

Enrique Navarro Beltrán\*

# Reformas constitucionales 2005. Un año después

Al inaugurar estas XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público<sup>1</sup> nos ha parecido relevante detenernos en una somera revisión de los principales aspectos comprendidos en las reformas constitucionales a un año de su aprobación como también en la forma en que ha venido aplicándose la normativa y los mecanismos necesarios para su perfeccionamiento.

## I. Una reforma de un vasto alcance

Uno de los puntos que más debe destacarse de la reforma de 2005 es la circunstancia de que ella fue consecuencia de un arduo trabajo cuyos orígenes se remontan a sendas mociones parlamentarias presentadas el año 2000 por senadores tanto de gobierno como de oposición.<sup>2</sup>

Lo anterior resalta la confirmación de nuestro H. Senado de la República como lugar de encuentro y de unidad nacional frente a las usuales divergencias de los diversos actores nacionales.

La Constitución de 1980 es sin duda la carta fundamental más modificada en la historia chilena<sup>3</sup>; particularmente si se la compara con las de 1833 y 1925.

\* *Profesor de Derecho Constitucional Director Depto. Derecho Público Universidad de Chile. Ministro Tribunal Constitucional*

<sup>1</sup> Discurso inaugural de las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, pronunciado en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la U. de Chile el jueves 30 de noviembre de 2006. En la sesión fueron nombrados Presidentes Honorarios de las Jornadas los destacados profesores Patricio Aylwin A., Enrique Silva C. y Alejandro Silva B. Al acto también asistieron los Presidentes de la Corte Suprema (Enrique Tapia W.) y del Tribunal Constitucional (José L. Cea E.).

<sup>2</sup> Boletines 2526-07 y 2534-07

<sup>3</sup> Sobre la Constitución de 1833 vid. HUNEEUS Z. JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols. (1879); LASTARRIA JOSÉ V., *La Constitución Comentada* (1856); y al final del período ROLDÁN ALCIBIADES, *Elementos de Derecho Constitucional* (1924). Por su parte, respecto de la Constitución de 1925 vid. GUERRA V. JOSÉ G., *La Constitución de 1925* (1929); BERNASCHINA G. MARIO, *Manual de Derecho Constitucional* (1951); y SILVA B. ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols. (1963).

La primera se mantuvo inalterable por casi cuatro décadas, siendo luego objeto de enmiendas en las denominadas reformas liberales de los setenta; presentando la particularidad de haber sido interpretada de forma parlamentaria después de 1981, lo que llevó a Alberto Edwards a sostener que se trataba de una Constitución “crecedora”.<sup>4</sup>

Por su parte, como se sabe, la carta de 1925 fue objeto de diez reformas las que fundamentalmente se concentraron en materias referidas al aumento de las facultades presidenciales y al contenido y alcance del derecho de propiedad.

Se le criticó por algunos, sin embargo, su carácter más bien neutral, tanto desde el punto de vista político como económico.

En cuanto al texto constitucional vigente, a las 54 reformas realizadas en el año 1988, consensuadas entre el Gobierno Militar y la oposición de la época, deben agregarse 16 realizadas a partir de 1990<sup>5</sup> y las 58 efectuadas recientemente con motivo de la ley 20.050.<sup>6</sup>

Si se revisa el texto vigente, el único capítulo que no ha sido objeto de reformas es el relativo al Banco Central y de sus actuales 129 artículos sólo 28 no han sido alterados.

Por lo mismo, si bien a la luz de los principios jurídicos del Derecho Público, pudiera estimarse que no nos encontramos propiamente con una nueva Constitución, la que en doctrina debe ser fruto del poder constituyente originario (usualmente una Asamblea Constituyente o un plebiscito), lo cierto es que el alcance de las reformas efectuadas el 2005 es tan vasto que sólo no fueron objeto de modificación los capítulos relativos a la justicia electoral y al Banco Central; todo lo cual permite afirmar que el articulado en vigor es ciertamente diferente del primitivo texto aprobado -en plebiscito- en el año 1980.

De este modo, el texto suscrito por el Presidente de la República incorporó más de medio centenar de reformas a la carta de 1980, lográndose así un importante consenso político en las más variadas materias.<sup>7</sup>

## II. Visión sinóptica de las reformas: mayor equilibrio de poderes

Un primer aspecto que llama la atención en el ámbito orgánico es que la reforma de 2005 revierte una tendencia que fue predominante en Chile, particularmente en el siglo

<sup>4</sup> EDWARDS ALBERTO, *La Fronda Aristocrática* (1927).

