

El poder del Tribunal Constitucional

Introducción

La Universidad de Chile nos invita a participar en las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, que organiza su Facultad de Derecho, en el marco de las “Reformas Constitucionales de 2005. Un año después”.

Un año es un lapso demasiado breve para poder apreciar los efectos de una reforma masiva y profunda de la Constitución, que aún no termina de implementarse.

Sin embargo, ya es posible vislumbrar la extensión y trascendencia que la reforma será capaz de generar en lo que –a mi modesto entender– constituye un ajuste del desarrollo dogmático y orgánico de nuestra Carta Fundamental a las Bases de la Institucionalidad con las cuales la Constitución original ostentaba notorias discordancias¹. Estas –en el aspecto dogmático– se evidenciaban claramente en la situación de los derechos de las personas en los estados de excepción constitucional; y –en el aspecto orgánico– en la extraña composición del Senado y en las atribuciones desmedidas del Consejo de Seguridad Nacional, que la reforma redujo a su justo límite.

No obstante, nos ha parecido que la reforma introducida al Tribunal Constitucional –que, en verdad, ha dado origen a un nuevo tribunal²– es el fruto mejor logrado entre las reformas del año 2005.

Esta apreciación, así como el especial interés que nos merece la justicia constitucional, nos mueven a participar en estas Jornadas con el tema señalado.

* Profesor, Doctor de la Universidad de Valparaíso.

¹ Ver nuestro artículo “La Gran reforma de la Ley N° 20.050 a la Constitución Política de Chile”, en Gaceta Jurídica N° 307, enero de 2006, pgs. 7-21 y en el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” N° 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pg. 607 y siguientes.

² Ver nuestro “El Nuevo Tribunal Constitucional” en “REFORMA CONSTITUCIONAL”, bajo la coordinación del Prof. Francisco Zúñiga U., Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

1. La reforma del tribunal constitucional (T.C.)

Como ya adelantamos, el T.C. emergente de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 de 2005, bien puede calificarse como un nuevo tribunal.

En efecto, éste fue modificado en su generación, en el número de sus integrantes, en el nuevo perfil de sus miembros, en la forma de su funcionamiento, en la ampliación de su competencia y en la unificación del poder de control de la constitucionalidad de la ley.

Examinaremos sucintamente estas significativas modificaciones.

1.1. *La generación del T.C.*

Puede advertirse aquí una clara decisión del constituyente derivado de sustituir el sistema original de designación de los miembros del T.C.

Desde luego, se excluyó de las fuentes generadoras al Consejo de Seguridad Nacional que poco o nada tenía que ver con las funciones del T.C. En cambio se prefirió la participación equilibrada de los tres órganos que han sido históricamente los titulares clásicos del ejercicio de la soberanía: el Gobierno, el Congreso Nacional y el Poder Judicial; órganos que -por otra parte- pueden resultar afectados por las decisiones del T.C.

Originalmente se postulaba la designación de tres miembros por cada uno de estos actores: el Presidente de la República (P. de la R.), el Senado y la Corte Suprema. Pero la exigencia de la Cámara de Diputados de intervenir en la designación, determinó la fórmula contemplada en el actual art. 92-C.P.R., según la cual integran el T.C.: tres miembros designados por el P. de la R.; cuatro elegidos por el Congreso Nacional, de los cuales dos son nombrados directamente por el Senado y los otros dos son previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado; y, finalmente, tres son elegidos por la Corte Suprema en votación secreta.

1.2. *El número de sus miembros*

A medida que se ha ido acrecentando la órbita de competencia y la actividad del T.C., el número de sus integrantes ha ido en aumento.

El primer T.C. —originado en la Ley de reforma constitucional N° 17.284 de 1970— constaba de cinco miembros, de los cuales tres eran designados por el P. de la R. con acuerdo del Senado y dos eran elegidos por la Corte Suprema de entre sus ministros. El segundo T.C., instituido por la Carta original de 1980, sumaba siete: de ellos, tres eran ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta; uno era designado por el P. de la R.; otro, por el Senado; y dos, por el Consejo de Seguridad Nacional.

El nuevo T.C., creado por la reforma de 2005, consta de diez miembros que se eligen o designan en la forma descrita en el acápite precedente.

Este número, por ser par, exige mayor esfuerzo para lograr el quórum necesario para obtener acuerdos; toda vez que no existe en nuestro sistema el voto preferencial del presidente en caso de empate de posiciones opuestas. Pero este número también permite el funcionamiento del T.C. dividido en dos Salas de igual cantidad de miembros, materia que abordamos a continuación.

1.3. Funcionamiento del T.C.

Con anterioridad a la reforma, el T.C. sólo podía funcionar en pleno, atendido el elevado quórum –cinco sobre siete miembros- exigido para sesionar (Art. 81 antiguo).

El actual número de sus titulares no sólo permite que sesione en pleno o dividido en dos salas sino que esta forma de funcionamiento está expresamente autorizada por la Constitución en el art. 92 inc. 5º; requiriendo el quórum de ocho miembros –a lo menos- si funciona en pleno, y de cuatro, si funciona dividido en salas.

