

## EL NUEVO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Por LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ\*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: A) El primer Tribunal Constitucional de 1970. B) El Tribunal Constitucional de la Carta de 1980. C) Perfil del nuevo Tribunal Constitucional.—3. GENERACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL NUEVO T.C.: A) La generación, número, requisitos e impedimentos de los miembros del Tribunal. B) Organización y funcionamiento. C) Competencia atribuida al T.C. por la Ley de Reforma: a) *Integración de los tratados internacionales al control obligatorio del T.C.*; b) *Fiscalización de los Autos Acordados*; c) *El recurso (acción) de inaplicabilidad de la ley*; d) *La acción de inconstitucionalidad de la ley*; e) *Resolución de contiendas de competencia*. D) Efectos de las sentencias del T.C.—4. REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DEL NUEVO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL T.C.: A) Caracterización positiva del nuevo T.C. B) Observaciones respecto de la generación de sus miembros. C) Observaciones sobre la insuficiencia de sus nuevas atribuciones: a) *El control de constitucionalidad de normas*; b) *La instauración de la acción de inconstitucionalidad*; c) *Resolución de contiendas de competencia*.—5. CONCLUSIONES: A) En sentido positivo. B) En sentido negativo.

### ABSTRACT

The Chilean Law of Constitutional Reform Nr. 20.050, of August 25<sup>th</sup>. 2005 gave rise to a new Constitutional Court which has a different generation process from its predecessor, has a greater number of members, can operate in two halls and has been invested with new faculties, such as hearing matters concerning the inapplicability of

---

\* El Prof. Lautaro Ríos Álvarez es catedrático de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso, Chile. Es Magister en Derecho Público por la Universidad de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es Abogado Integrante del Excmo. Tribunal Constitucional, Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.

legal precepts which contending parties might put forward in a trial, or the judges submitting such matters to consultation, as well as public pleas for the unconstitutionality of current laws and certain jurisdictional disputes.

*Key words:* constitutional supremacy, inapplicability, unconstitutionality, altercation, jurisdiction.

## RESUMEN

La Ley de Reforma Constitucional chilena N° 20.050, de 26-VIII-2005, originó un nuevo Tribunal Constitucional que se genera de un modo diferente al anterior, tiene mayor número de miembros, puede funcionar en dos salas y está investido de nuevas atribuciones, como conocer de la inaplicabilidad de preceptos legales que pueden plantear las partes en un juicio o someterle en consulta los jueces; como también conocer de la acción pública de inconstitucionalidad de leyes vigentes y de ciertas contiendas de competencia.

*Palabras clave:* supremacía constitucional, inaplicabilidad, inconstitucionalidad, contiendas, competencia.

### 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se escriba la historia del Tribunal Constitucional (T.C.) chileno será de rigor dividirla en tres etapas, en su transcurso hasta ahora.

La primera, correspondiente al Tribunal creado por la Ley N° 17.284, deberá abarcar el lapso comprendido entre la instalación del primer T.C. que tuvo Chile, en septiembre de 1971 y su abrupta supresión, dispuesta por la Junta de Gobierno a raíz del pronunciamiento militar acaecido el 11 de septiembre de 1973.

La segunda etapa debería transcurrir desde la instalación, el 11 de marzo de 1981, del Tribunal Constitucional instituido en el Cap. VII de la Constitución de 1980 y la vigencia de la reforma constitucional que acaba de ver la luz como Ley de la República N° 20.050, la que motiva este estudio.

La tercera etapa es la que se inicia a raíz de esta reforma, con un estatuto que no significa una simple modificación del Tribunal anterior sino que constituye el nacimiento de un nuevo Tribunal con distinto número de miembros, con una generación diferente al sistema anterior, con nuevas potestades que extienden considerablemente su competencia y con importantes progresos en el contenido y alcance de sus anteriores atribuciones.

La fisonomía del nuevo T.C. y la trascendencia del cambio cualitativo que la reforma representa, constituyen el móvil y la finalidad principal del este estudio.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### A) El primer Tribunal Constitucional de 1970

En su obra «Teoría de la Constitución», el profesor Francisco Cumplido Cereceda —allá por el año 1958— propuso establecer, entre los órganos de la Constitución, un Tribunal encargado de interpretarla y de defender su supremacía.

En las III Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas el año 1964 bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción<sup>1</sup>, se propuso modificar la Constitución para instituir un Tribunal especial cuya competencia albergaría el control de constitucionalidad de las leyes tanto en la forma como en el fondo y tanto en su fase preventiva como en la correctiva o remedial<sup>2</sup>.

El sentido anhelo de la cátedra y de la doctrina nacional se vería, al fin, realizado a través de la iniciativa presidencial. El 18 de marzo de 1969, el Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva envió un Mensaje al Congreso Nacional, que contenía un Proyecto de Reforma de la Constitución de 1925.

El Mensaje comenzaba diciendo: «La Reforma integral de nuestra Carta Fundamental resulta hoy un hecho ineludible». Y luego señalaba que «... nuestros mecanismos constitucionales demandan con urgencia una revisión profunda a fin de afrontar democráticamente las nuevas exigencias políticas y sociales». El primer problema que pretende abordar el Proyecto es, justamente el relativo a la ausencia de un Tribunal Constitucional.

Llama poderosamente la atención que en la exposición de motivos que justifican la creación de este nuevo órgano figura, en primer lugar, «a) El establecimiento de mecanismos eficaces para resolver los conflictos de poderes».

Desarrollando este punto, expresa más adelante:

«Los conflictos de poderes.

Una de las causas que resta eficacia a la acción de los Poderes Públicos, es la discrepancia que suele surgir entre el Ejecutivo y el Congreso. No necesito traer aquí el recuerdo de tantos hechos que corroboran esta afirmación, acerca de la cual, por lo demás, existe consenso.

<sup>1</sup> Ver *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 128, 1964.

<sup>2</sup> Ver LUIS JORQUERA PINTO, *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1980*, Universidad de Antofagasta, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.

De los conflictos entre esos dos Poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa.

Una reforma constitucional ha de llenar este vacío.

Con este fin, el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consista en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental; y la facultad que se entrega al Presidente de la República de convocar a plebiscito, y de disolver el Congreso, para resolver las discrepancias políticas.

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 robustecidas».

Después de diez meses de tramitación y de su aprobación por el Congreso Pleno el 29 de diciembre de 1969, la Reforma dio origen a la Ley N° 17.284, publicada en el Diario Oficial N° 27.553 de 23 de enero de 1970, destinada a regir el 4 de noviembre del mismo año, incorporándose a la Constitución tres artículos nuevos signados con los números 78° a), 78° b) y 78° c), que regulaban el nuevo órgano del Estado.

