

SEMINARIO CONMEMORATIVO DE LOS 169 AÑOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Agradezco la honrosa invitación que se me formulara para participar en el Seminario conmemorativo de los 169 años de la Universidad de Chile, organizado por la Facultad de Derecho, para referirme al “Rol que cupo a académicos de nuestra facultad en la reforma a la Constitución Política en el año 2005”.

Antes de entrar al desarrollo las materias mas relevantes, en este entorno, deseo destacar la participación activa que tuvo el entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar, para lograr la aprobación y finalmente la promulgación de la Reforma de 2005 y, en tal entendido, cumpliendo con lo que se me solicita expresar que, fue él, nuestro ex alumno y Profesor de nuestra facultad, a quien le debemos el contar con herramientas fundamentales para operar la nueva justicia constitucional en nuestro país.

Igualmente los parlamentarios, muchos de ellos también hijos de esta casa de estudios, colaboraron eficazmente en la aprobación de la reforma.

Ahora bien, en cuanto a nuestra participación como Tribunal Constitucional, debemos agradecer y dejar constancia que efectivamente se solicitó nuestra opinión sobre las materias de la reforma y fuimos permanente invitados a las Comisiones que lo analizaron como consta de las actas respectivas.

En el ámbito de aquello que aportó esta Facultad, como hecho anecdótico puedo recordar que de los siete ministros que componían el tribunal en los años que se tramitó la reforma que culminó el 2005, cinco estudiamos en esta facultad y los cinco fuimos compañeros de curso durante los cinco años que duró nuestra carrera. Ellos fueron Eugenio Valenzuela, Marcos Libedinsky, Hernán Álvarez, Juan Agustín Figueroa y quien les habla.

Más lo importante, es que la reforma culminó con éxito su actual contenido que ya hoy en el año 2011, con la experiencia histórica de su aplicación, podemos afirmar que fue oportuna y adecuada para el cumplimiento de los fines que perseguía el constituyente.

Los principales puntos incorporados a la Constitución el año 2005, fueron los siguientes:

- a) Elevar el número de Ministros de 7 a 10.
- b) Sustituir el sistema de nombramiento de los jueces constitucionales otorgando participación para ello a los tres poderes públicos: el Congreso, el Presidente de la República y la Corte Suprema.
- c) Reforzar la independencia del tribunal y de sus jueces y en tal contexto establecer la no reelección de los jueces constitucionales.

- d) Crear un nuevo sistema de funcionamiento del tribunal en dos salas y en pleno. A las salas fundamentalmente les corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y al pleno resolverlas al igual que el resto de las materias de su competencia.
- e) Aumentar fuertemente su competencia especialmente en el área del control a posteriori de ley vigente por medio de las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad.
- f) Reconocer como sujetos legitimados para activar la competencia del tribunal constitucional en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, a los jueces que conociendo de un proceso en materias de su competencia, tuviesen dudas acerca de la constitucionalidad de algunas de las normas invocadas por las partes como decisoria litis.

Precisado lo anterior, ahora para comprender la trascendencia y profundidad de esta reforma considero oportuno y necesario hacer algunas reflexiones históricas acerca del origen y funcionamiento de los tribunales constitucionales comenzando por recordar que la democracia consagrada en los textos constitucionales y protegida por la jurisdicción constitucional, solo se logra en Europa y en la América Latina, con lagunas, después de la segunda guerra mundial.

Como antecedente relevante debemos recordar que fue Hans Kelsen, a quien tuvo el honor de conocer en California, quien en Austria planteó la necesidad de incorporar a la Constitución un tribunal autónomo, ajeno al sistema judicial tradicional, para decidir los conflictos entre poderes públicos y evitar que se continuaran autotutelando.

En este entorno debemos precisar que a partir de la revolución francesa, se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura organización de la denominada justicia constitucional, que debe asumir la solución de los nuevos conflictos generados por la globalización, en cuanto sus efectos se vinculan con las funciones de los estados y las garantías de las personas, elementos fundantes del establecimiento de los tribunales constitucionales, destinados precisamente a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental. En efecto:

- 1) Se consagra desde las primeras Constituciones y hasta ahora el principio de la soberanía nacional, cuyo ejercicio paulatinamente se entrega a poderes públicos separados e independientes y se precisan las garantías constitucionales.
- 2) Se establece un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia real al cumplimiento de la ley, que se plantea como la máxima expresión de la voluntad soberana, concepción recogida en nuestro derecho por el artículo 1º

del Código Civil, vigente a la fecha que expresa: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

3) En el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, en el año 1803 se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de “supremacía constitucional” y a partir del fallo *Marbury v/s Madison*, la Corte Suprema asume en plenitud la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren.

