

LA NUEVA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Javier Couso ¹

I. Una reforma largamente esperada

Uno de los acontecimientos más importantes del año 2009 en el ámbito del Derecho Constitucional chileno fue la promulgación de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley N° 20.381, que modificó la Ley N° 17.997).² Esta norma había sido largamente esperada ya que las profundas modificaciones a la organización, funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional (en adelante el TC) introducidas por la reforma constitucional de 2005 habían hecho obsoleta la ley anterior.³

1 Javier Couso es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Director del Programa de Derecho Constitucional de la misma. Obtuvo su Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile en 1990 y su Doctorado en Jurisprudence and Social Policy en la Universidad de California, Berkeley (EE.UU.) en 2002.

2 La Ley N° 20.381 fue promulgada el 11 de septiembre de 2009 y publicada el 28 de octubre del mismo año.

3 En todo caso, el Tribunal Constitucional –anticipándose a la importancia que adquiriría la acción de inaplicabilidad en su labor jurisdiccional— adoptó a comienzos de 2006 la inédita determinación de comenzar a tramitar este tipo de casos sin esperar la reforma a su ley orgánica. Invocando el principio de inexcusabilidad, el Tribunal procedió a admitir a tramitación acciones de inaplicabilidad ya en marzo de 2006. Como lo sostuvo la propia Memoria del Tribunal Constitucional en el año 2008: *“El Pleno del Tribunal estableció tal procedimiento en cumplimiento del imperativo mandato de ejercer su jurisdicción para hacer efectiva su competencia judicial, de acuerdo al principio de inexcusabilidad que regula la actuación del sistema de tribunales en nuestro país, como forma de lograr la aplicación efectiva de la supremacía de la Constitución. Precisamente debido a lo anterior es que durante el año 2006 y hasta la fecha el tribunal debió adoptar el procedimiento consagrado en su ley original, adecuándolo para poder abordar las nuevas tareas que el Constituyente le ha entregado y, en definitiva, para poder sustanciar los procesos sometidos, resolviendo fundamentalmente los conflictos que se formulen respecto de un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución.”* Véase Memoria del Tribunal Constitucional 2007-2008, en sitio web <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/301>, visitado el 8 de marzo de 2010.

Considerando el carácter de ley orgánica que la Ley N° 20.381 ostenta, el TC se vio en la peculiar situación de tener que realizar el control obligatorio de constitucionalidad de una ley dirigida a regular su propia organización y funcionamiento, situación algo anómala, que implica que el propio órgano regulado (limitado) por una norma legal la pudo modificar unilateralmente, mediante la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Es difícil imaginar una coyuntura que recuerde más nítidamente el clásico problema de ‘*Who guards the guardians?*’ (¿Quién controla a los controladores?) que ha acechado a la justicia constitucional desde sus orígenes, a comienzos del siglo diecinueve. Dicho esto, y sin siquiera abordar este potencial conflicto de interés que el controlar la constitucionalidad de su propia ley orgánica implicaba, el TC procedió a ejercer el mismo con asertividad, modificando importantes aspectos del proyecto aprobado por el Congreso Nacional.

En este trabajo, se comenta la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El análisis no pretende ser pormenorizado, sino que focalizarse en aquellos aspectos de la misma que son más relevantes y que presentan mayor potencial de innovación en la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

II. Una nueva ley orgánica para un ‘nuevo’ Tribunal Constitucional

Como se planteaba en la sección precedente, la reforma que comentamos vino a poner al día la regulación legal de un órgano que fue profundamente modificado por la enmienda constitucional del año 2005, al punto que para buena parte de la doctrina este representa un ‘nuevo’ Tribunal Constitucional.⁴ En efecto, el traspaso al último de la acción de inaplicabilidad, la introducción de la inédita acción de inconstitucionalidad y la muy diferente integración que dispuso la reforma constitucional mencionada, contribuyeron a transformar radicalmente el rol que este órgano juega en la vida jurídica y política del país.

Como lo hemos planteado en otro trabajo,⁵ el efecto combinado de que el Tribunal Constitucional resuelva ahora casos iniciados por el público en general (mediante acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad), más el hecho

4 Véase, al respecto, el trabajo de Lautaro Ríos “El nuevo Tribunal Constitucional”, en Francisco Zúñiga, ed., *Reforma Constitucional* (LexisNexis) 2005, 627.