El primer Tribunal Constitucional que tuvo Chile quedó instalado en el mes de septiembre de 1971. Estaba compuesto por cinco Magistrados que permanecían cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos. Tres de ellos eran designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado; y dos, por la Corte Suprema, de entre sus miembros. El Secretario de la Corte Suprema servía también el cargo de Secretario del Tribunal Constitucional (art. 78° a).

Las atribuciones del primer Tribunal Constitucional fueron las siguientes:

- «a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
- b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;
- c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

- d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
- e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, y
- f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes» (art. 78° b).

El art. 78° c) establecía la inimpugnabilidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Añadía que las disposiciones que declarara inconstitucionales no podrían convertirse en ley en el Proyecto o decreto con fuerza de ley respectivo. Y concluía prescribiendo que «Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia».

Pese a que —como ya vimos— el primer motivo invocado por el Presidente Frei Montalva para la creación de este Tribunal fue la solución de los conflictos de poderes, esta atribución no le fue conferida por el constituyente, generando un vacío que perdura hasta ahora. Y que fue debido a esta notable imprevisión, que el T.C. fue incapaz de resolver —por estimar que era incompetente— el grave conflicto suscitado entre el Gobierno del Presidente Allende y el Congreso a raíz de la promulgación de la llamada «Ley de las Tres Areas de la Economía».

Finalmente, este Tribunal, que vio la luz en la etapa más conflictiva de nuestra vida política, cayó definitivamente abatido —después de dos años de precaria vida— a raíz del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973 y, específicamente, a consecuencia del D.L. N° 119 de 5 de noviembre de 1973, que lo disolvió «por estar disuelto el Congreso Nacional» y porque «la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria...».

## B) El Tribunal Constitucional de la Carta de 1980

Con la experiencia precedente y a raíz de la elaboración de una nueva Carta Política, la Junta de Gobierno militar resolvió establecer, en capítulo separado, un nuevo Tribunal Constitucional (T.C.)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ver las *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente* (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución), Sesiones Nos. 358, 359, 360, 365, 415 y 417, y el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de nueva Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Univ. Católica de Chile, Facultad de Derecho, Vol. 8, Nos. 1-6, enero-diciembre/1981, pp. 462 y ss.

Este nuevo Tribunal —como se sabe— fue consagrado en el Cap. VII de la Constitución del 80; y quedó integrado por siete miembros, designados de la manera siguiente:

- a) Tres Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; los cuales, no obstante su nombramiento en el T.C., mantenían su cargo y sus funciones en la Corte Suprema;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; y
- d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Los miembros del Tribunal duraban ocho años en sus cargos, se renovaban por parcialidades cada cuatro años y eran inamovibles; sin perjuicio de cesar en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

El quórum para sesionar era de cinco miembros. El Tribunal siempre funcionaba en pleno. Adoptaba sus acuerdos por simple mayoría, debiendo fallar conforme a derecho (art. 81).

El art. 82 regulaba la competencia del T.C. en los siguientes términos:

«Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1° Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

3° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5° Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional.

6° Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

7° Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

8° (Derogado.)

9° Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 N° 7 de esta Constitución

10° Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

11° Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y

12° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60».

De esta manera, el nuevo T.C. vio aumentado el caudal de competencia de su antecesor con atribuciones tan importantes como las que se señalan en los numerales 1°, 6°, 7°, 9°, 11° y 12° de la disposición constitucional transcrita precedentemente.

En contraste con lo anterior, el T.C. de la Carta original de 1980 se vio privado de su atribución esencial de resolver las contiendas de competencia entre autoridades provistas de poder público, las que permanecieron repartidas entre el Senado y la Corte Suprema<sup>4</sup>.

Con estos antecedentes, se podría caracterizar al segundo T.C. de nuestra historia con los distintivos siguientes:

- A) Se trata de un órgano supremo, autónomo e independiente, encargado del control preventivo de constitucionalidad de las leyes que —por ende— actúa en su etapa de formación<sup>5</sup>.
- B) Pertenece al sistema de control concentrado de constitucionalidad de las normas. Pero comparte esta función con la Corte Suprema,

<sup>4</sup> Ver los arts. 49 N° 3 y 79 inc. 3° de la C.P.R.

<sup>5</sup> La excepción —que confirma la regla— ocurre con la fiscalización de los decretos con fuerza de ley los cuales, por su íter formativo, no pueden controlarse sino a contar de su publicación en el *Diario Oficial*.

la que lo ejerce de manera correctiva —esto es, una vez que la norma legal controlada entra en vigencia— mediante el instituto de la inaplicabilidad, con efecto *inter partes*.

- C) Sus sentencias no son susceptibles de recurso alguno, producen cosa juzgada y tienen efectos generales o *erga omnes*.
- D) Su generación no obedece a una fórmula exclusivamente política ni a una judicial ni a una combinación de éstas; sino a una composición *sui generis* en que también interviene un órgano consultivo, no concernido en sus decisiones, como es el Consejo de Seguridad Nacional<sup>6</sup>.
- E) Está compuesto por un número impar de siete ministros. Funciona con quórum de cinco miembros, adopta sus acuerdos por simple mayoría y falla siempre conforme a derecho.
- F) Está dotado de la importante misión de resguardar los principios básicos del régimen democrático republicano establecido en la Carta Fundamental, pudiendo declarar inconstitucionales a las organizaciones cuyos objetivos, actos o conductas atenten en contra suya y aplicar a sus miembros las sanciones previstas en la Constitución<sup>7</sup>. Esta atribución sólo encuentra precedente en la Constitución de la República Federal alemana.
- G) En fin, está excluida de sus atribuciones la resolución de las contiendas de competencia entre las autoridades o los órganos del Estado. Y no interviene en la protección de los derechos fundamentales, la que está enteramente encomendada a la justicia ordinaria.

### C) Perfil del nuevo Tribunal Constitucional

El nuevo tribunal que configura la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, mantiene su carácter de órgano del Estado, autónomo e independiente de todo otro poder, revestido de la misión del ser el supremo intérprete y custodio de la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, en su tercera versión, este Tribunal presenta rasgos marcadamente diferentes al de la Carta original de los que, por ahora, haremos una síntesis, para desarrollarlos en la segunda parte de este trabajo.

