

Patricio Zapata Larraín.\*

## ¿Alternativas menos drásticas?

Notas sobre el uso y abuso de prevenciones, exhortaciones y consejos por el tribunal constitucional chileno.

Los preceptos de la Constitución Política no son sugerencias ni meras aspiraciones. Son órdenes. Y siendo tales, su incumplimiento no puede sino acarrear una sanción.

Ahora bien, la propia Carta Fundamental contempla un conjunto de órganos y procedimientos encargados de asegurar que legisladores y administradores generen normas jurídicas siempre contestes con sus mandatos. Es la Justicia Constitucional.

El Tribunal Constitucional (TC) ocupa un lugar especial dentro del sistema chileno de Justicia Constitucional. A él compete, verificar y declarar la conformidad o disconformidad abstractas entre las actuaciones normativas de administrador y legislador, por una parte, y las reglas fundamentales que rigen la conducta de dichos órganos, la Constitución Política, por la otra. En caso de identificar alguna discrepancia, o vicio, el Tribunal deberá declarar la existencia del problema y deberá, además, adoptar medidas que neutralicen la irregularidad detectada.<sup>1</sup>

La constitucionalidad y la inconstitucionalidad no son categorías maniqueas ni puras. En la misma medida en que la norma constitucional es necesariamente más general que los preceptos infraconstitucionales, la coherencia entre una y otros es una cuestión de grado o nivel. Entre la plena congruencia y la completa discrepancia existe,

1 La inconstitucionalidad es la consecuencia que resulta de aplicar el principio de Supremacía Constitucional a la resolución de una contradicción lógico-jurídica entre la norma superior y una norma inferior. El "principio de no contradicción", que los lógicos presentan como clave para el pensar correcto, afirma que ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez. Un corolario de tal predicado es que ante dos proposiciones contradictorias únicamente caben dos alternativas: ambas son falsas o, bien, sólo una de ellas es verdadera. Pues bien, así como la lógica no acepta que dos proposiciones contradictorias sean ambas verdaderas, el derecho no acepta que dos normas contradictorias sean válidas al mismo tiempo.

Existiendo discrepancia entre Carta Fundamental y proyecto de ley, la primacía jerárquica de la Constitución resuelve siempre la contradicción en favor de la norma superior. En palabras de Kelsen, "no puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal. La unidad de este no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho", Kelsen, Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado", Textos Universitarios, México, 1969, p. 182.

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile

por tanto, un abanico de variantes, tan abundante como la complejidad del asunto y la imaginación del operador del derecho. En la zona media de tal abanico cuesta mucho trazar la línea divisoria que nos ocupa.<sup>2</sup>

Más aún, en la práctica, tanto la coherencia perfecta como la incompatibilidad absoluta son hipótesis que carecen de importancia.

La primera posibilidad, coincidencia absoluta, es poco relevante desde el momento en que ella se produce, en realidad, sólo cuando la norma infraconstitucional se limita a repetir literalmente, letra por letra, el mandato constitucional. Nadie dudará, por supuesto, de la constitucionalidad de tan redundante como superflua disposición. Todos concordarán, sin embargo, en la inutilidad completa de tal precepto.

En cuanto a la absoluta incompatibilidad, aquella que se produce cuando, por ejemplo, el precepto subconstitucional niega expresa y perentoriamente lo que la Carta Fundamental ordena clara y categóricamente, podrá convenirse que desafíos tan groseros como ese debieran ser de muy rara ocurrencia.

Los casos que realmente importan son aquellos en que se plantea y discute una inadecuación entre la Constitución y el precepto inferior, que, siendo más o menos clara, requiere, sin embargo, de una cierta explicación o fundamentación.

La inconstitucionalidad, por tanto, tiene mil rostros. En efecto, sus manifestaciones son tan diversas como lo son las formas en que se puede incurrir en error o las maneras con que se intenta el engaño. Esta cualidad multiforme de la inconstitucionalidad explica, por tanto, lo difícil que resulta establecer un sistema de control que, a la vez de ser eficaz, pueda, también, explicar racionalmente sus métodos y sus conclusiones.

