

# **Sobre el garante último de la Constitución: quién es y por qué.**

## **La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional**

Luis Alejandro Silva Irrazával  
Universidad de los Andes

### I. 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 respecto de sus alcances, ni respecto 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. Y este es el propósito de este trabajo: ahondar en el significado del principio de supremacía constitucional, con el fin de inferir más exactamente sus alcances o consecuencias.

### II. La cuestión del garante último de la Constitución

La cuestión del garante último de la Constitución (o del intérprete final, o del guardián último, todas estas expresiones equivalente 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. Así es en los Estados Unidos y así es 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 ahora es, ¿de dónde emana este poder?, ¿cuál es su fundamento? Una de las respuestas que se ha dado es que la misma naturaleza de la Constitución exige que sea 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 y la naturaleza de su fundamento.

### IV. La supremacía del tribunal

Supuesto que la supremacía constitucional implica que su garantía está confiada en último término a un tribunal, entonces el tribunal 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 Chile, como veremos, 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.<sup>1</sup> 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. La raíz de todo esto está en Estados Unidos, donde se encuentra prácticamente asentada la doctrina de la supremacía judicial (*judicial supremacy*).

## V. 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".<sup>2</sup> Entendemos aquí que "órgano de cierre" significa la cualidad de clausurar definitivamente un conflicto por la autoridad de la decisión.<sup>3</sup>

Un argumento que refuerza la posición del Tribunal Constitucional en cuanto consecuencia intrínseca del principio de supremacía constitucional lo encontramos 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.<sup>4</sup>

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".<sup>5</sup> Luego, a sus decisiones deben ceñirse todos los organismos que están sujetos a la Constitución, en virtud del artículo 6º de la Constitución.<sup>6</sup> Se infiere que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la Constitución, por ser "la que más se ajusta" a ella, es también suprema y, como consecuencia—añadimos nosotros- es supremo el intérprete.

El artículo 94 de la Constitución parece confirmar esta cualidad de las sentencias del Tribunal Constitucional, porque estaría reconociéndolas como la última palabra. Serían, por lo tanto, obligatorias, porque no procede contra ellas recurso alguno.<sup>7</sup> El artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (DFL Nº 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

---

<sup>1</sup> Debemos hacer una aclaración. En Chile no existe un control concentrado de constitucionalidad (con esto no estamos 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*.

<sup>2</sup> Nogueira (2010), p. 101. También NOGUEIRA (2005), p. 17. Una conclusión parecida puede obtenerse de SILVA (1997): quien asegure la supremacía constitucional se transformará en "la más alta autoridad del Estado" (p. 126), "en el superior gobernante" (p. 127).

<sup>3</sup> "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 (2008), p. 365. Para COLOMBO (2005), los asuntos decididos por el Tribunal Constitucional "no pueden volver a debatirse" (p. 287), porque es el intérprete supremo de la Constitución.

<sup>4</sup> NOGUEIRA (2005), p. 17.

<sup>5</sup> FERNANDOIS (2005), p. 691.

<sup>6</sup> FERNANDOIS (2005), p. 691.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ (2006), pp. 142-143.

Constitucional, porque en determinadas circunstancias lo decidido por ellas no puede volver a discutirse.<sup>8</sup>

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".<sup>9</sup>

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.

## VI. Las objeciones a la supremacía del Tribunal Constitucional

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 existen una serie de objeciones contra la supremacía del Tribunal Constitucional. Estas objeciones podríamos clasificarlas como teóricas, textuales y fácticas. Lo interesante aquí resulta el cuestionamiento que estas objeciones indirectamente hacen del significado de la supremacía constitucional. Veamos cada una de ellas.

### A. 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Sin embargo, quién sea ese algo o alguien es una decisión política "y debe basarse sobre razones políticas".<sup>12</sup>

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".<sup>13</sup>

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

---

<sup>8</sup> Es la lectura que hizo Bulnes del antiguo artículo 83 de la Constitución: BULNES (2005), p. 57. En un sentido parcialmente diverso, pero útil a esta tesis, FERMANDOIS (2005), p. 689.

<sup>9</sup> PEÑA (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).

<sup>10</sup> ATRIA (2000), p. 366.

<sup>11</sup> ATRIA (2000), p. 377.

<sup>12</sup> ATRIA (2000), p. 376. También ZAPATA (2008) piensa que el *judicial review* "es una opción política", pp. 38 y 52.

<sup>13</sup> ATRIA (2000), p. 376. En el mismo sentido, ATRIA (1993), p. 367.

sentencias como vinculantes para todos los órganos del Estado, pero no porque lo exija la supremacía constitucional.

