso concreto. Luego el año 1970, en la Reforma de Frei Montalva, el Congreso Nacional crea el Tribunal Constitucional cuya función era controlar el respeto a la Constitución durante el trámite legislativo. De hecho, la norma que regula los requerimientos de parlamentarios nace ese año. El año 1980 el Tribunal Constitucional agrega entre sus funciones el control preventivo obligatorio, esto es, de ciertas normas legales de quorum especial. Y el 2005, el Congreso le entrega al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad y modifica sustancialmente su integración^{vi}.

Como puede verse, la tendencia ha sido ir aumentando las atribuciones del TC. Ello pues si de verdad creemos que la Constitución es la norma suprema en una democracia y que se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa, no queda más que encargarle a algún órgano la verificación de si un determinado acto normativo infraconstitucional es o no contrario a la Constitución. Desde hace décadas en el mundo se ha optado porque estos órganos sean los tribunales ya que las constituciones son normas jurídicas y no exclusivamente pactos políticos. Como normas jurídicas es que los tribunales, utilizando precedentes, razonamiento jurídico y las prácticas del derecho, tienen autoridad para determinar si hay o no vulneración de la Constitución.

Es eso lo que hace nuestro Tribunal Constitucional y todas las cortes del mundo en las que está radicada la revisión judicial.

¿QUÉ HACER?

Dicho lo anterior, parece necesario reflexionar si hay espacio para perfeccionar la institucionalidad del TC, no solo para reducir las críticas, sino para buscar espacios de mejora. Preguntarse si hay lugar para mejorar el control de constitucionalidad. Como en toda institución, siempre hay espacios para mejorar.

Ante todo, es necesario volver a mirar los mecanismos de designación de integrantes del TC. Hoy la fórmula implica que cada poder del Estado elige directamente a tres miembros (o cuatro en el caso del Congreso Nacional). Esta fórmula no tiene suficientes contrapesos institucionales y podría ser conveniente, como se planteó en el programa del Presidente Piñera, evaluar cambios que permitan designaciones con múltiples contrapesos que faciliten un mayor escrutinio. Igualmente es importante detenerse en la forma en que el TC se aproxima a las contiendas. Para generar criterios predecibles, es recomendable que el TC explicité estándares o test, tan comunes en el derecho anglosajón. Ello contribuye a la seguridad jurídica y guía, en alguna medida, la fundamentación del juez^{vii}.

También merece un análisis la cultura institucional. No debe subvalorarse la relevancia de la cultura institucional para dar prestigio a las instituciones. Los más célebres tribunales del mundo cargan con tradiciones y culturas internas que no nacen de las reglas sino que de pactos no escritos que se respetan. El trato, las reglas de deliberación, las prácticas que rigen la convivencia interna emanan de tradiciones que deben formarse y cuidarse. Es importante reflexionar sobre la cultura institucional del TC. Hoy parece primar una que exacerba la discrepancia

expresada en fallos excesivamente largos, que no atienden al conflicto principal y que tienen cuantiosas prevenciones. No hay en esto una única fórmula que lleve al éxito, simplemente la necesidad de una reflexión.

Por último, muchos han llamado a acabar con el control preventivo de los proyectos de ley. Esa es una solución fácil pero irreflexiva. El Estado de Derecho requiere que la Constitución sea norma suprema y por eso exige un órgano que controle la constitucionalidad. Si esto se produce antes de la publicación de la ley -como es en el caso del control preventivo- o después -como sucede con la inaplicabilidad- no parece ser el punto de fondo. La clave es resolver qué mecanismos son los más eficaces para resguardar la supremacía constitucional^{viii}. La pura inaplicabilidad no basta para ello pues ésta ha demostrado carecer de la necesaria fuerza vinculante. El control preventivo tiene una fuerza vinculante indudable. Posiblemente cualquier reforma requiera mirar ambos mecanismos con distancia y sin demonizar ninguno de ellos para avanzar hacia fórmulas efectivas de control de constitucionalidad.

Todas las consideraciones anteriores, y la relevancia de la temática expuesta, ameritan que, en cualquier caso, la discusión sobre la institucionalidad del TC se lleve a cabo a través de un debate serio y reflexivo, no al fragor de la coyuntura y de determinadas expectativas políticas, y en plazos prudentes, ponderando adecuadamente las alternativas regulatorias, su implicancia y alcance.

ⁱ Entre otros, Temas Públicos. Indicación Sustitutiva en Educación Superior: más de lo mismo. 21 de abril de 2017; Temas Públicos. Gratuidad en Educación Superior: Lecciones de la experiencia internacional. 14 de octubre de 2016; Temas Públicos. Reforma a la Educación Superior: ignorando las bondades del sistema actual. 08 de julio de 2016.

ⁱⁱ Ver presentaciones realizadas en la Comisión de Educación del Senado el 20 de abril de 2017. En www.senado.cl

ⁱⁱⁱ Ver: <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2018/03/tribunal-constitucional-impugnara-articulo-63-de-la-ley-de-educacion-superior-sin-embargo-esto-no-altera-prohibicion-del-lucro/>

^{iv} Ver páginas 15 y 109 de Bases Programáticas Guillier. 2018-2022.

^v The Global Spread of Constitutional Review. Tom Ginsburg.

^{vi} El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. Enrique Navarro. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 43. 2011.

^{vii} Sobre esto ver José Francisco García, El Tribunal Constitucional y el uso de "tests": una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. Revista Chilena de Derecho 38(1). 2011.

^{viii} Un aporte reciente a este debate en Felipe Meléndez. El control preventivo en la Constitución actual: el temor al desborde gubernamental en la función legislativa. Editorial Jurídica. 2017.