En este contexto de complejidad, el primer y principal empeño de un TC que se precie a sí mismo debiera radicar en la elaboración de una teoría sobre los "vicios de

2 Un mismo problema, dependiendo a veces de cuestiones ajenas a su propio tenor, puede ser, en un caso, un simple vicio lógico o lingüístico y, en otro, un vicio de inconstitucionalidad. ¿Cuándo una mala técnica legislativa deviene en problema de constitucionalidad? El Tribunal Constitucional ha debido, en más de una ocasión, intentar delimitar una cosa de la otra. No es fácil.

En "Municipalidades (II)", por ejemplo, se señala: "...la cuestión planteada tampoco constituye un problema de constitucionalidad sino que de desarmonía entre preceptos legales o de problemas de técnica legislativa, materias cuya aclaración, corrección o rectificación no le corresponde a este Tribunal..." (12 de Febrero de 1992, Rol N° 141, considerando 31).

En el mismo sentido, véase el voto disidente de Manuel Jiménez en que afirma: "...el llamado que una norma legal hace a otra para integrar su contenido podrá no considerarse una adecuada técnica legislativa en materia penal, pero esta forma de legislar, no puede dar lugar a una inconstitucionalidad de la disposición integrada, porque según se ha señalado no existe un disposición o precepto constitucional que haya sido abiertamente violado". ("Gobierno y Administración Regional (II)", 4 de Enero de 1993, Rol N° 163, Fundamento g.).

inconstitucionalidad”.<sup>3</sup> Dicha construcción tendría, en primer lugar, que identificar y clasificar los distintos defectos de inconstitucionalidad de que puede adolecer un acto jurídico de autoridad y, en segundo término, ha de procurar definir cuál (o cuales) es (o son) la(s) respuesta(s) estándar del Tribunal frente a cada tipo de vicio.

En otro texto hemos tenido oportunidad de referirnos con algún detalle a las distintas formas u orígenes de los vicios de inconstitucionalidad.<sup>4</sup> Ahora bien, para efectos de este artículo, más importante que la causa del vicio son los efectos que ha de producir. Y cómo han de ser enervados o impedidos. Tal cuestionamiento nos lleva directamente al tema de esta ponencia: ¿Qué ha de hacer el TC frente a un vicio determinado?

La respuesta obvia consiste en afirmar que por insignificante o excusable que parezca, todo, y cualquier, vicio de inconstitucionalidad debe ser corregido. En consecuencia, constatada la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, cualquiera sea este, el TC no puede sino cumplir su deber de defender la supremacía constitucional y neutralizar el atentado al ordenamiento fundamental.

No habiendo dudas respecto del deber del TC, la definición de los métodos de que ha de valerse para cumplirlo, sin embargo, no es nada de simple. En efecto, el objetivo ineludible de enervar el vicio e impedir que la inconstitucionalidad produzca efectos puede satisfacerse adecuadamente de diferentes maneras.

En el caso de Chile, por lo demás, ni la Carta Fundamental ni la ley orgánica constitucional del TC contienen respuestas categóricas y concretas a esta cuestión fundamental. Consecuencia de lo anterior es que el propio TC, secundado críticamente por la doctrina, debe deducir de los principios arquitectónicos de la Constitución cuál es el arsenal de recursos de que dispone para preservar la supremacía constitucional.

Ahora bien, la determinación precisa de cuál ha de ser la decisión del TC frente a un vicio concreto depende de la relación que exista, en cada caso, entre el vicio y la norma viciada. Al respecto, caben dos posibilidades:

### **1.- La Declaración de Inconstitucionalidad: la sanción más drástica**

Una primera situación se produce cuando la norma viciada y el vicio resultan ser inescindibles. Es decir, la primera es indistinguible del segundo. En este caso, el vicio no es un accidente contingente de la norma sino más bien una propiedad o cualidad

3 Las razones para postular la necesidad de una teoría sobre esta materia me parecen más que contundentes. Valga recordar la reflexión keynesiana según la cual “nada es más práctico que una buena teoría”. En efecto, el hecho de que exista, y se aplique coherentemente, una teoría sobre los vicios de inconstitucionalidad le otorga mayor racionalidad y predictibilidad al control del Tribunal Constitucional. En la misma medida en que la jurisprudencia del Tribunal esté anclada en una doctrina conocida de antemano, las eventuales declaraciones de inconstitucionalidad gozarán de mayor legitimidad y prestigio.

