

¿DE QUÉ NOS SIRVE UNA CONSTITUCIÓN SI NO ES SUPREMA?

IDEAS FUNDAMENTALES PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE

«Nuestro pasado y nuestra doctrina nos obligan a estar junto a todos los que miran el régimen constitucional como la única forma posible de convivencia».

-Héctor Correa Letelier

POR JORGE HAGEDORN G.¹ Y FRANCISCO MEDINA K.²

I. Resumen Ejecutivo

1. En medio del proceso de redacción de una nueva Carta Fundamental, el principio de supremacía constitucional vuelve a estar presente en el ámbito público. Este consiste en considerar a la constitución como la norma más importante del ordenamiento jurídico, de tal modo que toda ley o reglamento que entre en contradicción con ella no puede ser válida.
2. En la academia y la política algunos afirman que la constitución debe ser suprema, pero no están interesados en crear mecanismos que permitan garantizar su preeminencia efectiva. Esto no parece lógico, ya que, sin procedimientos formalmente destinados a garantizar su cumplimiento, lo

¹ Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del área constitucional de IdeaPaís.

² Abogado y licenciado en Derecho por la Universidad de Concepción. Investigador del área constitucional de IdeaPaís.

que diga la nueva constitución solo serán declaraciones de buenas intenciones, sin repercusión práctica alguna.

3. Las consecuencias de que nos rija una Carta Fundamental débil son de extrema gravedad. Lo que está en juego son los contenidos fundamentales de una constitución; es decir, las limitaciones al poder político, los derechos y libertades más básicas de las personas y el respeto a las minorías. Luego, si una constitución puede ser transgredida fácilmente, de la misma forma serán transgredidos los derechos que ella consagra.
4. Para evitar lo anterior, es necesario establecer ciertos mecanismos, como el control de constitucionalidad de las leyes, que nos permitan verificar el debido cumplimiento de la constitución en la práctica. Estos controles no son antidemocráticos, ya que la democracia no solo debe asegurar la expresión de la voluntad popular, sino que también se expresa en el respeto de límites infranqueables y fundamentales que derivan de la dignidad humana, y que son anteriores a la democracia misma.
5. En Chile ya hemos vivido las consecuencias de tener una visión endeble de la supremacía constitucional. La libre interpretación y sujeción a la Carta Fundamental genera bandos contrapuestos y una creciente crispación social. Por esto, la construcción de un nuevo pacto social requiere que redactemos una constitución que nos sirva de referente jerárquico compartido, donde nos podamos encontrar en torno a ciertos principios comunes, y que todos la reconozcamos como tal.

II. La constitución: ¿por qué es suprema?

En el plebiscito del 25 de octubre de 2020, la ciudadanía votó por redactar una nueva constitución mediante una Convención democráticamente electa, con reglas y plazos establecidos. Este organismo tendrá como misión fundamental redactar una nueva Carta Fundamental, la cual luego será sometida a un plebiscito ratificatorio (o de salida). Por ello, ante el proceso constituyente que estamos viviendo como país, conviene preguntarse: ¿qué es una constitución? ¿Por qué es tan importante que tengamos una?

Una constitución es la norma jurídica más importante de una nación. Esta contiene los principios básicos de la vida en sociedad: el respeto por nuestros derechos y libertades, la protección de las minorías, el rol de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), entre muchas otras cosas. Por tanto, atendida la enorme relevancia de los temas que consagra, ninguna ley puede contradecir lo que dispone la Carta Fundamental.³ En términos simples, esto es lo que se le denomina el principio de supremacía constitucional. Como se expresa en El Federalista LXVIII: “Una Constitución es, de hecho, una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución, por tanto, puede ser válido” (Hamilton, 2018).

Así pues, es de suma importancia que este principio se mantenga incólume en la nueva constitución, pues hay cuestiones importantes en juego. En efecto, nuestros derechos fundamentales solo podrán ser debidamente protegidos si la constitución que los consagra mantiene su calidad de suprema respecto de las leyes y los reglamentos. Además, la historia nacional demuestra que la ausencia de órganos o de procedimientos que permitan cautelar la correcta interpretación y cumplimiento de la constitución, puede acarrear graves crispaciones sociales, en tanto cada cual entiende y obedece la Carta Fundamental a su antojo. Ante esto, nos gustaría llamar la atención sobre el rol que puede jugar la nueva constitución como un referente jerárquico y compartido en la construcción del nuevo pacto social. Las esperanzas de avanzar hacia un horizonte donde prime el diálogo, la amistad cívica y la solidaridad, solo pueden ser cumplidas sobre la base de una constitución que vincule a la generalidad de un país, y que, desde tal posición jerárquica, estimule sentimientos de unidad nacional.