La misma disposición señala cuáles atribuciones son materia del pleno, dejando a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) la determinación del funcionamiento para resolver los demás asuntos propios de su competencia³.

1.4. El nuevo perfil de los miembros del T.C.

Para poder afrontar debidamente sus nuevas atribuciones y responsabilidades fue necesario idear un nuevo perfil de los miembros titulares del T.C., marcado por su dedicación exclusiva al cargo y por determinados impedimentos que aseguran mejor su independencia, su imparcialidad y su total ausencia de compromiso con intereses ajenos a la delicada naturaleza de sus funciones.

El miembro del nuevo tribunal ya no puede ejercer simultáneamente otro cargo en la justicia ordinaria⁴, no puede practicar la abogacía en ninguna de sus otras variadas manifestaciones; ni puede celebrar o caucionar contratos con el Estado; ni actuar como abogado o mandatario en cualquier clase de juicio contra el Fisco; ni obrar como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo ni en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza; tampoco puede ser director de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en estas actividades⁵.

En garantía de su idoneidad, la reforma mantuvo los requisitos exigidos para ser miembros del T.C., consistentes en ser abogados con quince años a lo menos en posesión

³ El Proyecto de reforma de la LOC. del T.C. N° 17.997, fue ingresado por Mensaje Presidencial a la Cámara de Diputados el 20-XII-2005 y, no obstante su necesaria adaptación a la nueva normativa y lo dispuesto en la D.T. Decimosexta, aún se encuentra en tramitación.

⁴ En el sistema anterior se criticó, con buenas razones, que los miembros elegidos de su seno por la Corte Suprema pudieran seguir ejerciendo, simultáneamente, ambos cargos.

⁵ Ver art. 92 inc. 2º en relación con el art. 60, incisos 2º y 3º.

de su título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y carecer de cualquier impedimento que les inhabilite para desempeñar el cargo de juez. También se mantuvo la incompatibilidad de los miembros del T.C. con los cargos de diputado o senador y con todos los empleos y funciones vedados a éstos por los arts. 58 y 59 de la Carta.

Para reforzar su independencia y hacer fluida la renovación del Tribunal, se alargó la duración del nombramiento de sus miembros de ocho a nueve años –renovables por parcialidades cada tres- siendo éstos inamovibles en sus cargos, pero sin posibilidad de ser reelegidos en ellos, salvo la excepción que contempla –en favor del reemplazante- el art. 92 inciso 3º. Y gozan del fuero establecido para los magistrados de los tribunales superiores de justicia en el art. 81. En todo caso, cesan en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

Este es el perfil diseñado para el juez del nuevo T.C., siguiendo –talvez- las sabias reflexiones de Charles Eisenmann y de Louis Favoreu. El primero hizo notar –allá por 1928- que lo que debe garantizarse es la **independencia** de los jueces, condición indispensable de su **imparcialidad**, “... haciendo, no que los jueces sean imparciales, sino evitando que no puedan serlo ...”. El segundo concluía –medio siglo después- que, para lograrlo, “Hoy en día las mejores garantías parecen ser las siguientes: carácter **no renovable** del mandato, **inamovilidad** garantizada por el propio Tribunal y, sobre todo, un cierto número de **incompatibilidades** con funciones públicas”⁶.

1.5. Reforma de su competencia

Otra de las modificaciones relevantes introducidas por la Ley de Reforma N° 20.050⁷ fue la notable ampliación del ámbito de competencia del T.C.

Ella apunta a las tres áreas siguientes:

- A.- A la extensión del espectro normativo sujeto a control de constitucionalidad. Por virtud de la reforma deben ahora someterse a control preventivo necesario u obligatorio, las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1º). También quedan sujetos a control –en este caso, del tipo correctivo o remedial- los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (Art. 93 N° 2º).

⁶ Ver: Louis FAVOREU: Informe General Introdutorio a “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pg. 28.

⁷ La Ley N° 20.050 fue publicada en el D.O. de 26-VIII-2005. Su art. 2º autorizó al P. de la R., atendidas sus numerosas modificaciones a la Carta Fundamental, para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de ésta, lo que se hizo por Decreto Supremo N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el D.O. de 22-IX-2005.

B.- A la atribución de resolver ciertas contiendas de competencia por el órgano al cual, todas ellas, debieron ser entregadas desde la creación del primer T.C. (Art. 93 N° 12)

Ya en 1989 -tomando pie en el pensamiento de don Jorge Huneeus y en los comentarios de don Guillermo Guerra- postulábamos que “por evidentes razones de idoneidad, de imparcialidad y de independencia ... la función resolutoria de conflictos entre los órganos del Estado que carezcan de un superior jerárquico común, debe quedar radicada en el Tribunal Constitucional”⁸.

Por otra parte, no está demás recordar que éste fue uno de los principales objetivos propuestos por el Presidente don Eduardo Frei Montalva en el Mensaje del Proyecto sobre el primer T.C., de 1970. Dijo allí el Presidente: “*El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es, la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos.*” Estos conflictos quedaron entregados a la determinación de la ley, la que nunca llegó a establecerlos.