La primera diferencia concierne a su generación y a su composición. Sus miembros —ahora en número par de diez— son fruto de la decisión autónoma e independiente de los tres órganos clásicos del Estado: el Go-

<sup>6</sup> Ver nuestro estudio sobre «La generación del Tribunal Constitucional» en *Gaceta Jurídica*, N° 269, novbre./2002, y en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 10° año, 2004, t. I.

<sup>7</sup> Ver los arts. 19 N° 15 inc. 6°, 7°, y 8° y el art. 82 N° 7 - C.P.R.

bierno y la Corte Suprema de Justicia, cabeza del Poder Judicial, designan —cada uno de ellos— a tres de sus componentes. Y el Senado y la Cámara de Diputados contribuyen con los cuatro restantes.

El nuevo T.C. funcionará, según las materias de que conozca, en pleno o dividido en dos salas de cinco miembros cada una.

Dejará de compartir el control de constitucionalidad de las leyes con la Corte Suprema, asumiendo la plenitud de esta función tanto en su modalidad preventiva como en la correctiva o remedial; y tanto en lo tocante a la inaplicabilidad de un precepto legal con efecto inter partes como también en su declaración de inconstitucionalidad, con efectos generales.

El nuevo T.C. asumirá, por primera vez, el conocimiento de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia, anteriormente entregadas a la decisión de la Corte Suprema. Por lo que concierne al conocimiento y resolución de las contiendas de competencia que surjan entre aquellas autoridades y los tribunales superiores de justicia, el Senado retuvo esta atribución que es de carácter esencialmente jurisdiccional, no obstante la naturaleza política de éste.

Esta es, a pincelada gruesa, la fisonomía del nuevo T.C., que pasamos a examinar con más detalle.

### 3. GENERACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL NUEVO T.C.

#### A) La generación, número, requisitos e impedimentos de los miembros del Tribunal

Resulta curioso comprobar cómo —a partir de las proposiciones de Reforma Constitucional que, finalmente, se aprueba como ley N° 20.050— fueron variando tanto los órganos intervinientes en la generación del T.C., como el número de sus integrantes.

En el proyecto de la «Alianza por Chile», suscrito por los Senadores Sres. Chadwick, Diez, Larraín y Romero, se propuso aumentar a nueve la composición del T.C., conforme al siguiente reparto y con la intervención de cuatro órganos en su designación, a saber. Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta; cuatro abogados designados por el Presidente de la República, con acuerdo de los dos tercios del Senado, y dos abogados elegidos por el Tribunal Constitucional.

En el Proyecto de la «Concertación de Partidos por la Democracia», presentado por los Senadores Sres. Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, se mantiene el número de siete miembros, designados en la siguiente for-

ma: dos abogados elegidos por la Corte Suprema; un abogado designado por el Presidente; dos abogados elegidos por el Senado; y dos abogados elegidos por la Cámara de Diputados<sup>8</sup>.

En el curso de la larga tramitación de la Reforma en el Senado se fue consensuando una fórmula simple y pragmática consistente en elevar a nueve el número de integrantes del T.C., atribuyendo tres a cada uno de los siguientes órganos: el Presidente de la República (P. de la R.), el Senado y la Corte Suprema<sup>9</sup>.

Fue en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, donde se incorporó, finalmente, a esta última como partícipe en el proceso de designación de los miembros del T.C., elevando a diez el número de sus integrantes. La modificación de la Cámara fue aprobada por el Senado, en el tercer trámite constitucional del Proyecto y refrendada por el P. de la R., dando origen al siguiente nuevo texto del art. 81<sup>10</sup>.

«Artículo 81. Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto».

Los miembros así designados durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres<sup>11</sup>. Aunque gozan de inamovilidad no pueden ser reelegidos; salvo el caso del que haya sido designado en reemplazo de otro que dejó el cargo por cualquier motivo y lo haya ejercido por un lapso inferior a cinco años.

Los miembros que integran el T.C. deben estar en posesión del título de abogado por un lapso no inferior a quince años; deben haberse desta-

<sup>8</sup> Ver Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Bol Nos. 2.526-07 y 2.534-07, de 6-XI-2001.

<sup>9</sup> Ver el Informe Complementario de la misma Comisión del Senado de 8-I-02, su Segundo Informe y los Informes Complementarios de 22-VI-2004 y el Proyecto aprobado en primer trámite por el Senado y enviado a la Cámara el 11-XI-2004.

<sup>10</sup> Ver Informe de la Comisión de Const., Legisl., Just. y Reglto. del Senado de 8-VII-2005 aprobado en Sesión N° 15 Especial de la Legislatura N° 353 el 13-VII-2005.

<sup>11</sup> En el T.C. anterior duraban ocho años y se renovaban parcialmente cada cuatro.

cado en la actividad profesional, universitaria o pública y deben carecer de cualquier impedimento que les inhabilite para desempeñar el cargo de juez.

Además de cesar en sus funciones al cumplir 75 años de edad, los miembros del T.C. están sometidos a las siguientes limitaciones: no pueden ejercer la profesión de abogado; tampoco pueden practicar la judicatura. Y están sometidos a las incompatibilidades que —para los senadores y diputados— establece el art. 55 de nuestro Código Político; están sujetos también a los impedimentos que a los parlamentarios impone el art. 56; y les está prohibido celebrar, por sí o por interpósita persona natural o jurídica, cualquiera de los actos singularizados en el inciso 2º del art. 57 de la misma Carta. Sin embargo, ellos gozan del privilegio garantista establecido en el art. 78 en favor de los jueces y fiscales judiciales.

Interesa transcribir aquí tres párrafos alusivos del veto presidencial<sup>12</sup>:

«12. Inhabilidades para ser Ministro del Tribunal Constitucional.

La idea es considerar ampliamente todas las restricciones e inhabilidades que son posibles establecer con el objeto de eliminar de raíz todo posible conflicto de intereses, como ya constituye ser la tendencia en nuestro ordenamiento. La única excepción que viene a confirmar la regla es eliminar de la prohibición el ejercicio de las funciones docentes.

Todos los Ministros de los Tribunales Constitucionales del mundo se abocan en exclusiva a estas tareas y la decisión en esta reforma es adoptar dicho patrón.

Por todo lo anterior, se agregan las referencias al Artículo 57 inciso segundo y tercero de la Constitución que no habían sido incluidas por inadvertencia. Esta referencia no sólo es justa sino que es fundamental puesto que se trata de inhabilidades que deben cumplir todos los parlamentarios y que le corresponde calificar al propio Tribunal Constitucional. Por ende, el Tribunal no se puede eximir del cumplimiento de requisitos que debe controlar a otro poder del Estado».