5 Véase el trabajo de Javier Couso y Alberto Coddou “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en 2 *Serie Working Papers ICSO-UDP*.

que el órgano de control constitucional esté ahora integrado por ex políticos y juristas (sin miembros del poder judicial entre sus integrantes) son factores que han contribuido al mayor activismo exhibido por el Tribunal a partir de 2006, lo que a su vez ha contribuido a que el último se haya constituido en un actor políticamente relevante.

En relación a la acción de inaplicabilidad, es importante anotar que desde la reforma de 2005 ella se ha transformado en el principal ‘negocio’ del Tribunal, al punto que en el periodo 2006-2009 el 87 % del total de ingresos correspondió a acciones de inaplicabilidad.⁶ Esto no debiera sorprender demasiado, ya que el traspaso de esta acción desde la Corte Suprema (que no hizo mucho con ella cuando estuvo a cargo de la misma) al TC despertó fuertes expectativas entre los operadores jurídicos respecto del potencial de esta reforma. Más allá de si esto último ha sido el caso, lo cierto es que la inaplicabilidad contribuyó sustancialmente al enorme aumento de la carga de trabajo del Tribunal. Esto fue reconocido formalmente por su ex Presidente, quien sostuvo recientemente que *“Sin duda que de todas las atribuciones confiadas hoy al Tribunal Constitucional son precisamente las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad las que constituyen la mayor demanda que hemos enfrentado”*.⁷

III. Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional en la nueva ley orgánica

Como ocurre con otras leyes orgánico-constitucionales que regulan a entes jurisdiccionales, parte importante de la Ley N° 20.381 introduce reformas a la organización y funcionamiento del TC, de manera de adaptarlo a la nueva fisonomía constitucional que adquirió con la reforma de 2005. En esta sección, se comentan los aspectos más relevantes en este plano.

a) Establecimiento de normas más precisas sobre inhabilidades e incompatibilidades de los ministros del Tribunal Constitucional.

En materia de organización y funcionamiento, uno de los aspectos más importantes de la nueva Ley Orgánica del TC es la mayor profesionalización de

6 Véase el trabajo de Javier Couso y Alberto Coddou “La reforma a la jurisdicción constitucional del 2005: Problemas y oportunidades del ‘nuevo’ Tribunal Constitucional”, documento inédito, diciembre 2009, 13.

7 Véase *Tribunal Constitucional: Memoria 2007-2008*, 12.

sus integrantes. Congruente con la mayor demanda de trabajo que suponen sus nuevas atribuciones, la reforma a la ley orgánica introdujo normas que en la práctica transformaron a los ministros del TC en jueces de dedicación exclusiva, algo que innova radicalmente con la situación existente hasta el año 2005, en que la dedicación de los ministros era parcial, al punto que tres de ellos destinaban la mayor parte de su jornada laboral a servir como ministros de la Corte Suprema de Justicia y, los demás, al ejercicio libre de la abogacía o a otras actividades profesionales. Si bien ya a partir del año 2006 los ministros del TC en la práctica dedicaban toda su jornada laboral a este último, ello no constituía una obligación legal, por lo que el nuevo artículo 12 bis de la ley que comentamos representa un importante avance. En efecto, este precepto legal prohíbe expresamente a los ministros del Tribunal ejercer la profesión de abogado, incluyendo a la judicatura. Adicionalmente, ella contribuye a la transparencia al establecer una serie de prohibiciones dirigidas a evitar conflictos de interés. Así, por ejemplo, se prohíbe a los integrantes del Tribunal Constitucional celebrar o caucionar contratos con el Estado, ser directores en bancos y sociedades anónimas o *'ejercer cargos de similar importancia en esas actividades'*, como lo expresa el mencionado artículo 12 bis. En este punto, es interesante subrayar que la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estableció la expresa autorización para que los ministros desempeñen la docencia hasta por doce horas semanales en establecimientos públicos o privados de enseñanza superior, dejando en claro que las labores de dirección superior de una entidad académica no se considerarán labores docentes.

b) Profesionalización de los 'ministros suplentes' e incorporación formal de los 'abogados asistentes'.