Es de lamentar que en la reciente reforma, el H. Senado no se haya desprendido de su facultad impropia de “Conocer las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales superiores de justicia” (art. 53 N° 3 CPR.). Parece no existir suficiente conciencia de que las contiendas de competencia son de naturaleza jurídico-constitucional -esto es, de carácter jurisdiccional- y no de índole político-partidista.

También es deplorable que no se haya entregado al T.C. la resolución de cualquier conflicto que se suscite entre los órganos del Estado no sujetos a un superior común, olvidando que -por esta sensible omisión- debió declararse incompetente el T.C., en 1973, para resolver el conflicto entre el Presidente y el Congreso acerca de la promulgación de la ley de las tres áreas de la economía, contribuyendo así al colapso que culminó el 11 de septiembre de ese año.

C.- La tercera y más importante área de expansión de la competencia del T.C. consiste en la doble atribución que se le confiere de conocer de la acción de **inaplicabilidad** (art. 93 N° 6°), sustituyendo en esta materia a la Excma. Corte Suprema, aunque sin la facultad de proceder de oficio; y de resolver la **inconstitucionalidad** de un precepto legal, siempre que éste ya haya sido declarado inaplicable por el tribunal (art. 93 N° 7°) pudiendo, en este caso, obrar oficiosamente (art. 93 inciso 11°).

⁸ Ver nuestro “El principio de supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional”, Conferencia inaugural de las XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, Edeval, 1990, pgs. 40-42.

Por la trascendencia que revisten estas nuevas atribuciones nos referiremos a ellas con mayor detalle en el capítulo siguiente.

1.6. *Unificación del sistema de control*

Con todo, cabe dejar señalado uno de los efectos sistémicos de la reforma en lo que concierne al control de constitucionalidad de las leyes.

En el sistema preexistente, dicho control estaba repartido entre dos órganos supremos de distintas jurisdicciones: la Corte Suprema, por lo que toca a la inaplicabilidad de un precepto legal, esto es, el control concreto de constitucionalidad con efectos *inter-partes*; y al T.C., en relación con el control abstracto de constitucionalidad, con efecto *erga omnes*.

También el sistema se presentaba segmentado en dos fases: la fase preventiva, a cargo del T.C., destinada a impedir la entrada en vigencia de un precepto inconstitucional; y la fase correctiva, a cargo de la Corte Suprema, destinada a descartar, en un caso particular pendiente de la decisión de un tribunal, la aplicación de un precepto legal contrario a la Constitución.

Para completar el cuadro, no existía ninguna posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, privándola de efectos con alcances generales, como no fuera mediante su derogación por otra ley.

La reforma unificó el control de constitucionalidad de las leyes en un solo órgano especializado, supremo y autónomo –como es el T.C.–, poniendo fin a una dualidad que no era criticable tanto por la distinta naturaleza de ambas jurisdicciones sino más bien por la disparidad de criterios interpretativos de la Constitución que emanaba de estos dos órganos supremos y autónomos y por la confusión y la incerteza jurídica que ella provocaba.

La reforma no sólo ha unificado el sistema de control bajo la tuición del órgano que parece más idóneo para el ejercicio de tan importante función sino, además, ha puesto a su cuidado un nuevo y poderoso instrumento como es la declaración de inconstitucionalidad de las normas vigentes pero contrarias a la Carta Fundamental. Naturalmente, este sistema unificado no obsta al deber ministerial de todo tribunal –en cuanto órgano del Estado– de someter el ejercicio de su jurisdicción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (art. 6º - CPR); quedándole vedado, en consecuencia, aplicar en ese ejercicio preceptos –de cualquiera especie– contrarios a la Carta Fundamental.⁹

⁹ Ver nuestro “El control difuso de constitucionalidad de la ley en Chile y en otros países de América”, en Gaceta Jurídica Nº 264, junio de 2002 y en el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” Nº 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

2. Los nuevos poderes del T.C.

2.1. *Restitución de atribuciones*

Es visible el notorio incremento de las facultades otorgadas al T.C. por el constituyente.

A primera vista, pareciera sólo un aumento del listado de sus atribuciones. Incluso podría pensarse que –en algunos aspectos- el poder del T.C. se ha acrecentado en desmedro de los poderes de otros órganos.

Pienso que, si se mira bajo la superficie de lo aparente, en realidad no es así.

Creo que a cada uno de los órganos del Estado debe corresponder la cuota de poder –esto es, la competencia- propia de su naturaleza y, por ende, de sus fines. Dicho en forma negativa, creo que ningún órgano estatal debe ostentar atribuciones propias de la naturaleza y de los fines de otro órgano.

Sostengo que esto último venía ocurriendo con el T.C. a partir de su creación. No se le entregaron todas las atribuciones que le correspondían y la Reforma constitucional ha procurado, en gran medida, restituirle lo suyo.

2.2. *La acción de inaplicabilidad y la concentración de la función de control*

Como se sabe, esta acción procesal quedó entregada, a partir de la Carta de 1925, al conocimiento de la Excm. Corte Suprema, la que también podía declararla oficiosamente.

