

## BORRADOR CONSTITUCIONAL: DÉBILES CONTROLES EN EL PROCESO LEGISLATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL INSUFICIENTE

- El borrador de nueva Constitución establece pocos contrapesos, dando un excesivo poder al Congreso de Diputado(a)s respecto al Presidente de la República y la Cámara de las Regiones.
- Al eliminar el control preventivo y restringir severamente el control represivo de constitucionalidad, la propuesta constitucional elimina uno de los principales mecanismos de control del poder político.
- El resultado es un deterioro de la democracia constitucional en un Estado de Derecho, en perjuicio de los derechos y libertades de las personas.

### **LAS CONSTITUCIONES SON LA FORMA DE CONTROLAR AL PODER**

Las constituciones se establecen para limitar el poder del Estado y asegurar los derechos y libertades de las personas. Como señala Manuel Aragón, “nadie, o casi nadie, entre los autores de prestigio, ha negado radicalmente, en los últimos ciento cincuenta años, que el concepto de Constitución sea por completo ajeno a la limitación del poder”<sup>1</sup>. Una Constitución que no establece una adecuada división de poderes y que no limita el poder, no es una verdadera Constitución.

Por supuesto, algunas constituciones establecen limitaciones más efectivas que otras. En la tradición occidental, el Estado es objeto de control principalmente por dos mecanismos. Uno es la declaración o el reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales de las personas, inviolables por el Estado y judicialmente reclamables. El otro es la separación de los poderes del Estado que impiden la arbitrariedad y se controlan recíprocamente para prevenir o impedir la infracción a la ley. De aquí que, al analizar una Constitución, debemos evaluar la efectividad de ambas vías de control.

El borrador de nueva Constitución debilita los mecanismos de control. Por una parte, en lo que concierne al proceso legislativo, elimina y debilita los contrapesos

---

<sup>1</sup> Aragón Reyes, M, “El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, N°19, 1987, p. 17.

internos, tales como el bicameralismo y la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Por otra parte, elimina el control preventivo del Tribunal Constitucional, mientras que restringe tan severamente el control represivo de la futura Corte Constitucional que, en la práctica, no habrá control de constitucionalidad alguno. A lo anterior se suma el reemplazo del recurso de protección por una acción de tutela ante tribunales inferiores, que debilita aún más la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante eventuales abusos del poder.

Lo anterior es grave, no sólo porque abre la puerta para eventuales abusos de poder y vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas, sino porque también empeora la calidad de las decisiones democráticas y se pone en jaque la supremacía constitucional. La separación de poderes y los mecanismos de protección de las libertades y derechos de las personas colaboran en la toma de decisiones democráticas certeras y matizadas. Por una parte, una de las principales garantías que tienen los ciudadanos de que sus derechos serán respetados es que en el sistema de toma de decisiones de la autoridad operan dispositivos de pesos y contrapesos, que permiten incorporar controles evitando o corrigiendo la posible arbitrariedad y los excesos. Por otra parte, las acciones judiciales de protección de los derechos de las personas son, en sí mismas, uno de los principales mecanismos de control a los poderes políticos, que les permite anticipar las consecuencias indeseables de sus decisiones.

### **DESEQUILIBRIO DE PODERES Y CONTROLES EN EL PROCESO LEGISLATIVO**

En lo que se refiere al proceso de formación de la ley, la propuesta constitucional de la Convención contempla un diseño sin los adecuados contrapesos al interior del Poder Legislativo, ni tampoco entre los colegisladores (Presidente de la República y Congreso).

Llama la atención el rol preponderante que la propuesta asigna al Congreso de Diputadas y Diputados en desmedro de la Cámara de las Regiones e, incluso, sobre el propio Presidente de la República. La Cámara de las Regiones intervendrá en un acotado listado de materias de ley llamadas de acuerdo regional y el Presidente de la República deja de tener la facultad exclusiva para legislar en determinadas materias, cruciales para la estabilidad fiscal y la economía. A lo anterior se suma que cuando la Cámara de las Regiones, voluntariamente, solicite intervenir en ciertos debates legislativos que excedan a las llamadas leyes de acuerdo regional, el Congreso de Diputados contará con facultades para insistir en el proyecto de ley original aprobado. De este modo, la relación entre el Congreso y la Cámara de las Regiones no es una equilibrada ni una en la que se produzcan contrapesos internos,

sino que denota un desequilibrio en favor del Congreso de Diputados, excesivamente fuerte en relación con los demás poderes del Estado. A esto se adiciona que la regla general de aprobación de leyes en el Poder Legislativo es la de mayoría simple. Así, tampoco se producen equilibrios políticos en la toma de decisiones en materias que, por afectar derechos fundamentales o bien por requerir de cierta estabilidad en el tiempo, debieran ser adoptadas por un grupo más transversal que una mayoría circunstancial.

Otro tanto ocurre entre el Congreso de Diputados y el Presidente de la República en tanto colegisladores. La balanza se inclina hacia el Congreso de Diputados no sólo en lo que se refiere a la pérdida de la iniciativa exclusiva que ahora pasa a ser de concurrencia necesaria sino que, en el veto presidencial, en que el Congreso de Diputados puede insistir por simple mayoría cuando el veto u observaciones del Presidente al proyecto aprobado por el Congreso son parciales.