Desde el punto de vista de la mayor profesionalización de la labor jurisdiccional del TC destaca también en la nueva ley el reforzamiento del personal de apoyo a los diez ministros que lo integran, lo que es congruente con el sustancial incremento en el número de casos que este órgano conoce en la actualidad. En efecto, y considerando que el TC pasó de resolver entre 30 a 35 casos anuales (en el periodo al 1981-2005) a cerca de 300 casos anuales (en el periodo 2006-2009),⁸ debe ser bienvenido el hecho que la nueva ley orgánica se haya preocupado de reforzar el personal de apoyo a la labor juris-

8 Véase el trabajo de Javier Couso y Lisa Hilbink "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile", en Julio Ríos Figueroa y Gretchen Helmke, eds., *Courts in Latin America* (Cambridge University Press) en prensa.

diccional de los ministros titulares. En este sentido, cabe subrayar en primer lugar la incorporación de la figura de los ‘*ministros suplentes*’, que reemplaza a la de los ‘*abogados integrantes*’ que contemplaba la ley anterior. Si bien los nuevos ministros suplentes son menos en número que los antiguos abogados integrantes,⁹ ellos tienen un mayor grado de compromiso profesional con el TC, puesto que deben destinar al menos media jornada a las tareas de integración de las salas o el pleno,¹⁰ al tiempo que tienen las mismas prohibiciones, obligaciones o inhabilidades (y una remuneración equivalente) a las de los ministros titulares.¹¹

Por otra parte, y en consonancia con la mayor profesionalización que implica la sustitución de la figura de los abogados integrantes por la de los ministros suplentes, la nueva ley modificó sustancialmente el mecanismo de designación de los últimos. Así, mientras la antigua ley entregaba exclusivamente al Tribunal Constitucional la designación de sus abogados integrantes (en un procedimiento bastante opaco), la nueva ley establece un mecanismo de designación de los ministros suplentes mucho más institucionalizado y transparente. En efecto, el nuevo artículo 15 de la ley establece que cada tres años se designará a dos ministros suplentes nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas propuestas por el Tribunal Constitucional previo concurso público de antecedentes.¹²

9 La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional contempla en su artículo 15 solo dos ministros suplentes, mientras que la antigua ley contemplaba 5 abogados integrantes.

10 Véase artículo 15, inciso 5to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

11 Véase el artículo 15, inciso 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

12 El artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala al respecto lo siguiente: “*Artículo 15: Cada tres años, en el mes de enero que corresponda, se procederá a la designación de dos suplentes de ministro que reúnan los requisitos para ser nombrado miembro del Tribunal, quienes podrán reemplazar a los ministros e integrar el pleno o cualquiera de las salas sólo en caso que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Los suplentes de ministro a que se refiere el inciso anterior serán nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas que propondrá el Tribunal Constitucional, previo concurso público de antecedentes, el que deberá fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias. El Tribunal formará la nómina en una misma y única votación pública, en la que cada uno de los ministros tendrá derecho a votar por cinco personas, resultando elegidos quienes obtengan las siete primeras mayorías. El Senado adoptará el acuerdo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto, debiendo pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional deberá presentar una nueva lista, en conformidad a las disposiciones del presente inciso, dentro de los sesenta días siguientes al rechazo, proponiendo dos nuevos nombres en sustitución de los rechazados, repitiéndose este procedimiento hasta que se aprueben los nombramientos. Los suplentes de ministro concurrirán a integrar el pleno o las salas de acuerdo al orden de precedencia que se establezca por sorteo público. La resolución del Presidente del Tribunal que designe a un suplente de*

El nuevo procedimiento de designación de los reemplazantes de los ministros titulares representa un importante avance en la materia, que toma en cuenta la crucial importancia que tienen los ministros suplentes en un órgano tan relevante como el TC. La única objeción que cabe realizar al nuevo mecanismo de designación de los ministros suplentes, es que el acuerdo del Senado requiera un quórum tan alto (dos tercios de sus miembros en ejercicio), ya que éste en la práctica genera fuertes incentivos para que los nominados se *cuoteen* anticipada y secretamente entre las dos coaliciones con mayor representación parlamentaria, ya que si no existe un acuerdo informal previo difícilmente un candidato concitará el consenso de dos tercios de los senadores en ejercicio. Así, el loable objetivo de que los candidatos al Tribunal Constitucional sean los más capacitados termina frustrándose, ya que en definitiva lo que ocurre es que cada coalición *coloca* a uno de los *suyos*, con la tranquilidad de que la otra coalición no pondrá problemas (porque ella debe cumplir con su parte del trato, si quiere que su candidato también prevalezca).