## B) Organización y funcionamiento

El inciso final del nuevo art. 81 entrega a la Ley Orgánica Constitucional la organización del T.C., así como la regulación de su funcionamiento, de sus procedimientos y el estatuto de su personal.

<sup>12</sup> El veto presidencial está contenido en el Of. N° 174-356 de 16-VIII-05, dirigido por el P. de la R. al Presidente del Senado.

No obstante, cabe señalar que, dentro del esquema constitucional, el T.C. es un órgano del Estado; el principal órgano encargado de velar por la supremacía de la Constitución e impartir la Justicia Constitucional; es autónomo e independiente de todo otro órgano o autoridad del Estado; y sus atribuciones están directa y expresamente asignadas en la Constitución, quedando sometido sólo a ella y a su Ley Orgánica Constitucional<sup>13</sup>.

En cuanto a su funcionamiento, la Ley de Reforma se encarga de precisar que «El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas».

Interesa señalar que hasta el Informe de la Comisión respectiva del Senado, en su tercer trámite<sup>14</sup>, el Proyecto decía: «Para el ejercicio de sus restantes atribuciones podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional».

El veto presidencial fue categórico en este punto. En lo pertinente, dice así:

«13. Funcionamiento del Tribunal Constitucional.

... En primer lugar, (el veto) incorpora explícitamente que el Tribunal funcionará en pleno —asunto resuelto con anterioridad— y en «dos» salas. Este último aspecto es esencial al fondo de las atribuciones del Tribunal Constitucional, puesto que impide que una decisión legislativa posterior incremente las salas y permita que cuestiones muy relevantes sean decididas por una minoría circunstancial.

En segundo lugar, la mayoría de los aspectos de esta norma estaban ya resueltos en el fondo. No obstante, se agrega una precisión que se fundamenta en la potencial carga de trabajo del nuevo Tribunal Constitucional. Es evidente que el Tribunal ha incrementado sus funciones y relevancia con la reforma constitucional aprobada. Por ende, resulta indispensable que sus miembros se dediquen en exclusiva a esta tarea. La voluntad parlamentaria es que la mayoría de sus atribuciones sean resueltas por el pleno del Tribunal, sin perjuicio que las resoluciones de trámite que puedan adoptarse en esas mismas materias lo sean en sus salas.

El veto articula esa idea sobre la base de establecer dos tipos de materias: las que la propia Constitución determina sean resueltas por el pleno y aquellas que la ley orgánica constitucional disponga que pueden ser de pleno o materias de salas».

Funcionando en pleno, el quórum para sesionar será, a lo menos, de ocho miembros. El quórum de sala es de cuatro, a lo menos. El mismo

<sup>13</sup> Ver el art. 1º de la L.O.C. N° 17.997, D.O. de 19-V-1981.

<sup>14</sup> El Informe de la Comisión de Constitución del Senado, en el tercer trámite constitucional del Proyecto es de 8-VII-05 y fue aprobado en la Sala en Sesión Especial de 13-VII-05.

art. 81 se encarga de establecer qué atribuciones deben ser ejercidas por el pleno, dejando el conocimiento y decisión de las restantes a la determinación de la L.O.C. respectiva.

Los acuerdos del T.C. se adoptan por simple mayoría salvo los casos en que se exija un quórum diferente, como ocurre con la atribución prevista en el art. 82 N° 7, el cual, para resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal, requiere la mayoría de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

No obstante que el art. 82 faculta al T.C. para «apreciar en conciencia» los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los Nos. 10°, 11° y 13°, como, asimismo, «cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario», esta franquicia —relativa a la prueba de los hechos— no se extiende a sus decisiones, toda vez que el T.C. debe fallar siempre «de acuerdo a derecho».

### C) Competencia atribuida al T.C. por la Ley de reforma

Partiendo de la base que todo órgano del Estado tiene el poder —y la responsabilidad— de la competencia que se le atribuye, queda el problema de dilucidar quien puede otorgar atribuciones al T.C.

En el Proyecto de reforma —a partir del segundo trámite, en la Cámara de Diputados— en el ámbito regulatorio de la L.O.C. del T.C. figuraba la determinación de sus atribuciones.

El veto presidencial fue categórico en señalar que sólo es resorte de la Constitución —y no de la ley— establecer la órbita de competencia del T.C.

En lo pertinente, el veto dice así:

«14. Materias de ley orgánica del Tribunal Constitucional.

En el veto N° 14 se precisa la interpretación de una materia al mandato de regulación del Tribunal Constitucional y se excluye otra.

...En el segundo caso, se trata de excluir la expresión ‘atribuciones’ del proyecto de reforma constitucional, puesto que todas ellas son materia de rango constitucional y no existe ninguna posibilidad de desconstitucionalizar competencias».

Describir todas las atribuciones del nuevo T.C. y la forma de ejercer cada una de ellas excedería en demasía el límite espacial asignado a este trabajo. Nos constreñiremos, pues, a los aspectos más relevantes de las nuevas atribuciones que se le confieren.

a) *Integración de los tratados internacionales al control obligatorio del T.C (art. 82 N° 1)*

Esta incorporación al régimen obligatorio de control se aplica sólo a los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales. Con anterioridad estos tratados eran revisados por el T.C. sólo si —respecto de sus normas— se planteaba una cuestión de constitucionalidad.

Resulta lógico concluir que debe darse a esta clase de instrumentos jurídicos el mismo tratamiento que a las leyes que versan sobre las mismas materias.

b) *Fiscalización de los Autos Acordados (art. 82 N° 2)*

Los Autos Acordados son regulaciones normativas que dictan los tribunales colegiados en ejercicio de sus facultades administrativas. No obstante lo cual, en Chile se han dictado varios Autos Acordados en materias de naturaleza legislativa, en ausencia de ley regulatoria de algunos procedimientos o por delegación expresa del constituyente.

Las normas que así se dictan de manera soberana —al ser generalmente vinculantes— pueden producir efectos contrarios a la finalidad prevista por el Constituyente; y esos efectos serían irremediables si no mediara su control de constitucionalidad.

A subsanar esta omisión se dirige el nuevo art. 82 N° 2, al facultar al T.C. para «Resolver sobre cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones».

