

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTO Y LÍMITE DE SU GARANTÍA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Luis Alejandro Silva²

Resumen

Este artículo busca encaminar una comprensión más profunda del principio de supremacía constitucional en Chile, a través del examen crítico de una de sus manifestaciones: la supremacía del Tribunal Constitucional en su calidad de guardián de la Constitución. Este examen crítico se dirige a un argumento que tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y que sirve de fundamento a la doctrina norteamericana de la *judicial supremacy*. Este argumento consiste en extraer como una consecuencia necesaria del carácter escrito, supremo y normativo de la Constitución la supremacía del intérprete jurisdiccional de su texto. En pocas palabras, el Tribunal es el intérprete final y vinculante de la Constitución porque esta es norma escrita y suprema. Este argumento capital de la doctrina de la *judicial supremacy* se halla más o menos implícito en la justificación de la posición del Tribunal Constitucional chileno. Con el artículo se quiere demostrar que el argumento central de la *judicial supremacy*, implícito en la doctrina y la jurisprudencia chilena, no es válido. Y esto quiere hacerse demostrando que una de sus premisas (que la Constitución es norma escrita y suprema) es insuficiente. Dicho de otra forma, lo que se quiere demostrar es que la supremacía constitucional es una cualidad que no se agota en su normatividad jerárquica.

¹ La matriz de este trabajo corresponde a la formulación de un proyecto Fondecyt; la presente versión está enriquecida por los aportes de quienes participaron en el Segundo Coloquio de Justicia Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 11 de mayo de 2011, en donde este trabajo se presentó.

² Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Mail: lsilva@uandes.cl

1. Introducción

El significado práctico del principio de supremacía constitucional es ambiguo. Con esto se quiere decir que la garantía del carácter supremo de la Constitución es una función que no está bien precisada ni respecto de su o sus titulares, ni de sus alcances, ni de su naturaleza.

Aunque la formulación del principio en su esencia es pacíficamente aceptada, las implicancias prácticas que entraña son discutidas. Entiendo que estas discusiones revelan una deficiente base teórica del principio mismo. Asumiendo que la supremacía constitucional no puede justificar conclusiones contradictorias entre sí, es preciso profundizar en la comprensión de su naturaleza para extraer las consecuencias que se condigan mejor con ella. Tal es el propósito del presente artículo: ahondar en el significado del principio de supremacía constitucional con el fin de inferir más exactamente sus alcances o consecuencias.

Para disminuir los riesgos de caer en una petición de principio, se ha optado por una aproximación inductiva al núcleo del problema. La idea es indagar en la verdadera naturaleza de la supremacía constitucional a través de sus manifestaciones prácticas. Por ello la investigación se encauza por una de las expresiones típicamente atribuidas a la supremacía constitucional, como son, por ejemplo, el control de constitucionalidad, la aplicación directa de la Constitución, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, el efecto vinculante del precedente o la existencia de un intérprete final. Cualquiera de estas expresiones o efectos servirían como punto de partida para adentrarse en el significado del principio.

2. El ambiguo significado de la supremacía constitucional

En Chile, son varios los frentes en que se discute cuál es el significado práctico de la supremacía constitucional. Por ejemplo, respecto de si el control de constitucionalidad es concentrado o difuso;³ respecto de si la ley interfiere en

3 Soto, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica de Chile) 1996, p. 40; Ríos, Lautaro, "El control difuso de constitucionalidad de la ley en República de Chile", en *Gaceta Jurídica*, 264, 2002, pp. 20-43; Martínez, José Ignacio, "Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, Humberto (coord.), *La Constitución reformada de 2005*, (Universidad de Talca Librotecnia) 2005, pp. 457-472, entre varios, defienden el control difuso; Precht, Jorge, "Derogación tácita e inaplicabilidad: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 41, 1999, p. 153 y Hernández, Domingo, "Control de constitucionalidad. Precedentes constitucionales", en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, pp. 207-222, defienden el control concentrado.

el control de constitucionalidad de los actos administrativos;⁴ respecto de la aplicación directa de la Constitución en el recurso de casación en el fondo;⁵ respecto de la derogación tácita por inconstitucionalidad;⁶ respecto del alcance de las sentencias que interpretan su significado;⁷ respecto de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales;⁸ o respecto de quién debe ser su garante final.⁹