Aunque es verdad que el control concreto de constitucionalidad de la ley parece más propio del órgano judicial por su mayor cercanía a los hechos en relación a los cuales se plantea la inaplicabilidad, lo cierto es que la Corte Suprema optó por utilizar la técnica del control abstracto, esto es, el cotejo directo de la norma objetada con la Constitución, con lo cual esterilizó la eficacia de este valioso mecanismo¹⁰.

El T.C., en el breve lapso de vigencia de esta acción puesta a su cargo, ha demostrado que se puede llegar más lejos ateniéndose a la finalidad de este instrumento jurídico que manteniéndose paralizado por el excesivo respeto a la presunción de constitucionalidad de la norma legal en examen, que no es lo que aquí se discute.

Con todo -como ya adelantamos- el mayor mérito de esta nueva atribución del T.C. consiste en haber simplificado el sistema de control de constitucionalidad de la ley y, principalmente, en haber unificado el criterio interpretativo de la Constitución.

¹⁰ Ver “Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del T.C.”, en “Estudios Constitucionales”, Universidad de Talca, Año 3, N° 1, 2005, pgs. 76-82.

De un sistema dividido entre dos órganos jurisdiccionales y segmentado en una fase preventiva y otra correctiva, hemos progresado a un sistema unificado en un solo órgano supremo, autónomo y especializado que atiende ambas fases de fiscalización.

De una dispersión de las opiniones interpretativas de dos tribunales supremos que sólo producía inseguridad y hasta desconcierto, hemos avanzado hacia la unificación de la jurisprudencia constitucional y de los criterios matrices para establecerla, con el beneficioso efecto de la certeza y la seguridad jurídicas.

2.3. La inconstitucionalidad de la ley y sus efectos

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal o de una ley constituye el mayor poder que puede ostentar el T.C. Equivale, a primera vista, a anular el poder del legislador; significa privar de efecto a la manifestación más emblemática de la soberanía, que pretende traducir la voluntad del pueblo.

Este efecto devastador fue –talvez– el que hizo exclamar al jurista suizo Hans Nef que ninguna persona de espíritu democrático debe admitir que un tribunal colegiado –no electivo–, integrado por un escaso número de magistrados, pueda revisar y privar de efectos a leyes emanadas de la voluntad de la representación popular.¹¹

Los adversarios del T.C. siempre le presentan como la bestia negra del sistema; como el depredador irresponsable de las leyes establecidas. De allí que hayan acuñado el anatema “El gobierno de los jueces”.

Desde luego, la realidad no es así. El T.C. no es el verdugo del órgano legislativo ni de su fruto más preciado. Es el guardián de la Constitución establecido por el propio poder constituyente para preservarla. De tal manera, cuando el legislador dicta una ley que resulta inconstitucional es el legislador el agresor de la Constitución y el T.C. no puede hacer otra cosa que restituírle su primacía sobre aquélla.

Con todo, la delicada índole de este poder rectificatorio, que puede llegar hasta la anulación de la ley, ha aconsejado al constituyente rodear su ejercicio de prudentes resguardos para evitar resultados indeseables.

Generalmente estos resguardos se sitúan en la reducción o en las exigencias impuestas a los titulares de la acción de inconstitucionalidad.

Así, en el Perú, sólo ciertas autoridades –el Presidente, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, entre otros, 25% del número legal de congresistas o 5.000 ciudadanos, están facultados para interponer esta acción¹². En Bolivia, “sólo podrán interponerla el Presidente de la República o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de

¹¹ Ver “Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Vol. II N° 1, Ginebra, 1966, cit. por Zellweger en su “Comentario sobre el Supremo Tribunal Federal Suizo”.

¹² Ver los arts. 202.1 y 203 – Constitución peruana.

la República o el Defensor del Pueblo”¹³. En Ecuador se otorga esta acción a ciertas autoridades nacionales, provinciales y municipales o a 1.000 ciudadanos en goce de sus derechos políticos o a cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia¹⁴.

Similares restricciones se advierten en las Constituciones de Austria, de Alemania, de Italia, de Portugal y de España¹⁵.

Pareciera, pues, extremadamente liberal el otorgamiento que hace nuestra Constitución de “*acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio*” (Art. 93 inc. 12º).

Sin embargo, la restricción consiste en que, para poder interponerla, es indispensable que la norma legal de cuya inconstitucionalidad se reclama, haya sido declarada **inaplicable**, en un caso particular, en sentencia previamente dictada por el mismo Tribunal Constitucional.

En dos trabajos anteriores explicamos la incongruencia de condicionar la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal a la constatación previa de su inaplicabilidad. Se trata de dos esferas jurídicas distintas que no siempre coinciden. Mientras la primera pertenece al ámbito del control abstracto o doctrinal con efectos generales, la segunda se inscribe en la órbita del control concreto o judicial con efecto particular reducido al caso y a las partes en él.¹⁶

De consiguiente -y a diferencia de los demás países americanos que limitan el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a ciertos órganos o a cierto número de ciudadanos- en nuestro país, para ejercitar dicha acción será necesario esperar a que, en un proceso pendiente ante un tribunal ordinario o especial, el afectado por un precepto legal cuya aplicación al caso *sub lite* resulte contrario a la Constitución, o el juez de la causa, obtengan la declaración de inaplicabilidad de dicho precepto y que tal precepto sea el mismo sobre el cual recaerá la acción de inconstitucionalidad.