La acción respectiva para recurrir al T.C. corresponde al P. de la R., a cualquiera de las Cámaras o a diez de sus miembros y a toda persona que sea parte en un proceso pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el auto acordado (art. 82 inc. 3°).

c) *El recurso (acción) de inaplicabilidad de la ley*

Esta acción procesal —e incluso su conocimiento de oficio— estaba entregada, en única instancia, a la decisión de la Corte Suprema por el art. 80 de la Carta, el que fue derogado por la Ley de Reforma.

La acción se concedía para que dicha Corte declarara, en cualquier juicio o gestión seguidos ante otro tribunal, con efecto sólo en el caso particular respecto del cual se interponía el recurso, inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución.

La atribución de esta acción de control de constitucionalidad de la ley

—históricamente heredada de la Carta de 1925— producía la consecuencia de que hubiera en Chile dos órganos distintos —la Corte Suprema y el T.C.— encargados de esta función; y dos sistemas diferentes para ejercerla: el T.C., a cargo del control preventivo de la constitucionalidad de la ley, antes de su vigencia y con efectos generales; y la Corte Suprema, encargada del control correctivo de las leyes en vigencia, con efecto sólo entre las partes y respecto del caso particular en conflicto, permaneciendo subsistente, con toda su fuerza normativa, el precepto declarado inaplicable por ser inconstitucional.

La reforma, al radicar esta acción en la competencia del T.C., termina con esta dualidad perturbadora de órganos y de sistemas. Concluye en Chile el control concentrado, pero compartido, entre dos tribunales de naturaleza diferente; y concluye la dispersión entre el control preventivo y el control correctivo o remedial de preceptos legales. Pero, principalmente, se pone fin a dos interpretaciones contrapuestas de la Constitución, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica<sup>15</sup>.

El N° 6 del art. 82 reformado faculta al T.C. 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;».

El mérito de la redacción del precepto, originado en la Cámara de Diputados, radica en no hacer incidir la declaración de inaplicabilidad en el hecho de que un precepto legal sea —per se— «contrario a la Constitución», lo que dio lugar a confundir esta acción con la de inconstitucionalidad, sino en predicar «la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación... resulte contraria a la Constitución».

De esta manera se obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos de la aplicación de la norma, como ocurrió frecuentemente en la jurisprudencia de la Exma. Corte Suprema recaída en el recurso de inaplicabilidad<sup>16</sup>.

Otro mérito de la Reforma, consiste en facultar a aquellos jueces que no se han percatado aún de la fuerza vinculante del art. 6° de la Carta y de su especial incidencia en el ejercicio de la jurisdicción<sup>17</sup>, para —en caso de duda acerca de la eventual inaplicabilidad de un precepto legal al

<sup>15</sup> Ver nuestro «Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional», en *Gaceta Jurídica*, N° 299, mayo 2005, y en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 3, N° 1, Stgo., 2005.

<sup>16</sup> Ver estudio indicado en la nota precedente, sobre la inaplicabilidad.

<sup>17</sup> Ver «El control difuso de constitucionalidad en Chile y en otros países de América», en *Gaceta Jurídica*, N° 264, junio-2002, y en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, Año 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

caso sometido a su decisión— recurrir al T.C., en la forma prevista en el inciso 11° del art. 82. La acción, naturalmente, puede ser planteada también por cualquiera de las partes afectadas en el juicio o gestión en que ella recae.

d) *La acción de inconstitucionalidad de la ley*

En Chile pareció revolucionario incorporar en la Constitución de 1925, por vez primera, la declaración de inaplicabilidad de una ley por la Corte Suprema. Pero dejar sin efecto una ley aprobada por el Poder Legislativo, expresión máxima de la soberanía popular, resultaba inconcebible para los constituyentes del 25. Se pensaba que, de conferirse esta potestad a la Corte Suprema, se la transformaría en un órgano con mayor poder que el Congreso, puesto que podría privar de vigencia a las leyes aprobadas por éste<sup>18</sup>.

Cierto es que los tiempos y las ideas han cambiado; que en el mundo y en la propia América del Sur existen Tribunales dotados de esa facultad<sup>19</sup>; y que nuestro T.C. ha demostrado la prudencia, capacidad y versación suficientes para afrontar esta tarea.

Por otra parte, cada día resultaba más absurdo e incomprensible para la ciudadanía que un precepto legal declarado inaplicable por ser contrario a la Constitución, beneficiara sólo al recurrente, rompiendo la garantía de igualdad ante la ley; y que la norma legal subsistiera incólume, plenamente vigente, no obstante haberse declarado su contradicción con la Carta Fundamental.

De allí que la Reforma encontrara ambiente y ocasión propicios para introducir en la competencia del T.C. pero, principalmente, en nuestro sistema jurídico, la acción de inconstitucionalidad, no obstante sus limitaciones, que dejaremos destacadas.

El N° 7 del art. 82 autoriza al T.C. para «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior».

Por su parte, el inciso 12° del mismo artículo, regulando esta acción presenta las siguientes facetas de interés:

1. La inconstitucionalidad —no obstante ser conocida por el pleno del tribunal, al igual que la inaplicabilidad— no puede declararse

<sup>18</sup> Ver trabajo indicado en la nota precedente.

<sup>19</sup> Ver nuestro estudio citado en nota 15, pp. 85 a 94, y «Concepto, Caracterización y estatuto constitucional básico de los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica», en *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina*, varios autores, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 120-121.

en el mismo fallo de ésta última, sino que requiere una sentencia previa de inaplicabilidad del mismo precepto legal. Además, como se ha visto, ambas declaraciones requieren quórum de aprobación diferentes.

2. No sólo se instaura la acción de inaplicabilidad sino también su declaración de oficio por el T.C.
3. Se establece una acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad. Y se entrega a la L.O.C. del T.C. la regulación de los requisitos de admisibilidad de la acción pública, así como la del procedimiento para actuar de oficio.

En lo que concierne a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, haremos su análisis al estudiar el nuevo art. 83 de la Carta reformada.

e) *Resolución de contiendas de competencia*

La Constitución no es sólo la norma fundante de todo el resto del ordenamiento jurídico sino también la suprema fuente de la competencia atribuida a cada órgano del Estado.

De allí que caiga bajo el principio de supremacía de la Constitución, del cual el T.C. es el custodio principal, velar por que cada órgano ejerza sus atribuciones dentro del marco de la competencia que se la otorgado y corregir, cuando sea requerido, tanto las extralimitaciones en la actuación de un órgano como su abstención o su negativa a ejercer las funciones que se le han encomendado.