³ Los orígenes de este principio pueden situarse en la sentencia del juez John Marshall, presidente del Tribunal Supremo, en el famoso pleito Marbury vs Madison (1803).

III. ¿Quién dijo que aquí había un problema?

En principio, una amplia mayoría de los constituyentes adhiere a una cierta visión de la supremacía constitucional. Luego, como esto parece ser un lugar pacífico, alguien podría pensar que no tiene relevancia alguna en la discusión. Sin embargo, como dice el dicho popular, “el diablo está en los detalles”. La trascendencia de este asunto viene dada por las consecuencias que implica matizar o no el principio de supremacía. Por ejemplo, gran parte de la discusión sobre la existencia del Tribunal Constitucional, la pertinencia de mantener quórums diferenciados para ciertas leyes, y el establecimiento de diversos mecanismos de democracia directa (como el plebiscito revocatorio, la iniciativa y derogación popular de ley) dependen, en última instancia, de lo que entendamos por supremacía constitucional.

Fernando Atria, académico y constituyente por el distrito 10, admite que la constitución es la norma fundamental de una nación, pero a su vez declara que es mejor no tener un órgano que controle que las leyes se dicten en conformidad a la misma (Atria, 2021). Por su parte, prácticamente la totalidad de los constituyentes de la “Lista del Pueblo” están por abandonar el régimen de democracia representativa y avanzar hacia un sistema político donde la voluntad del pueblo pueda tener libre cauce, no siendo restringida por ningún “cerrojo” constitucional (Basoalto et al., 2021). En definitiva, lo que estos constituyentes sostienen es que el pueblo siempre es soberano. Por consiguiente, su voluntad –expresada en la ley y en los plebiscitos– no puede ser cuestionada por nadie, ni siquiera por lo que afirme una constitución.

En este contexto, debemos poner en cuestión aquellas perspectivas que afirman que el carácter supremo de la Carta Fundamental puede sostenerse sin necesidad de crear instancias donde se pueda revisar si acaso una norma, antes o después de su promulgación, se encuentra en armonía con la constitución. Lo cierto es que de no mediar mecanismos que, por ejemplo, permitan controlar la constitucionalidad de las leyes, la constitución no será algo más que una declaración de buenas intenciones. En este sentido, es necesario tomarnos en serio su preeminencia en el orden jurídico nacional e implementar mecanismos institucionales y jurisdiccionales que velen por su cabal cumplimiento.

Naturalmente, existe una sana tensión entre el principio de supremacía constitucional y las distintas expresiones de la voluntad popular, en tanto estas últimas deben sujetarse a los límites impuestos por la Carta Fundamental. Usualmente, las constituciones del mundo reconocen mínimos irreducibles del orden político, que las mayorías no pueden alterar bajo ningún respecto. En este sentido, encontramos el derecho a la vida, el derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley y, en general,

todas las libertades clásicas (como la libertad de conciencia, la libertad personal, la libertad de asociación, entre otras). Así, mediante el principio de supremacía, ni el Estado ni las mayorías plebiscitarias (o parlamentarias) de turno podrían transgredir nuestros derechos y libertades.

De otra forma, si la nueva constitución perdiera su carácter vinculante, ¿cuál sería el sentido de todo el proceso constituyente? ¿De qué nos serviría arribar a grandes acuerdos entre todos los sectores políticos, si luego esos acuerdos tendrán nula incidencia práctica? En este contexto, parece poco inteligente embarcarnos en un proceso de cambio constitucional bajo el supuesto de que la constitución, en términos jerárquicos, ocupe un lugar similar o incluso inferior al de una ley simple. A fin de cuentas, lo que está realmente en juego bajo el velo de un tedioso debate academicista de abogados constitucionalistas es mucho más que un tribunal o un puñado de derechos clásicos: es la más pura forma de entendernos como sujetos dotados igual dignidad y derechos, la piedra angular de una comunidad política y los contrapesos al poder y la autoridad que impiden las tiranías y los abusos de poder.

IV. ¿Cómo se asegura el principio de supremacía constitucional?

Tradicionalmente se ha entendido que la supremacía constitucional debe ser garantizada por – al menos– dos instituciones jurídicas: los quórum supramayoritarios para reformar la constitución y el control de constitucionalidad de las leyes.