Queda, pues, entregado al criterio y a la prudencia del T.C. establecer si la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto tiene tal grado de contraposición e incompatibilidad con la Constitución que la hagan merecedora de ser también declarada inconstitucional.

En todo caso, cabe destacar el hecho de que, por primera vez en nuestra historia institucional, se confiere a un órgano distinto del legislativo, el poder de derogar una ley vigente y vinculante, por ser contraria a la Carta Fundamental.

¹³ Ver art. 120 N° 1º Constitución de Bolivia.

¹⁴ Ver art. 277 – Constitución Política de Ecuador.

¹⁵ Ver derecho constitucional comparado americano y europeo en “Trascendencia de la Reforma Constitucional, etc.”, cit. en 10, cap II, pgs. 76-82.

¹⁶ Ver “Trascendencia de la Reforma Constitucional, etc.”, cit. en 10, cap. III, pgs. 82-85; y “El Nuevo T.C.” en “Reforma Constitucional”, cit. en 2, pg. 647.

2.4. Ampliación del espectro normativo susceptible de control

La reforma ha extendido el campo de las normas sujetas al control de constitucionalidad del T.C. y, de paso, ha resuelto problemas suscitados bajo la preceptiva anterior.

2.4.1. Control necesario u obligatorio de tratados cuyas normas versen sobre materias de leyes orgánicas constitucionales (LOC).

Esta materia, que no estaba contemplada en la atribución primera del antiguo art. 82, se encuentra ahora incluida en el art. 93 N° 1°, como debe ser.

En efecto, era incoherente que las materias propias de las LOC estuvieran necesariamente sometidas a control de constitucionalidad, además de su quórum reforzado (art. 66 inc.2°), en tanto que no requerían de este tipo de control ni de quórum especial cuando formaban parte de un tratado internacional.

La disposición reformada dice ahora:

Art. 93: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

"1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación". Esta norma debe concordarse con el art. 54 N° 1, acerca de los tratados.

2.4.2. Control de constitucionalidad de los Autos Acordados (A.A.)

El ordinal 2° del nuevo art. 93 faculta al T.C. para "Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;"

Esta potestad no subordina a los tribunales mencionados bajo la tuición del T.C. Del mismo modo que el control de constitucionalidad de las leyes no subordina el Congreso al T.C. Simplemente éste, como custodio de la supremacía de la Constitución, puede fiscalizar el sometimiento de estos cuerpos normativos a la Carta Fundamental.

Este control se tornaba indispensable pues, algunas veces, los Autos Acordados invaden el dominio de la ley o pueden afectar los derechos constitucionales.

De allí que estén legitimados para instar por este control no sólo las autoridades que pudieran verse afectadas por un A.A. —el P. de la R., cualquiera de las Cámaras o diez de sus miembros— sino también toda persona que, interviniendo en una causa judicial, sea agraviada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por las disposiciones de aquél (art. 93 inc. 3°).

2.5. El poder de las decisiones del T.C.

El poder de un órgano del Estado es un poder de servicio. Es la energía de que dispone para cumplir cabalmente sus fines. Las últimas administraciones han utilizado el poder

para servir a sus adeptos y para retener el poder, lo que nos ha conducido al vergonzoso foco de corrupción en que hoy estamos sumergidos.

Tratándose de un órgano de carácter jurisdiccional, el poder del T.C. se expresa en el efecto de sus resoluciones, tema al que pasamos a referirnos.

El nuevo art. 94 CPR. que aborda esta materia, contiene cinco reglas.

- 2.5.1. La primera afirma el carácter supremo y autónomo del T.C., que actúa en única instancia, de manera que *“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”* (Art. 94 inc. 1º).
- 2.5.2. La segunda regla se refiere al control preventivo denegatorio de la constitucionalidad de un proyecto de ley o de un Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.). En este caso *“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”* (Art. 94 inc. 2º).
- 2.5.3. La tercera regla se refiere a las sentencias que declaran la **inconstitucionalidad** de todo o de parte de una ley, de un D.F.L. o de un auto acordado vigentes. Estos instrumentos normativos se entienden **derogados** desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la sentencia estimatoria de la acción correspondiente; pero sin que esta derogación produzca efecto retroactivo (Art. 94 inc. 3º, 2ª. parte).
- 2.5.4. La cuarta regla determina el efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los decretos supremos que señala el art. 94 N° 16º, cuando ellos se refieren a materias que pudieran gozar de reserva legal conforme al art. 63. En tales casos *“el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”* (Art. 94 inc. 3º, 1ª. parte).
- 2.5.5. La quinta regla es imperativa y versa sobre la **publicidad de las sentencias de inconstitucionalidad** y el plazo perentorio en que debe hacerse. Dice así:

“Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.”

En cuanto a la extensión de los efectos de las sentencias que dicte el T.C. es preciso estar a la naturaleza de la materia que éstas resuelven.