Resulta sorprendente comprobar que la Carta de 1833 entregaba la resolución de las contiendas de competencia, entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales, al Consejo de Estado. Desaparecido éste, tal atribución fue repartida entre el Senado y la Corte Suprema, ambos carentes de la idoneidad necesaria para resolver estos asuntos<sup>20</sup>.

Pero, establecido el T.C. en la Carta del 80, esta potestad debió quedar radicada en éste, que es su sede natural, como ocurre —por lo demás— en el derecho constitucional comparado.

De allí que la restitución, aunque parcial, de esta potestad propia del T.C. —la que, como ya vimos, estaba incluida entre las atribuciones del primer T.C. de 1970— constituye un avance que algún día habrá que perfeccionar.

El art. 82 N° 12° de la Carta reformada faculta al T.C. para: «Resolver las contiendas que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;».

<sup>20</sup> Ver el art. 49 N° 3 y el art. 79 inc. 3° de la C.P.R., este último eliminado por la Ley de Reforma.

En estos casos, conforme al inciso 17 del mismo precepto, el requerimiento al T.C. debe ser interpuesto por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

La Ley de Reforma Constitucional mantiene en todo su vigor las demás atribuciones que ostentaba con anterioridad el T.C., sistematizándolas —como ocurre con la frase final del N° 5 del art. 82 y el N° 12 del mismo precepto, relativos a la inconstitucionalidad de los decretos supremos, que se reúnen en el N° 16 del nuevo artículo 82— o extendiéndolas a otros supuestos, como sucede con el nuevo numeral 15° del mismo precepto, que se refiere a la calificación de «la inhabilidad invocada por un parlamentario», de acuerdo al inciso final del art. 57, para pronunciarse sobre su renuncia al cargo.

A nuestro modesto juicio las reformas analizadas son las que mejor explican la calificación que hemos hecho en el título de tratarse de un nuevo Tribunal, dotado de mayor número de miembros, con posibilidad de funcionar en pleno o en dos salas de acuerdo al considerable aumento del volumen de trabajo que le aguarda, y con nuevas atribuciones entre las que destacan su facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal a un caso particular, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma del mismo rango con efectos generales, resolver determinadas contiendas de competencia y controlar la constitucionalidad de los Autos Acordados.

#### D) Efectos de las sentencias del T.C.

Conforme al nuevo Art. 83 —pero siguiendo la tradición invariable de los T.C. anteriores— «contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno...», sin perjuicio —claro está— de su facultad de rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

a) Las sentencias del T.C. producen cosa juzgada material y formal. Y —aunque la Constitución no lo dice— creemos que sus decisiones —salvo el caso especial de las sentencias de inaplicabilidad, precisamente por la especialidad del caso— son vinculantes para todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución.

Para ser más precisos, si la Constitución —conforme a su art. 6°— es vinculante para todos ellos, la interpretación fidedigna que hace el T.C. en sus sentencias, también debe serlo.

b) Tratándose del control preventivo de constitucionalidad, regulado en los numerales 1°, 3° y 4° del art. 82, el inciso 2° del art. 83 dispone

—igual que el texto anterior— que «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».

c) En el caso del N° 16 del art. 82 —es decir, tratándose de decretos supremos que el tribunal declare inconstitucionales— dichos decretos quedarán sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia que acoja el reclamo. En este caso la sentencia tiene efecto retroactivo y opera con carácter anulatorio, como si el acto no hubiera existido jamás.

d) En cambio, tratándose de la impugnación de un Auto Acordado (art. 82 N° 2°), de un decreto con fuerza de ley (art. 82 N° 4°) o de la inconstitucionalidad de una norma legal (82 N°7°), el precepto que el T.C. declare inconstitucional se entenderá derogado a contar de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, «*la que no producirá efecto retroactivo*».

En otras palabras, la sentencia no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, antes de la publicación del fallo.

Finalmente, el inciso 4° del art. 83 dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley y de los demás instrumentos analizados en los dos párrafos precedentes, deberán publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

#### 4. REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DEL NUEVO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL T.C.

Una crítica ecuánime debe considerar tanto los factores positivos como los aspectos negativos del asunto que se examina.

Aquí intentaremos resumir lo más relevante de ambas visiones.

##### A) Caracterización positiva del nuevo T.C

El T.C. que iniciará su camino una vez que se apruebe su nueva Ley Orgánica Constitucional (L.O.C.), tiene numerosas ventajas comparativas sobre el tribunal anterior, entre las que cabe destacar:

a) Número de sus integrantes. El aumento de sus miembros de siete a diez permitirá al T.C. absorber el mayor volumen de causas que se avicina de manera inevitable.

b) Funcionamiento en salas. Con anterioridad el T.C. sólo podía funcionar en pleno y el número de sus miembros tampoco habría permitido otra forma de funcionamiento.

La reforma permite al T.C., en el conocimiento de los asuntos no entregados expresamente al pleno, funcionar en esa forma o dividido en dos salas, según lo determine su nueva L.O.C.

c) Con todo, el avance más importante consiste en que la reforma concentra en un solo tribunal supremo, independiente y especializado, el control normativo de constitucionalidad en todas sus especies; esto es, tanto el control preventivo de normas legales en gestación como el correctivo de normas legales en vigencia; tanto la acción de inaplicabilidad con efecto *inter partes* como la de inconstitucionalidad de las leyes con efecto *erga omnes*, creación —esta última— de la Ley de Reforma.

En materia de inaplicabilidad de un precepto legal permite, no sólo a las partes de la gestión judicial sino también al juez de la causa, plantear al T.C. la cuestión de inconstitucionalidad, a semejanza de lo que prevé el art. 163 de la Constitución española; sin perjuicio del deber de sometimiento a la Constitución que impone al juez —como órgano del Estado— su art. 6º, cuando no le cabe duda alguna de que su aplicación al caso sub-lite resultaría contraria a la Constitución.

En resumen, el ordenamiento constitucional chileno ha dado —como se dice— un salto cualitativo, desde una jurisdicción constitucional mixta y segmentada entre dos órganos, a una jurisdicción plena y unitaria radicada en el T.C.

Con todo, el progreso que se espera tiene un alcance superior que consiste en poner fin a la dualidad de visiones, anterior a la reforma, en virtud de los distintos criterios hermenéuticos con que la Corte Suprema y el T.C. interpretaban la Carta Fundamental. La unidad de criterio interpretativo que asegura un tribunal especializado deberá restablecer la certeza y la seguridad jurídica en esta importante materia.

d) Significa también un avance destacable la nueva atribución del T.C. para resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

Esta atribución es propia de la naturaleza de los tribunales constitucionales en el derecho comparado.

e) Finalmente, cabe señalar el acento positivo que tiene la ampliación del espectro de control normativo de constitucionalidad que contiene la Reforma.