<sup>5</sup> NAVARRO B. ENRIQUE y VÁSQUEZ M. JOSÉ I., *Las Constituciones vigentes en Chile en el siglo XX y sus reformas*, en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001* (2001), p. 19-36.

<sup>6</sup> Sobre esta última reforma vid. ZÚÑIGA U. FRANCISCO, *Reforma Constitucional (2005)* y NOGUEIRA HUMBERTO, *La Constitución Reformada de 2005* (2005).

<sup>7</sup> Una revisión de los principales aspectos de la reforma en NAVARRO B. ENRIQUE, *Reformas Constitucionales 2005*, *Revista del Colegio de Abogados*, Diciembre de 2005, p. 46 y ss.

XX, y es que se busca una reducción de las potestades del Presidente de la República, de modo que exista un mayor equilibrio de poderes con el Congreso Nacional.

Esto puede constatarse al revisar el fortalecimiento de la facultad fiscalizadora por parte de la Cámara de Diputados, constitucionalizándose las comisiones investigadoras<sup>8</sup> y estableciéndose un verdadero mecanismo de “interpelación”, aunque ciertamente con un alcance distinto del modelo parlamentario, a lo que se agrega la citación a los Ministros de Estado.

De este modo, por primera vez se modifican las facultades que prácticamente se mantenían inalteradas desde la carta fundamental de 1925 cuando el Presidente Alessandri había limitado las atribuciones del Congreso Nacional, habida consideración de las traumáticas experiencias vividas durante el pseudo parlamentarismo chileno, que en todo caso ciertos historiadores recientes han estado replanteando.

A su turno, en el ámbito legislativo, se robustece el rol del Congreso en la tramitación de los tratados internacionales.<sup>9</sup> En todo caso, el Presidente de la República sigue siendo “el gran legislador”.

Sin embargo, el mandato del Presidente de la República se reduce a cuatro años, sin reelección, lo que constituye el período más breve de nuestra historia republicana, si se tiene presente que durante la vigencia de la carta de 1833 era de cinco años y de seis bajo la de 1925.

También es exiguo si se lo compara con el derecho comparado, donde existen casos de mandatos por 4 años (con reelección), 5 años (Brasil), 6 (México) e incluso siete años (Francia e Italia).

Sin embargo, justo es reconocer que la transición democrática chilena se realizó precisamente en un período de cuatro años, bajo la conducción exitosa de don Patricio Aylwin, que tendrá sin duda un lugar destacado en nuestra historia republicana.

Otro aspecto relevante de la reforma de 2005 es aquel que perfecciona el sistema político al eliminarse los senadores designados y vitalicios, entregándose a la ley la determinación del número de senadores y su forma de elección (sistema electoral).<sup>10</sup>

Adicionalmente, se suprime el requisito de residencia de los senadores y se rebaja su edad mínima a 35 años (tal como ocurre también con el Presidente de la República) y se reemplaza la normativa sobre inhabilidad y vacancia, permitiéndose la renuncia al cargo.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Sobre la situación jurídica en que se encontraban las comisiones investigadoras vid. NAVARRO B. ENRIQUE, *Las comisiones investigadoras a la luz de la Constitución*, en RDP 65 (2003), p. 194 y ss.

<sup>9</sup> LLANOS M. HUGO, *Los tratados y la reforma constitucional*, en *La Constitución Reformada (2005)*, p. 345 y ss.

<sup>10</sup> Vid. HUNEEUS M. CARLOS y otros, *La reforma al sistema binominal en Chile (2006)*

<sup>11</sup> BULNES A. LUZ, *La reforma constitucional al Congreso Nacional*, en *La Constitución Reformada (2005)*, p. 251 y ss.

Finalmente, en lo tocante a las Fuerzas Armadas, se elimina su función de garantes de la institucionalidad, entregándosela a todos los órganos del Estado.<sup>12</sup> Se contempla la posibilidad de que el Presidente llame a retiro a los comandantes en jefe, mediante decreto fundado e informando previamente al Congreso. Por último, el Consejo de Seguridad Nacional pasa a ser un ente meramente asesor e integrado, además, por el Presidente de la Cámara de Diputados.<sup>13</sup>

### III. Fortalecimiento de los derechos

En materia de derechos y garantías fundamentales, la reforma de 2005 incluyó algunos aspectos o precisiones.