Así, el caso típico del efecto *inter partes* de una sentencia está dado por aquéllas que resuelven acciones de inaplicabilidad, las que sólo afectan a las partes en el respectivo asunto judicial en que se suscita el conflicto y también afectan sólo a la causa en que la ley se declara inaplicable y a ninguna otra causa, aunque sea similar y aunque en ella litiguen las mismas partes.

La situación paradigmática del efecto *erga omnes* se da, en cambio, en las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un D.F.L., de un D.S. o un auto acordado; las que —obviamente— producen efectos generales.

3.- Las reformas pendientes

Pudiera parecer pretencioso señalar “reformas pendientes” respecto de un órgano que recién ha sido prolija y profundamente reformado.

Sin embargo, ya nos recordaba ese jurista excepcional que fue don Andrés Bello que “... ninguna (obra perfecta) ha salido hasta ahora de las manos del hombre”¹⁷; y sospecho que no será esta reforma la llamada a cumplir semejante proeza.

Anotaremos, pues, con la modestia propia del observador independiente, las reformas que podrían contribuir a mejorar la organización y el funcionamiento de este magno tribunal.

3.1. La generación del T.C.

En dos trabajos anteriores —durante la discusión de la Reforma— planteamos los problemas que presenta el sistema de nombramiento de los miembros del T.C. y el riesgo de su politización que encierra su designación repartida entre órganos de esta naturaleza y que puedan verse afectados por sus decisiones¹⁸.

Señalamos allí que cada miembro del T.C. necesita del respaldo y la confianza de todos los órganos eventualmente concernidos en sus decisiones; y que tal objetivo no se logra con un sistema que reparte su designación entre varios órganos, de manera tal que cada integrante del T.C. cuenta con la confianza del órgano que le designó y, por lo mismo, carece del respaldo de los demás órganos que constituyen la mayoría. Enfatizamos que, mientras es un requerimiento de creditibilidad del T.C. un sistema de confianza compartida, el que se diseña resulta, por el contrario, una yuxtaposición de confianzas divididas.

¹⁷ Andrés BELLO: Mensaje del Código Civil chileno (Stgo., 22-XI-1855).

¹⁸ Ver nuestros artículos “La Generación del Tribunal Constitucional” en el “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Edic. 2004, tomo I, pg. 75 y “Reformas necesarias a la generación y a la competencia del T.C.”, en “Estudios Constitucionales”, Universidad de Talca, Stgo., Año 2 N° 1, 2004, pgs. 195 y sig.

Analizamos los sistemas europeos de designación utilizados en Alemania, en Austria, en Italia y en España; así como las respectivas críticas de los profesores Klaus Schlaich (Univ de Bonn), de Félix Ermacora (U. de Viena), de Alessandro Pizzorusso (U. de Bolonia), de Paolo Biscaretti (U. de Pavía), de Oscar Alzaga y de Pablo Lucas Verdú (U. Complutense de Madrid); todos los cuales apuntan a la politización del T.C. mediante sistemas similares al nuestro.

Añadimos la descripción —en el ámbito sudamericano— del derecho constitucional comparado del Perú, de Bolivia, de Colombia y de Ecuador así como las respectivas críticas, en idéntico sentido, de los profesores Samuel Abad (Perú), Francisco Fernández (Bolivia), Eduardo Cifuentes (Colombia) y de Hernán Salgado Pesantes (Ecuador).

Todo fue en vano; y, en definitiva, tenemos un T.C. cada uno de cuyos miembros sólo cuenta con la confianza del órgano minoritario que le designó, sin que el propio T.C. —que es el más interesado en su prestigio, capacidad y excelencia— tenga intervención alguna en su propia composición.

Por todo lo cual reiteramos nuestra proposición —formulada en los estudios de la nota 18— consistente en que, para designar a cada uno de los miembros del T.C., debiera éste formar una quina de cinco juristas de reconocida capacidad, criterio, experiencia y prestigio, la que sería propuesta al P. de la R. a fin de que eligiera a uno de sus integrantes. La persona así seleccionada debería recibir, finalmente, la aprobación de la mayoría del Congreso Nacional.

Un quórum mayor de aprobación del Congreso dejaría en manos de la minoría un poder de veto que podría traducirse en la politización del nombramiento.

3.2. *Conflictos de competencia retenidos por el Senado*

Hemos hecho notar que nos parece impresentable que mientras la Excma. Corte Suprema declinó en favor del T.C. la facultad que antes tenía de conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales inferiores de justicia¹⁹, el Senado no haya hecho lo mismo con la atribución —tan idéntica como impropia— que le confería y le mantuvo la reforma, para resolver las contiendas de competencia que acaezcan entre las autoridades políticas administrativas y los tribunales superiores de justicia²⁰.

La historia de esta dicotomía competencial puede resultar ilustrativa. Ya la Constitución de 1833, en su art. 104 (95) atribuía al Consejo de Estado, en el N° 5, “conocer igualmente en las competencias entre las autoridades administrativas y en las que ocurrieran entre éstas y los tribunales de justicia”.