En efecto, este control se extiende ahora a los Autos Acordados de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Califica-

dor de elecciones, asegurando así su plena conformidad con la Constitución.

Por otra parte, el control obligatorio de constitucionalidad también comprende ahora a las normas de los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales.

Estos nos parecen los caracteres de la Reforma, más dignos de destacar.

#### B) Observaciones respecto de la generación de sus miembros

En dos trabajos anteriores —uno de ellos relatado en un Seminario entre la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados— hicimos ver el peligro de politización que existía en la fórmula de reparto tripartito (P. de la R., Congreso y Corte Suprema) propuesta en el Proyecto para la generación del T.C.<sup>21</sup>.

Citamos las opiniones adversas del Prof. Klaus Schlaich de la Universidad de Bonn, a la generación política del T.C. Federal alemán; del Prof. Félix Ermacora, de la Universidad de Viena, acerca de la politización del T.C. austríaco; de los Prof. Paolo Biscaretti y Alessandro Pizzorusso, acerca de la generación político-judicial del T.C. —muy similar al sistema chileno— de la Corte Constitucional de Italia; la de los Prof. Oscar Alzaga y Pablo Lucas Verdú acerca de la politización de los nombramientos en el T.C. español. Saltamos luego a Sud-América y citamos al Prof. Samuel Abad, en Perú; al Prof. Fernández-Segado, respecto de Bolivia; al Prof. Eduardo Cifuentes, en Colombia y al Prof. Salgado Pesantes sobre el T.C. del Ecuador.

Todos ellos condenan, por el riesgo inevitable de politización del T.C., el sistema de reparto de cupos en el nombramiento de los jueces del T.C., el que terminó imponiéndose en la Ley de Reforma.

Señalamos que con el sistema del Proyecto, el P. de la R., teniendo la oportunidad de nombrar a un tercio del Tribunal, tendría que ser muy poco sagaz para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y

<sup>21</sup> Ver nuestros trabajos: «La Generación del Tribunal Constitucional», en *Gaceta Jurídica*, N° 269, noviembre 2002, y en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 10° Año, 2004, t. I, y «Reformas Necesarias a la generación y a la competencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, Año 2, N° 1, 2004.

a sus proyectos legislativos. Advertimos que el Senado —y ahora también la Cámara de Diputados— serían el escenario de la lucha de los partidos políticos por asegurarse, en el seno del T.C. a quienes les sean adictos. Y nos preguntamos qué órgano es el más interesado y comprometido con la eficiencia y el prestigio del T.C.; para concluir que ese órgano no es la Corte Suprema sino el propio T.C.

Nuestra tesis consistió en demostrar que tales repartos conducen a un sistema de confianzas divididas, ya que cada juez es sólo confiable para el órgano que lo designa, pero no lo es para los demás que no han participado en su designación.

Manifestamos que es de la esencia de la credibilidad de un juez constitucional, contar con la confianza de todos los órganos que puedan resultar afectados por sus decisiones. Lo cual requiere buscar un sistema de confianzas compartidas, haciendo participar, en la designación de cada juez, a todos los órganos concernidos en sus decisiones, comenzando por el propio T.C.

Un ejemplo de esta fórmula consistiría en que el T.C. formara una quina de cinco juristas expertos en Derecho Público, de reconocida capacidad, criterio, experiencia y prestigio. Esta quina sería propuesta al P. de la R. quien elegiría a uno de la nómina. El elegido debería ser ratificado con el voto de confianza de la mayoría del Congreso Nacional, reunido especialmente para este efecto o por el voto de la mayoría del Senado, si se prefiere entregar esta prerrogativa a la Cámara Alta.

De esta manera —concluimos— en la generación de cada uno de los magistrados el T.C. intervendrían todos los interesados en su buen funcionamiento y los elegidos contarían con la confianza y el respaldo de todos ellos.

Nuestra intervención tanto en el referido Seminario como en la Comisión competente de la Cámara fue como un diálogo de sordos. Nadie puso objeciones; pero nadie asumió la razonabilidad de la propuesta.

Nuestra aprensión es que, por este camino, la composición del T.C. termine politizándose, lo que inevitablemente conduciría al decaimiento de su prestigio y a la pérdida de su confiabilidad.

### C) Observaciones sobre la insuficiencia de sus nuevas atribuciones

Tres de las nuevas atribuciones del T.C. nacen con las alas recortadas o en estado de indigencia.

Nos referimos a la ampliación del control normativo, a la acción de inconstitucionalidad y a las contiendas de competencia.

a) *El control de constitucionalidad de normas*

Si, en nuestro ordenamiento, el principio de supremacía de la Constitución está formulado expresamente, prescribiendo su art. 6º que «Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas», ningún órgano del Estado puede desligarse de este compromiso.

Es cierto que el control normativo de constitucionalidad se extendió a los Autos Acordados de determinados tribunales.

Pero uno se pregunta: ¿por qué la Cámara y el Senado eludieron incluir entre las normas sujetas al control sus respectivos Reglamentos? ¿Existe algún privilegio que les exima de este saludable control?

Esta omisión, en un Proyecto cuya discusión tardó cuatro años en ambas Cámaras, resulta difícil de explicar y de entender.

b) *La instauración de la acción de inconstitucionalidad*

En un estudio anterior explicamos las notorias diferencias de naturaleza y de efectos jurídicos entre la acción de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad<sup>22</sup>. Explicamos que no siempre una acción de inaplicabilidad lleva envuelta una cuestión de inconstitucionalidad; y que —por lo mismo— ambas acciones deben ser independientes toda vez que parten de supuestos diferentes y conducen a resultados distintos.

Pues bien, nuestra exposición en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados talvez influyó en la forma en que quedó redactado el N° 6 del art. 82; pero no logró evitar la confusión ni el obstáculo que al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad impone el N° 7 y el inciso 12º del mismo artículo, al exigir —como requisito indispensable para su procedencia— la declaración previa de inaplicabilidad del mismo precepto.

En el trabajo citado (p. 85) incluimos un estudio comparativo de los cuatro países de Sud-América que —además de Chile— cuentan con un T.C.: Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Ninguna de las respectivas Cartas Políticas impone como requisito previo semejante declaración. Basta que una norma sea contraria a la Constitución para que la acción de inconstitucionalidad pueda deducirse.