Así, en primer lugar, se especifica el principio de legalidad de los tribunales, de modo tal que su establecimiento sea anterior a la perpetración de los hechos, lo que no viene sino a confirmar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.<sup>14</sup>

Se deroga el delito de difamación, cometido a través de los medios de comunicación, como a su vez la protección de la vida pública. Coincidencia o no, ello se sitúa en un momento en que la honra de las personas parece tener poco valor y muy lejano a esa visión de Shakespeare, en su *Otelo*, que exclamaba: “el que me depoja de mi buen nombre, me roba de aquello que a él no lo enriquece, y en cambio a mí me deja verdaderamente pobre”. Y, como nos lo recuerda Calderón de la Barca, “el honor es del alma y el alma es de Dios”. Los tiempos parecen ser otros...

Del mismo modo, se contienen normas sobre libertad del imputado, aunque es del caso hacer presente que aún persisten desajustes entre la reforma procesal penal y la carta fundamental, desde el momento en que, por ejemplo, se sigue utilizando el término procesado en el error judicial.

Debe también destacarse la jurisdicción disciplinaria de los colegios profesionales, lo que constituye un imperativo categórico para el legislador, más aún si se tiene presente que a la fecha se titulan más de dos mil abogados al año, lo que permite suponer que los estándares éticos ciertamente serán cada vez peores.

En cuanto al recurso de protección se perfecciona esta acción cautelar en materia ambiental, desde que se puede recurrir no sólo de acciones sino también respecto de omisiones ilegales, eliminándose la exigencia adicional de arbitrariedad.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> PEÑA T. MARISOL, El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros, en *Reforma Constitucional (2005)*, p. 711 y ss.

<sup>13</sup> BERTELSEN R. RAÚL, Consejo de Seguridad Nacional, en *Reformas Constitucionales (2005)*, p. 729 y ss.

<sup>14</sup> T. CONSTITUCIONAL, ROL 91, 19 de enero de 1990.

<sup>15</sup> Aunque los tribunales usualmente entendían que si la acción era ilegal, también lo era abusiva. Vid. NAVARRO B. ENRIQUE, Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en RCHD 20 (1993), p. 595 y ss. Igualmente, BERTELSEN R. RAÚL, Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en RCHD 25 (1998), p. 139 y ss.

Como lo ha señalado un autor<sup>16</sup>, el recurso de protección se ha transformado en una verdadera revolución silenciosa. Debe recordarse una vez más el rol que le correspondió en su establecimiento hace 30 años a grandes juristas, como don Alejandro Silva Bascuñán.

Sobre la protección de los derechos creo conveniente consignar algunas precisiones en relación a esta acción.

La doctrina suele ser muy crítica de la acción de los tribunales y también los abogados, particularmente a quienes se ha desechado su pretensión y que usualmente justifican su derrota en “formalismos” de los tribunales. A veces se olvida (usualmente por los litigantes) que antes que vencer hay que convencer...

Sin embargo, la realidad jurisprudencial es bastante distinta, para lo cual simplemente puede constatarse la labor efectiva de los tribunales superiores de justicia.

Así, por ejemplo, de las cerca de mil apelaciones de protección que fueron conocidas por la Corte Suprema el año 2005, un 25% obtuvo tutela jurídica, lo que constituye una cifra muy importante si se la compara con la de cualquier otro país, en los que existe “certiorari” o barreras de inadmisibilidad, que en muchas ocasiones es cercano al 90%.

La revisión de la jurisprudencia nos permite observar la diversidad de materias que llegan a las Cortes de Apelaciones vinculadas a la vida, igualdad, honor, libertad de información, derechos de reunión y asociación, libertad de trabajo y, por último, aquellos que conforman el orden público como económico, como la libertad para emprender actividades, la no discriminación en el trato y el derecho de propiedad (tanto aquél que recae sobre bienes corporales como también sobre incorporeales, en su amplio sentido y a veces excesivo).<sup>17</sup>

Debe destacarse la forma en que ha debido darse protección a situaciones inicuas y que no se encuentran amparadas y que usualmente se relacionan con contratos de salud o educación, en los que se ha buscado su resguardo a través de la igualdad ante la ley y, particularmente, del derecho de propiedad.

De manera que, enfrentados a situaciones de objetiva injusticia, nuestros tribunales no han seguido una tesis formalista sino que finalista y protectora, lo que guarda perfecta armonía con las bases esenciales de la institucionalidad.

Esto deberá tenerse muy en consideración al momento de discutirse la tutela efectiva del derecho a la educación en los términos recientemente propuestos.

Las quejas contra los estándares de calidad suelen escucharse hoy con mayor fuerza. Es curioso: cada vez se estudia más y se aprende menos. El fenómeno en todo caso

<sup>16</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, El Recurso de Protección.