- 4 Aylwin, Arturo, “Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 20, 1992, pp. 65-76 y Silva, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 1997-2000, defienden la doctrina de la ley pantalla; Aróstica, Iván, “La Constitución en riesgo (Sobre la inconstitucionalidad indirecta de los actos de la administración)”, en *Ius Publicum*, 3, 1999, pp. 57-72, la ataca. Véase en esta materia a Silva, Luis Alejandro, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*, (Legal Publishing) 2008.
- 5 Zúñiga, Francisco, “Control de constitucionalidad y sentencia”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 34, 2006, defiende que no puede aplicarse contra la ley; Fernández, Miguel Ángel, “Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en *Estudios Públicos*, 1, año 3, 2005, pp. 97-118, defiende que sí.
- 6 Están quienes piensan que puede declararla sencillamente el juez de fondo, como Fernández, Miguel Ángel, “Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita”, en *Revista de Derecho*, Vol. IV, (Universidad Austral de Chile) 1993, pp. 55-65 y Domínguez, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, Primera parte, 1996, pp. 107-137, y quienes piensan que solo puede declararla el órgano competente para controlar la constitucionalidad de la ley vigente, como Gómez, Gastón, “La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso”, en *Foro Constitucional Iberoamericano* (revista electrónica), 3, (Universidad Rey Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado) 2003, disponible en http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=32, y Valenzuela, Rafael, “El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, (Universidad Católica de Valparaíso) 1990, pp. 175-198.
- 7 Esta discusión se ha planteado especialmente respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Hay quienes defienden el carácter definitivo y vinculante de las sentencias del Tribunal, como Fermandois, Arturo, “Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o realidad?”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, (LexisNexis) 2005, pp. 685-696 o Nogueira, Humberto, “La sentencia del Tribunal constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 8, 2010, pp. 79-116; y quienes postulan un efecto solo relativo de sus sentencias, como consta en la historia de la Ley 20.418.
- 8 Hay quienes piensan que su eficacia es inmediata, como Bulnes, Luz, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 137-142 y Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: Síntesis crítica*, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) 1999, y quienes piensan que su eficacia es mediata, como Marshall, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 8, 2010, pp. 43-78.
- 9 Algunos piensan que es una función compartida entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, como Bulnes, Luz, “El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, 12, (Universidad del Desarrollo) 2005, p. 63; Cea, José Luis, “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 3, 2005, p. 70; Nogueira, op.cit., nota 6, p. 101. Otros piensan que es una función exclusiva del Tribunal Constitucional, sobre todo desde la reforma constitucional de 2005, como Zapata, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, p. 365; Fernández, Miguel Ángel, “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del Derecho”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, p. 130; Zúñiga, op. cit., nota 4, p. 372; Cea, op. cit., nota 8, pp. 68 y 69; Colombo, Juan, “Las sentencias constitucionales: Tipología y efectos”, en Nogueira, Humberto

Es difícil y arriesgado adelantar un denominador común específico a todas estas discusiones, pero es obvio que en el fondo de todas ellas subyace una diferente concepción del significado de la supremacía constitucional.

3. La cuestión del garante último de la Constitución

No es razonable pretender un abordaje al concepto de la supremacía constitucional desde todas las discusiones abiertas sobre él. Por ello es necesario optar por alguna. Un punto que en Chile se ha discutido casi tangencialmente es el de si la supremacía constitucional exige necesariamente un garante último y cuál sea este.¹⁰ La cuestión del garante último de la Constitución (o del intérprete final o del guardián último, todas expresiones equivalentes en este contexto) es un buen punto de partida para penetrar en la inteligencia de la supremacía constitucional, porque en ella convergen polémicamente las dimensiones jurídica y política de la Constitución.

La cuestión del garante último de la Constitución descubre un aspecto de la supremacía constitucional que se repite con más o menos intensidad en todas las demás cuestiones: la dimensión política del principio. En efecto, el poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución tiene una innegable connotación política. Paradójicamente, es típico que este poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución sea atribuido a un tribunal con poder de jurisdicción.¹¹ Así ocurre en los Estados Unidos y así sucede en Chile.

Si es un tribunal el responsable de establecer el significado definitivo de la Constitución, resulta entonces que las sentencias tendrán un peso político mayor que las decisiones del Congreso y del Presidente, pese a no ser órganos políticos ni gozar de un poder de representación política. La cuestión es, ¿de dónde emana este poder?, ¿cuál es su fundamento? La naturaleza de la Constitución es una de las respuestas que se ha dado; el carácter escrito, normativo

(coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y prospectivas*, (LexisNexis) 2005, p. 275. Otros piensan que el garante final debería ser un órgano político, como Atria, Fernando, "Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Estudios Públicos*, 79, 2000, pp. 347-402.