¹⁹ Ver antiguo art. 79 inc. 2° - CPR., derogado.

²⁰ Ver antiguo art. 49 N° 3 y actual art. 53 N° 3 CPR.

Don Jorge HUNEEUS, glosando esta disposición, señalaba que la segunda atribución judicial que la Constitución confiere al Consejo de Estado se refiere a dos casos. El primero es aquél de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades administrativas y el segundo, es de las que ocurrieren entre éstas y los Tribunales de Justicia.

“Respecto a las competencias entre autoridades administrativas y los tribunales de justicia –añadía HUNEEUS- nos parece no sólo inconveniente, sino inaceptable de todo punto, el sistema que nuestra Constitución tuvo la mala idea de copiar de las instituciones del Primer Imperio Napoleónico. Si un simple Inspector tiene la fantasía de formar competencia a la Corte Suprema, la cuestión debe ser resuelta por el Consejo de Estado, que forma parte del Poder Ejecutivo”.

“Con semejante sistema la independencia del Poder Judicial es tan ilusoria como creyó la Constitución que lo sería la del Ejecutivo si la decisión de las competencias entre autoridades administrativas y tribunales de justicia hubiera quedado confiada a estos últimos. Ante la dificultad que se presentaba se echó mano al arbitrio cómodo inventado por los déspotas, de someterlo todo al poder ejecutivo; y creyéndose que era menester dictar una regla, se adoptó la que robustecía a la Administración, sin preocuparse poco ni mucho de si debilitaba o no al Poder Judicial”²¹.

Los constituyentes de 1925 juzgaron conveniente suprimir el Consejo de Estado. Don Guillermo Guerra, comentando la reforma, apunta que eliminado éste, “era preciso distribuir la herencia de sus atribuciones entre diversas autoridades. Y al tratar de ubicar la atribución de dirimir competencias entre las autoridades judiciales y las administrativas, se dio el caso de tener que dividir su conocimiento en consideración a la categoría de las autoridades judiciales que entran en juego”²².

Pues bien, si en su momento puede haber parecido plausible dividir la competencia del Consejo de Estado entre el Senado y la Corte Suprema, no nos cabe la menor duda de que, una vez creado el Tribunal Constitucional, era este órgano el llamado a ser heredero directo y con muchos mejores títulos que los órganos señalados, de las atribuciones resolutivas de conflictos otrora entregadas al Consejo de Estado.

El Tribunal Constitucional, no sólo como órgano supremo sino como creación única en jerarquía, composición e independencia con respecto a los demás órganos del Estado, posee sin duda mejor título que el Senado puesto que, en una materia estrictamente jurídica, como es la que regula los repartos de competencias atribuidos por la Constitución y las leyes, no se divisa la aptitud que pueda tener un órgano político como el Senado, para pronunciarse sobre un asunto en que no sólo prevalece, sino que es exclusivamente determinante, el criterio jurídico.

²¹ Jorge HUNEEUS: “La Constitución ante el Congreso”; Imprenta Cervantes, Santiago, 1881, t. II, pág. 211.

²² José Guillermo GUERRA: “La Constitución de 1925”, Santiago, 1929, pág. 461.

Por todas estas razones ninguna duda puede haber que en una futura reforma esta facultad, indebidamente retenida por el Senado, debe ser restituida al T.C., por el simple expediente de eliminar, en el art. 93 N° 12, la frase final que dice “*que no correspondan al Senado*” y derogar el N° 3 del art. 53.

3.3. Atribución general de resolución de conflictos de poder

Hemos recordado (en 1.5.-B) que el Presidente Frei Montalva, en el Mensaje del Proyecto de nuestro primer T.C., estableció como su **objetivo primordial** “la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales...”

La ley encargada de determinar estos conflictos nunca llegó a dictarse y -pese a la lamentable experiencia sufrida en el gobierno del Presidente Allende a consecuencia de esta omisión- el T.C. continúa desprovisto de esta indispensable atribución.

Siendo así que la Constitución es la principal asignadora de la competencia de sus órganos, que la interpretación desigual o contradictoria que ellos hagan de sus atribuciones no puede paralizar la vida institucional de la nación y que el único órgano imparcial, independiente e idóneo para resolver los conflictos de competencia que puedan producirse es el T.C., sería deseable que en una futura reforma se introdujera una atribución más amplia que la contenida en el art. 93 N° 12, es decir, omnicompreensiva de todo conflicto entre autoridades que carezcan de un superior jerárquico común, cuya resolución debiera quedar entregada a la suprema decisión del T.C.

3.4. Compleitud del elenco de normas susceptible de control

La Reforma hizo bien en ampliar el espectro normativo sujeto a control de constitucionalidad, introduciendo en el ordinal 2° del art. 93 a los autos acordados de tribunales determinados.

Pero, al parecer, olvidó que hay también otros tribunales colegiados que dictan autos acordados cuya aplicación puede amagar derechos fundamentales de las personas así como principios y normas establecidos en la Constitución.

En el derecho constitucional comparado encontramos un vasto campo de normas sujetas a la fiscalización del T.C.