<sup>17</sup> NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, El Recurso de Protección. Revisión de la Jurisprudencia.

no es enteramente chileno, ya Bernard Shaw se quejaba de haber interrumpido su educación cuando ingresó a la escuela...

En todo caso nos parece que es muy conveniente que exista un mayor conocimiento de la jurisprudencia por parte de la comunidad, para lo cual es muy importante la edición de repertorios más completos, habida consideración que se publica sólo un 10% de las sentencias que pronuncian nuestros tribunales superiores de justicia.

Todo lo anterior tiene relación sin duda con uno de los fenómenos más importantes que ha registrado la ciencia jurídica en las últimas décadas y cuya común denominación es el de "constitucionalización del derecho".

Se trata, en definitiva, que todos los problemas que afecten a las personas, ya sea con otros particulares o con la autoridad administrativa, comiencen a resolverse a partir de la Constitución Política de la República.

Esta última ha dejado de ser un texto que sólo se invoque en discursos solemnes que cada cierto tiempo suelen pronunciarse muchas veces con crípticas afirmaciones, olvidándose a veces el deber de todo maestro de explicar en términos simples cosas aparentemente complejas. Aquí tenemos tres maestros ejemplares.

Como se ha señalado por el señor Decano ha contribuido de manera fundamental al fortalecimiento del derecho público la enorme y abundante doctrina que se ve reflejada en más de dos mil artículos publicados en los últimos 25 años en diversas revistas especializadas.

La prolífica labor de los ius publicistas no tiene parangón en otra rama jurídica.

Hemos avanzado sustancialmente y parece lejano ese consejo dado por el sabio Andrés Bello a don Diego Barros Arana, abrumado por el emprendimiento de su obra histórica: "escriba joven sin miedo que en Chile nadie lee". Ello en todo caso no era exclusivamente chileno si se piensa que Ortega y Gasset afirmaba en 1941 como un hecho indiscutido que "el pensamiento no está de moda". Años antes el poeta Huidobro afirmaba que en Chile el cerebro molesta, interrumpe la digestión, es poco simpático.

#### IV. Probidad y publicidad

Adicionalmente, en las bases institucionales, se reconocen los principios de probidad y publicidad. Lo que hoy se denomina como Transparencia. Pero se trata de algo nuevo, de puro viejo. Y, como nos lo recuerda el Evangelista, "el que obra mal odia la luz y no se acerca a ella por temor de que sus obras sean descubiertas".

Los alcances del nuevo artículo 8 de la Constitución Política de la República son a no dudarlo muy vastos, al constitucionalizarse principios fundamentales que ya habían sido recogidos por la legislación y antes por la jurisprudencia administrativa.

En efecto, se consagra el principio de la transparencia y de la publicidad de las actuaciones de los diversos órganos del Estado, salvo los casos excepcionales establecidos en tal sentido por el legislador -sólo de quórum- cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad o el interés nacional.

Como puede apreciarse ello significa una profunda modificación del régimen establecido en materia de reserva o secreto, puesto que la actual legislación contemplaba situaciones de excepcionalidad, las que podían establecerse en normas legales y aun reglamentarias.

A partir de ahora y mientras no se dicte la respetiva legislación especial y de quórum calificado, la totalidad de las actuaciones de los diversos órganos del Estado deberán ser públicas, a menos que exista algún fundamento de carácter legal que permita la reserva o secreto y que pudiera estimarse vigente al tenor de las disposiciones transitorias constitucionales.

Hacemos un llamado al legislador para complementar esta disposición, sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución, haciéndose presente que han existido interpretaciones disímiles sobre este punto.

## V. La nueva justicia constitucional

Pero sin duda que una de las grandes innovaciones lo constituye aquellas referidas al Tribunal Constitucional, modificado tanto en su integración como en sus atribuciones.

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles.<sup>18</sup>

En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia) y en otros a posteriori (Alemania y España). Existen algunos que presentan el carácter de mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto de los efectos del control también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o sólo al caso concreto (Corte Suprema en Chile, antes del 2005).

En Sud América existen diversas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan el conocimiento de la misma a los tribunales de justicia en general (Argentina)

<sup>18</sup> Una obra clásica sobre la materia: FAVOREAU LOUIS, *Los Tribunales Constitucionales* (1994).

o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).<sup>19</sup>

En palabras de Kelsen es posible señalar que “no se puede (...) proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles: la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse según las particularidades de cada una”.<sup>20</sup>

Durante la vigencia de la Constitución de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estaban contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Así, el control político era ejercido por el Congreso Nacional, siendo ello la única forma de resguardar esta supremacía.