10 Este punto está implícito en la discusión acerca del valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, por esto digo que se ha tocado tangencialmente.

11 Aquí se utiliza el término *jurisdicción* para designar el poder del Tribunal Constitucional para decidir conflictos de constitucionalidad. Por lo tanto, no me estoy haciendo cargo de las diferencias que puede haber entre la naturaleza de la actividad de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional. Estimo que, en el contexto de este trabajo, las diferencias no son relevantes porque la perspectiva no es la del proceso, sino de la eficacia de la Constitución como norma jurídica suprema y sus consecuencias.

y supremo de la Constitución exigiría que fuera necesariamente un tribunal quien declare su sentido último.

En este contexto, la cuestión del garante último de la supremacía constitucional puede plantearse así: el carácter escrito, normativo y supremo de la Constitución, ¿exige que sea un tribunal quien interprete definitivamente su sentido? La pregunta, en el fondo, es acerca del significado de la supremacía constitucional, y de su respuesta depende en buena medida la existencia de este poder del tribunal y la naturaleza de su fundamento.

4. La supremacía del tribunal

Si la supremacía constitucional implica que su garantía está confiada en último término a un tribunal, entonces este tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución. Este argumento ubica al tribunal en una posición de preeminencia respecto de los otros poderes estatales, porque le atribuye el poder de clausurar el debate sobre la constitucionalidad de las materias que se discuten. En este contexto, interpretación suprema, última o definitiva de la Constitución son sinónimos, significando que la sentencia resulta vinculante para todos los órganos del Estado y para toda persona, institución o grupo.¹² En principio, es vinculante no solo la parte resolutive de la sentencia (cuestión que nadie discute) sino también la parte considerativa. En otras palabras, las sentencias contienen precedentes obligatorios para la interpretación de la Constitución.

En Chile, como se verá, el Tribunal Constitucional es comúnmente señalado como el intérprete definitivo de la Constitución, como el órgano que tiene la última palabra sobre lo que la Constitución significa.¹³ Este consenso se apoya en la idea que la naturaleza de la Constitución implica necesariamente que sea un tribunal quien declare en forma definitiva su sentido y alcance. El

12 Así lo define el propio Tribunal Constitucional, en el cons. 7º de la sentencia rol 740, de fecha 18 de abril de 2008, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914>.

13 Debo hacer una aclaración. En Chile no existe un control concentrado de constitucionalidad (con esto no se está afirmando que el control de constitucionalidad sea difuso, sino que el poder último para aplicar la Constitución está atribuido a más de un órgano). Esto significa que es inútil buscar un único intérprete final del significado de la Constitución. Esta es –si cabe una interpretación final de la Constitución– una función compartida entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional tiene la atribución exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero esta no es la única forma de control de constitucionalidad. Al menos debe reconocerse al lado del Tribunal Constitucional a la Corte Suprema, porque, si en principio no puede declarar inconstitucionales las leyes, en cambio puede interpretar la Constitución con pretensiones de *definitividad*.

fundamento teórico (e histórico) de esta explicación está en los Estados Unidos, donde se encuentra prácticamente asentada la doctrina de la supremacía judicial (*judicial supremacy*).

5. La doctrina norteamericana de la supremacía judicial

La premisas formuladas por Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*¹⁴ son el fundamento del *judicial review* y contienen los elementos de la *judicial supremacy*. Si el juez tiene el deber de aplicar la ley, y la Constitución es ley (suprema), entonces el juez tiene el deber de aplicar la Constitución. Este deber comprende la posibilidad de omitir la aplicación de la ley inconstitucional. Desde entonces, con más o menos matices, se asumió que la sentencia de la Corte Suprema que interpretaba la Constitución tenía un efecto general y vinculante, hasta que, en 1958, la propia Corte lo declaró expresamente. La sentencia *Cooper v. Aaron*¹⁵ definió que la Corte es suprema en la interpretación de la Constitución y que, por lo tanto, la interpretación que haga de ella es también (como la Constitución) suprema.

Tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la doctrina de la supremacía judicial parece ser una proyección natural de la supremacía constitucional. “La preferencia americana por una Constitución escrita fue lógicamente seguida por la decisión de confiar el control de su observancia a un colegio de jueces profesionales e independientes”.¹⁶ Para Marshall, la supremacía de la Constitución sería una característica esencial de ser escrita.¹⁷ Del carácter normativo, escrito y supremo de la Constitución se sigue que la Corte tiene el poder para declarar su significado con efecto general y vinculante.¹⁸ Sin embargo, esta doctrina es seriamente rebatida en la doctrina.