Continuando con las medidas de reforzamiento del personal del Tribunal Constitucional, debe destacarse la institucionalización —mediante su incorporación a la planta de la misma— de los llamados *abogados asistentes*,¹³ profesionales que juegan un rol similar al desarrollado en la Corte Suprema de los Estados Unidos por los denominados *clerks*. Si bien los abogados asistentes ya existían *de facto* en el Tribunal desde inicios de 2006 (prestando una valiosa colaboración a los ministros), ellos carecían hasta ahora de reconocimiento legal. El único reparo que merece la forma en que la nueva ley los regula, es que su número debió ser equivalente al de los diez ministros que integran el Tribunal y nos los ocho que se incorporaron a la planta del mismo. Dada la cantidad y complejidad de los asuntos que están llegando al TC no parece exagerado que cada uno de los ministros titulares (y también cada uno de los suplentes) tenga un abogado asistente trabajando exclusivamente para ellos.

ministro para integrar el pleno o las salas deberá ser fundada y publicarse en la página web del Tribunal. Los suplentes de ministro tendrán las mismas prohibiciones, obligaciones e inhabilidades que los ministros y regirán para ellos las mismas causales de implicancia que afectan a estos. Sin embargo, no cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad ni se les aplicará la incompatibilidad con funciones docentes a que se refiere el artículo 12 bis. Los suplentes de ministro deberán destinar a lo menos media jornada a las tareas de integración y a las demás que les encomiende el Tribunal y recibirán una remuneración mensual equivalente al cincuenta por ciento de la de un ministro."

13 Los 'abogados asistentes' fueron incorporados a la planta de personal del Tribunal Constitucional en el artículo 74 de la nueva Ley Orgánica.

c) Mayor transparencia y publicidad de los actos del Tribunal Constitucional

Quizá debido a la enorme importancia que la transparencia y el acceso a la información pública han adquirido en nuestro país en el último tiempo, uno de los aspectos más innovadores de la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional es lo mucho que se ha avanzado en ese plano. En este sentido, destaca el reforzamiento de la publicidad de los actos y resoluciones del Tribunal, los cuales –si bien tenían tal carácter en la ley anterior— podían ser declarados reservados por una mayoría simple de sus integrantes. Contrastando con este procedimiento, la nueva ley exige que a lo menos dos tercios de los miembros del Tribunal den su conformidad para que se puedan decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones.¹⁴

Otro aspecto en que la nueva ley evidencia un mayor compromiso con la transparencia aparece de manifiesto en su artículo 31 bis, que dispone la publicación en la página web del Tribunal Constitucional de la integridad de sus sentencias y de una variada gama de actos, resoluciones y otro tipo de información relevante (como las resoluciones que pongan término al proceso o hagan imposible su prosecución; el listado de causas ingresadas y fecha de ingreso; las tablas de las salas y el pleno; la designación del relator; la sala que resuelve sobre la admisibilidad de un requerimiento; el nombre del ministro redactor de cada una de las sentencias y de las actas de sesiones; y los acuerdos del pleno).¹⁵ Cabe mencionar que la ley anterior no obligaba a hacer públicas ninguna de estas cuestiones y, si en los últimos cuatro años el Tribunal Constitucional venía publicando sus sentencias en su sitio web, ello se debió a la voluntad de sus integrantes y no al cumplimiento de una obligación legal.

¹⁴ El artículo 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala: “Son públicos los actos y resoluciones del Tribunal, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. Sin embargo, el Tribunal, por resolución fundada acordada por los dos tercios de sus miembros, podrá decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones, incluidos los documentos agregados a un proceso, con sujeción a lo prescrito en el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución.”

¹⁵ “Artículo 31 bis.- Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página web, o en otro medio electrónico análogo, sin perjuicio de las publicaciones que ordenan la Constitución y esta ley en el Diario Oficial. El envío de ambas publicaciones deberá ser simultáneo. Las sentencias recaídas en las cuestiones de constitucionalidad promovidas en virtud de los números 2º, 4º, 7º y 16º del artículo 93 de la Constitución se publicarán en el Diario Oficial in extenso. Las restantes que deban publicarse lo serán en extracto, que contendrá a lo menos la parte resolutive del fallo. También se publicarán en la página web del Tribunal, al menos, las resoluciones que pongan término al proceso o hagan imposible su prosecución, el listado de causas ingresadas y fecha del ingreso, las tablas de las salas y del pleno, la designación de relator, de la sala que deba resolver sobre la admisibilidad del requerimiento y de ministro redactor y las actas de sesiones y los acuerdos del pleno. La publicación de resoluciones en el Diario Oficial deberá practicarse dentro de los tres días siguientes a su dictación.”