Así, el art. 200 de la Constitución del Perú, señala que “Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, **reglamentos del Congreso**, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.” El numeral 5 añade:

“La acción popular que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.”

Así también, conforme al art. 241 de la Carta Política de Colombia, la Corte Constitucional debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias tanto por vicios de su contenido como del procedimiento de su formación; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

En Bolivia, el art. 120 de su Carta Magna faculta al Tribunal Constitucional para decidir “En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos, y cualquier género de resoluciones no judiciales.” También debe resolver “Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas.”

El art. 276 de la Constitución de Ecuador otorga competencia al Tribunal Constitucional para “Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.” También le faculta para “Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública.”

Nuestra indicación apunta, pues, no sólo a ampliar el control de constitucionalidad a todos los tribunales que dictan autos acordados, sino a completar, conforme al principio contenido en el art. 6º, la función fiscalizadora del T.C. a todas las **normas subordinadas** a la Carta Fundamental, de tal modo de hacer efectiva y eficaz la supremacía normativa de la Constitución.

3.5. Independencia de la acción de inconstitucionalidad de la ley, respecto de la sentencia previa de inaplicabilidad de la misma

En el estudio mencionado en la nota 10 analizamos las substanciales diferencias existentes entre la acción de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad de una ley.

Aquella corresponde al ámbito del caso concreto en el cual la aplicación de un precepto legal resulta contraria a la Constitución. Por lo mismo, los efectos de la sentencia

quedan restringidos a las partes y al caso en que la inaplicabilidad se declara, quedando la norma plenamente vigente.

En cambio la inconstitucionalidad de una norma no dice relación con ninguna aplicación a un caso concreto. Por lo mismo se habla de un control abstracto; de un cotejo entre la norma que *per se* -en sí misma- se pretende contraria a la Carta Fundamental y ésta. Por tal razón, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la anulación o la derogación de la norma que así se declara.

Nos parece, pues, un requisito incongruente hacer depender la procedencia de una acción de inconstitucionalidad de la existencia previa de una sentencia que haya declarado la inaplicabilidad del mismo precepto.

Las restricciones y resguardos que en el derecho constitucional comparado se imponen al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad —a fin de evitar su uso abusivo o banal— ninguna relación tienen con la declaración de inaplicabilidad del mismo precepto. Veamos, a título ilustrativo, la situación de los cuatro Estados sudamericanos cuyas Cartas Políticas —además de Chile— contemplan esta acción.

En Colombia, el Art. 241 N° 4 de la Constitución, atribuye a la Corte Constitucional la facultad de “*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*”. El numeral 5 le permite decidir similares demandas “*contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los arts. 150 numeral 10 y 341 de la Constitución*”.

En Bolivia el art. 120 de su Código Político faculta al T.C. para resolver: “*1º. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto o remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo*”.

En Perú, el art. 202 N° 1 de su Carta Fundamental prescribe que “*Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad*.” El art. 203 agrega que están facultados para interponer esta acción: El Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas o 5.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones; también lo están los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional. Los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo en materias de su competencia y los colegios profesionales en materias de su especialidad. Es pertinente señalar que la acción de inconstitucionalidad no obsta al deber de todo juez de inaplicar la norma legal que sea incompatible con la Constitución. El art. 138 inc. 2º dispone que “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*.”

Finalmente, en Ecuador, el art. 276 de su Carta Magna otorga competencia al T.C. para “1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas ..., etc.” El art. 277 precisa que ellas podrán ser presentadas por el Presidente de la República, el Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales o 1.000 ciudadanos en goce de derechos políticos, o **cualquier persona**, previo informe favorable del Defensor del Pueblo acerca de su procedencia.

Como hemos visto, las restricciones al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad se refieren a las autoridades legitimadas para interponerla, a acuerdos o autorizaciones previas de ciertos órganos, al número de ciudadanos habilitados o a las precisas materias respecto de las cuales ciertos organismos pueden deducir la acción. Pero, en **ninguna Constitución** –aparte de la nuestra- se exige, como requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad de una ley, la dictación previa de una sentencia del T.C. que haya declarado la inaplicabilidad del mismo precepto legal.

No desconozco la posibilidad de que una norma legal sea, en sí misma, es decir, abstractando del caso particular en que el resultado contrario a la Constitución se plantee, incompatible con un precepto de ésta. Pero, en tal eventualidad, lo que precisamente corresponde es impugnar directamente la constitucionalidad de dicha norma; y no obligar al universo de los afectados a esperar que alguien, en un caso especial, plantee y obtenga un pronunciamiento de inaplicabilidad para poder –recién entonces- atacar la inconstitucionalidad de la misma norma.

Tal confusión de planos y de acciones debilita el rigor conceptual de nuestra Carta Política, disminuye su eficacia y, en definitiva, coarta la defensa de la supremacía de la Constitución que no sólo es la misión fundamental del T.C. sino también es un deber que atañe a todos los ciudadanos.

Por cierto, no es deseable revisar con frecuencia los textos constitucionales, que son los que requieren el mayor grado de estabilidad. Pero, al menos, consideramos positivo estar conscientes de sus insuficiencias.