¹⁴ 5 U.S. 137, 1803.

¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Cooper v. Aaron*, sentencia de fecha 12 de septiembre de 1958, disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=358&page=1>. Este criterio se repitió en Corte Suprema de los Estados Unidos, *Dickerson v. United States*, sentencia de fecha 26 de junio de 2000, disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=99-5525>. La opinión en *Cooper v. Aaron* provee el mayor soporte para afirmar que la Corte es el último o supremo intérprete de la Constitución: Sullivan y Gunther, 2001, p. 24. Lo contrario opina Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3° ed., (Foundation Press) 2000, pp. 256-257, quien ve en la sentencia *Cooper* una prueba de la legitimidad de diferentes fuentes de interpretación de la Constitución.

¹⁶ Caenegem, 1995, p. 170.

¹⁷ Pettys, 2009, p. 995.

¹⁸ Un clásico en la materia es Haines, Charles, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, (General Books) 1914, reimpresión de 2009.

6. La doctrina chilena de la supremacía del Tribunal Constitucional

En general, la doctrina chilena tiene asimiladas las premisas de la doctrina de la *judicial supremacy* norteamericana, y le atribuye la supremacía al Tribunal Constitucional. Nogueira sintetiza el argumento: “la superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico”.¹⁹ Se entiende aquí que “órgano de cierre” significa la cualidad de clausurar definitivamente un conflicto por la autoridad de la decisión.²⁰

Un argumento que refuerza la posición del Tribunal Constitucional en cuanto consecuencia intrínseca del principio de supremacía constitucional se encuentra en su atribución para controlar la constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución. La subordinación de la interpretación constitucional del legislador a la interpretación del Tribunal Constitucional es un efecto de la supremacía constitucional que coloca al Tribunal en la cúspide entre los intérpretes de la Constitución.²¹

Las sentencias del Tribunal Constitucional lo posicionan como el intérprete final de la Constitución, porque su interpretación es la “que más se ajusta a la Carta Fundamental”.²² Luego, a sus decisiones deben ceñirse todos los organismos que están sujetos a la Constitución, en virtud del artículo 6° de la misma.²³ Se infiere que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la Constitución, por ser “la que más se ajusta” a ella, es suprema y, como consecuencia –añado aquí– es también supremo el intérprete.

El artículo 94 de la Constitución parece confirmar esta cualidad de las sentencias del Tribunal Constitucional, porque estaría reconociéndolas como

19 Nogueira, op. cit., nota 6, p. 101. También Nogueira, Humberto, “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 3, 2005, p. 17. Una conclusión parecida puede obtenerse de Silva, Alejandro, op. cit., nota 3: quien asegure la supremacía constitucional se transformará en “la más alta autoridad del Estado” (p. 126), “en el superior gobernante” (p. 127).

20 “Permitir que un mismo asunto pudiera ser vuelto a discutir periódicamente haría imposible que el TCCh fuera efectivamente un intérprete supremo de la Constitución que pudiera orientar la hermenéutica de los demás tribunales y dejaría a los demás poderes del Estado en una situación de constante incertidumbre.” Zapata, op. cit., p. 365. Para Colombo, los asuntos decididos por el Tribunal Constitucional “no pueden volver a debatirse” porque es el intérprete supremo de la Constitución, op. cit., p. 287.

21 Nogueira, op. cit., nota 18.

22 Fermandois, op. cit., p. 691.

23 *Ibíd.*

la última palabra. Serían, por lo tanto, obligatorias, porque no procede contra ellas recurso alguno.²⁴ El artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (DFL N° 5/2010), que replica el artículo 83 de la Constitución antes de la reforma de 2005 y 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional antes de la última reforma, es también un argumento favorable al efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, porque, en determinadas circunstancias, lo decidido por ellas no puede volver a discutirse.²⁵

El carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional se presenta como una consecuencia exigida por su posición de último intérprete de la Constitución: “el efecto vinculante de las sentencias [...] no sólo opera respecto de él mismo sino que de todo el resto de los órganos del Estado que deben ajustarse a la interpretación y los criterios por él manifestados en cuanto guardián supremo de la Constitución”.²⁶

Parece necesario reconocer que, en la doctrina, la interpretación última o definitiva de lo que la Constitución es, goza de la supremacía de la norma interpretada. Esto es lo mismo que reconocer que las sentencias del Tribunal Constitucional son tan supremas como la Constitución. Luego, se podría aventurar que los fundamentos teóricos de la doctrina de la *judicial supremacy* se replican en Chile respecto del Tribunal Constitucional.