En primer lugar, diremos que no hay nada de malo en querer reformar una constitución vigente. Las sociedades van cambiando, y por ello es necesario que la norma fundamental se adecue a las nuevas épocas. Dicho esto, cabe preguntarse si acaso sería conveniente que la constitución se reforme según los mismos quórum parlamentarios que se exigen para aprobar o modificar leyes en general (mayoría simple). Desde luego que aquí cabe un sinfín de matices, pero, por nuestra parte, creemos que la existencia de ciertos quórum que exijan más votos que los necesarios para obtener mayoría simple, tiende a producir mayor estabilidad político-normativa y ayuda a proteger a las minorías del poder de las mayorías. Si la constitución puede ser alterada tan fácilmente como se modifican las leyes, ¿de qué serviría arribar a grandes consensos en la Convención Constitucional si mañana pueden ser arrojados por la borda sin mucha dificultad? ¿Podemos hablar realmente de estabilidad política si la norma suprema de todo el orden jurídico queda entregada a las mayorías parlamentarias de turno? Pareciera que no.

El otro mecanismo que se utiliza para proteger la superioridad jerárquica de la constitución es el control de constitucionalidad. Básicamente, consiste en otorgar facultades a ciertos órganos o a un tribunal (que puede ser el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema) para revisar si lo que dice una ley está de acuerdo con lo que dice la constitución. Este control puede ser ejercido antes de que se promulgue un proyecto de ley (control preventivo), o bien cuando la ley está en plena vigencia (control represivo). En Chile, desde nuestro primer reglamento constitucional provisorio de 1812, hasta la constitución de 1828 inclusive, no tuvimos ningún tipo de control de constitucionalidad, lo que en la práctica se tradujo en la soberanía absoluta del Poder Legislativo, como veremos a continuación.

VI. ¿Qué pasaría si prescindieramos de la supremacía constitucional?

Para entender los riesgos de contar con una constitución inerme, es necesario hacernos cargo de la historia constitucional chilena y de la experiencia comparada.

I) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE

En Chile, recién en la Constitución de 1925 se estableció un mecanismo para controlar la constitucionalidad de la ley.⁴ Antes de eso, no había forma de vigilar que las leyes se promulgaran en conformidad con la Constitución. El historiador José Guillermo Guerra, señala que hasta 1925, el Congreso Nacional estaba revestido de una omnipotencia total, casi divina, que le permitía dictar leyes inconstitucionales, a sabiendas que adolecían de ese defecto, pero seguro de que nada ni nadie podía estorbar su cumplimiento, en forma autorizada y eficaz (Guerra, 1929).

A consecuencia de esto, los efectos de perder de vista el principio de supremacía constitucional ya las vivimos en Chile. Según algunos historiadores, las guerras civiles de 1829 y 1891, tuvieron, entre sus probables causas, la ausencia de un órgano que interpretara definitivamente la constitución y garantizara su efectivo cumplimiento. En concreto, respecto de la sangrienta guerra civil de 1891, tanto el bando legislativo como el bando presidencial justificaron sus errores políticos y jurídicos “en defensa de la constitución” (Bravo, 2007). Por lo mismo, no es de extrañar que desde 1925 en adelante, el constituyente tuviera como especial preocupación el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional, creando garantías y mecanismos judiciales que, con el devenir de los años, se incorporaron exitosamente a la tradición constitucional chilena.

⁴ El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, radicado en la Corte Suprema.

Las trágicas experiencias de nuestro siglo XIX deberían hacernos reflexionar cuidadosamente sobre este asunto. Sin la intención de alarmar o exagerar las cosas, debemos hacer patente que este tipo de fenómenos –desórdenes institucionales o guerras civiles– tienden a incubarse en una sociedad con mucha antelación. Por ello, los agitados momentos en los que vivimos, nos obligan a reflexionar críticamente sobre las tendencias políticas que dominan el panorama actual, y contrastarlas con aquellas que desencadenaron lamentables acontecimientos. Ya en 1833, Diego Portales anunciaba que estaba dispuesto a pasar por encima de la Constitución cuantas veces sea necesario (Portales, 1937), lo cual –guardando las proporciones y los contextos– no es muy distinto a lo sostenido hace poco tiempo por la senadora Adriana Muñoz, quien mientras ejercía la presidencia del Senado, sostuvo públicamente: “Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar por sobre una demanda urgente de las madres” (Muñoz, 2020).