Por el contrario, la ausencia de una doctrina mínima en materia de vicios conducirá inevitablemente a que las resoluciones del Tribunal sean percibidas, no como fruto del apego a principios, sino como el producto siempre impredecible de móviles cambiantes o desconocidos.

4 “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Corporación Tiempo 2.000, 1995, pp. 22-44.

intrínseca e inseparable de la misma, que sólo puede advertirse si se contrasta su sentido, el de ella -**la norma- en su conjunto**, con el parámetro constitucional. Ante una norma así viciada, resulta extraordinariamente difícil distinguir sus partes constitucionales de aquellas que no lo son. En estos casos, el TC terminará comprobando que la única manera de neutralizar el vicio es impidiendo de manera absoluta que la norma produzca efectos jurídicos.

Este primer tipo de vicios no admite intervenciones terapéuticas o curativas. En cuanto ofende el orden constitucional de manera inequívoca, frontal y grave, el vicio sólo puede ser reparado a través de la declaración formal de inconstitucionalidad.

El efecto jurídico preciso de la declaración de inconstitucionalidad está definido en la propia Carta Fundamental, y varía según la naturaleza del precepto objeto de la resolución.

Tratándose de la inconstitucionalidad de preceptos contenidos en un proyecto de ley, la sanción consiste en la prohibición de que dicha norma siga siendo considerada por el legislador. Dicho en palabras de la Carta Básica “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto ...de que se trate” (artículo 83 inciso 2º).

A la hora de fijar la sanción, la Constitución ha sido extraordinariamente deferente con el legislativo. En efecto, al evitarse toda referencia a la nulidad de los proyectos o actuaciones inconstitucionales y preferirse, en cambio, la sanción de “inconvertibilidad”, el TC no aparece directamente enjuiciando la función legislativa, sino que más bien colaborando a que su desempeño se ajuste al ordenamiento Fundamental.

No debe olvidarse, por lo demás, que, en el caso de los numerales 1º y 2º del artículo 82 de la Carta Fundamental, los contenidos normativos cuya constitucionalidad examina el TC no han sido promulgados ni publicados y en consecuencia, no han producido todavía ningún efecto jurídico respecto de terceros.<sup>5</sup> En vista de lo anterior, parece adecuado que la Constitución Política haya evitado referirse a la nulidad de lo obrado.

En suma, y respecto de proyectos de ley, la sanción que cabe aplicar al acto inconstitucional consiste en excluir perentoriamente la fórmula objetada de la esfera de soluciones susceptibles de ser “consideradas” por el legislador.

Si, en cambio, la declaración de inconstitucionalidad recae en decretos supremos o decretos con fuerza de ley, la norma objetada queda sin efecto de pleno derecho (artículo 83 inciso 2). Nótese que, también en este caso, la Constitución ha evitado contemplar expresamente la sanción de nulidad.

5 Tales proyectos sí producen efectos jurídicos respecto de los órganos colegisladores.

Debe entenderse que la sanción de ineficacia y el consiguiente decaimiento de la norma viciada opera *in actum*, de pleno derecho, y hacia lo futuro. De esta manera, la sanción no afecta los actos que hayan sido celebrados al amparo del precepto previos a la publicación en el Diario Oficial de la declaración de inconstitucionalidad.

## 2.- Otras alternativas, ¿menos drásticas?

Hay, no obstante, una segunda posibilidad: el vicio extirpable.<sup>6</sup> En este caso, se trata de una disconformidad no esencial, probable o argüible, de manera que el eventual contenido inconstitucional de la norma legal puede ser extirpado o neutralizado sin necesidad de recurrir a la declaración irrevocable de inconstitucionalidad.