En efecto, los publicistas más connotados (como, por ejemplo, Huneeus) sostenían la tesis de que el Poder Judicial debía aplicar la ley, fuera buena o mala, no pudiendo dejarla sin aplicación aunque contrarfe la Constitución. En dicho contexto, la Corte Suprema, en resolución de 6 de julio de 1848, afirmaba que “ninguna magistratura goza de prerrogativas para declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental”.<sup>21</sup>

La Constitución de 1925, inspirada en el modelo norteamericano, facultó a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidas en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podía deducirse en cualquier estado del juicio, sin suspender su tramitación. La Corte Suprema entendió que sus facultades se limitaban a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo y no de forma.<sup>22</sup>

La reforma constitucional de 1970 incorpora un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia relevante.<sup>23</sup>

El texto original de la Constitución de 1980 establece un mecanismo de control difuso. El Tribunal Constitucional revisa preventivamente las leyes y la Corte Suprema efectúa el mismo *ex post* a través del recurso de inaplicabilidad.<sup>24</sup>

En todo caso, para comprender el rol de este tipo de tribunales, especialmente visionarias resultan las palabras pronunciadas por el ex Presidente Balmaceda en un

<sup>19</sup> NOGUEIRA A. HUMBERTO, *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur* (2005).

<sup>20</sup> Cit. en FAVOREAU LOUIS, *Los Tribunales Constitucionales* (1994), p. 29.

<sup>21</sup> HUNEEUS Z. JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols. (1879). También sobre la carta de 1833 vid. LASTARRIA JOSÉ V., *La Constitución Comentada* (1856); y al final del período ROLDÁN ALCIBÍADES, *Elementos de Derecho Constitucional* (1924).

<sup>22</sup> BERTELSEN R. RAÚL, *Control de constitucionalidad de la ley* (1969).

<sup>23</sup> Primeros 5 fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

<sup>24</sup> GÓMEZ B. GASTÓN, *La Jurisdicción Constitucional Chilena* (1999).



discurso pronunciado el 20 de abril de 1891 ante el Congreso Nacional y que ha sido catalogado como su testamento político:

“Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha convocado la convocatoria de la constituyente.

“Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca.

“No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno solo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”.

Entre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Tribunal Constitucional<sup>25</sup> chileno nos parece importante destacar las siguientes:

### *1. Control de constitucionalidad de los tratados*

Le corresponderá conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánicas.

Esta reforma viene a consolidar lo que había venido sosteniendo el propio Tribunal Constitucional en algunos fallos anteriores.<sup>26</sup>

A la fecha al Tribunal ya le ha correspondido conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía normas especiales en materia de encaje.<sup>27</sup>

### *2. Control de la constitucionalidad de los autos acordados*

Como se sabe, sólo se trata del control de ciertos y determinados Autos Acordados, como es el caso de los pronunciados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones.

<sup>25</sup> NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005, en RDP 68 (2005), p. 11 y ss.

<sup>26</sup> Caso de la Corte Penal Internacional, Rol 346, 8 de abril de 2002.

<sup>27</sup> Rol 553, 10 de agosto de 2006.

Así las cosas, se han excluido importantes resoluciones, como es el caso de los autos acordados que pudieren emanar de otros órganos jurisdiccionales relevantes, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>28</sup> o el Tribunal de la Contratación<sup>29</sup>.

Como puede observarse, sólo se trata de autos acordados y no de otras normas como pudieren ser las instrucciones y otras disposiciones, como por ejemplo, los reglamentos internos de las cámaras o las instrucciones del Ministerio Público.

A la fecha los tres casos que han sido planteados por afectados no han terminado en sentencia, desde el momento que -en general- no se ha dado el presupuesto fundamental de su admisibilidad como es la circunstancia de que exista una gestión pendiente.<sup>30</sup>

### 3. *Monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes*

La reforma le otorga al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori como a posterior.

En este último caso se establecen dos instituciones: la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

Se faculta al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

De este modo, los requisitos de procedencia son los siguientes: a) debe tratarse de un precepto legal; b) que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial; c) que la aplicación del precepto resulte decisiva en la resolución de un asunto; d) que la ley contrarie la Constitución en su aplicación; y e) que lo solicite la parte o el juez.

Como puede apreciarse la situación no es idéntica a la facultad que se le otorgaba a la Corte Suprema, desde que se exige ahora que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución.