Dentro de toda la literatura jurídica derivada de esa histórica sentencia, cabe destacar una interesante ponencia de **Gerardo Eto Cruz**, publicada en México en el Tratado de Derecho Procesal Constitucional, coordinado por el profesor **Eduardo Ferrer Mac Gregor**. En él, esencialmente refiriéndose al tema que nos ocupa, señala que este fallo constata el principio básico de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal es el que debe elaborar la doctrina constitucional. Siguiendo a **Carlos Nino**, indica que el pensamiento del Chief Justice **Marshall** se puede resumir en lo siguiente:

- a) El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.
- b) Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando otra.
- c) La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son leyes.
- d) La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida.
- e) La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.
- f) El Congreso está limitado por la Constitución.
- g) Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Concluye finalmente, que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. De esta forma, si se reconoce la primacía de la Constitución, se sigue necesariamente y con la implantación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud de cual los jueces no deben aplicar en ningún proceso jurisdiccional las normas contrarias a la Constitución.

A partir de entonces, por primera vez, la ley queda sometida a control de constitucionalidad

4) Europa y el resto del mundo americano siguen la tendencia opuesta, marcada, como ya se dijo por Francia, en orden a que el principio de separación de poderes impide al juez eludir su absoluta sumisión a la ley y, por otra parte, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tiene un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones, lo que excluía la noción de su control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El proceso histórico que deviene en la segunda guerra mundial y la crisis del sistema democrático, llevó a que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, la influencia del nacionalsocialismo alemán y por la otra, la versión soviética del marxismo, en las cuales el constitucionalismo y la protección de los derechos mínimos del ser humano carecen de cabida. En este período, la autotutela se aplica como la forma natural de solución de conflictos jurídico políticos.

Terminada la guerra, y con las naciones enfrentadas a la necesidad de su reconstrucción jurídica y física, para solucionar lo primero resurge con vigor el movimiento constitucional, que en la mayor parte de los países de Europa se ve reflejado en las nuevas Constituciones, como es el caso de Italia y posteriormente Alemania, Austria, Bélgica, Francia, y, a fines del siglo, España y Portugal. Estas constituciones de posguerra, a diferencia de las anteriores, crean, siguiendo el modelo kelseniano, un sistema jurisdiccional, de protección de sus normas, principios y valores, entregando su custodia a Tribunales Constitucionales, cuyas competencias y régimen de integración emanan directamente del constituyente originario.

Actualmente una Constitución para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan para poder ser aplicada directamente como decisoria litis en la solución de los conflictos sometidos a su imperio.

Como sentenció el juez **Marshall**, la Constitución es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido “rejuridificada”, en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Hoy la Constitución es una norma efectiva que prevalece por sobre las de rango inferior, al ordenar el funcionamiento del Estado y amparando efectivamente las garantías personales, en tanto es de aplicación inmediata y decisoria litis, en la

decisión de conflictos que se generen dentro del ordenamiento institucional, ahora aplicable directamente por los jueces.

Los Tribunales Constitucionales, como ya antes se dijera, están precisamente destinados a proteger jurisdiccionalmente la estructura del régimen democrático y deben velar porque los órganos públicos limiten el ejercicio de su poder en las áreas de su competencia, y por otra parte, dar eficacia y aplicación a los derechos fundamentales.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de las guerras, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una constitución normativa que lo ampare, y las mismas no son tales sin Tribunales que las resguarden, pues carecerían de eficacia al no existir órganos que resuelvan sus conflictos por medio de un debido proceso.

Entremos a examinar la situación de Chile a partir de la Constitución de 1833 cuyo comentaristas como Huneus, Lastarria, Carrasco y Roldan, concluían que los tribunales no podían dejar de aplicar la ley. Como curiosidad podemos recordar un oficio emanado de la Corte Suprema en que dicho máximo tribunal de la República, con fecha 27 de junio de 1848, afirmaba que “ninguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Legislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”.

Como recuerda Enrique Navarro en su libro, de reciente publicación, *El Control de Constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, “en el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la misión que le correspondería a la corte Suprema, tal como a los demás tribunales “está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución””.

Voces aisladas como las de Manuel Egidio Ballesteros y el Presidente Balmaceda planteaban la necesidad de contar con un tribunal constitucional.