Al plantear que se trata de medidas “menos drásticas” que la inconstitucionalidad estamos asumiendo que ninguna intervención del TC puede ser más severa o dramática que la invalidación definitiva e irrevocable de una fórmula normativa. No se nos escapa, en todo caso, que una parte de la doctrina pudiera considerar que, en verdad, es mucho más “drástico”, e intrusivo, que un TC, en vez de limitarse a operar como legislador negativo clásico, declarando lisa y llanamente la inconstitucionalidad donde y cuando la detectare, se aventure a manipular los significados de las normas o a interpelar directamente al legislador.<sup>7</sup>

Como se verá mas adelante, las alternativas “menos drásticas” tienen en común el hecho que, en mayor o menor medida, generan, o aspiran a generar, un cierto diálogo entre el TC y los órganos colegisladores. Así, mientras la declaración de inconstitucionalidad pone fin a una duda o debate jurídico por la vía de una decisión unilateral del TC que prohíbe al Presidente y al Congreso seguir siquiera considerando una determinada fórmula normativa, los instrumentos alternativos que explicaremos a continuación funcionan en el marco de una conversación constitucional entre todos los órganos estatales involucrados en la tarea de producir normas jurídicas válidas.<sup>8</sup>

Ahora bien, en este artículo nos referiremos a dos herramientas jurisprudenciales “menos drásticas” que parecen haberse incorporado ya formalmente al repertorio instrumental del TC chileno: la sentencia interpretativa y la exhortación al legislador. Co-

6 En algún texto anterior, y a propósito de este tema, aludí a los vicios “subsancables”. Un análisis detenido del problema aconseja, sin embargo, dejar dicho término para referirse más específicamente a la posibilidad que un vicio pudiera ser sancionado, subsanado, por un acto posterior de los propios órganos colegisladores o el paso del tiempo.

7 Me atrevo a pensar que tal pudiera ser, por ejemplo, el predicamento de mis buenos amigos los profesores Fernando Atria y Francisco Zúñiga.

8 Esta idea de una conversación constitucional, cuyos frutos tangibles debieran ser un creciente, y compartido, acatamiento de la Carta Fundamental, por una parte, y una reducción en el número e intensidad de los conflictos entre órganos del Estado, por la otra, es plenamente coherente y complementaria, con la Teoría de la Deferencia Razonada, según la cual, los órganos que intervienen en la factura y el control de las normas jurídicas deben respetar siempre sus respectivas y recíprocas esferas competenciales, entendiendo que participan, entre todos, en una misma misión institucional.

mentaremos críticamente, por último, la práctica de enviar “consejos” a los órganos colegisladores.

### 2.1 *La Sentencia Interpretativa.*

El TC ha recurrido a la técnica de la Sentencia interpretativa cuando ha debido controlar normas que pudieran ser interpretadas tanto “en conformidad” como en “contravención” a la Constitución Política.

Por medio de una “Sentencia Interpretativa”, “prevención” o “interpretación conforme”, el TC identifica en sus sentencias la interpretación constitucionalmente aceptable de una norma legal. De esta manera, el Tribunal declarará la constitucionalidad de ciertos preceptos “*en el entendido que...*”, esto es, siempre y cuando dichas normas se interpreten de la manera que la misma sentencia explica.

Las prevenciones, empleadas por primera vez en 1985, se han transformado en una herramienta de uso muy frecuente por parte del TC.<sup>9</sup>

Al sancionarse oficial y solemnemente, mediante la prevención, un determinado sentido constitucional, el TC precave eficazmente las eventuales inconstitucionalidades que encierra un precepto legal, ahorrándose, de paso, el tener que recurrir a la declaración de inconstitucionalidad. De esta manera, la sanación del vicio subsanable opera desde la Constitución -vía su Tribunal- hacia la ley. No podría, en ningún caso, ser el propio legislador quien remediara -vía interpretación auténtica- sus propios vicios.

La Sentencia interpretativa adopta dos modalidades distintas. Puede consistir, en primer lugar, en la identificación y consagración jurisprudencial del único sentido legítimo (Sentencia interpretativa “positiva”). En una segunda versión, cuya aplicación nos parece poco segura y de escasa utilidad, la sentencia interpretativa se presenta como una declaración que, sin afectar la validez de la norma interpretada, objeta e invalida una o varias de sus posibles lecturas hermenéuticas (Sentencia interpretativa “negativa”).