A la fecha han ingresado al Tribunal más de 150 peticiones de inaplicabilidad, cuatro de las cuales lo han sido a instancia de jueces, de competencias disímiles.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó un Auto Acordado sobre asuntos contenciosos y no contenciosos, con fecha 22 de julio de 2004. La Corte Suprema rechazó una solicitud presentada en donde se cuestionaba la constitucionalidad de la referida normativa (2004).

<sup>29</sup> La Corte Suprema, por Acta N° 81-2003, publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2003, dicta Auto Acordado sobre el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública.

<sup>30</sup> Roles N° 570, 571 y 593 (desistido), todos deducidos en relación al Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección.

<sup>31</sup> Roles N° 537 (Tribunal Penal Oral de Concepción, respecto del artículo 434 del Código Penal), 541 (3ª. Sala de la ICA de Santiago, en relación al inciso 1º del artículo 42 de la Ley de Concesiones), 575 (Juez de Policía Local de Renca, impugnando el artículo 541 del COT) y 659 (1ª. Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, en relación al artículo 116 del Código Tributario).

Se han declarado inaplicables a gestiones pendientes los artículos 116 del Código Tributario, que admite la delegación jurisdiccional<sup>32</sup>, y 416 inciso 3º del Código Procesal Penal, en materia de desafueros de delitos de acción privada.<sup>33</sup>

Del mismo modo, le ha correspondido al Tribunal dictar sentencia en acciones referidas a las más diversas materias: debido proceso en el marco de un exequátur<sup>34</sup>; legalidad y sanciones administrativas eléctricas<sup>35</sup>; tipicidad penal en el Código de Justicia Militar<sup>36</sup>; legalidad del tribunal y Ministros en Visita<sup>37</sup>; “solve et repete”<sup>38</sup>; y autorizaciones administrativas y derecho de propiedad<sup>39</sup>, entre otras.

Debe destacarse la circunstancia de que el tribunal ha conocido de las materias por aplicación directa de la Constitución, en virtud del principio de inexcusabilidad, sin perjuicio de que la normativa vigente le permite también adoptar tales medidas.

En este sentido se ha alejado de conductas como las que tuvieron los tribunales durante la vigencia de la carta de 1925 en materia contenciosa administrativa.

A veces la tendencia a eludir los problemas en nuestro país es muy fuerte. Ya decía el poeta Huidobro que en Chile solemos dar martillazos en los costados mas no en la cabeza del clavo. “La neumática”, decía otro cronista.

Lo importante es que las Constituciones se cumplan y se ejecuten, pues de no ser así son simples declaraciones literarias o “normas programáticas”, como eufemísticamente se denominaban.

Hispanoamérica en sus 200 años de independencia ha visto más de 200 Constituciones y ya Jovellanos anticipaba una verdadera enfermedad hispanoamericana que se manifestaba en la dictación de constituciones que se redactan en pocos días, se contienen en pocas páginas y duran pocos días. Y deberíamos agregar: “y se aplicaban muy poco”...

A pesar de lo anterior, resulta un imperativo que el Congreso Nacional apruebe la legislación orgánica del Tribunal Constitucional a objeto de que exista un adecuado complemento a la normativa constitucional actualmente vigente.

El otro aspecto que contempla la reforma de 2005 es la inconstitucionalidad de las leyes.

<sup>32</sup> Roles Nº 472, de 30 de agosto de 2006; 499, de 5 de septiembre de 2006; 515, de 13 de octubre de 2006; 500, de 31 de octubre de 2006; 502, de 14 de noviembre de 2006.

<sup>33</sup> Roles Nº 478, de 8 de agosto de 2006; 529 y 533, ambas de 9 de noviembre de 2006.

<sup>34</sup> Rol Nº 481, de 4 de julio de 2006.

<sup>35</sup> Roles Nº 480, de 27 de julio de 2006 y 479, de 8 de agosto de 2006.

<sup>36</sup> Rol Nº 468, de 9 de noviembre de 2006.

<sup>37</sup> Rol Nº 504, de 10 de octubre de 2006.

<sup>38</sup> Rol Nº 546, de 17 de noviembre de 2006.

<sup>39</sup> Rol Nº 467, de 14 de noviembre de 2006.

El proyecto inicial de reforma constitucional indicaba que era menester que se pronunciaran 3 fallos uniformes para que la norma legal desapareciera del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el texto aprobado en definitiva expresa que ahora el Tribunal, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto acción popular.<sup>40</sup>

## VI. Algunas reformas pendientes

También nos parece importante destacar algunos aspectos a considerar en reformas constitucionales futuras.