Relacionado con lo anterior, debe destacarse el hecho de que si bien la nueva ley sigue disponiendo que el procedimiento ante el TC es escrito,¹⁶ ahora dispone que éste se encuentra obligado a oír alegatos en la vista de la causa de los asuntos más relevantes que conoce, como las inaplicabilidades y las inconstitucionalidades. Esto contrasta fuertemente con lo que disponía el antiguo artículo 27 de la ley, que en lo pertinente disponía: “*Excepcionalmente, el Tribunal, si lo estima necesario, podrá disponer que se oigan alegatos en la forma y condiciones que determine*”. Subrayando la importancia que ahora se otorga a los alegatos en el procedimiento ante el TC, la nueva ley dispone que la duración, forma y condiciones de los mismos debe ser establecida por el último mediante un auto acordado y que en los casos en que deba oírse alegatos, la relación será pública.¹⁷

IV. Normas especiales de procedimiento y la problemática regulación de la acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad

Más allá de los cambios en la estructura y organización del Tribunal Constitucional a los que hemos pasado revista en la sección precedente, la nueva ley orgánica innovó sustancialmente en materia de procedimiento, ámbito regulado en el Capítulo II de la ley (“*Del procedimiento del Tribunal Constitucional*”). En especial, destaca la regulación del procedimiento respecto de las nuevas atribuciones del Tribunal, como lo son la acción de inaplicabilidad (‘Párrafo 6, del Título II, Normas Especiales de Procedimiento’), la acción de inconstitucionalidad (‘Párrafo 7, del Título II, Cuestiones de Inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable’); y las cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados del Poder Judicial (‘Párrafo 2’).

Como hemos planteado más arriba, el aspecto más urgente que debía regular la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional es la forma en que conoce de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, que representan en la actualidad los asuntos más frecuentes (inaplicabilidad) o más importantes (inconstitucionalidad) de cuantos conoce el Tribunal. En el caso de la inaplicabilidad, la nueva ley incorporó 14 nuevas letras al artículo 47 de la ley (desde el 47A al 47N) para regular minuciosamente el procedimiento en dichos casos.

¹⁶ Véase el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁷ Véase el artículo 32 B, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Un detallado análisis de las normas de procedimientos de lo que la ley denomina *Cuestiones de Inaplicabilidad* sería demasiado extenso para un trabajo de esta naturaleza, por lo que a continuación se comentan solo algunos de los aspectos más importante y/o problemáticos de la regulación que la ley hace del procedimiento en materia de inaplicabilidad que, recordemos, constituye por lejos el ‘negocio’ central del Tribunal Constitucional a partir de la reforma de 2006.

a) Un primer aspecto que cabe subrayarse en relación a la forma en que la nueva ley orgánica regula el procedimiento referido a las cuestiones de inaplicabilidad es el énfasis que la ley hace en que el requerimiento de inaplicabilidad (promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por alguna de las partes de la misma) deba “*contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional*” (Artículo 47B). Esta redacción sugiere la importancia que el legislador otorgó a los hechos en las cuestiones de inaplicabilidad, algo que, como veremos más adelante, no ha sido aquilatado debidamente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

b) Otro aspecto importante de la regulación del procedimiento en materia de inaplicabilidad dice relación con las causales de inadmisibilidad, que se establecen en el artículo 47F de la nueva ley. Sin perjuicio de que, en general, las hipótesis de inadmisibilidad son atendibles,¹⁸ existe una que nos parece objetable y que a nuestro juicio contribuye a la confusión conceptual que persiste tanto en la ley orgánica como en la jurisprudencia del Tribunal respecto a la naturaleza del control de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. En efecto, el número 2° del artículo 47F, dispone que deberá declararse la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad: “*Cuando la cuestión*

¹⁸ El artículo 47F de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y 6° Cuando carezca de fundamento plausible. Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. La resolución que declare la inadmisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.*”

se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”.

Para entender la objeción que suscita la norma recién transcrita, debe tenerse en consideración la nueva fisonomía que adquirió la acción de inaplicabilidad producto de la reforma constitucional de 2005. En efecto, mientras que el antiguo Artículo 80 de la Constitución de 1980 prescribía que la Corte Suprema podía declarar inaplicable para casos particulares “*todo precepto legal contrario a la Constitución*”, el actual Artículo 93 n° 6 de la Constitución de 1980 autoriza al TC a declarar 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*”. Como la comparación entre ambos textos lo evidencia, mientras que en el antiguo texto constitucional el objeto de la inaplicabilidad era dejar sin efecto para casos particulares preceptos legales *contrarios a la Constitución* (lo que sugiere un ejercicio de cotejo abstracto entre un precepto legal determinado y la Carta Fundamental), en el texto introducido por la reforma de 2005 aparece claro que el objeto de la acción de inaplicabilidad es dejar sin efecto preceptos legales *cuya aplicación* en una gestión determinada *resulte contraria a la Constitución* (lo que sugiere la necesidad de considerar si, atendidos determinados supuestos fácticos, la aplicación específica de una norma legal determinada produce una situación inconstitucional).¹⁹ Pues bien, si lo que autoriza a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal es el tipo de control concreto a que aludimos, no se entiende por qué la declaración de conformidad de una ley con la Constitución efectuada por el Tribunal a propósito de un control preventivo y abstracto debiera dar lugar a la declaración de inadmisibilidad de una acción que busca dejar inaplicable una ley que —si bien puede ser constitucional en abstracto— produce sin embargo un resultado contrario