Existen razones teóricas y prácticas para avalar el uso de las sentencias interpretativas, particularmente de aquellas de cuño “positivo”. El principal fundamento para justificar el empleo deliberado de esta técnica, sin duda, dimana de la doctrina sobre la “Presunción de constitucionalidad de los actos del legislador”.<sup>10</sup> En efecto, preferir la interpretación conforme a la disconforme no es otra cosa que atribuir al legislador, en

9 Los siguientes son algunos de los muchos fallos en que el TC chileno acude a la técnica de las prevenciones:

“Partidos Políticos”, 21 de diciembre de 1987, Rol 46.

“Municipalidades (I)”, 29 de febrero de 1988, Rol 50.

“Congreso Nacional”, 18 de enero de 1990, Rol 97.

“Municipalidades (III)”, 16 de marzo de 1992, Rol 141.

“Modifica el DL 3.500”, 11 de mayo de 1995, Rol 213.

“Fuegos Artificiales”, 25 de abril de 2000, Rol 306.

10 En este punto, me remito a mi ya citada “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp. 19-22.

principio, y salvo prueba argumental en contrario, la virtud de obrar de acuerdo a la Carta Fundamental.

Así, y en esta misma perspectiva, para Teodoro Ribera la aplicación de las sentencias interpretativas “se justifica ...tanto desde el punto de vista de la unidad del sistema jurídico, como desde una perspectiva de la presunción de constitucionalidad del actuar del Legislador como de las normas que de él emanan”.<sup>11</sup>

Estas “prevenciones” o “Sentencias Interpretativas” constituyen, por lo demás, una reafirmación explícita en el sentido que el TC es, aunque la Constitución de 1980 no lo diga expresamente, el “Supremo Intérprete de la Constitución”.

Por otra parte, la sentencia interpretativa parece ser un instrumento especialmente idóneo para que el TC tenga frente al legislador una “deferencia razonada”, sin dejar por ello de cumplir con su función de velar por la supremacía constitucional.

Finalmente, cabe considerar ciertas consideraciones prácticas, que podríamos llamar de economía jurídica, que parecen justificar la sentencia interpretativa. En efecto, el mejor y más fluido funcionamiento del aparato estatal sugiere que, ante normas jurídicas que plausiblemente pueden ser interpretadas tanto en conformidad como en contrariedad con la Carta Fundamental, deba preferirse siempre aquella lectura que no entorpece ni descarrila el curso legislativo que resulta de la libre concurrencia de las distintas fuerzas políticas.<sup>12</sup>

Sin perjuicio de la validez de ésta u otras razones para justificar las “sentencias interpretativas”, es necesario estar en guardia contra su uso indiscriminado. Existe siempre el riesgo que esta técnica se emplee para “salvar” preceptos francamente in-

11 Según Ribera: “El orden jurídico contemporáneo es una unidad normativa basada en la concordancia entre las diversas disposiciones jurídicas entre sí como entre todas ellas y la Constitución. Todos los preceptos del ordenamiento jurídico derivan su validez de la Constitución, por lo que las normas jurídicas deben ser interpretadas en concordancia con la Carta Fundamental, que es la norma suprema en el orden jurídico positivo... Por otro lado, está la presunción de constitucionalidad del actuar del legislador y, de esta manera, de las leyes y proyectos que de él emanan. Tal como el Tribunal Constitucional concibe una “infalibilidad del Constituyente”, supone también un actuar del Legislador conforme a la Carta Magna. Esto significa que el Tribunal parte del hecho de que el legislador conoce la ley fundamental y tiene un accionar enmarcado en sus límites, por lo que debe interpretar los proyectos de ley de manera que no estén en contradicción con la Constitución”. Ribera, Teodoro: “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”, Estudios Públicos, N° 34, 1989, p. 225.

12 La opción por la interpretación conforme admite un parangón con el fútbol. Perdóneseme, por tanto, una nueva referencia al balompié.

En fecha relativamente reciente, y en relación con el fuera de juego, la FIFA ha ordenado a los árbitros y guardalíneas que resuelvan en favor del jugador atacante, esto es por la continuación del juego, todos aquellos casos en que no puede discernirse claramente un off-side, pues el atacante y el último defensor distinto del portero aparecen en línea.

De esta manera, y para esas situaciones en que existe duda razonable entre invalidación o validación, la FIFA y los árbitros han optado deliberadamente por la continuación del juego.