### 1. Fortalecimiento de los controles

Sin perjuicio de que la carta reformada fortaleció la fiscalización por parte de la Cámara de Diputados y el control de constitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional, nos parece importante considerar algunos aspectos complementarios:

#### 1.1 Fortalecimiento de la Judicatura: Autonomía judicial

Uno de ellos es el relativo a la necesidad de que el Poder Judicial cuente con la debida autonomía que fortalezca sus atribuciones.<sup>41</sup>

La autonomía debe entenderse en un sentido amplio:

- a) Operativa (de modo de tener las herramientas legales para adecuar su propia institucionalidad a los requerimientos de la población);
- b) Financiera (de manera de poder contar con los recursos necesarios para satisfacer la demanda nacional de justicia);
- c) Funcional (adoptando los resguardos pertinentes para que los jueces desarrollen sus funciones jurisdiccionales con entera independencia de otra autoridad);
- d) De generación (reestudiándose el sistema de nombramiento, en materia de plazos y silencios tácitos);
- e) Retributiva (propiciar las condiciones para obtener una remuneración digna, acorde con la importancia de la función y en concordancia con la de otros poderes); y

<sup>40</sup> A la fecha no se ha dictado sentencia de inconstitucionalidad, aunque sí existen solicitudes en relación a los artículos 116 del Código Tributario y 416 inciso 3º del Código Procesal penal. Vid. Roles Nº 558, 590, 615 y 665. Además, en el Rol Nº 681, el Tribunal Constitucional abrió proceso para declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.

<sup>41</sup> Conclusiones de las jornadas de estudio celebradas por la Corte Suprema los días 9, 10 y 11 de mayo de 2003.

- f) Estructural (mejorando la estructura de los entes de apoyo del poder judicial).

Al respecto cabe señalar que en la actualidad al Poder Judicial se le destina cerca de un 1% del presupuesto nacional, cifra coincidente con lo que se solicitara por la Corte Suprema hace ya más de 25 años y muy por debajo de lo asignado en otros países hispanoamericanos e incluso en nuestro propio país a mediados del siglo XIX, que alcanzara a un 5%. Como afirma Stolleis Michael el Estado de Derecho no es barato, pero sin tribunales no hay Estado de Derecho.<sup>42</sup>

### *1.2. Fortalecimiento de la Contraloría General de la República*

Los últimos episodios que se han sucedido en relación al nombramiento del Contralor General de la República, nos permite reflexionar acerca del estatuto de esta institución, que ha tenido una labor relevante en los últimos ochenta años de nuestra institucionalidad.

En primer lugar, resulta indispensable fortalecer la autonomía de este órgano, en particular otorgarle todos los recursos humanos y materiales necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. Podría estudiarse en tal sentido la creación de un consejo directivo, similar al del Banco Central.

También nos parece que debe revisarse el trámite de toma de razón y su alcance, de modo que junto con el debido control de la legalidad se permita el eficiente cumplimiento de las finalidades a que están llamados a cumplir los órganos fiscalizados, eliminándose exenciones, como es el caso de los actos municipales, sujetos más bien a registro.

Nos parecen especialmente lúcidas las observaciones de don Enrique Silva Cimma en relación a la forma restrictiva en que se ha interpretado la exención del trámite de toma de razón, lo que ciertamente debe replantearse.

Lo mismo respecto de la potestad para emitir dictámenes y cuya base jurisprudencial ha sido abierta a la comunidad en los últimos días por parte del órgano. En el último tiempo han existido controversias sobre el alcance de dichos pronunciamientos en relación a las facultades privativas de los tribunales de justicia, particularmente en un proceso que debe resguardar principios fundamentales como los que conforman el debido proceso.

### *1.3. Fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional*

Nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos:

<sup>42</sup> STOLLEIS MICHAEL, *Geschichte des oeffentlichen Rechts in Deutschland*, 2 vols. (1988), cit., en BRAVO LIRA, ob. cit.