7. Las objeciones a la *judicial supremacy* en Estados Unidos

Las objeciones contra la *judicial supremacy* vienen desde distintas direcciones y tienen distinta entidad. Alguna apunta a la inconsistencia lógica de la estructura argumentativa que sustenta la *judicial supremacy*.²⁷ Otra alude

²⁴ Fernández, op. cit., nota 8, pp. 142-143.

²⁵ Es la lectura que hizo Bulnes del antiguo artículo 83 de la Constitución: Bulnes, Luz, “El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, 12, (Universidad del Desarrollo) 2005, p. 57. En un sentido parcialmente diverso, pero útil a esta tesis, Fermandois, op. cit., p. 689.

²⁶ Peña, Marisol, “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 4, 2006, p. 181. Como un antecedente del efecto vinculante de las sentencias del intérprete máximo de la Constitución, podría servir la historia del proyecto de reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Boletín 4059-07).

²⁷ Para las distintas interpretaciones posibles de la sentencia *Marbury v. Madison*, ver Chemerinsky, Edwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 3a ed., (Aspen Publishers) 2006 pp. 31-32. Las objeciones a los argumentos de Marshall en pp. 39-46. Para Tribe, las conclusiones de *Marbury* no son deducciones sino postulados, premisas: Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3° ed., (Foundation Press) 2000, pp. 212-213. Y, concretamente, sobre la relación entre que la Constitución sea escrita y la supremacía judicial: “La premisa de una Constitución escrita no resulta perjudicada y el poder

al diseño original de la Constitución, que no habría contemplado la *judicial supremacy*.²⁸ Otra se refiere a la inconveniencia política –desde la perspectiva de la estabilidad del sistema– de esta doctrina.²⁹ Frecuente es la que se dirige a la falta de legitimidad democrática de este poder.³⁰ Otra niega que la Corte Suprema sea efectivamente el intérprete último de la Constitución: más bien se trata de una función compartida.³¹

En principio, ninguna de estas objeciones niega que la Constitución sea suprema; en cambio, todas ellas niegan que la *judicial supremacy* sea su consecuencia necesaria.³² Incluso, entre quienes defienden la supremacía de la Corte Suprema, los argumentos no apelan a su necesidad lógica sino a otras razones.³³

8. Las objeciones a la supremacía del Tribunal Constitucional

En el contexto de este trabajo, las objeciones a la supremacía del Tribunal Constitucional son, en realidad, objeciones a una determinada concepción de la supremacía constitucional: aquella que postula la supremacía del Tribunal Constitucional como una consecuencia que emana necesariamente de la naturaleza de la Constitución.

En Chile, como en Estados Unidos, también existe una serie de objeciones contra la supremacía del Tribunal Constitucional. Estas objeciones podrían

legislativo no queda desvinculado de ella, si es que el Congreso mismo juzga la constitucionalidad de sus actos”, p. 212.

28 Más bien habría contemplado la *legislative supremacy*: Snowiss, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, (Yale University Press) 1990, pp. 99-100.

29 Involucrar a la Corte en materias de naturaleza política significa desordenar el complejo mecanismo de los *checks and balances* y restar representatividad a los dos poderes políticos: Ward, 2006, p. 17. Una muestra del trasfondo político implícito en la supremacía judicial, en Weiman, Theodore J., “Jurisdiction Stripping, Constitutional Supremacy and the Implications of Ex Parte Young”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, pp. 1677-1708.

30 Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Princeton University Press) 2000; Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford University Press) 2004.

31 Tyler, David W., “Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy”, en *William and Mary Law Review*, 6, Vol. 50, 2009, pp. 2215-2264; Paulsen, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power To Say What the Law Is”, en *Georgetown Law Journal*, 2, Vol. 83, 1994, pp. 217-346 y 225-226.

32 Las objeciones a la *judicial supremacy* no son *per se* objeciones a la *judicial review*. De hecho, es posible defender la segunda sin afirmar la primera: Kramer, op. cit., pp. 249-253.