¹⁹ Cabe señalarse que esta interpretación del nuevo objeto de la acción de inaplicabilidad ha sido reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia de los últimos tres años y medio. Así, por ejemplo, en el Considerando N° 2 de la Sentencia Rol N° 546-2006, de 17 de noviembre de 2006, el Tribunal afirmó que: “*de la simple comparación del texto de la norma (...) con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental (...) se desprende que (...) mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá (ser) declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior*”.

a la Constitución a consecuencia de determinadas circunstancias fácticas del caso específico de que se trate. Por lo dicho, el mencionado Artículo 47F n° 2 introduce una causal de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad que contradice la fisonomía que el constituyente derivado de 2005 le dio a la inaplicabilidad, causal que impedirá que personas que vean afectados sus derechos constitucionales en hipótesis en que normas generalmente inocuas producen sin embargo resultados inconstitucionales, puedan hacer uso de la acción de inaplicabilidad en resguardo de sus derechos.

Dicho en otros términos, la causal de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad que objetamos no es coherente con la propia arquitectura de la acción de inaplicabilidad que el constituyente derivado de 2005 instaló, ya que el vicio de inconstitucionalidad de que puede adolecer un proyecto de ley controlado en forma preventiva por el Tribunal (necesariamente ‘abstracto’, esto es, en que se coteja el texto legal con el texto constitucional sin que se haya aplicado la misma) nunca podrá ser *el mismo vicio* que se puede detectar en el control de inaplicabilidad de una ley, que es necesariamente un control ‘concreto’, en que los hechos del caso a mano son los que se combinan para producir un *resultado de inconstitucionalidad*, de normas que no son necesariamente inconstitucionales en abstracto.

La crítica que hacemos a este aspecto de la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional fue articulada por el voto de minoría de los Ministros Bertelsen y Vodanovic de la siguiente forma:

(...) los preceptos en comentario (...) desconocen las importantes diferencias entre la actual acción de inaplicabilidad y la que era de competencia de la Corte Suprema con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005. En efecto, en virtud de esta reforma se sustituyó el antiguo artículo 83 de la Constitución por el actual artículo 93, eliminando el inciso final de aquél, que disponía que la Corte no podía declarar inaplicable un precepto legal por el mismo vicio, si el Tribunal Constitucional lo había declarado previamente constitucional. Esta eliminación no es sino una consecuencia de los cambios que se efectuaron a la acción de inaplicabilidad, manifestados en el actual artículo 93 de la Constitución, que hoy contempla una clara diferencia entre el control abstracto de consti-

tucionalidad (números 1° y 3° del artículo 93 de la Constitución) y el control concreto que tiene lugar en sede de inaplicabilidad (número 6° del artículo 93 de la Constitución).²⁰

Recordándole a la mayoría las reiteradas declaraciones del Tribunal Constitucional respecto a las diferencias entre el objeto de la ‘antigua’ y la ‘nueva’ inaplicabilidad, Bertelsen y Vodanovic agregan:

(...) de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior (...) lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 608, considerando decimoprimer) (...) por tanto y conforme a la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, puede perfectamente ocurrir que una norma en abstracto sea constitucional, pero en concreto –en su aplicación a una gestión pendiente que se siga ante un tribunal– sea inconstitucional, y esta Magistratura debe hacerse cargo de ello.²¹

Hemos reproducido esta parte del voto de minoría de Bertelsen y Vodanovic porque nos parece sintetiza extraordinariamente bien la confusión en que

²⁰ Véase el Considerando 2 del voto disidente de los ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

²¹ Véase el Considerando 3 del voto disidente de los ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

tanto la nueva ley orgánica como la mayoría del TC incurrieron al aceptar que se puede detectar el *mismo vicio* de inconstitucionalidad cuando se ejecuta un control preventivo y abstracto de una ley y cuando realiza un control concreto de la misma. Adicionalmente, cabe señalar que –considerando lo sólido del planteamiento de los ministros redactores de este voto de minoría— sorprende que la mayoría ni siquiera se haya referido los argumentos de los ministros Bertelsen y Vodanovic.