Cabe anotar que los grandes beneficiados por esta opción han sido el espectáculo y el público aficionado.

constitucionales en base a interpretaciones artificiosas o rebuscadas.<sup>13</sup> Por otra parte, tampoco es muy claro que los demás operadores del Derecho, administradores o tribunales ordinarios, puedan sentirse especialmente vinculados por interpretaciones o prevenciones que ni siquiera aparecerán incluidas en el texto de las ediciones oficiales de las leyes en cuestión.

## 2.2. Las “Exhortaciones al Legislador”:

En ciertos casos, es posible derivar de la Carta Fundamental obligaciones de carácter positivo que le imponen al legislador el deber de normar en un determinado sentido sobre ciertas materias. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la Constitución exige que un determinado tema sea abordado de manera sistemática (típicamente, las leyes orgánicas constitucionales).<sup>14</sup>

En la hipótesis descrita, el legislador debe cuidar de no excluir ni olvidar ninguno de los elementos que la Constitución Política ha querido que sean contemplados en la regulación de que se trate. Ahora bien, ¿qué ocurre si el legislador no se ciñe a este mandato y envía un proyecto incompleto o parcial?

No existe una respuesta simple ante tal problema. Las omisiones o vacíos del legislador pueden ser de diversa entidad. Si el vacío fuera de menor entidad y no afectara la vigencia y efectividad de la totalidad del proyecto de ley, difícilmente podría justificarse que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del proyecto entero invocando la omisión detectada.

En tales casos parece plenamente justificado que el Tribunal Constitucional, en vez de comprometer la viabilidad de la normativa deficitaria, haga presente al legislador la existencia de vacíos u omisiones en el proyecto de ley sometido a su examen. El objeto

<sup>13</sup> Sobre este punto, conviene recordar las críticas formuladas por los Ministros Bulnes, García y Faúndez, en su disidencia al fallo “Trasplante de Órganos”, del 13 de agosto de 1995, Rol 220.

Al objetar la forma en que la mayoría del TC previno sobre el alcance del término “muerte” la disidencia advirtió “...es imprescindible recordar que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden sino conducir a la eliminación de los preceptos calificados de inconstitucionales, sin que en caso alguno le sea lícito introducir agregaciones a los proyectos de ley que examina ni disponer que su aplicación pueda extenderse más allá de lo que el propio legislador ha señalado. Menos aún podría admitirse que el Tribunal procediera a establecer definiciones que corresponden a atribuciones propias del legislador”.

A juicio de los disidentes, en este caso el empleo de la sentencia interpretativa había llegado demasiado lejos: “...se invade el campo del legislador al conceder a disposiciones impugnadas por el requerimiento, un sentido claro y ostensiblemente distinto al señalado en el proyecto de ley examinado y al otorgarles una amplitud que pugna con la sola lectura de su articulado. Aún más improcedente resulta esta extralimitación cuando se entra a definir la muerte de la persona, en términos unívocos y para todos los efectos que puedan corresponder, objetivo éste que el proyecto de ley en examen no tiene y para lo cual el Tribunal carece de atribución”.

<sup>14</sup> Cabe señalar que de acuerdo al propio Tribunal Constitucional chileno: “el objetivo de las Leyes Orgánicas es desarrollar en un texto armónico y sistemático los preceptos constitucionales en aquellas materias que el constituyente ha reservado a dichas leyes” (“Distribución de Exhortos”, 22 de diciembre de 1981, Rol N° 7).

de esta advertencia es, precisamente, “exhortar” o “llamar” al legislador a que subsane el vacío referido aprobando “oportunamente” las normas que falten.<sup>15</sup>

Un problema obvio de estas exhortaciones radica en el hecho que la falta de respuesta oportuna por parte del legislador exhortado no acarrea para este ningún tipo de sanción o responsabilidad.<sup>16</sup> Por lo mismo, la eficacia de estos llamamientos queda sujeta, por completo, al grado de valor político o moral que se le asigne a las advertencias del TC.<sup>17</sup>

En todo caso, el TC chileno ha recurrido en muy escasas oportunidades a la técnica de las “advertencias al legislador”.<sup>18</sup> Por lo mismo, parece difícil emitir un juicio definitivo sobre la importancia real de esta herramienta.