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”.<sup>14</sup> Los motivos que legitiman la posición del Tribunal Constitucional, “más que derivarse de principios abstractos de Derecho Público”, son de conveniencia.<sup>15</sup> En otras palabras, el control jurisdiccional de las leyes descansa en razones políticas y es él mismo una opción política.<sup>16</sup>

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 sólo 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”.<sup>17</sup>

## B. 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 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?<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> Si las sentencias no vinculan a los tribunales, es difícil imaginar motivos

---

<sup>14</sup> ZAPATA (2008), p. 49.

<sup>15</sup> ZAPATA (2008), p. 51.

<sup>16</sup> ZAPATA (2008), pp. 38 y 52, entre otras. Es consistente esta postura con la aproximación escéptica que tiene a la argumentación de *Marbury*, p. 78.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ (2006), p. 142. Admitimos 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”.

<sup>18</sup> El argumento está tomado de ATRIA (2000), 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.

<sup>19</sup> 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.

para que vinculen a los demás órganos del Estado.<sup>20</sup> Luego, el efecto de las sentencias sería sólo persuasivo.<sup>21</sup>

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.

### C. Fácticas

De hecho, las sentencias del Tribunal Constitucional no demuestran ser obligatorias para los demás órganos del Estado, o son obligatorias en un sentido 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. Queremos servirnos 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.<sup>22</sup>

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 sólo 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 2º), es decir, la "píldora". Si bien la ley fue sometida al control obligatorio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre esa norma.<sup>23</sup>

Además del caso que hemos expuesto, podríamos invocar 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 FERNANDOIS<sup>24</sup> y, más recientemente, la

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> NOGUEIRA (2010), 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 (2008), p. 170.

<sup>22</sup> Sentencia rol 740, 18 de abril de 2008, considerando 69º.

<sup>23</sup> Sentencia rol 1588, 14 de enero de 2010.

<sup>24</sup> FERNANDOIS, (2005), pp. 692-696

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.<sup>25</sup>

## VII. Sobre el significado de la supremacía constitucional

En este proyecto se plantea la pregunta: ¿si el Tribunal Constitucional no es supremo, qué significa la supremacía constitucional? El significado de la supremacía constitucional es el punto central de la investigación. Por lo mismo, no tenemos hasta ahora más que ideas preliminares que servirán ante todo 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 sólo desde una perspectiva jurídica resulta insuficiente, unilateral. La supremacía constitucional se garantiza también por órganos políticos, precisamente porque su naturaleza no es exclusivamente jurídica.

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 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. En este punto creemos que tenemos mucho que aprender de la doctrina norteamericana del *Departmentalism*.

## VIII. El *departmentalism*

Si la supremacía constitucional no implica necesariamente la supremacía judicial, entonces caben otras fórmulas para garantizar la supremacía de la Constitución. Una fórmula alternativa a la supremacía judicial, que respeta el carácter supremo de la Constitución y se ajusta a la separación de los poderes, es el *departmentalism*.

El *departmentalism* postula que cada uno de los tres poderes federales interpreta la Constitución en forma independiente pero coordinada con los otros dos (Post y Siegel; 2004). Esta doctrina es, en principio, más fiel a la separación de los poderes que la supremacía judicial, porque responde mejor a la naturaleza política de la Constitución y a su concepción original (Thomas; 2004, pp. 233-236).

El *departmentalism* no es una propuesta para satisfacer el déficit democrático en que incurre la doctrina de la supremacía judicial, sino para salvar el desajuste entre los poderes federales que se sigue de ésta (Post y Siegel; 2004, pp. 1032-1034). De todos modos, la democracia parece ajustarse mejor a un sistema en que la interpretación de la Constitución es una función compartida (Tribe; 2000, p. 262).<sup>26</sup>

El *departmentalism* se apoya en la respuesta obvia a la pregunta sobre qué poder interpreta la Constitución: todos. En vez de elevar a un poder sobre los otros, propone una relación basada en la deferencia de las específicas competencias de cada uno (Murphy; 1986). El *departmentalism* no rechaza una interpretación vinculante o suprema de la Constitución, sino la existencia de un único intérprete con este poder (Gant; 1997).

Esta doctrina merece ser estudiada por los aportes que puede significar para la mejor comprensión del fenómeno en Chile. De hecho, creo que el *departmentalism* puede servir útilmente a la explicación de los diversos poderes estatales que aplican y garantizan nuestra Constitución.

---

<sup>25</sup> Cfr. *La Tercera*, viernes 19 de noviembre de 2010, p. 26 y *La Tercera*, domingo 3 de octubre de 2010, p. 18.

<sup>26</sup> Interesante coordinar esta idea con Dicey, cuando afirma que el Federalismo significa la predominancia del poder judicial, Dicey (1902), p. 170. Esta es la tesis defendida por Clark (1903).