33 En realidad, en estos casos es más apropiado hablar de la *autoridad* de la Corte que de la *supremacía*. Gibson, James, Caldeira, Gregory y Baird, Vanessa, “On the Legitimacy of National High Courts”, en *The American Political Science Review*, Vol. 92, 2, 1998, pp. 343-358.

clasificarse como teóricas, textuales y empíricas. Lo interesante aquí es el cuestionamiento que estas objeciones indirectamente hacen del significado de la supremacía constitucional. Ahora se verá cada una ellas.

8.1. Teóricas

Entre los autores nacionales, la objeción que me parece más interesante es la de Fernando Atria. Para este profesor, el argumento de la sentencia *Marbury v. Madison* no es suficiente para justificar que la posición de intérprete definitivo de la Constitución le corresponde al Poder Judicial, porque la aplicación judicial del Derecho no es la única forma de aplicación del Derecho.³⁴ La efectividad normativa de la Constitución no se decide exclusivamente en su aplicación jurisdiccional; no deja de ser Derecho porque un juez no pueda aplicarla directamente.

Este autor admite, desde luego, la necesidad de que alguien o algo tenga “autoridad o potestad para declarar qué dice la Constitución” con carácter definitivo, es decir, con independencia de la corrección o incorrección de la interpretación/decisión.³⁵ Sin embargo, quién sea ese algo o alguien es una decisión política “y debe basarse sobre razones políticas”.³⁶ Ahora bien, políticamente, existen mejores razones para atribuirle el poder de interpretar de manera definitiva la Constitución a un cuerpo político que a un cuerpo judicial porque “en una democracia la autoridad más alta del Estado debe ser elegida por y responsable ante el pueblo”.³⁷ De acuerdo a este razonamiento, los jueces no pueden invocar como un atributo esencial de la supremacía constitucional el poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución. Las sentencias que interpretan la Constitución no son necesariamente la última palabra sobre lo que la Constitución es.

En otra línea de argumentación, es oportuno considerar la opinión de Patricio Zapata. Este profesor reconoce al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de la Constitución y a sus sentencias como vinculantes para todos los órganos del Estado, pero no porque lo exija la supremacía constitucional.

34 Atria, op. cit., p. 366. Aunque se refiere al Poder Judicial y no al Tribunal Constitucional, me parece que sus argumentos valen igual. En la fecha en que Atria escribió esto, el Tribunal Constitucional no podía controlar la constitucionalidad de la ley vigente, pero ahora sí.

35 *Ibid.*, p. 377.

36 *Ibid.*, p. 376. También Zapata, op. cit., pp. 38 y 52.

37 Atria, op. cit., p. 376.

Para Zapata, la justicia constitucional –que identifica con el *judicial review*– obtiene su justificación de la aptitud que tiene “para servir a propósitos sociales [...] nobles y por eso deseables”.³⁸ Los motivos que legitiman la posición del Tribunal Constitucional, “más que derivarse de principios abstractos de Derecho Público”, son de conveniencia.³⁹ En otras palabras, el control jurisdiccional de las leyes descansa en razones políticas y es él mismo una opción política.⁴⁰

Una tercera objeción teórica que quisiera considerar se basa en una comprensión más radical –si así puede decirse– del principio de supremacía constitucional. De acuerdo con esta comprensión, las decisiones del máximo intérprete de la Constitución no sustituyen la obediencia que todos deben directamente a la Constitución. La obligación de respetar la Constitución no queda satisfecha con el acatamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional (o quien fuera el garante último de la Constitución): “[...] el constitucionalismo [...] hace inconcebible la concentración de la definición constitucional [...] en un solo órgano [...] aunque se lo dote del rol de garante máximo de la Constitución [...] Por ello, todos los jueces siguen obligados a respetar la Constitución y no pueden eludir ese deber básico, amparándose en la existencia de un garante máximo de la supremacía constitucional”.⁴¹

8.2. De texto

No existe ninguna norma que atribuya o reconozca expresamente al Tribunal Constitucional o a la Corte Suprema la posición de supremacía que le correspondería en su calidad de intérprete último o definitivo de la Constitución. Es cierto que no resulta determinante la inexistencia de una norma así, porque la naturaleza misma de las cosas podría suplir este silencio. Pero, si este fuera el caso, habría que demostrarlo.

El hecho de estar consagrada expresamente la atribución del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes y otras normas podría entenderse como otra objeción contra la doctrina que sustenta la

³⁸ Zapata, op. cit., p. 49.

³⁹ *Ibíd.*, p. 51.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 38 y 52, entre otras. Es consistente esta postura con la aproximación escéptica que tiene a la argumentación de *Marbury*, p. 78.