El problema es distinto, en cambio, cuando el vacío es de mayor entidad, ya sea porque se ha omitido una regulación expresamente prevista por la Constitución Política o porque el silencio legislativo repercute decisivamente sobre la eficacia del resto de las normas sí contempladas en el proyecto.

En este segundo tipo de casos, la mera “exhortación al legislador” no es una respuesta jurisprudencial satisfactoria. En efecto, tratándose de vacíos graves que llegan a desnaturalizar el conjunto del proyecto, la sola expectativa o esperanza que el legislador remedie las omisiones en un futuro próximo, no parece ser motivo o pretexto suficiente para que el Tribunal autorice la entrada en vigencia del cuerpo legal incompleto.

15 Teodoro Ribera plantea la duda de si estas “advertencias” al Legislador “atentan o no contra su autonomía para determinar, dentro de los marcos constitucionales, la regulación más conveniente sobre una materia”. Según Ribera, ello depende del tipo de “llamado” que se formule: “cuando el Tribunal Constitucional advierte al Legislador sobre una carencia en la ley y lo conmina a corregirla “oportunamente”, está respetando en un grado sumo la autonomía legislativa. Esto es tal, pues en estricto Derecho el Tribunal debería declarar la inconstitucionalidad y no sólo comunicársela al legislador. Son las consecuencias posteriores las que le indican que es mejor abstenerse de hacerlo. Si el Tribunal advierte al Legislador sobre una inconstitucionalidad y le impone una regulación precisa, es preciso distinguir si estas pautas reflejan la única interpretación constitucional factible, o sólo exponen un alcance más entre otros que también pueden serlo. Si la Corte conmina al Legislador a adoptar una determinada pauta, siendo que también podrían darse otras alternativas de concretizar el postulado constitucional, el tribunal atenta en contra de la autonomía del Legislador, pues asume una función que no le compete. Distinto es el caso cuando se limita a dar un alcance de un precepto o de una situación determinada y no extrae como consecuencia una regulación específica, dado que sólo está facilitando la comprensión de la Carta Magna”. Ribera, Teodoro: “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho”, Estudios Públicos, N° 34, 1989, p. 223.

16 En todo caso, una exhortación no respondida podría ser un interesante punto de apoyo para la eventual interposición de un Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte de Suprema de Justicia contra la norma incompleta. Otra cosa, por supuesto, es que dicha Corte acoja o compareta las inquietudes del TC.

17 Si bien es cierto que el TC no puede volver a pronunciarse sobre un proyecto de ley que ya fue objeto de control de constitucionalidad, y por lo tanto, no puede sancionar con la invalidación a una norma que, pese a la exhortación, no fue oportunamente completada, no es menos cierto que un TC que se tomara en serio su propia jurisprudencia podría hacer que los órganos colegisladores pagaran muy caro su indiferencia.

18 La “exhortación” o “llamado a legislar” se introduce en abril de 1988, con “Votaciones Populares y Escrutinios (I)”. Esta técnica volvería a ser empleada en los siguientes cuatro fallos: “Municipalidades (II)”, 12 de febrero de 1992, Rol 141; “Gobierno y Administración Regional”, 3 de noviembre de 1992, Rol 155, “Generación de autoridades Municipales”, 3 de abril de 1996, Rol 232 y “Restricción Vehicular”, 26 de junio de 2.001, Rol 325.

El TC, sin embargo, no ha logrado todavía trazar claramente la línea divisoria que separa al proyecto de ley simplemente incompleto -que ameritaría una “exhortación”- de aquel otro en que se omite un contenido constitucionalmente imprescindible, y que, por tanto, debe ser anulado en su conjunto.<sup>19</sup>

### 2.3. *Los Consejos al legislador:*

Tenemos que referirnos, al concluir, a la práctica, afortunadamente esporádica, por la cual el TC aprovecha la instancia de control de constitucionalidad para formular a los órganos colegisladores ciertas observaciones de carácter técnico o político.