Para finalizar con esta crítica a la causal de inadmisibilidad establecida por el artículo 47F n° 2 debe señalarse que, para ser justos, el defecto que anotamos en esta última norma legal no hace sino repetir la confusión en que incurrió el propio constituyente derivado de 2005 cuando estableció que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado constituye un requisito *sine qua non* para accionar de inconstitucionalidad del mismo. En efecto, tomando en consideración que el objeto de la inaplicabilidad es radicalmente diferente al de la inconstitucionalidad –el primero, recordemos, un control que busca corregir las inconstitucionalidades que una determinada aplicación de la ley produce en un caso particular; el segundo, un control que busca la expulsión de una norma legal que es en sí misma inconstitucional—, no se entiende por qué la inaplicabilidad deba ser un prerequisite de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad.

c) Otro aspecto importante de la regulación del procedimiento en materia de inaplicabilidades que dispone la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dice relación con dos normas de la misma que no lograron sobrevivir el control de constitucionalidad obligatorio efectuado por el Tribunal. Nos referimos al artículo 47B²² y el artículo 47G, inciso primero N° 4,²³ del proyecto aprobado por el Congreso Nacional. Estos preceptos prescribían la improcedencia de la inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales y la consiguiente inadmisibilidad de requerimientos que buscaran la inaplicabilidad de los mismos.

22 El artículo 47B del proyecto aprobado por el Congreso Nacional señalaba lo siguiente: “De conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

23 El artículo 47G, inciso primero N° 4, del proyecto aprobado por el Congreso Nacional señalaba lo siguiente “Procederá declarar la inadmisibilidad (de la cuestión de inaplicabilidad) en los siguientes casos: 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente.”;

En una decisión que generó una fuerte controversia en la comunidad jurídica (y política),²⁴ el Tribunal Constitucional decidió eliminar estas normas del proyecto de nueva ley orgánica, dejando abierta la puerta para que se pueda declarar inaplicable para casos particulares un tratado internacional ratificado por nuestro país, lo que a su vez podría llevar a otros estados a considerar que Chile no honra sus compromisos internacionales. Si bien la mayoría del TC fue enfática en afirmar que la declaración de inaplicabilidad de un tratado no lo expulsa del ordenamiento jurídico nacional —puesto que éste sigue vigente— es probable que tal disquisición sea considerada como un resquicio que en la práctica deja incumplido un tratado ratificado por el país y que se encuentra vigente.

El razonamiento de la mayoría del Tribunal Constitucional para llegar a la conclusión que los tratados internacionales pueden ser objeto de requerimientos de inaplicabilidad fue relativamente simple. Partiendo de la premisa que los tratados deben ser considerados como ‘preceptos legales’, la mayoría argumentó luego que el legislador no puede limitar las atribuciones que el propio Constituyente otorgó al Tribunal para declarar inaplicable ‘todo precepto legal’ contrario a la Constitución. A este argumento la mayoría añadió que, en todo caso, existe una gran diferencia entre declarar la inconstitucionalidad de un tratado (algo que, concedió, debe estar prohibido)²⁵ y declarar la inaplicabilidad del mismo (algo que, sostuvo, es perfectamente posible).

Contrastando con esta opinión, el voto disidente de los ministros Colombo,

24 Véase la Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

25 *“Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles Nos 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones; Ver considerando n° 58 : “Que, en efecto, una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada”*

Cea y Peña argumentó que las normas de la nueva ley orgánica declarados inconstitucionales estaban ajustados a la Constitución, ya que los tratados internacionales no deben ser considerados como ‘preceptos legales’, quedando así fuera del alcance de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Planteando que, mientras que las leyes emanan de la sola voluntad unilateral de un estado determinado, los tratados internacionales son actos que dependen de la voluntad de más de un estado, los disidentes sostuvieron que “(..) un Estado Parte no puede, unilateralmente, dejar sin efecto las obligaciones y derechos que emanan del tratado”.²⁶