⁴¹ Fernández, op. cit., nota 8, p. 142. Estoy abierto a admitir que una concepción “radical” de la supremacía constitucional se traduzca en un control difuso de constitucionalidad, pero no parece coherente –ni posible– que subsistan juntos un sistema difuso de control y un “garante máximo de la Constitución”.

posición del Tribunal como intérprete constitucional último. Si la naturaleza misma de la Constitución exige que sea un Tribunal quien diga la última palabra sobre su significado, ¿para qué consagrarlo en un texto?⁴²

Tampoco existe ninguna norma que disponga la obligatoriedad de sus sentencias para los demás órganos del Estado. Es más, el artículo 3 del Código Civil conspira contra la posición suprema de los máximos intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, porque restringe el efecto de sus sentencias a las partes involucradas en el conflicto. El contenido de sus decisiones no se extiende con efecto vinculante a los casos similares que puedan darse en otras jurisdicciones o a través de otros procedimientos.⁴³ Si las sentencias no vinculan a los tribunales, es difícil imaginar motivos para que vinculen a los demás órganos del Estado.⁴⁴ Luego, el efecto de las sentencias sería solo persuasivo.⁴⁵

La carencia de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional es un motivo más para estimar que esta judicatura no goza de la supremacía que cabría esperar del máximo intérprete de la Constitución. Si las sentencias del Tribunal Constitucional no se cumplen voluntariamente, no pasa nada.

Generalizando, podría uno deducir de la carencia de apoyo normativo explícito a la supremacía del Tribunal Constitucional y al efecto vinculante de sus sentencias que realmente el Tribunal no es supremo. No, al menos, en el sentido de interpretar definitivamente el significado de la Constitución.

8.3. Empíricas

De hecho, las sentencias del Tribunal Constitucional no demuestran ser obligatorias para los demás órganos del Estado, o son obligatorias en un sentido

42 El argumento está tomado de Atria, op. cit., p. 361, aunque el contexto es parcialmente distinto. De todos modos, el argumento no es decisivo porque hay buenas razones para consagrar en una norma exigencias que tienen un origen distinto del netamente positivo o legislativo.

43 En la historia del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional quedó constancia de que este fue el criterio de los legisladores para negar el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, excepto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, 15 de enero de 2007, pp. 30 y 31, Boletín 4059-07.

44 La Corte Suprema ha estimado que el principio del efecto relativo de las sentencias “representa una garantía de la independencia de los jueces [...] al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior.” Pronunciamiento del Tribunal Pleno de la Corte Suprema, 19 de junio de 2002, rol 1450-2002.

45 Nogueira, op. cit., nota 6, p. 109. La carencia de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional “presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal [...]”. Cea, José Luis, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos”, en *Actualidad Jurídica*, 17, 2008, p. 170.

muy relativo. La indiferencia con que los demás órganos observan las sentencias que interpretan la Constitución se ofrece como prueba en contra de la supremacía del Tribunal Constitucional. Quiero servirme de un ejemplo para ilustrar esto.

El 3 de febrero de 2007 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, que aprobaba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”. Contra este acto se requirió de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia, el Tribunal acogió el requerimiento y declaró la inconstitucionalidad de las normas sobre anticoncepción de emergencia, porque “la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer” es inconstitucional.⁴⁶

Si las sentencias del Tribunal gozaran de la misma jerarquía que la norma que aplican, entonces cabría esperar para con ellas el mismo respeto y obediencia que se observa respecto de la propia Constitución. Si las sentencias del Tribunal Constitucional interpretaran definitivamente el sentido del texto constitucional, sería rebelde quien se negara a acatarlas, sin importar el pretexto que invocara. En cambio, si las decisiones del Tribunal solo tienen efecto para el caso concreto y se entiende que la interpretación de la Constitución tiene valor vinculante para esas precisas circunstancias, entonces la inobservancia en otro caso –aunque las circunstancias fueran las mismas– no sería desacato.