Fue también nuestro gran universitario Arturo Alessandri Palma quien incorporó al texto de la Constitución de 1925 la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad entregando su competencia a la Corte Suprema.

Por lo tanto, esta situación cambia sustancialmente, como se dijo, con la dictación de la constitución de 1925, la que en su génesis planteó firmemente la conveniencia de establecer en la nueva Carta algún sistema de control de poderes que determinara si las leyes que se dictaban por el Congreso se ajustaban o no a la preceptiva constitucional.

En este contexto, la Constitución de 1925 estableció, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de la ley generada en nombre del pueblo por el Congreso Nacional fuera controlada por un órgano jurisdiccional. Su Art. 86 estableció el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un hito en el Derecho público chileno, que otorga competencia de control jurisdiccional de normas, a la Corte Suprema, para resolver si las leyes vigentes son o no compatibles con la Carta Fundamental. Dicho llamado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, procesalmente una acción, se caracterizó por lo siguiente, lo que resulta importante destacar para apreciar el contenido de la reforma de 2005:

a) La Corte Suprema, interpretando el texto constitucional, renuncia a la declaración de inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica a una importante área de la facultad de control que le entregó la Constitución;

b) Indicará, correctamente, que su jurisdicción al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es negativa, lo que se traduce en que no puede sentenciar cual es la ley que debe aplicar el tribunal competente para resolver el litigio, sino sólo decidir que la cuestionada ley no puede aplicarse

c) La Corte Suprema, según consta en estudios elaborados por profesores especializados en el tema, no priorizó el ejercicio de esta importante atribución por sobre su competencia común. En otros términos, mantuvo la línea como controladora superior y final de la legalidad, pero no se mostró como un efectivo tribunal constitucional;

d) Luego de una jurisprudencia vacilante, decidió acertadamente que el control comprendía todas las leyes vigentes y no sólo las dictadas con posterioridad a la Constitución de 1925.

Cabe precisar que constituía una acción constitucional de control represivo o a posteriori de la constitucionalidad de la ley, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaran en casos concretos de los que conociera directamente la Corte Suprema o se siguieren ante otros tribunales.

Procedía sólo respecto de preceptos con rango de ley y tenía efectos limitados, en la medida que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo estaba destinada a producirlos en la gestión de que se trataba y sólo respecto de las partes involucradas en ésta.

A pesar de que el texto de la Constitución de 1925 no limitaba la procedencia de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma, la Corte Suprema, como ya se observó, entendió reiteradamente que sus atribuciones sólo le permitían controlar la constitucionalidad de fondo, pues en caso contrario, estimó que se estaban invadiendo las atribuciones propias del legislador. Por su parte, el criterio de admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad, por parte de la Corte Suprema, fue particularmente exigente.

Impacto de la reforma constitucional de 2005.

El traspaso de la competencia para conocer y resolver de la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional mediante la gran reforma señalada y las otras atribuciones que se le confieren en ella, ha significado uno de los cambios más importantes a la Constitución, que se traduce, en ésta área, en una consagración del sistema de jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

En lo relativo al control de normas, se tradujo en sustituir el antiguo modelo chileno de control "compartido" entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, para pasar a uno de control concentrado, dentro del que coexisten controles preventivos obligatorios y requeridos, impulsados por sujetos legitimados, que son los que ya existían antes de la reforma, con los nuevos y eficientes controles a posteriori, concretos y de efectos inter partes -el recurso de inaplicabilidad-, y otros abstractos y de efectos *erga omnes* -la nueva cuestión de inconstitucionalidad-, toda una innovación en nuestro derecho.

No obstante, hay que destacar que los tribunales del sistema ordinario, al aplicar las diversas disposiciones legales deben analizar su constitucionalidad y si detectan un potencial vicio procede accionar ante el Tribunal Constitucional, para que sea él quien se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de la norma, sin que puedan inaplicarlas. Queda así descartada la aplicación del sistema de control difuso.

Podemos concluir que Chile cuenta a contar de la reforma del 2005 con un sistema plenamente moderno y adecuado de justicia constitucional que puede considerar equivalente al que establece las principales constituciones europeas y que a incorporado a los planes de estudio de esta Facultad al Derecho Procesal Constitucional, disciplina que adquirido una fuerte connotación en el análisis de la Constitución y su protección a través de los Tribunales Constitucionales y que hoy se imparte desde hace muchos años en las principales universidades de México, Brasil, Colombia, Argentina y Perú.

JUAN COLOMBO CAMPBELL

PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD DE CHILE

Santiago, 17 noviembre de 2011