Continuado con la historia, en 1970, mediante la reforma constitucional realizada por el presidente Eduardo Frei Montalva, se crea el Tribunal Constitucional chileno, el cual fue posteriormente incorporado, con diferencias menores, en la Constitución de 1980, e incluso ampliando sus facultades el año 2005. Aunque en principio este órgano solo encontró apoyo en los partidos oficialistas,⁵ con el tiempo el TC fue adquiriendo un carácter transversal en términos políticos. En efecto, tanto Salvador Allende Gossens y la Unidad Popular, como la bancada parlamentaria actual del Frente Amplio –sectores de la izquierda chilena que suelen despotricar contra el control de constitucionalidad– han recurrido en reiteradas ocasiones al TC para zanjar pugnas entre los poderes del Estado, legitimando, en la práctica, la existencia y necesidad de una constitución “viva” que tenga herramientas para dirimir conflictos en nuestro sistema político.

II) PERSPECTIVA COMPARADA: ¿CÓMO ENTIENDEN LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL MUNDO?

Aunque los críticos de la supremacía constitucional hacen ver a nuestro TC como una anomalía contramayoritaria en el mundo, y sobre todo como un órgano defensor de la democracia protegida, la realidad comparada es bastante distinta. De hecho, actualmente son 176 los países que consagran alguna forma de revisión judicial de la ley, a efectos de comprobar su armonía con la constitución vigente. De estos, 103 mantienen cortes constitucionales especializadas, como Tribunal Constitucional chileno (Soto, 2021).

⁵ Historia de la ley 17.284

A mayor abundamiento, prácticamente todos los Estados que se suelen citar como modelos constitucionales o de sociedad, son democracias constitucionales; es decir, se atienen a una norma suprema y la hacen cumplir mediante tribunales, sin perjuicio de su distinta naturaleza y función. Por ejemplo, en Europa continental, la tarea de verificar que las leyes se dicten en conformidad con la constitución corresponde a tribunales o cortes constitucionales especializadas: Alemania, Italia, España, entre otros. Por otro lado, los modelos estadounidense y canadiense se caracterizan por radicar en la Corte Suprema –o tribunal superior de justicia– la potestad de control constitucional y no en un órgano independiente al Poder Judicial.

VII. El supuesto problema del control de constitucionalidad

A pesar de esta evidencia, hay quienes dicen que nuestro TC es un órgano antidemocrático, toda vez que “se trata de un tribunal que impone al legislador su voluntad durante el proceso legislativo” (Atria, 2013, p. 55). De acuerdo con esta posición, la soberanía del pueblo no admite límites superiores que puedan coartar o restringir las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria de turno, ya que la ley, tal como dice el Código Civil, es una declaración de la voluntad soberana⁶. Por tanto, en línea con este argumento, la democracia solo consistiría en dar cauce a la voluntad general y, en consecuencia, todo mecanismo que tienda a limitar o regular el poder popular puede ser tachado como antidemocrático o ser calificado como un “cerrojo” (Alvarado, 2016).

Nosotros creemos que lo distintivo de un modelo democrático no radica solamente en su capacidad para expresar la voluntad del pueblo. Toda democracia saludable, además de permitir y promover la participación popular, establece ciertos límites intransables –como los derechos humanos–, cristalizados en la Constitución y protegidos por el principio de supremacía constitucional. Así, entendemos la participación popular como un medio para lograr acuerdos importantes, pero no como un fin que debemos alcanzar a toda costa, vulnerando las libertades y derechos de las minorías.

En este sentido, la sola imposición de organismos jurisdiccionales –como el TC– destinados a controlar la constitucionalidad de las leyes y, en definitiva, a cautelar el principio de supremacía constitucional, no pueden –a priori– ser calificados como actos tramposos, o como un ataque contra la democracia. Detrás de ese pensamiento parece esconderse –al menos parcialmente– una concepción distorsionada de la política, regida solamente por la voluntad popular.

⁶ Código Civil de Chile, artículo 1.

VIII. Constitución y comunidad

Hoy, son muchas las expectativas depositadas en el proceso constituyente. Por de pronto, una de las más importantes tiene que ver con la construcción de un nuevo pacto social. Como país, hemos constatado con perplejidad la erosión de muchos vínculos sociales que antes parecían seguros y estables, pero que hoy no son más que recuerdos. En este sentido, la redacción de una nueva Carta Fundamental se erige como una instancia de reconciliación nacional, donde primen los acuerdos y el diálogo en lugar de la violencia y la anomia.

Sin embargo, las legítimas ilusiones en torno a recomponer el tejido social prontamente se verán frustradas si en el plebiscito de salida aprobamos una constitución débil e incapaz de asegurar su propia observancia. Necesitamos una norma fundamental que irradie jerarquía, en torno a la cual sea edificado un pueblo con una autoridad común, sujeto a las mismas normas y principios. Es importante que los nuevos preceptos constitucionales signifiquen una misma cosa para todos, y así enlacen a la generalidad de un país que, hoy por hoy, no encuentra instancias universalmente vinculantes.