Para entender mejor la significación de la decisión del TC que comentamos, es importante considerar que las normas eliminadas del proyecto original de nueva ley orgánica constituían para sus impulsores la natural consecuencia de lo dispuesto en la propia Constitución, la cual –en el inciso quinto de su artículo 54— prescribe que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”.²⁷ Por otra parte, esta norma constitucional (introducida en la reforma constitucional de 2005) fue una forma en que el constituyente derivado pretendió evitar que el Estado de Chile apareciera en el futuro transgrediendo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que prohíbe que los estados parte invoquen su derecho interno para dejar incumplidos los tratados que hayan ratificado.²⁸ Pues bien, dado que cada vez que el Tribunal Constitucional declare inaplicable para un caso particular un precepto legal determinado inevitablemente suspenderá su aplicación a ese caso, aparece claro que el tratado

26 Véase el Considerando 6°, letra d) de la Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

27 Véase el Considerando Q del voto de minoría de los Ministros Colombo, Cea y Peña en relación con los artículos 47B y 47G, inciso primero, N° 4, de la Sentencia Rol N° 1288 (25 de agosto de 2009): “*Que, como puede apreciarse, el sentido final de la disposición que hoy se contiene en el inciso quinto del artículo 54, N° 1, de la Constitución apuntaba a evitar que Chile incurriera en responsabilidad internacional si hacía primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que preceptúa que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, lo que, junto al principio de buena fe o “pacta sunt servanda” en el cumplimiento de tales normas –consagrado en el artículo 26 de la misma Convención–, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional*”

28 El voto disidente de Colombo, Cea y Peña fue enfático en este punto, sosteniendo: “w) *Que, sobre la base de lo afirmado, no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N° 1), inciso quinto, de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional.*”

específico de que se trate habrá en la práctica sido ‘suspendido’ en forma diferente a la prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas del derecho internacional, que es precisamente lo que el artículo 54 prohíbe. Si bien la mayoría del Tribunal sostuvo en su fallo que las contrapartes chilenas en los diferentes tratados que ha ratificado deberían entender que un fallo que acoge la inaplicabilidad de todo o parte de un tratado deja incólume este último, nos parece bastante evidente que para culturas jurídicas menos formalistas, resultará un pobre consuelo que se arguya desde Chile que incluso si se llegara a declarar cientos de veces que un tratado es inaplicable por inconstitucional debe entenderse que el tratado en cuestión sigue plenamente vigente. Por el contrario, de seguro que para una mentalidad más práctica, lo que habrá ocurrido serán sucesivos casos aislados en que el tratado ha sido suspendido unilateralmente por un órgano del Estado de Chile.

V. Conclusión

La aprobación de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional representó uno de los hitos más importantes de la justicia constitucional chilena durante el año 2009, ya que contribuyó a institucionalizar mejor un órgano que había adquirido —con la reforma constitucional de 2005— una fisonomía y un rol muy diferentes, que hacían necesario poner al día una ley orgánica que databa de comienzos de la década de los ochenta.

En este trabajo se han enfatizado los aspectos más innovadores que la mencionada enmienda a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introdujo, tanto a la organización y funcionamiento de este último como a los procedimientos en materia de inaplicabilidad que, recordemos, representan desde la reforma constitucional de 2005 el principal ‘negocio’ del Tribunal.

Entre las innovaciones que deben celebrarse en materia de organización y funcionamiento del TC, destacan el establecimiento de normas más exigentes en materia de inhabilidades e incompatibilidades de sus ministros; la mayor profesionalización de los nuevos ‘ministros suplentes’; la incorporación formal de los ‘abogados asistentes’ y la mayor transparencia y publicidad de los actos del Tribunal. Estas normas sin duda contribuirán a que este último opere en forma más eficaz y eficiente en un contexto social y político mucho más exigente en materia de transparencia y publicidad de lo que era el caso hasta pocos años atrás.

Por otra parte, es importante consignar que la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exhibe algunas deficiencias bastante serias en materia de regulación del procedimiento de la ‘acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad’, en particular, el que se establezca que se deberá declarar la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme con la Constitución a propósito de un control previo de carácter ‘abstracto’ (obligatorio o producto de un requerimiento), cuestión que no parece coherente con la clara distinción que tanto el constituyente como la doctrina y la jurisprudencia nacionales han establecido entre el control abstracto y el control concreto de constitucionalidad. Asimismo, es criticable el hecho que el TC haya eliminado del proyecto de nueva ley orgánica la improcedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales, lo que podría exponer al país a serios problemas con otros estados. Los elementos de la nueva ley que se critican, ameritan a nuestro juicio que a futuro se revise esta última, de manera que sirva de sólida base para la actuación de este importantísimo órgano del Estado.