Establecer dicho requisito, no sólo revela una confusión de conceptos sobre ambas instituciones; sino también posterga indefinidamente la expulsión de una ley inconstitucional del ordenamiento jurídico. Cualquiera autoridad que tenga que aplicar en sus funciones, todos los días, una norma legal contraria a la Constitución, tiene que esperar que el litigante, en

<sup>22</sup> Ver nuestro trabajo «Trascendencia de la Reforma...», cit. en nota 15.

un proceso judicial en que deba aplicarse la misma norma, esgrima con éxito una acción de inaplicabilidad para poder —sólo entonces— impetrar su declaración de inconstitucionalidad.

Resulta sorprendente que la reforma otorgue acción pública para requerir tal declaración. Nada se saca con abrir tan ancho cauce a la ciudadanía para deducir la acción si se interpone en su camino un puente tan estrecho que nadie puede atravesarlo.

c) *Resolución de contiendas de competencia*

Habría sido sensato y oportuno entregar al T.C. la resolución de las contiendas de competencia, incluyendo aquéllas que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia y que —indebidamente— retuvo el H. Senado.

Sostenemos que esta retención es indebida porque este órgano, de naturaleza esencialmente política, carece de la necesaria imparcialidad para resolver contiendas en que una de las partes es precisamente una autoridad política. Pero es indebida, principalmente, porque siendo la resolución de las contiendas de competencia un asunto de naturaleza rigurosamente jurídica, el Senado carece de la idoneidad, esto es, de la especialidad técnica necesaria para resolverlas. Así lo ha demostrado intentando resolver discrepancias —que ni siquiera eran contiendas de competencia— entre los tribunales superiores de justicia y la Contraloría General de la República.

Cabe recordar aquí las expresiones del Presidente Frei, transcritas del Mensaje de 18-III-1969 (párrafo 1), para justificar la creación del primer T.C., siendo el primer motivo invocado, la resolución, a cargo de este tribunal, de los conflictos de poderes, que no son sino el género del que las contiendas de competencia son una especie acotada.

Con todo, y aún cuando se hubiere entregado al T.C. la resolución de los conflictos que puedan suscitarse entre cualquier categoría de tribunales y las autoridades políticas o administrativas, ello no satisface un requerimiento del Estado de Derecho.

Desde 1988<sup>23</sup> que venimos postulando que es un aspecto esencial de la supremacía constitucional el correcto ejercicio de sus potestades por cada órgano de poder público; que un conflicto de poderes no puede trabar ni paralizar el curso institucional del Estado. Y que —por esa razón— el T.C. no debe contar sólo con atribuciones para dirimir ciertas contiendas sino que debe habilitársele para resolver cualquier conflicto entre órganos que carezcan de un superior común —encargado de solucionarlo— y cuya decisión no esté expresamente atribuida a otro órgano determinado.

<sup>23</sup> Ver «La Justicia Constitucional en Chile con referencias al Derecho Comparado», en la *Revista de Derecho*, Univ. Central, año II, enero-junio 1988.

La insuficiencia del art. 82 N° 12 es doble: no sólo falta allí la potestad del art. 49 N° 3, retenida por el Senado; sino que se advierte la ausencia de la facultad de resolver cualquier conflicto de poderes, para evitar un colapso como el que produjo en tiempos del Presidente Allende, la recordada promulgación de la Ley de las tres áreas de la economía. Sería deseable que las experiencias traumáticas del pasado sirvieran —al menos— para prevenirlas en el futuro.

## 5. CONCLUSIONES

### A) En sentido positivo

I. La reforma significa un progreso cualitativo de nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley. Hemos avanzado desde un régimen incoherente, por hallarse compartido y segmentado entre dos órganos jurisdiccionales distintos e independientes entre sí, a uno concentrado en un solo Tribunal Supremo, independiente y especializado que asume en plenitud esta delicada función.

II. El nuevo T.C. ve robustecida su integración, que aumenta el número de sus miembros de 7 a 10.

III. En atención a este número de integrantes, se le autoriza para funcionar en pleno o dividido en dos salas.

IV. También ha aumentado de ocho a nueve años la duración de sus miembros en el cargo, renovándose éstos por terceras partes cada tres.

V. Se han establecido nuevas y severas incompatibilidades, inhabilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo, con el declarado propósito de una dedicación exclusiva a sus tareas y de evitar posibles conflictos de intereses.

VI. Entre las nuevas atribuciones de que ha sido dotado, merece destacarse el conocimiento del recurso de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad por acción pública o de oficio; materias ambas pertenecientes al ámbito del control correctivo, que antes le estaban vedadas.

VII. Se le ha restituido —aunque parcialmente— su atribución natural de resolver ciertas contiendas de competencia.

VIII. Se ha ampliado el espectro de normas sujetas a control, comprendiendo entre ellas las de los Autos Acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y los del TRICEL.

IX. Se ha incorporado al régimen de control obligatorio de constitucionalidad a los Tratados que versen sobre materias de L.O.C.

X. La Reforma le faculta para calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario y para pronunciarse sobre su renuncia al cargo.

XI. Se concede acción pública en los casos de los números 7, 10 y 13 del art. 82, requiriéndose, en el primer caso, la declaración de su admisibilidad.

XII. Se faculta al Tribunal para apreciar en conciencia la prueba de los hechos cuando conozca de las atribuciones de los números 10, 11 y 13 del art. 82.

XIII. Las sentencias estimativas del T.C., según los casos, pueden tener efecto retroactivo y anulatorio del acto impugnado; o efecto hacia el futuro, a partir de la publicación de la sentencia. En todo caso, tienen fuerza de cosa juzgada.

B) En sentido negativo

I. La ley de Reforma hace depender la acción de inconstitucionalidad de la existencia de una sentencia previa declarativa de la inaplicabilidad de la misma norma, lo que esteriliza su eficacia.

II. El Senado no ha querido desprenderse, reteniendo indebidamente, una facultad jurisdiccional propia del T.C., y no de un órgano de naturaleza política, como es el conocimiento de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales Superiores de Justicia.

III. Se desperdició la oportunidad de subsanar un requerimiento del Estado de Derecho, consistente en investir al T.C. de la facultad de conocer de cualquiera clase de conflictos entre órganos del Estado que carezcan de un superior común y cuya resolución no esté entregada a la designación de otro órgano. Una atribución como ésta podría, llegado el caso, impedir la paralización institucional de Estado.