### **LA MUERTE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

El borrador de la nueva Constitución reemplaza al Tribunal Constitucional por una nueva Corte Constitucional. No se trata solamente de un cambio de nombre, ya que le quita parte de sus atribuciones esenciales.

Como señala Tom Ginsburg, “el control de constitucionalidad, el poder de los tribunales de invalidar leyes y actos administrativos incompatibles [con la Constitución] es una innovación constitucional estadounidense que se ha convertido en la norma de la redacción de las constituciones democráticas”<sup>2</sup>.

Sin embargo, una de las características del sistema de control de constitucionalidad norteamericano es su carácter difuso. Esto quiere decir que todos los jueces del país controlan la constitucionalidad de las leyes, es decir, no hay un tribunal especializado en materias constitucionales.

En Europa continental y en América Latina, en cambio, el control de constitucionalidad es llevado a cabo por un tribunal especializado: el “Tribunal Constitucional” (TC). En 1970, Chile creó su propio TC, siguiendo el modelo concentrado europeo. En el régimen vigente, el TC controla la constitucionalidad de las leyes por dos vías:

---

<sup>2</sup> Ginsburg, T, “The Global Spread of Constitutional Review”, en Whittingam, Keleman y Caldeira (ed), “The Oxford Handbook of Law and Politics”, Oxford, 2008, p.81.

- a. Por medio del control “preventivo”, antes de que la ley se apruebe, es decir, durante la tramitación legislativa. Este control se ejerce por medio del llamado “requerimiento de inconstitucionalidad”, que puede ser presentado por el Presidente de la República o por los parlamentarios.
- b. Por medio del control “represivo”, después de que la ley ha entrado a regir y puede ser aplicada en un juicio. La Constitución actual establece una “acción de inaplicabilidad” por la cual tanto el juez, como las partes pueden solicitar que el Tribunal Constitucional declare que una norma es “inaplicable” a un caso concreto, porque produciría un resultado contrario a la Constitución. Además, se establece una acción de “inconstitucionalidad” por la cual, cumpliendo con determinados requisitos, el TC puede declarar que una norma es inconstitucional en general y no sólo para un caso particular.

La propuesta elimina completamente el control preventivo de constitucionalidad, al tiempo que restringe fuertemente el control represivo de constitucionalidad, una vez que la ley ya se encuentra dictada. En los hechos, esto significa que la Corte Constitucional prácticamente no tendrá facultades para impedir que el legislador vulnere las garantías y procesos constitucionales, aumentando las posibilidades de que se dicten normas contrarias a la Constitución, sin que exista una instancia jurisdiccional capaz de prevenir que ello suceda.

En cuanto al control represivo, a primera vista el borrador constitucional conserva tanto los mecanismos de inaplicabilidad, como de inconstitucionalidad. Sin embargo, las partes del juicio pierden el derecho de pedir a la Corte Constitucional que revise la constitucionalidad de las leyes. En adelante, de aprobarse la propuesta, la futura Corte Constitucional sólo podrá conocer sobre inaplicabilidad o inconstitucionalidad a petición del juez.

Lo anterior no sólo es un retroceso de los derechos de las personas. Además, significa la muerte en la práctica del control represivo de constitucionalidad. En efecto, los jueces no tienen ningún incentivo para solicitar la revisión del TC o de la futura Corte Constitucional. Por ejemplo, en 2021, las partes presentaron 2.596 acciones de inaplicabilidad ante el TC. En el mismo período, los jueces solicitaron la acción de inaplicabilidad sólo 10 veces<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional, “Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional 2021”, 18 de marzo de 2022, disponible en:

file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Aldunate/Downloads/Cuenta%20Publica%202021.pdf

Lo anterior se explica por varias razones. En primer lugar, el principal afectado de la eventual aplicación de una ley que contraviene la Constitución suelen ser los particulares que ven vulneradas sus garantías constitucionales. Por lo tanto, es normal que sean las partes y no el juez quien solicite la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto.

Por otra parte, los jueces tienen un deber de imparcialidad y una cultura jurídica de respeto al texto de la ley. De aquí que, para ellos, resulte contraintuitivo solicitar la revisión de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que los hace aparecer como proclives a la posición de una de las partes, previo a la dictación de la decisión que resuelve el caso.

Por último, la inaplicabilidad retrasa los procesos judiciales y entrega el conocimiento de un asunto decisivo del caso a un tribunal externo, razón por la cual los jueces tendrán muy pocos incentivos para solicitar la revisión de la futura Corte Constitucional.

## **CONCLUSIÓN**

Los cambios propuestos por la Convención Constituyente impedirán la revisión de la constitucionalidad de las leyes de manera preventiva (a solicitud de las autoridades democráticamente electas) y también de manera represiva (a solicitud de los ciudadanos) que se vean afectados en sus derechos por las consecuencias de las leyes inconstitucionales.

A la preocupación anterior se suma la desequilibrada distribución de poderes y contrapesos en el proceso legislativo. La mayoría circunstancial del Congreso de Diputadas y Diputados podrá imponer su voluntad cómodamente, sin que la Cámara de las Regiones ni el Presidente de la República puedan ejercer un contrapeso efectivo. Ambos factores podrían llevar a un mayor número de leyes inconstitucionales y una ausencia de mecanismos para contrarrestarlas. Lo anterior va en detrimento de la calidad de la democracia y, lo que es aún peor, de los derechos y libertades de las personas.