De acuerdo con la tesis de Patrick Deneen (2019), el liberalismo moderno promueve el desarraigo cultural y comunitario, para dejar al individuo en una situación de abstracción absoluta, sin lugar de origen ni de pertenencia. En esta situación, tal como notó Alexis de Tocqueville (2017), no existe deuda ni agradecimiento, ya que todo es fruto del mérito y del esfuerzo personal. Se hace, pues, urgente, revitalizar ciertos referentes jerárquicos que nos inviten a pensar nuestro país como un todo integrado, con valores mínimos compartidos, en lugar de insistir en una atomización cívica, donde cada uno interpreta la constitución como le place, y la obedece a su antojo.

Por último, estamos conscientes de que los instrumentos jurídicos y políticos (como una constitución) tienen efectos pedagógicos en la población en general. Es cierto que el derecho tiene un alcance moral limitado, pero debemos reconocer que puede ayudar a que surjan –con el paso del tiempo– determinados sentimientos y afectos sociales. Así pues, una constitución vigorosa, que proclame los principios rectores del orden social, que proteja y estimule las libertades de asociación, y que defina cómo debemos vivir la ciudadanía chilena, tiene más posibilidades de estimular sentimientos de unidad nacional y amistad cívica, que una constitución enclenque, sin garantías para su cumplimiento.

IX. Conclusión

Como hemos visto, la vulneración del principio de supremacía constitucional no resulta inocua. Las consecuencias de asumir distintas visiones endebles sobre el carácter supremo de la constitución pueden acarrear efectos muy perjudiciales para nuestra democracia. Por lo anterior, y teniendo en vista la incidencia práctica que toda Carta Fundamental debería tener, es fundamental que en la Convención Constitucional prime una visión sólida sobre la supremacía de la constitución, ya que aquello nos permitirá resguardar ciertos derechos esenciales y, a mediano y largo plazo, nos ayudará a conseguir un clima de diálogo, donde se reconozca el valor de la alteridad y de la solidaridad.

X. Bibliografía citada

- Alvarado, C. (2016). La ilusión constitucional. Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Atria, F. (2013). La Constitución Tramposa. Santiago de Chile : LOM.
- Atria, F. (2021). Fernando Atria (Ind-RD): “He argumentado desde 1992 que no se justifica un Tribunal Constitucional”. Obtenido de La Tercera: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/fernando-atria-fuerza-comun-he-argumentado-desde-1992-que-no-se-justifica-un-tribunal-constitucional/5PPJ4JI6UFHADHUNG6SWO5JRZU/> [Recuperado el 24 de junio de 2021]
- Basoalto, H.; González, B.; González, F.; Marton, A. (2021). *¿Quiénes son, qué piensan, qué hacen?: Radiografía a los 27 constituyentes de la Lista del Pueblo*. Obtenido de The Clinic: <https://www.theclinic.cl/2021/05/14/quienes-son-que-piensen-que-hacen-radiografia-a-los-27-constituyentes-de-la-lista-del-pueblo/> [Recuperado el 24 de junio de 2021]
- Bravo, E. (2007). Supremacía Constitucional en las Constituciones Políticas de 1833 y 1925. *Revista de Derecho Público* , 128-146.
- Deneen, P. (2019). *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?* Santiago de Chile: RIALP Ediciones.
- Guerra, J. G. (1925). La Constitución de 1925. Santiago de Chile: Establecimientos Gráficos Baecells y Co.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1788/2018). El Federalista. Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad .
- Muñoz, A. (2020). La polémica alocución de la presidenta del Senado en debate por postnatal: “Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar por sobre una demanda urgente de las madres”. Obtenido de La Tercera: <https://www.latercera.com/politica/noticia/la-polemica-alocucion-de-la-presidenta-del-senado-en-debate-por-postnatal-prefiero-cometer-un-sacrilegio-con-la-constitucion-y-ser-destituida-que-pasar-por-sobre-una-demanda-urgente-de-las-madres/LYDXFDV4NJGBNBS5> [Recuperado el 24 de junio de 2021]

Portales, D. (1937). Epistolario de don Diego Portales: 1821-1837. Recopilación y notas de Ernesto de la Cruz. Santiago de Chile: Dirección General De Prisiones.

Soto, S. (2021). La hora de la Reconstitución. Ediciones UC, Santiago de Chile.

Tocqueville, A. d. (2019). La Democracia en América. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica .