

*Gonzalo Garcia Pino**

Sayın Bakanlar, Yüksek Hâkimler, Bayanlar ve Baylar,

İlk olarak, Şili Anayasa Mahkemesi adına, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin ellinci kuruluş yıldönümünü kutluyor ve bu muhteşem Dünya Anayasa Yargısı Zirvesi organizasyonu için minnet ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Ben uzun bir yol kat edip çok uzak bir ülkeden geliyorum ve aslında anayasa tarihinin de uzun bir yolculuk olarak değerlendirilebileceğine inanmaktayım. Şili'de anayasal yönetim, bağımsızlık sürecinden ve özellikle de 1833 yılından bu yana dünyanın en eski demokrasilerinden birine güç ve canlılık vermektedir.

Muhakkak ki, tarihte bu konuda bazı kesintilere maruz kaldık ama buna rağmen kurumsallaşma çabaları süreklilik göstermiştir. Örneğin; anayasaya uygunluk denetimi kurumu Kolombiya ve Venezuela'da 19. yüzyıl sonlarından başlamak suretiyle var olmuş ise de, ilk Latin Amerika Anayasa Mahkemesi, Şili'de 40 sene önce kurulmuştur.

Bu tarihçeler; burada, birbirinden bağımsız olaylardan oluşan uzun bir tarih değil, anayasal demokrasilere rasyonellik ve temel haklara geçerlilik ve etkinlik kazandırmaya yönelik, büyük entelektüel çabalardan oluşan bir birikim olduğuna dikkat çekmek içindir.

Anayasa Mahkemesi demokrasimizin kurumsal gelişiminde çok merkezi bir rol üstlenmektedir. Anayasa Mahkemesi devlet kurumlarının anayasal içerikleri geliştiren ve somutlaştıran ilişkilerinde anayasanın en yetkin yorumcusu konumundadır. Bir diğer önemli işlevi de sosyal haklar başta

* Şili Anayasa Mahkemesi Üyesi

olmak üzere, temel hakların en yüksek derecede güvence altına alınmasına ve hayata geçirilmesine yönelik toplumsal talepler doğrultusunda anayasa metni üzerinde uzlaşa sağlamaktır.

Bizler, bireysel özgürlüğe aşırı değer biçen belirli bir monizmi dayatan bir ideolojik yörüngeden gelmekteyiz. Ancak demokratik çoğulculuğun temelinde bireysel özgürlüğün yanı sıra eşitlik, insan onuru ve sosyal dayanışma kavramları da yer almaktadır.

Bugün, içerisinde yürüdüğümüz tam bir hukuki çoğulculuk hareketi mevcuttur. Tüm seviyelerdeki yargı kurumlarından çoğulcu bir demokrasinin yerleşmesine ve anayasanın bu doğrultuda zenginleştirilmesine yarayacak değerlendirmeler ve yorumlar yapmaları beklenmektedir. Anayasal demokrasinin canlılığı bu şekilde sağlanmaktadır.

Bizler bireysel hakların devlete karşı güvence altına alınmasından bu hakların bireyler arasında etkin biçimde hayata geçirilmesine uzanan, geniş kapsamlı bir hareketin parçasıyız. Hukukun üstünlüğü, özellikle de iş dünyasında olmak üzere etkin bir hukuk kurumu öngörmektedir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal düzenin korunmasında kurumsal garanti mekanizmalarından sadece biri olduğu unutulmamalıdır.

Anayasanın en geniş yorumu, temel hakların maddi anlamda hayata geçirilebilmesi için Anayasa Mahkemesi'nce sağlanan güvence ile yetinilmeyerek yargısal ya da yargı dışı, ulusal ya da uluslararası güvencelerin de tanınmasını gerekli kılmaktadır.

Günümüzde, gelecek nesillere karşı taşıdığımız sorumluluktan doğan bazı yeni temel haklardan söz edilmektedir. Hepimiz tarihsel bütünlüğe sahip bir hikayenin parçalarıyız. Gelecek nesillere karşı taşıdığımız sorumluluk, bazı konularda hassasiyet göstermemizi gerektiriyor. Toplumsal barış ve sürdürülebilir kalkınma için bazı kamu kaynaklarının ve stratejik endüstrilerin özel biçimde korunması bu çerçevede değerlendirilmelidir. Doğal kaynakların, madenlerin veya su kaynaklarının korunması gibi konular Anayasa Mahkemesi'nin zaman zaman açıklığa kavuşturmak zorunda kaldığı anayasal konular arasında yer almaktadır.

Bizler aynı zamanda, eşitlik adına, sosyal bütünleşme ve uyumu hedefleyen bir toplumun hukuki kodlarını araştıran; ötekileştirme, dışlama ve ayrımcılığa karşı mücadele veren bir sosyal projenin de parçasıyız. Yerel topluluklar veya etnik azınlıklara karşı yapılan muameleler, sosyal ve cinsel ayrımcılıklar kısmen cevap bekleyen ve anayasa yargısının kapısını çalan zorlu konular arasında yer almaktadır. Bizler, çocukların yüksek seviyede korunması ve kişinin şahsiyetinin özgürce gelişimi hakkındaki adalet kurallarını arama ve temin ile ilgili olarak, aile geçimsizlikleri/çatışmalarının temeline inen bir projenin de içerisinde yer almaktayız. Anayasa merkezinde kişisel kimlik ve babalık hakkında sorgulama, aynı cinsten kişilerin evlilik bağıyla bağlanması ve ayrılan ebeveynlerin çocuklarının velayet hakları gibi konular da mahkememizce tartışılan konular arasındadır.

Bizler, sınırları ülkemizi aşan bir hukuk camiasına üyeyiz. Şili Anayasa Mahkemesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde bir koruma mekanizması öngören ve özellikle de ulusal uygulamaların Sözleşme'ye uygunluk denetimi yoluyla tüm ulusal yargı organlarına belirli ilke ve kuralları empoze eden Amerika İnsan Hakları Koruması Sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır.

Yine bizler, anayasal önkoşullarından biri "Temel Kanunun, sosyal gelişim için gerekli asgari koşulları tespit ve teyit etmesi fakat demokratik diyalog sürecinin sınırlarını tamamıyla önceden belirlememesi" anlayışı olan bir anayasal hareketin parçasıyız. Ülkemiz Şili'de, temel demokratik ikilemlerle karşı karşıya olduğumuzdan, bu konuların müzakere edilmesi önem taşımaktadır. 80 Anayasası; karşıt kuvvetler arasında anayasal denge sağlanmasına yönelik bir sistem kurmuştur. Karşıt kuvvetler arasında denge oluşturulması, sadece siyasal sistemi oluşturan düzenleyici kurumlar açısından değil bir bütün olarak siyasal sistem için de önem taşımaktadır. Askeri rejim, anayasanın ilk metninde, silahlı kuvvetlerin toplum üzerindeki güvenlik gücünü siyasal güce dönüştürmek amacıyla, ordudaki en yüksek generallerden oluşan Milli Güvenlik Konseyi'ne siyasal düzen içinde çok önemli rol vermişti. Askerlerin vesayeti altındaki bu düzen, "korunan demokrasi" olarak takdim edilmekteydi. Anayasa, Carl Schmitt'in düşüncelerinin etkisi altında şekillenmişti.

Ancak tüm bunlar artık geride kaldı. Anayasal dengenin sağlanmasında siyasal güçler kadar yargı gücüne de önem veren, daha demokratik bir

mekanizma kurma çabaları etkili olmaktadır. Askeri vesayet rejiminin yerine Hugo Grotius, Locke ve Montesquieu çizgisini izleyen bir “kuvvetler arasında demokratik ayrılık” rejimini hayata geçirme çabaları sonuç vermiştir.

Yirmi iki yıl içerisinde otuz bir anayasa değişikliği yapılmış olup bunlardan 2’si çok derinlemesindedir: Demokrasi sürecinin yeniden açılımına ilişkin 1989 reformu ve demokratik güçlerin sistem içindeki konumunun yeniden formüle edilmesine ilişkin 2005 reformu. Yapılan değişiklikler arasında en önemlisi, cumhuriyetin kurumsal düzenini garanti altına alma görevinin silahlı kuvvetlerden alınarak sair tüm kişi, makam ve güçlere devredilmesi oldu. Böylece, vesayet rejiminde son verilerek bütün kişi ve kurumların anayasal düzeni koruma sorumluluğuna sahip olduğu vurgulanmıştır. Bütün devlet organları anayasal düzene ve bu düzenin gelişimine saygılı olmakla yükümlüdür.

Demokratikleşme süreci günümüzde temsil hakkının daha geniş biçimde kullanılmasına yönelik taleplere tanıklık etmektedir. İletişim devriminin teknolojik yenilikleri vatandaşların demokratik sürece katılımı konusunda yeni alternatifler sunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu sürecin tam orta yerindedir; kendisine tanınan çok önemli yetkilerle merkezi bir rol oynamaktadır. Devlet organlarının yetkilerine ilişkin “Organik Kanun” olarak nitelendirilen kanunların *a posteriori* anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi zorunludur. Henüz yakın bir tarihte, 2005 yılında yapılan bir değişiklikle, olağan kanunlar için de itiraz yolu ile *a posteriori* denetim usulü kabul edilmiştir.

İtiraz yolunda, bir davada taraf olan yurttaşlar bu davada uygulanması gereken bir kanunun anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasını talep edebilmektedir. Aynı şekilde, bir hâkim veya mahkeme uygulamak zorunda olduğu bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa bunu bir ön mesele haline getirip bu sorunu Anayasa Mahkemesi’ne taşıyabilir. İtiraz yolu, görülmekte olan her türlü dava vesilesiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilmesine imkan vermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin kararı gelinceye kadar dava durdurulur.

Şili’de Anayasa Mahkemesi üyelerinin beşte dördünün talebi ile anayasaya uygunluk denetimi yapılabilmesine izin veren istisnai bir yöntem

de yer verilmiştir. Bu yöntem çok nadiren kullanılmakla birlikte; örneğin, kadınlar ve yaşlılar için normalden daha yüksek rakamların konuşulduğu özel sağlık sözleşmelerinin ücretlerini düzenleyen normun denetlenmesi bu yöntemle yapılmıştır. Risklerin ölçsüz biçimde fiyatlandırılması, sosyal hakların içeriğinin hukuksal düzenleme kapsamından çıkarılarak piyasa koşullarında belirlenmesi ve kabul edilemez ayrımcılıklar karşısında bu istisnai yöntem çok işlevsel bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri arasında uluslararası antlaşmaların, kararnamelerin, kanun hükmünde kararnameler ve kanun taslaklarının denetimi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne tanınan bütün yetkiler hakkında daha geniş bilgi için ilgili anayasal belgelere bakılabilir. Mahkememiz her yıl, 300 civarında davada esas hakkında inceleme yaparak karar vermektedir.

Şu anda fırsatlarının, özgürlüklerinin ve sosyal haklarının genişletilmesi sürecinde olan Şili toplumunun kritik ruh hali içerisindeyiz. Anayasa Mahkemesi sahip olduğu geniş yetkilerle bu sürecin tam orta yerinde yer almakta ve toplumsal çatışmalara hukuk içinde çözümler aramakta.

Bu süreçler bizleri bazen de aynen Türk Anayasa Mahkemesi'nin nazik biçimde davet ettiği türden anayasa buluşmaları gibi yararlı seyahatlere götürmekte...

Çok teşekkür ederim.

*Gonzalo García Pino**

Estimados Ministros, Magistrados, Señoras y Señores,

Vayan mis primeros agradecimientos a nombre del Tribunal Constitucional de Chile, la Corte Constitucional de Turquía en la conmemoración de su cincuentenario y extendiendo mis agradecimientos a la organización de esta magnífica Cumbre Mundial de Justicia Constitucional.

Vengo de un país muy lejano y en un extenso viaje, y creo que la historia constitucional también puede leerse como un gran viaje. Desde el proceso de la independencia y especialmente desde 1833, el constitucionalismo da fuerza y vigencia a una de las democracias más antiguas del mundo.

Por cierto que hemos tenido rupturas y a ellas no ha escapado la institucionalidad y dentro de esa historia también vale la pena recordar que hace 40 años en Chile se fundó el primer Tribunal Constitucional de América Latina aún cuando había experiencias de acciones de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela desde fines del siglo 19.

Sirvan estos antecedentes para expresar que aquí hay una larga historia que no es propia, sino depositarios de esfuerzos intelectuales mayores, por otorgar racionalidad a las democracias constitucionales, y vigencia y eficacia a los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tiene un papel central en el desarrollo institucional de nuestra democracia. Su centralidad radica en ser el intérprete máximo de la constitución en un diálogo con los poderes del estado, que preferentemente desarrollan y concretizan los contenidos constitucionales. Pero también ocupa una oposición central en cuanto vela por el consenso en el texto constitucional que no siempre interpreta plenamente a los ciudadanos, pero por otro lado mira la evolución de la sociedad que demanda mayor

* Miembro del Tribunal Constitucional de Chile

intensidad y extensión de los derechos fundamentales especialmente los de naturaleza social.

Venimos de una trayectoria ideológica que imponía un cierto monismo que hipervaloraba la defensa de la libertad individual. Sin embargo el pluralismo democrático se funda en una ponderación más amplia de la libertad, la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad social.

Hoy hay un movimiento de auténtico pluralismo jurídico en el cual estamos inmersos. La vitalidad de la democracia constitucional se inscribe dentro de lo que ahora se denomina la sociedad abierta a los interpretes constitucionales, para reconocer la idea de que los operadores jurídicos en todos los niveles que sea, están en condiciones de aportar valoraciones e interpretaciones que dan el marco de una democracia pluralista y que termina enriqueciendo el desarrollo y contenido constitucional.

Somos parte de un movimiento mas largo desde, la construcción de garantías a los derechos individuales y asia la extensión de su eficacia entre particulares. El estado de derecho supone una sociedad de derechos, especialmente en el mundo del trabajo. En tal sentido hay que recordar que el tribunal constitucional es tan solo uno de los mecanismos de garantía institucional de defensa del orden constitucional.

La interpretacional más amplia de la constitución nos recuerda que son indispensables el reconocimiento de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, nacionales y extranjeras, asi como garantías materiales sostenidas en la capacidad estatal de provisión de bienes públicos.

Aparecen nuevas titularidades de derechos fundamentales, somos parte de una trayectoria histórica más amplia, que exige particular atención sobre las futuras generaciones. Un sujeto colectivo ausente, pero que requiere una protección especial, sobre ciertos bienes públicos o industrias estratégicas para nuestros países y la sustentabilidad de nuestro desarrollo. Temas como el medio ambiente, la industria minera o el agua, son parte del estatuto constitucional que ha exigido pronunciamientos específicos del tribunal.

También somos parte de una trayectoria social que en nombre de la igualdad indaga en las claves jurídicas de una sociedad que aspira a la

inclusión y la cohesión social y que lucha contra el exclusión y las discriminaciones. El trato a los pueblos originarios o minorías étnicas, así como otras discriminaciones sociales y sexuales son desafíos acusantes que tocan las puertas de la justicia constitucional en búsqueda de respuestas parcialmente pendientes. Nos movemos en una trayectoria que va al fondo de los conflictos familiares en la búsqueda de reglas de justicia que procure la protección superior de los niños y el libre desarrollo de la personalidad. Es ahí donde en sede constitucional hemos debatido sobre asuntos como al derecho a la identidad personal y la indagación sobre la paternidad, el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo, o las reglas de tuición sobre los hijos de padres separados.

Pertenecemos a una comunidad jurídica que supera al país. Somos parte del sistema americano de protección de derechos humanos que impone nuevos desafíos por la exigencia de aplicación de la convención americana de derechos humanos. Particularmente a través del control de convencionalidad que ha impuesto a todos los órganos jurisdiccionales nacionales. Debatimos acerca del margende apreciación nacional.

Somos parte del movimiento constitucional entiende que uno de los requisitos constitucionales es que la ley fundamental fije los mínimos para el desarrollo social y no predetermine los techos del proceso de diálogo democrático. En el caso chileno el debate es acusante, puesto que estaríamos frente a dilemas democráticos esenciales. La constitución del 80, se construyó en lo que podríamos denominar un equilibrio constitucional basado en un contrapeso de fuerzas. Existía plena comprensión de que la construcción del equilibrio debía contener una mirada sobre el sistema político y no solo de las instituciones normativas que lo integraban. El régimen militar incorporo el valor político de las fuerzas armadas dentro del sistema político figurando lo que denominó el poder de seguridad a través del consejo de seguridad nacional con mayoría militar, con comandantes en jefe de las fuerzas armadas inamovibles y en el marco de lo que denominó democracia protegida. Este modelo estuvo construido sobre bases teóricas con reminiscencias en Carl Schmitt, sin embargo todo esto ya quedó atrás. Fue reformulado en la búsqueda de un contra peso de poderes jurídicos y no de fuerzas políticas. En este sentido hay un retorno al camino reseñado por Hugo Grotius, por Locke, por Montesquieu, en torno a la separación democrática de poderes.

Treinta y un reformas constitucionales en 22 años, de ellas 2 muy profundas, la de 1989 para reinagurar el proceso democrático y la de 2005 para concluir la reformulación del contrapeso de poderes democráticos. La regla más fundamental fue trasladar la función de garantizar el orden institucional de la república desde las fuerzas armadas a todas las personas y a todos los poderes. Con ello la dimensión tutelar pasa a ser una garantía sistémica en donde todos los poderes y las personas son los primeros llamados a respetar activamente el orden constitucional y las evoluciones que él mismo contiene.

Esa misma trayectoria democrática es la que hoy día reclama por un exceso de de representación que deja pendiente la ampliación de formas de participación de las ciudadanías más amplias que incluso se deben acelerar con las innovaciones tecnológicas de la revolución de las comunicaciones.

En medio de esta trayectoria el tribunal constitucional ejerce ponderadamente competencias que son fuertes. Tenemos un control de constitucionalidad previo y obligatorio, a un conjunto esencial de leyes denominadas Orgánicas Constitucionales en donde está la estructura del poder de los órganos del estado. Recientemente en las reformas del 2005 se han extendido estas competencias de examen a posteriori de las leyes mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Los ciudadanos pueden presentar estos requerimientos de inaplicabilidad siempre que tengan una gestión judicial pendiente en la jurisdicción ordinaria o especial. Así mismo se creó una cuestión judicial incidental de constitucionalidad, cuando el juez llamado a aplicar la ley que estime constitucional debe dirigir su requerimiento al TC para que este lo resuelva previamente. Existe la posibilidad de suspender cualquier procedimiento en la espera de la decisión y una vez declarada la inaplicabilidad se crea la posibilidad procesal de requerir la inconstitucionalidad derogatoria de la ley.

Se ejerce muy excepcionalmente por el altísimo quórum que exige cuatro quintos de los miembros del tribunal, pero destaca entre ellos el caso de una norma que regulaba el establecimiento del precio de los contratos privados de salud, que eran sustancialmente más caros en el caso de las mujeres y de las personas mayores de edad. Los precios basados en riesgos incrementaban

enormemente el costo de los planes basados en deslegalizaciones de derechos sociales y en indiscriminaciones inaceptables.

Nuestras competencias se extienden al control de tratados internacionales, decretos supremos, decretos con fuerza de ley o proyectos de ley durante su tramitación en el congreso. He dejado un documento más largo que explica todas estas competencias. Tenemos alrededor de 300 casos anuales que exigen un pronunciamiento de fondo en más de un centenar de ellos.

Estamos en medio de un espíritu crítico en este momento de la sociedad Chilena que está en pleno proceso de expansión de sus oportunidades, de sus libertades y de sus derechos sociales. En medio de esa trayectoria se sitúa el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, para la resolución de los conflictos de esa sociedad. Y a veces las trayectorias nos llevan a viajes tan fecundos como diálogo constitucional al cual tan amablemente nos han invitado la Corte Constitucional de Turquía, muchas gracias.