El 28 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Esta ley dispone que los órganos de la Administración competentes pongan a disposición de la población, entre otros, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia (artículo 4 inciso 2°), es decir, la “píldora del día después”. Si bien la ley fue sometida al control obligatorio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre esa norma.⁴⁷

Este caso me parece que ilustra el débil efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Si realmente fuera el intérprete supremo de la Constitución, entonces la ley habría sido inconstitucional, por haber desconocido la

46 Sentencia rol 740, 18 de abril de 2008, considerando 69°.

47 Tribunal Constitucional, rol 1588, sentencia de fecha 14 de enero de 2010, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1305>.

interpretación que el Tribunal Constitucional hizo del artículo 19 N° 1 de la Constitución.⁴⁸

Además del caso expuesto, podrían invocarse otros ejemplos que ilustran el débil efecto que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen, y que ya no se explican por su efecto relativo. Sirvan para esto los ejemplos mencionados por Fernandois⁴⁹ y, más recientemente, la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la “Ley de Isapres”, rol 1710, de 6 de agosto de 2010, que ha sido prácticamente ignorada por las Isapres y los Tribunales de Justicia.⁵⁰

9. Sobre el significado de la supremacía constitucional

En este trabajo se plantea el siguiente problema: si el Tribunal Constitucional no es supremo, ¿qué significa la supremacía constitucional? El significado de la supremacía constitucional es el punto central de la cuestión. Aunque no hay hasta aquí más que ideas preliminares sobre el punto, estas ideas son útiles para orientar la búsqueda de una respuesta.

Una de estas ideas sobre el significado de la supremacía constitucional es el reconocimiento de su dimensión política. La explicación de la supremacía constitucional solo desde una perspectiva jurídica resulta insuficiente, unilateral. La supremacía constitucional se garantiza también por órganos políticos, precisamente porque su naturaleza no es exclusivamente jurídica.⁵¹

La otra idea es desvincular la supremacía constitucional de la idea de un guardián último o de un intérprete final de la Constitución (quienquiera que

48 Aunque me aparte del foco del trabajo, quiero referirme a dos interpretaciones del caso que salvarían la inconsistencia que aquí se advierte. La primera sería postular que la sentencia rol 1710 declaró la inconstitucionalidad del DS N° 48/2007, porque su contenido estaba reservado al legislador. Por esto, cuando se dictó la ley el Tribunal, no la declaró inconstitucional (oí esta interpretación al profesor Matías Guiloff). La segunda sería entender que, al dictar la ley, el legislador acató la interpretación del Tribunal Constitucional, porque ordenó la distribución de la píldora en el entendido de que es anticonceptiva y no abortiva. Y fue por su potencial abortivo que el Tribunal declaró su inconstitucionalidad (oí esta interpretación al profesor Hernán Corral). Obviamente, asumo las eventuales culpas de haber entendido mal a los profesores Guiloff y Corral.

49 Fernandois, op. cit. pp. 692-696.

50 Ver *La Tercera*, 19 de noviembre de 2010, p. 26, y 3 de octubre de 2010, p. 18.

51 Con algunos matices, entiendo que es lo que dijo el Ministro Fernández, cuando afirmó: “*En la Constitución todo es jurídico y todo es político simultáneamente*”, Tribunal Constitucional chileno, rol 1288, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1288>. Bullinger, Martin, “Cuestiones de interpretación de una Constitución”, en por todos, Ramón Trillo (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional, Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, (Tribunal Supremo) 2004, pp. 411-429, advierte sobre los riesgos de una Constitución completamente juridizada.

fuera). La determinación del significado de la Constitución es una función compartida entre varios actores: ninguno de ellos tiene el poder de clausurar el debate. Las definiciones de autoridad son, en este sentido, siempre parciales y sirven como antecedentes de las discusiones y definiciones siguientes.

Conclusiones

El significado de la supremacía constitucional es problemático. El hecho de que el Tribunal Constitucional no sea el intérprete supremo de la Constitución –o lo sea en un sentido muy relativo– es una prueba de lo anterior. Aparte de servir para demostrar el carácter polémico de la supremacía constitucional, el problema de los alcances de la interpretación jurisdiccional de la Constitución descubre algunas pistas para entender mejor qué significa que la Constitución sea suprema. Una de estas pistas es la existencia de varios intérpretes de la Constitución, entre los cuales ninguno puede reclamar una posición superior respecto de los otros. Esta paridad de intérpretes supone una coordinación entre ellos y además refleja –y esta es la segunda pista– la naturaleza compuesta de la Constitución. Porque, entre los intérpretes de la Constitución, los hay políticos y jurídicos, y, si la interpretación de los unos no vincula a los otros, puede ser porque la Constitución es jurídica y política. Precisamente por esta razón se explicaría que la naturaleza de la Constitución no puede servir como fundamento de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional. La misma razón explicaría que no puede haber un intérprete supremo de la Constitución. De aquí podría afirmarse que la naturaleza de la Constitución es el fundamento y el límite de su garantía.