El caso más notorio de una sentencia que contiene estos consejos o comentarios técnicos es “Adecuación del COT a la Reforma Procesal Penal”, del 3 de febrero de 2.000 ( Rol 304). En efecto, el fallo contiene un Considerando 24 que expresa textualmente *“con todo, este Tribunal cumple con el deber de instar al legislador a efectuar una minuciosa y decantada revisión del articulado transitorio del proyecto remitido, a fin de aclarar la complejidad de sus normas con el objeto de prevenir eventuales problemas que puedan surgir en la aplicación práctica de esta profusa reglamentación”*.

Lo más llamativo de este fallo, sin embargo, es el largo texto que, con el título de prevención, suscriben los ministros Jordán, Colombo y Verdugo. Trátase, en verdad de una declaración en que los contenidos políticos y axiológicos subordinan completamente las consideraciones constitucionales. Entre otras cosas, la “prevención” expresa:

*“Cualquier diagnóstico de un experto o el sentido común del hombre de la calle coinciden en que por diversos motivos la justicia en el área penal debe ser reformada”*.

*“No es del caso buscar las causas a una notoria realidad en que la delincuencia aumenta en términos alarmantes, y en forma cada vez más cruel y sofisticada...”*.

*“En un gran esfuerzo las autoridades políticas han propuesto y aprobado normas que modifican sustancialmente el sistema procesal penal vigente, lo que es digno de elogio, después de un siglo de silencio legislativo...”*

Luego de estas apreciaciones generales, la prevención que citamos formula una severa crítica a la lógica que subyace a la reforma procesal penal: *“De la lectura de las leyes vigentes, del proyecto sometido a control y del resto de las proposiciones tratadas a la vista se desprende una tendencia a dar protección jurisdiccional privilegiada al imputado, por sobre los derechos del que sufrió los efectos de su acción criminal. Ello, en opinión de los*

19 El lenguaje empleado por el Tribunal Constitucional para describir el problema de los vicios de omisión ha sido en ocasiones bastante confuso. Así, por ejemplo, en “Municipalidades (II)” se expresa: *“...si se considera que el mandato transcrito afecta, según sus términos, al legislador, debe estimarse que la omisión representada constituye una situación de vacío legal; que lo que se omite no representa entonces un vicio de inconstitucionalidad, sino sólo el incumplimiento de una obligación que tiene el legislador, lo que si bien hace improcedente la objeción de inconstitucionalidad planteada, aconseja hacerlo presente para los efectos de que sea oportunamente subsanado;”* (considerando 29).

*previnientes, vulnera en sustancia lo que debe ser una sana convivencia social en que justamente el ejemplo de una sentencia eficaz produce como efecto residual la lección para que los futuros delincuentes se abstengan de cometer hechos delictivos”.*

Al finalizar estas reflexiones, los Ministros concretan su “consejo”: *“El legislador, si lo estima conveniente, podrá tener presente lo expresado en esta prevención al regular esta materia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y restablecer así los valores que son consustanciales a la justicia penal”.*

Una declaración como la transcrita no puede dejar de merecer un reproche de parte de la doctrina: ¿Qué significado puede tener un comentario de este tenor? ¿Qué texto constitucional autoriza al TC, o a una minoría de sus Ministros, a emitir juicios sobre leyes vigentes o programas políticos en curso de aplicación? ¿Qué ocurre si el legislador no estima conveniente tener presente esta tan sui generis recomendación?

Es indudable, por supuesto, que las preguntas y dudas recién esbozadas no tienen respuesta en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo mismo, el TC debiera abstenerse a futuro de incursionar en tan cenagoso terreno. Una cosa es promover un diálogo cooperativo en la búsqueda de optimizar el respeto a las normas de la carta Fundamental y otra, muy distinta, es invadir el ámbito de otros órganos.

Al examinar estos consejos o comentarios no podemos sino criticar su falta de fundamentación y su dudosa utilidad. En efecto, y más allá que uno pudiera compartir algunos de los juicios, nos parece que resulta difícil identificar cual es el fundamento o justificación para estos “consejos”. En efecto, estas observaciones no pueden ser consideradas una interpretación de la norma comentada ni tampoco tienen la eventual fuerza político/moral que pudieren tener las exhortaciones al legislador.

Podrán ser acaso un aporte a la conversación constitucional a que nos referimos más arriba... Es algo dudoso de determinar.