- a) Control de constitucionalidad de otros actos, como por ejemplo los reglamentos de las cámaras. La reforma de 2005 sólo se circunscribió a ciertos autos acordados, excluyéndose -entre otras- las instrucciones del Ministerio Público y los propios reglamentos de las cámaras.<sup>43</sup>
- b) Todas las contiendas de competencia. Ciertamente que parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregados al conocimiento del Tribunal Constitucional.<sup>44</sup>
- c) Revisión del mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que sólo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional<sup>45</sup> y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.<sup>46</sup>

## 2. Fortalecimiento de la participación ciudadana

Otro punto que parece relevante es el acrecentar la participación de los ciudadanos, para lo cual la facultad de convocar a plebiscito debería aumentarse y lo mismo podría sostenerse respecto de la iniciativa popular de las leyes, de modo que los ciudadanos se sientan más cercanos a la institucionalidad democrática, alejando la indiferencia que se aprecia en los últimos años de manera sostenida.

En efecto, en la actualidad el ordenamiento constitucional sólo permite la convocatoria a plebiscito cuando existe una controversia entre el Ejecutivo y el Congreso en el marco de un proceso de reforma constitucional.<sup>47</sup> A ello debe agregarse los plebiscitos comunales.<sup>48</sup>

La participación más directa de los ciudadanos en las decisiones políticas relevantes, sin que ello signifique abandonar la forma de gobierno republicana y representativa, puede constituir un importante desafío del Chile del siglo XXI.

<sup>43</sup> NAVARRO B. ENRIQUE, Control de constitucionalidad de los autos acordados, en Jornadas celebradas por el Colegio de Abogados (marzo de 2006).

<sup>44</sup> El artículo 53 N° 3 le otorga competencia al Senado para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Por su lado, el artículo 93 N° 12 le confiere la competencia residual al Tribunal Constitucional.

<sup>45</sup> Artículo 93 N° 10 de la CPR.

<sup>46</sup> Artículo 93 N° 13 de la CPR.

<sup>47</sup> Artículos 128 y 129 de la CPR. Vid. GARCÍA B. ANA MARÍA, Procedimientos de reforma constitucional, en RDJ 87 (1990), p. 1 y ss.

<sup>48</sup> Artículo 118 de la CPR. Sobre la materia vid. NOGUEIRA A. HUMBERTO, Sistema electoral y plebiscitos comunales en Chile, RCHD 20 (1003), p. 603 y ss.

## VII. Conclusiones

De lo señalado podemos concluir que:

1. Las reformas de 2005 fueron de un vasto alcance, perfeccionando nuestro sistema institucional, siendo dable destacar el rol que le cupo al Senado en su iniciativa y tramitación.
2. Se aprecia hoy un mayor equilibrio de poderes, contrarrestando la tendencia a la vigorización del Ejecutivo, lo que se constata en el fortalecimiento de la facultad fiscalizadora de la Cámara y en el rol del Congreso en los tratados. Aun así, nos parecen excesivas las potestades y facultades legislativas del Presidente de la República (“el gran legislador”).
3. Los principios de publicidad y probidad consagrados en el nuevo texto resultan fundamentales. Lo que hoy se denomina como Transparencia. Se trata de que entre la luz a las actuaciones de todos los órganos del Estado, sin que con ello se afecte su normal funcionamiento.
4. Uno de los aspectos relevantes lo constituye el perfeccionamiento de la justicia constitucional, particularmente el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes que se le otorga al Tribunal Constitucional a través de la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, habiéndose presentado a la fecha casi dos centenares de peticiones.
5. Sin perjuicio de lo anterior, para fortalecer el Estado de Derecho, deben también potenciarse los mecanismos de control de los actos de la administración a través de una moderna Contraloría General de la República y enfatizando la adecuada autonomía de la Judicatura.
6. Deben estudiarse fórmulas para un mayor acercamiento de la población con la política, una de las cuales podría ser el aumento de las materias sujetas a plebiscito y la iniciativa popular como existe en Europa.
7. Debemos pensar en una institucionalidad que preserve la estabilidad, de modo que la carta fundamental no sea objeto nunca más de divisiones sino de unidad, de manera de celebrar nuestro bicentenario con la alegría de haber obtenido una verdadera paz social.

Edwards Bello decía que los chilenos teníamos una irremediable tendencia a la destrucción.

Debemos modificar lo necesario, construir lo conveniente y consolidar las raíces de nuestra institucionalidad, no olvidando que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad última es el bien común.

Las Constituciones no están para ser admiradas, desde lejos, como trofeos, sino para ejecutarlas, para aplicarlas en la solución de los conflictos de los ciudadanos.

Esto es lo fundamental: Una Constitución del ciudadano, que lo proteja del abuso, de un particular o del propio Estado.

Un traje a la medida, como decía Löewenstein.

Que el texto se haga realidad.

Una Constitución Democrática.

Una Constitución Protectora y Eficaz.

Muchas gracias.

Santiago, 30 de noviembre de 2006